

## 2

### Os fundamentos dos princípios jurídicos e as bases de suas aplicabilidades.

Quando defendemos a idéia de uma normatividade dos princípios constitucionais, afirmamos por via direta que princípios são normas de direito, ou seja, fonte de um sistema jurídico acolhido por determinada sociedade. Contudo, princípios são apenas uma das espécies normativas que conhecemos, tendo eles, em sua companhia, as chamadas regras jurídicas. Ou, no dizer de *Canotilho*.<sup>4</sup>

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre *normas e princípios* (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se seguir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.

Acontece, que não obstante ladearem estas duas espécies normativas, suas efetividades se dão de forma distinta e bem definida. O que pretendemos concluir então, é que, de modo geral, a normatividade das regras é diferente da normatividade dos princípios; enquanto a primeira se efetiva pelo método de subsunção, isto é, pelo critério do tudo ou nada [exclusão] (*all-or-nothing*, que segundo *Dworkin*<sup>5</sup>, 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); a segunda se opera pelo método da interpretação e da valoração [coexistência] (critério de dimensão de "peso" ou de "importância" em *Dworkin*,<sup>6</sup> e critério de "grau", segundo *Alexy*<sup>7</sup>, ou seja, afasta-se um princípio em favor de outro sem, contudo, excluí-lo do sistema). Nesse sentido, como nos propusemos defender essa idéia aqui rapidamente colocada acerca desta diferença de efetividade normativa, fez-se necessária a conjugação de dois conhecimentos

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.034.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

<sup>6</sup> *Ibid*, p. 42.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie, Separata*, pp.1-65.

teóricos indispensáveis, ou seja, de um mínimo trato acerca da filosofia principiológica e de uma nova proposta interpretativa dos mesmos.

Primeiramente necessitamos conhecer e fundamentar a idéia da existência de princípios norteadores de uma decisão. Normas de cuja observância e admissão se mostram inafastáveis, sobretudo quando as regras jurídicas à disposição do interprete são ineficientes ou ausentes e, nesses casos, o Poder Judiciário não dá conta de efetivar o seu mister. *Ronald Dworkin* procedeu todo esse entendimento na sua filosofia, quando atacou fortemente o positivismo que privilegiava um sistema “duro” de regras sem qualquer espaço para o enfrentamento de outras considerações necessárias a uma tutela estatal mais justa.

*Dworkin* afirmava que em situações de penumbra, lacuna e antinomias legislativas, bem como nos casos de extrema injustiça, somente seriam capazes de se deduzir uma demanda a uma decisão correta e adequada, utilizando-se outras razões como as dos princípios, ao invés do manejo simplório de um modelo que ele mesmo criticou e atacou, ou seja, o modelo de regras de proposições limitadas ou o que conhecia como o extremo do positivismo jurídico.

É exatamente sobre esse entendimento, qual seja, o da existência e do dever de observância dessas razões principiológicas, que citamos *Dworkin*, para que, diante de sua filosofia e de algumas outras considerações, consigamos afinal exprimir princípios e sua peculiar força de norma.

Num segundo momento, será necessário também o auxílio da atividade da hermenêutica, no sentido de que esses princípios, que possuem conteúdo de direito material, serem concentrado na solução de um caso concreto. De nada adiantaria admitir a existência de princípios e suas essências, bem como sua indispensável importância como teorizou *Dworkin*, se não viermos a utilizá-los de maneira efetiva na solução de casos, sobretudo controvertidos ou marcados por qualquer espécie de negligência legislativa. E, por serem os princípios normas de baixa precisão e alto grau de abstração, é que para suas efetividades necessitamos de atividades interpretativas próprias. Nessa demonstração, contaremos também com os ensinamentos de *Humberto Ávila*, que liderando com sua teoria acerca dos princípios, nos ensinará também a melhor forma de aplicá-los submetidos a uma hermenêutica moderna, certa forma complexa, porém precisa.

Retomando, *Dworkin* foi o precursor e o maior responsável pelo surgimento desta idéia de que hoje conhecemos como princípios jurídicos. Contudo, para tal, teve de romper uma forte barreira construída pelo positivismo, consolidada no século XIX. No campo desta “batalha”, num aspecto normativo, tal obstáculo se traduzia num entendimento que promovia a união dos métodos da exegese com o do conceitualismo, dando ao interprete da norma uma tarefa neutra e fria em relação à lei. Significa dizer que a atividade deste interprete seria tão somente uma atividade automática ou mecânica, subsumindo os fatos dados às normas existentes e disponíveis, tudo dentro de um silogismo lógico, traduzindo-se numa espécie de “manual de instruções” entregue ao juiz, não lhe conferindo qualquer espaço para a ponderação e a interpretação.

Essa posição de repúdio ao sistema positivista tomada por *Dworkin* fica bem delimitada quando ele mesmo diz:

Minha estratégia está organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.<sup>8</sup>

Em outras palavras, *Dworkin* chama a atenção para a atividade judicial em última análise. A sua preocupação reside no fato de haver necessidade de uma resposta jurídico-estatal precisa diante de uma situação fática e controvertida, ou aquilo que ele mesmo chamou de um “caso difícil” (*hard case*). Essa resposta se constituiria num dever do juiz e num direito das partes litigantes na sua exata extração. Nesta seara, *Dworkin* rechaça fortemente a tese que dominava à época, de que os juízes estariam autorizados a criar novos direitos diante destes já citados casos difíceis que não dispunham de regras jurídicas que lhes conformassem imediata solução.

---

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 35-36.

Era o modelo positivista que dominava nas escolas de maior ressonância, não obstante criticado fortemente por *Dworkin* como a forma mais rígida ou apurada do positivismo. Tratado por ele como “...a versão mais poderosa do positivismo jurídico” - a teoria do Direito de *Hart* (Herbert L. A. Hart) -, esta continha defeitos capitais, como a incapacidade para dar conta da presença no Direito, de normas distintas das regras – isto é, princípios -, e da impossibilidade dela compreender aspectos essenciais do raciocínio judicial nos denominados casos difíceis, como a inserção, principalmente, de ingredientes interpretativos como valores axiológicos e políticos.<sup>9</sup>

Contra isso *Dworkin* propôs, em sua filosofia, o encontro entre direito e moral, através daquilo que chamou de princípios. Indicou um novo paradigma cuja rota não passava pela estratégia de um certo reconhecimento retroativo de estrutura existencial que limitava o direito a contornos quase que geometricamente definidos e de forma previsível, mas sim para um modelo cuja solução enxergava nos direitos individuais e na integridade da justiça uma prática social a ser exercitada e alcançada.<sup>10</sup>

Nesse mesmo sentido:<sup>11</sup>

Dworkin mantiene que junto a los derechos legales existen derechos morales. Los derechos jurídicos y los derechos morales no pertenecen a ordenes conceptuales distintos. En caso de conflicto entre derechos morales e jurídicos éstos no triunfan necesariamente sobre aquéllos. Si el juez decide que las razones derivadas de los derechos morales son tan fuertes que le imponen la obligación moral de hacer todo lo que pueda por apoyar esos derechos, entonces es posible que deba mentir. Según Dworkin el problema de los derechos no se resuelve mediante el mero reconocimiento legal porque el umbral entre derecho morales y jurídicos es difuso.

É exatamente nesse sentido que acima afirmamos a diversidade de normatividade entre regras e princípios, fundamentando na lógica diversa de suas operacionalidades. Na esteira desse raciocínio, preferimos então o próprio *Dworkin*:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da

<sup>9</sup> ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 1

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. *Op.cit.*, pp. 64-65.

<sup>11</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Ensayo sobre Dworkin, prólogo a Los derechos en serio*, Editorial Ariel, p. 17.

orientação que oferecem. As regras são aplicáveis quanto à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão<sup>12</sup>

(...)

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.<sup>13</sup>

Nas palavras de *Atienza*, passando por *Alexy*:<sup>14</sup>

A diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, mas sim de tipo qualitativo ou conceitual. As *regras* são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem somente ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso *determinações* no campo do possível fática e juridicamente. A forma característica de aplicação das regras é, por isso, a *subsunção*. Os *princípios*, no entanto, são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandatos de otimização* que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus.

Assim ficou marcado um novo paradigma dentro da filosofia jurídica e da Teoria do Direito. Significa dizer num certo rompimento de uma fase analítica do Direito estritamente formalizada e marcada pelo rígido comando das normas, passando para o entendimento e a admissão de que o estudo das ciências jurídicas invoca maiores complexidades. Complexidades estas ligadas a critérios adjacentes ao teor legal, ligadas diretamente a interpretação dos casos em particular que se revelam como indispensáveis fatores que dão o sentido a toda e qualquer norma de direito.

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

<sup>13</sup> *Ibid*, p. 42.

<sup>14</sup> ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2000, p. 204. Neste ponto citado por *Atienza*, as idéias de *Alexy* tocam a filosofia de *Dworkin*, não obstante o aquele discordar de vários pontos deste nosso marco teórico.