

A PROTEÇÃO PRINCIOPIOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO IMPERATIVO CATEGÓRICO PARA SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA DO POSITIVISMO JURÍDICO E DO JUSNATURALISMO

LA PROTECCIÓN DE PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO IMPERATIVO CATEGÓRICO PARA SUPERAR LA DICOTOMÍA DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y DEL DERECHO NATURA

Roberto de Paula¹
Kátia de Oliveira da Silva²

RESUMO

Aborda a complexidade que marcam a compreensão de Direito proveniente do Positivismo Jurídico e do Jusnaturalismo. Sublinha a dicotomia que demarca o campo de compreensão e de interpretação que emanam desses dois paradigmas. Invoca a superação da dicotomia pelo advento dos “hard cases” e pelo imperativo de uma compreensão nova fundada na normatividade dos princípios, decorrentes de uma nova hermenêutica responsável pela abertura de horizonte de uma nova percepção do constitucionalismo.

Palavras Chaves: Jusnaturalismo. Positivismo Jurídico. Dicotomia. Princípios.

RESUMEN

Aborda la complejidad que marca la comprensión del Derecho desde el Positivismo Jurídico y el Jusnaturalismo. Subraya la dicotomía que delimita el campo de comprensión e interpretación que emanan de estos dos paradigmas. Invoca la superación de la dicotomía por el advenimiento de los "casos difíciles" y por el imperativo de una nueva comprensión basada en la normactividad de los principios, surgidos de una nueva hermenéutica, responsable de abrir el horizonte de una nueva percepción del constitucionalismo.

Palabras Clave: Jusnaturalismo. Positivismo Jurídico. Dicotomía. Principios.

INTRODUÇÃO

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal de Rondônia/Campus de Cacoal. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. E-mail: robertus1@gmail.com.

² Mestre em Educação pela Universidad Interamericana do Paraguai\PY. E-mail: oliveirakatia657@gmail.com.

A Pós-Modernidade, com o advento da subjetividade, colocou em xeque os postulados das ciências humanas e positivas e, de roldão, o Positivismo Jurídico idealizado por Kelsen. Na seara jurídica, a complexidade das relações sociais apresenta situações concretas que exigem uma resposta do Direito baseado em fundamentos de validades que sejam incidentes, relevantes e que abarque a problemática envolvida. A ideia de subsunção já não basta, pois calcada na perspectiva lógico-formal, mostrou-se insuficiente e inadequada. A emergência dos casos difíceis (*hard cases*) coloca a prova o Direito em sua especificidade mais relevante, qual seja o Direito Constitucional.

Objetivamente, as respostas dadas pelo Direito se concentram axiológica e historicamente nos sistemas normativos já conhecidos e debatidos exaustivamente, quais sejam: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Entretanto, estes afiguram-se insuficientes de tal modo a se falar na superação dos mesmos e na emergência dos princípios como portadores de uma nova concepção jurídica com fundamento de validade de um verdadeiro paradigma com pressuposto de validade jurídica lastreado na realidade concreta.

No presente não se dispensará maiores elaborações acerca do Jusnaturalismo, pois esse modelo toma os princípios como axiomas³ jurídicos, que tinham como principal meta atingir o conceito de bem. Assim, dedica-se maior esforço para a compreensão do Positivismo Jurídico e a emergência dos princípios como interface característica do que se denomina Pós-Positivismo.

Didaticamente, estrutura-se o presente nas premissas do método dedutivo, afeto ao labor específico desta seara do conhecimento humano. Parte-se, então, dos postulados perenemente construídos acerca do Positivismo, revelando suas bases filosóficas. Após essa apreciação, deter-se-á sobre a questão da emergência dos princípios como substrato para superação da dicotomia entre o sistema positivista e jusnaturalista. Insta dizer a emergência aí do método ou perspectiva dialética.

Finalmente, propõe-se o presente a sondar se é teórica e factualmente possível estabelecer a ideia nuclear de princípio como valor maior capaz de esclarecer, equacionar e

³ Axioma (latim: axioma: valor) 1. Proposição evidente em si mesma e indemonstrável. 2. Pressuposto em um sistema, ocorrendo sempre como premissa ou como ponto de partida para a demonstração de algo. Na exposição de um sistema, especialmente nas matemáticas, um axioma é uma proposição de partida, indemonstrável, mas que decidimos considerar como verdadeira porque parece evidente. In: Hilton Japiassú. Danilo Marcondes DICIONÁRIO BÁSICO DE FILOSOFIA. 3ª edição revista e ampliada. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 2001, p. 22.

harmonizar os conflitos mais candentes que surgem na vida social pautada numa perspectiva de direitos democráticos (Estado Democrático de Direito).

1 FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS DO POSITIVISMO JURÍDICO

É de domínio acadêmico no mundo do Direito o intento encampado por Hans Kelsen de forjar uma teoria pura do direito⁴. Em poucas palavras, esse intento positivista cristaliza na pretensão de tirar do Direito todo conteúdo, influência, e toda relação com outras disciplinas humanas e epistemológicas, a saber: a sociologia, psicologia, filosofia, pedagogia, etc. Busca-se a aplicação pura e simples do Direito por meio dos conteúdos que os legisladores condensaram positivando-os. Em última instância: aplica-se restritivamente a normatização elaborada pela lei.

Cabe assegurar que Kelsen (1881-1973) não formula sua teoria a partir de uma afirmação a-histórica e a-epistemológica. Dentre outros pensadores que precederam e influenciaram o citado jusfilósofo, enuncia-se: Immanuel Kant (1724-1804)⁵ e Saint-Simón(1760-1825). Impõe-se aqui o dever de tecer as considerações acerca da influência kantiana, ainda que breves.

Kant influenciou a Modernidade sobremaneira. Seu pensamento apresenta dificuldades intelectuais homéricas e quase inacessíveis para a contemporaneidade. Uma aproximação à filosofia kantiana revela que seus postulados foram substancialmente absorvidos pelo Positivismo Jurídico.

A formulação ética acerca do “dever” foi absorvida ao extremo por Kelsen e aplicada à práxis da atividade jurídica. A máxima do imperativo categórico tem alcance *erga omnes*: “*age sempre e de tal modo, tomando a humanidade em si mesmo, como fim e não como*

⁴ Nas palavras de Kelsen: “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”. Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. Martins Fontes: São Paulo 1999, p. 12.

⁵ Alysso Mascaro, assim ensina: “Os procedimentos utilizados por Kelsen para esse grande propósito foram extraídos da lógica, e, para determinadas questões, sua base filosófica última é o pensamento de Immanuel Kant”. MASCARO, Alysso Leandro. Filosofia do Direito. 2ª ed. Atlas: São Paulo, 2012, p. 337.

*meio, que sua ação tenha validade e princípio universal de conduta*⁶. Pois bem, o imperativo exalta não só a autonomia do sujeito enquanto *voluntas agendi* (vontade de agir), mas impõe um *modus agendi* (modo de agir) com validade universal obedecendo servilmente ao dever de agir conforme os ditames deliberados. A consequência para o direito é evidente: agir conforme o que foi categórica e imperativamente deliberado pela autoridade competente.

O Direito em Kant adquire uma dimensão histórica e social extrema na afirmação do imperativo categórico conforme o dever. A justificativa sociológica para tal afirmação é evidente: Kant é um entusiasta da Revolução Francesa e vê no Direito a possibilidade de manutenção de um ambiente favorável ao desenvolvimento do “espírito humano” e da Razão Iluminista (Aufklärung - Esclarecimento) idealizados socialmente na classe em ascensão: a burguesia! Outrossim, promovendo o julgamento e a condenação da razão metafísica, Kant abre espaço para o Império da Razão Iluminista e anuncia o grande projeto da Modernidade: libertar o homem (entenda-se, a humanidade).

Historicamente, a pretensão de Kelsen, isto é, uma teoria pura do Direito, cai por terra. O Direito só o é plenamente numa atitude interdisciplinar de abertura, diálogo. O Direito é um fenômeno político-social. Em última análise, é a normatização do poder. A propalada neutralidade e o apolitismo do operador jurídico não resistem às investidas de uma postura doutrinária baseada nos princípios com força normativa.

Quanto às influências basilares do Positivismo Jurídico kelseniano há que se destacar que o Projeto da Razão Iluminista, calcado na pretensa validade de cientificidade, desemboçou no que os frankfurtianos (Adorno e Horkheimer) denominaram e denunciaram de Razão Instrumental, que, em última instância, imantada pela garantia de legitimidade jurídica do Nazismo, promoveu a trágica experiência dos campos de concentração e toda forma de experimento implementado sobre o corpo (Foucault) e a consciência humana (Erich Fromm).

Uma vez apreciada as implicações do Positivismo jurídico e sua insuficiência para abarcar a complexidade da vida e da realidade, abordar-se-á a superação deste enquanto relação dicotômica com a perspectiva jusnaturalista.

2 JUSNATURALISMO X JUSPOSITIVISMO: SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA E NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 7ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. (B 472-479) p. 406-411

Necessário se faz assinalar, de forma sintética e objetiva os limites acerca do sistema jusnaturalista e juspositivista, a fundamentar a ideia de superação dos mesmos. Em sua formulação básica o direito natural estrutura-se como universal e imutável cujas ações teriam valor geral independente do sujeito, e as ações determinadas seriam boas em si mesmas. O Direito, nesta perspectiva, é um conjunto de ideias ou princípios superiores, eternos, uniformes, permanentes, imutáveis, que seriam outorgados ao homem pela divindade.

A grande dificuldade está na concretização dos postulados ou da principiologia jusnaturalista ante o seu caráter extremamente abstrato e a subjetividade em definir ou conceituar tal princípio.

O Positivismo, conforme já exposto, sofreu profundas críticas ante seu caráter legalista e formalista, que, em última análise, desemboca na justificação ou legitimação para emergência de sistemas totalitários extremados.

Com a crise da modernidade jurídica, o reexame do modelo positivista passou a ocupar cada vez mais espaço nas formulações das ciências do direito. Abriu-se margem para que fossem oferecidos novos tratamentos cognitivos ao fenômeno jurídico, de molde a conceber o ordenamento jurídico como um sistema plural e, portanto, aberto aos influxos dos fatos e valores da realidade cambiante. Deste modo, foi se consolidando um novo paradigma de reflexão jurídica – o pós-positivismo.

Assim, justifica-se a necessidade de superação dos sistemas referidos.

A construção doutrinária da normatividade dos princípios se desenvolve a partir da reflexão realizada no contexto da Filosofia e da Teoria Geral do Direito em buscar uma resposta alternativa, potencializadora de superação da antinomia do Direito Natural e Direito Positivo. Não se pode olvidar do papel da doutrina e da jurisprudência consoante a natureza prática dos casos enfrentados pelos tribunais como reveladores da resposta insuficiente exaradas por um única perspectiva do direito.

Enuncia-se, aqui, três fases distintas na cristalização da ideia da normatividade dos princípios, cujo ápice se verifica na fase pós-positivista, como superação dos postulados das anteriores.

Na primeira fase, isto é, na jusnaturalista, os princípios eram concebidos como mero reconhecimento de uma dimensão valorativa correspondente ao conceito de justiça e calçados em uma dimensão ou esfera abstrata e ideal. Sua normatividade, neste contexto, é praticamente nula, pois concebidos como axiomas jurídicos, normas estabelecidas pela razão

(*ratio cognoscendi*), correspondentes aos princípios de justiça, constitutivos de um direito ideal. Assim, sua configuração dá-se em um plano ideal ou metafísico, não adentra ao mundo do Ser. O entendimento adotado nessa fase triunfou, até o advento da Escola Histórica⁷.

A segunda fase de teorização dos princípios é positivista. A característica principal desta fase é que os princípios deixam de ser entendidos como idéias e ideais e passam a figurar nos Códigos, como fontes normativas subsidiárias. O surgimento dos Códigos e a proliferação do pensamento da Escola Histórica do Direito fazem a concepção jusnaturalista sucumbir ante o projeto do positivismo.

Assim, os princípios passaram a ser entendidos não mais como proposições ditadas pela razão ou oriundas do direito natural, mas como postulados derivados das próprias leis. Não obstante a previsão, sua normatividade era negada, como bem assinala Bonavides: “(...) o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supraleais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”⁸.

A visão formalista do direito positivo foi alvo de ataques contundentes das correntes críticas do direito, visto que a pretensão de limitar o conhecimento e o trabalho do jurista à perspectiva lógica, ao trabalho puramente analítico-descritivo, privando-o da indispensável valoração da ordem jurídica e, por conseguinte, de seu conteúdo e arcabouço ético. A acidez da crítica, portanto, deu-se à concepção positivista centrada na norma, cuja consequência considera a ordem jurídica como realidade estática.

Assinale-se que a partir dos trabalhos de Friedrich Müller, Robert Alexy e, especialmente, de Ronald Dworkin tanto a doutrina do Direito Natural como a doutrina ortodoxa do Direito Positivo vêm abaixo, ante os golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, cujo objetivo centrou-se em conferir força e normatividade aos princípios.

⁷ A importância desta Escola é que se coloca contra a existência de um Direito Natural permanente e imutável. Assim, ao invés de se indagar, o que deveria ser o Direito, dever-se-ia pesquisar como o Direito se formava nas sociedades. O Direito, então, é concebido como um produto histórico decorrente, não da divindade ou da razão, mas sim da consciência coletiva dos povos (*volksgeist*), gradativa e paulatinamente pelas tradições e costumes. Um dos destaques desta Escola é Friedrich Karl Von Savigny, que considera que ao invés de um Direito geral e universal, cada povo, em cada época teria o seu próprio Direito, expressão natural de sua evolução histórica, de seus usos, costumes e tradições de todas as épocas passadas.

⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 236.

A novidade situa-se na terceira fase, donde a teoria contemporânea dos princípios traz em seu bojo é a afirmação da sua normatividade plena. Aqui se inaugura a fase do pós-positivismo jurídico.

A concepção é que os princípios, entendidos em sua dimensão normativa, portanto, como normas, são dotados de eficácia formal e material. O critério de validade das normas jurídicas (diferentemente do projeto positivista) deixa de ser meramente formal: a estrutura rígida estabelecida pelas regras em posição hierárquica superior, que fixam limites estanques a serem preenchidos pelas normas inferiores passa a conviver com a exigência de adequação material aos valores representados pelos princípios jurídicos. Neste sentido, a dogmática jurídica não deve significar hermetismo e clausura a um método estritamente técnico, mecanicista e lógico, como entende Eros Roberto Grau⁹.

Na perspectiva pós-positivista, a aplicação do direito ao caso concreto deixa de ser estática, meramente formal pela estreita moldura da subsunção, pois os valores inseridos nos textos legais passam a ser dotados de plena normatividade, do modo que a solução do caso concreto deve estar, sobretudo, em consonância com os princípios inseridos, implícita ou explicitamente, no ordenamento jurídico. A determinação da conduta a ser seguida e a solução do caso concreto passam a levar em conta valores, consubstanciados em princípios.

Assim, preleciona a Professora Maria Célia Nogueira Pinto e Borgo:

O surgimento do pós-positivismo é marcado pelo retorno do Direito à sua matriz axiológica, antes extirpada pela doutrina positivista. Neste contexto, os princípios jurídicos retomam sua força, e adquirem status próprio e papel importante, muito embora tenham sempre acompanhado o Direito, desde o jusnaturalismo (quando tinham caráter metafísico) e no positivismo (quando tinham função subsidiária à lei, como forma de garantir sua fiel aplicação).¹⁰

Nesse ambiente teórico, o qual reconhece a normatividade dos princípios é que surgem as modernas constituições, as quais trazem em seu texto não mais meros ideais a serem almejados, não mais reles fontes supletivas de integração e interpretação, mas normas jurídicas principiais. E essa migração dos princípios jurídicos constituem o coração das constituições modernas.

⁹ GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 108.

¹⁰ PINTO E BORGO, Maria Célia Nogueira. Apontamentos sobre o Positivismo Jurídico, sua superação e o papel do juiz diante dos princípios no modelo pós-positivista. Disponível: http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1098.pdf. Acesso: 15.12.2012.

Walter Claudius Rothemburg assevera, com indelével clareza, a natureza e o uso a ser feitos dos princípios:

impõe-se fazer dos princípios constitucionais, deliberadamente, ferramentas das tensões e intenções da população a que o ordenamento jurídico se reporta. A carga político-ideológica, com suas fantasias, seus medos, seus anseios, seus preconceitos e seus desejos, deve refletir a realidade vivida, sentida e sonhada pelos participantes da aventura social. Em suma: os princípios têm mesmo de recheiar-se com determinado conteúdo ideológico, e prestam-se magnificamente para tanto.¹¹

Insta assinalar que a superação da dicotomia entre o Positivismo e o Jusnaturalismo se fundamenta na incidência da normatividade dos princípios, donde se denomina adentrar na fase Pós-Positivista. Não obstante a imprecisão da terminologia (pós-positivista) impende destacar a novel compreensão da força normativa dos princípios, tema a ser enfrentado a seguir.

3 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS NO PÓS-POSITIVISTA: A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

A noção de princípio¹² remete à ideia de fonte originária, isto é, do ambiente fértil do qual decorre o fazer e o ser de determinado campo do conhecimento humano. Desta coerência axiomática, conseqüentemente, a teorização acerca de sistema. No dizer de Ruy Samuel Espíndola:

¹¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 78.

¹² A definição lapidar de princípios reporta ao conceito trabalhado por Roque Antonio Carrazza a partir da seguinte descrição histórica: “Sendo o princípio, pois, a pedra de fecho do sistema ao qual pertence, desprez-lo equivale, no mais das vezes, a incidir em erronia inafastável e de efeitos bem previsíveis: o completo esboroamento da construção intelectual, a exemplo, como lembra Geraldo Ataliba, do que ocorreu na Abóbada, capítulo do livro História de Portugal, de Alexandre Herculano de Carvalho e Araújo, vulto máximo do romantismo português, relata-nos, com todo o vigor de seu estro insuperável, os singulares episódios que marcaram a construção do Convento da Batalha (ou Santa Maria da Vitória) Como se sabe, D. JOÃO I, Mestre de Aviz, tendo vencido os castelhanos em Aljubarrota (1385), mandou edificar, em cumprimento a um voto que fizera, o referido Convento. A obra foi confiada ao arquiteto português AFONSO DOMINGUES, que, ficando cego no curso dos trabalhos, viu-se, sem mais, substituído pelo irlandês DAVID OUGUET, antes de dar início à formidável abóbada da casa capitular. Ouguet, menosprezando a pedra de fecho concebida por seu antecessor, alterou o risco primitivo, e, por isto, a abóbada ruiu, algumas horas depois de ser dada por concluída. Chamado à presença do rei, AFONSO DOMINGUES, apesar de ressentido (a página que reproduz o suposto diálogo que manteve com D. JOÃO I, inscreve-se entre as mais belas e dramáticas das já escritas em língua portuguesa), retomou a direção dos trabalhos e, na data aprazada, deu por terminada sua notável obra, que tem resistido ao peso dos séculos. Tão consciente estava da exatidão de seus cálculos, que, retiradas as vigas que sustinham a abóbada, debaixo dela permaneceu, sem comer nem beber, durante três dias [...].CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 30.

Pode-se concluir que a ideia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.¹³

Quando se aborda a teoria dos princípios, necessariamente tem que se grifar o recorrente debate doutrinário acerca da divergência e da diferença entre regras e princípios¹⁴. A cizânia instalada refere-se à sua importância para a interpretação e aplicação concreta, especialmente quando se tem em conta uma discussão jurídica envolvendo direitos e garantias fundamentais.

Eis a diferença entre regras e princípios traçadas por George Marmelstein:

a) as regras descrevem uma situação jurídica, ou melhor, vinculam fatos hipotéticos específicos, que, preenchidos os pressupostos por ela descrito, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos (direito definitivo), sem qualquer exceção. Por exemplo, “aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor” (art. 62 do CPC);

b) os princípios, por sua vez, expressam um valor ou uma diretriz, sem descrever uma situação jurídica, nem se reportar a um fato particular, exigindo, porém, a realização de algo, da melhor maneira possível, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas (reserva do possível). Possuem um maior grau de abstração e, portanto, irradiam-se por diferentes partes do sistema, informando a compreensão das regras, dando unidade e harmonia ao sistema normativo. Por exemplo, “todos são iguais perante a lei”, onde a igualdade surge como a instância valorativa adotada pela Carta Magna.¹⁵

Não obstante a diferença ontológica entre regras e princípios há que se apontar veementemente que ambos fazem parte do sistema aberto normativo. Assim, tem-se como norte o entendimento de que a norma é o gênero, da qual são espécies as regras e os princí-

¹³ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucional adequada. São Paulo: Ed. RT, 2002, p 53.

¹⁴, as regras “possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais - prossegue o jurista cearense -, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraíndo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, in abstracto, antinômicos entre si. Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Coord. Willis Santiago Guerra Filho.. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 17.

¹⁵ LIMA, George Marmelstein de. A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

pios. Deste entendimento lapidar decorre a normatividade dos princípios. Nos dizeres de Paulo Bonavides resta evidente a força normativa dos princípios:

[...] não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie. Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder¹⁶.

Barroso, grifa não só a normatividade dos princípios, mas também assinala que estes assumem papel central no sistema jurídico:

O reconhecimento da distinção valorativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico.¹⁷

Para Alexy, princípios são mandamentos de otimização¹⁸. Essa definição aponta de maneira clarividente que a apreciação e cumprimento dos princípios, diferentemente do sistema das regras, pode se dar em diferentes graus e depende não só das circunstâncias fáticas.

Lançadas as bases conceituais, impende aprofundar na questão que envolve a práxis de decisão ante os conflitos que se situam no campo normativo das regras, e, mais ainda, que envolve a colisão de princípios, numa situação fática em que se dá azo da invocação e incidência de dois princípios numa mesma situação que versa principalmente sobre direitos fundamentais.

4 CONFLITOS ENTRE REGRAS E COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

¹⁶ Curso de Direito Constitucional, p. 255. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. Malheiros, São Paulo, 1998

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.144.

¹⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

A práxis judicante revela uma temática de fundamental importância, diante da qual a Ciência do Direito se antecipa no que se refere à aplicação das normas à lide concretamente, especialmente quando vem à baila controvérsias ligadas frontalmente aos direitos fundamentais. Assim, emerge a questão dos conflitos entre regras e no caso dos princípios a possibilidade da colisão.

Em se tratando de conflito de regras, Alexy¹⁹ propõe que esta situação seja dirimida por uma de duas técnicas a serem adotadas, vale dizer: instituição de uma das regras conflitantes como cláusula de exceção à outra ou, não sendo isso possível, declarando uma delas inválida e, portanto, seja extirpada do ordenamento jurídico.

Classicamente recorre-se à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁰, que prevê a solução do conflito de regras e declaração de invalidade por meio das determinações gerais da lei posterior derroga a anterior (*lex posterior derogat legi priori*); lei superior derroga lei inferior (*lex superior derogat legi inferiori*) e lei especial derroga lei geral (*lex specialis derogat legi generali*).

Como grifado acima no sistema de regras descortina-se possibilidades de resolução de conflitos a partir dos juízos supramencionados. Entretanto, em se tratando de princípios tem-se, possivelmente, uma colisão entre estes. Aqui, se requer uma análise mais aprofundada.

É de se destacar que o uso da terminologia “colisão” situa no seguinte entendimento: ao contrário das regras, não existe princípio inválido, apenas um será aplicado ao caso concreto em determinadas circunstâncias por ser mais viável do que o outro, mas não há uma declaração de imprestabilidade para o ordenamento. Desta forma, há que se falar em aplicar determinado princípio em detrimento da aplicação de outro, sem, no entanto, extirpar o princípio afastado do ordenamento jurídico.

¹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92. Sobre a validade das regras, confira o pensamento de Alexy: Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução da cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. (ALEXY, 2008, p. 92).

²⁰ Cf. LINDIB –Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. “Art. 2o Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1o A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2o A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3o Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

Na lição de Robert Alexy²¹, aclara-se a compreensão do juízo de sopesamento dos interesses conflitantes:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e de acordo com outro permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Resta assinalar, esteirado no pensamento de Alexy que se os princípios conduzem a resultados contraditórios, um restringe a possibilidade jurídica do outro, tendo como parâmetro de análise a relação de precedência condicionada, ou seja, saber sob quais condições o princípio que deve ceder o caso concreto é que define o contorno da aplicação de determinado princípio. Eis as palavras de Alexy:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.²²

Por sua vez, Sarmento não só assume a mesma linha de raciocínio como também assinala características ínsitas à noção de princípios, bem como a coexistência destes ao lado das regras nas entranhas da Constituição:

Os princípios são muito importantes porque, pela sua plasticidade conferem maior flexibilidade à Constituição, permitindo a ela que se adapte mais facilmente às mudanças que ocorrem na sociedade. Além disso, por estarem mais próximos dos valores, eles ancoram a Constituição no solo ético, abrindo-a para conteúdos morais substantivos. Por isso, seria inadmissível uma combinação baseada apenas em normas regras. [...] Sem embargo, também seria inviável uma Constituição que se fundasse apenas sobre princípios, pois esta carregaria ao sistema uma dose inaceitável de incerteza e insegurança, já que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluido e imprevisível do que a das regras. É indispensável que, ao lado dos princípios, existam regras na Constituição, para que a abertura do sistema não destrua sua segurança e estabilidade.²³

Resta assinalar que a opção por determinado princípio situa-se numa rede argumentativa, donde a preferência manifesta-se nas decisões concretas, balizadas, necessariamente, por uma conexão de sopesamento axiológico e, ao mesmo tempo capaz de expressar uma racionalidade sistêmica, lógica e socialmente relevante.

²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 93.

²² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 96.

²³ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 87.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade a regulação requisitada ao Direito deve ter a potencialidade de enfrentar a imprevisibilidade das situações fáticas apresentadas como fatos sociais ou jurídicos. Noutras palavras, deve-se superar fetiche da júris-dicção lastreada no esquema de um legalismo formalista em nome de uma regulação teleológica capaz de açambarcar a realidade concreta e a diversidade social que estas se apresentam.

Diante dessa constatação se situou a problemática ora estudada. Se no plano fático da vida se verifica a incidência de problemas desafiadores do Direito e, se o Direito se propõe a estabelecer um padrão relacional aceitável na vida concreta dos cidadãos e cidadãs, então deve não só refletir, mas também propor e impor respostas que sejam plausíveis e aplicáveis na solução dos casos que chegam aos átrios dos tribunais.

Em vias de conclusão, deve-se grifar que o Pós-Positivismo apresenta não só premissa de superação da dicotomia sistêmica do Jusnaturalismo e do Juspositivismo, como também potencializa contribuições para oferecer ao ordenamento fundamentos de validade para a aplicabilidade dos princípios, especialmente ao sistema de direitos fundamentais, de forma a respeitar a efetividade máxima que os mesmos podem representar concretamente.

Em síntese: a normatividade dos princípios reveste-se de importância, visto que possui um papel significativo, pois traz ínsita uma visão ampliada dos casos concretos, proporcionando uma solução que demonstra a sua adequabilidade por meio de aplicação metódica sistematizada.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. LINDIB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucional adequada. São Paulo: RT, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

Hans Kelsen. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Hilton Japiassú; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

LIMA, George Marmelstein de. **A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais**. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 7ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PINTO E BORGIO, Maria Célia Nogueira. **Apontamentos sobre o positivismo Jurídico, sua superação e o papel do juiz diante dos princípios no modelo pós-positivista**. Disponível: http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1098.pdf. Acesso: 15.12.2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

Willis Santiago Guerra Filho. **Dos direitos humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.