



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**EXPRESSÃO NORMATIVA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E A NATUREZA JURÍDICA DOS
PRINCÍPIOS**

Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão

Fortaleza - CE
Março, 2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

NILSITON RODRIGUES DE ANDRADE ARAGÃO

**EXPRESSÃO NORMATIVA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E A NATUREZA JURÍDICA DOS
PRINCÍPIOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa.

Fortaleza - Ceará
2010

A659e Aragão, Nilsiton Rodrigues de Andrade.
Expressão normativa dos direitos fundamentais e a natureza jurídica
dos princípios / Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão. - 2010.
130 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2010.
“Orientação: Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa.”

1. Direitos fundamentais. 2. Norma jurídica. I. Título.

CDU 342.7

NILSITON RODRIGUES DE ANDRADE ARAGÃO

**EXPRESSÃO NORMATIVA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E A NATUREZA JURÍDICA DOS
PRINCÍPIOS**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof^a. Dr^a. Joyceane Bezerra de Menezes
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof^a. Dr^a. Theresa Rachel Couto Correia
Universidade Federal do Ceará– UFC

Ao meu pai,
Antônio Costa Aragão,
maior entusiasta e incentivador
do meu desenvolvimento acadêmico.

“LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas o dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”.

Eduardo Couture

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a estrutura normativa dos direitos fundamentais, focado principalmente no estudo dos princípios jurídicos, espécie de norma jurídica pela qual os direitos fundamentais preferencialmente se expressam. O estudo do tema reflete a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, pois a resistência à plena aplicabilidade destas normas não se explica somente por questões de cunho político e econômico, mas também pela forte influência das incertezas teóricas que permeiam a sua estrutura normativa. Trata-se de um estudo qualitativo, cuja metodologia efetiva-se por meio de pesquisa bibliográfica e doutrinária, tanto no âmbito interno como externo, estabelecendo um diálogo entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da norma jurídica. A pesquisa evidenciou que o tema envolve intensas controvérsias, revelando a persistência de forte resistência ao reconhecimento da juridicidade dos princípios de direitos fundamentais por concepções teóricas herdadas de um positivismo jurídico extremado. O trabalho permitiu concluir que os princípios jurídicos possuem todas as características essenciais das normas jurídicas, inexistindo verdadeiros óbices teóricos à sua plena aplicação como forma de dotar os direitos fundamentais de máxima efetividade e proteção.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Teoria da Norma Jurídica. Princípios Jurídicos. Princípios e regras. Densificação dos direitos fundamentais.

ABSTRACT

The scope of the study is to analyze the normative structure of fundamental rights, primarily focused on the investigation about the legal principles, as a norm by which fundamental rights are expressed preferentially. The study of the issue reflects the concern about the effectiveness of fundamental rights, because the resistance to the full applicability of these standards can not be explained only by political and economic reasons, but also by the strong influence of theoretical uncertainties that permeate its regulatory framework. The research was developed through a qualitative methodology, especially by a literature in depth scan about the theory of fundamental rights and the theory of rule of law. The study revealed the persistence of a strong resistance to the recognition of principles as a juridical norm that expresses fundamental rights. This resistance emerges as a heritage of the extreme legal positivism. The analysis permit to conclude that the legal principles have all the elements of a juridical norm, so there are no theoretical obstacles to its full application as a way to protect and fundamental rights effective.

Keywords: Fundamental rights. Theory of juridical norm. Legal principles. Principles and rules. Densification of fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 EXPRESSÃO NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1.1 A expressão dos direitos fundamentais por princípios jurídicos	19
1.1.1 A normatividade dos princípios jurídicos.....	20
1.1.2 A evolução dos princípios jurídicos nas correntes filosóficas do direito	23
1.1.2.1 Os princípios no jusnaturalismo	23
1.1.2.2 Os princípios no juspositivismo	26
1.1.2.3 Os princípios no pós-positivismo	30
1.2 O valor na estrutura da norma jurídica	32
1.2.1 O carácter axiológico das normas de direitos fundamentais	33
1.2.2 Conceito de valor.....	37
1.2.3 A manifestação do valor nas normas de direitos fundamentais.....	40
1.2.4 Os princípios de direitos fundamentais e a cientificidade do direito.....	43
2 O ENQUADRAMENTO DOS PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONCEITO DE NORMA JURÍDICA.....	51
2.1 Norma ética.....	51
2.1.1 Norma moral e norma jurídica.....	53
2.1.2 Relação entre direitos e moral	56
2.2 Natureza da norma jurídica.....	59
2.2.1 Norma como imperativo.....	60
2.2.2 Hans Kelsen e o imperativo despsicologizado	63
2.2.3 Carlos Cossio e o Juízo disjuntivo.....	66

2.3	Conceito de norma jurídica	69
2.4	Características das normas jurídicas.....	70
2.4.1	Disjunção	70
2.4.2	Bilateralidade.....	72
2.4.3	Sanção.....	73
2.5	Estrutura normativa dos princípios jurídicos.....	77
2.5.1	Previsão de conduta	80
2.5.2	Estruturação deôntica	83
2.5.3	Previsão de sanção.....	85
3	REGRAS JURÍDICAS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS	88
3.1	Teses explicativas da distinção entre regras e princípios	88
3.2	Tese da distinção qualitativa entre regras e princípios	91
3.2.1	Precedentes históricos.....	91
3.2.1.1	Josef Esser	92
3.2.2	Paradigmas da teoria moderna.....	93
3.2.2.1	Ronald Dworkin	93
3.2.2.2	Robert Alexy	95
3.2.3	Contrapropostas	99
3.2.3.1	Klaus Günther.....	99
3.2.3.2	Humberto Ávila	102
3.2.4	A subsistência da teoria de Robert Alexy às contrapropostas	105
3.2.4.1	Momento de aplicação na definição da espécie normativa	106
3.2.4.2	Caráter prima facie das regras	107
3.2.4.3	Forma de aplicação dos princípios	109
3.3	Densificação dos princípios de direitos fundamentais	110
3.3.1	Necessidade de identificação do valor específico	110
3.3.2	Patamares de densificação	112

3.3.2.1	Densificação de princípio por princípios.....	114
3.3.2.2	Densificação de princípios por regras	118
3.3.3	Dupla função da densificação	119
3.3.3.1	Definição de conteúdo das regras	120
3.3.3.2	A complementação de lacunas	120
CONCLUSÃO.....		123
REFERÊNCIAS		127

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a estrutura normativa dos direitos fundamentais, em especial quanto à juridicidade dos princípios jurídicos pelos quais estes direitos preferencialmente se expressam. O assunto comporta grandes controvérsias jurídicas que remontam às mais basilares teorias do direito, refletindo, hoje, um dos aspectos de maior relevância na formação e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Embora o tema sempre tenha encontrado lugar na pauta dos principais debates jurídicos, ganhou nova tônica no contexto mundial contemporâneo, especialmente a partir da segunda metade do século XX, momento em que a efetivação dos direitos fundamentais revelou-se como medida indispensável à consecução dos objetivos centrais do Estado no cenário de reconstrução da ordem internacional. Contudo, a história recente demonstrou que a simples positivação destes direitos nas constituições não implicou necessariamente em sua maior efetivação, encontrando fortes barreiras em diversas dimensões da vida social, política, econômica e jurídica. Dentre estes obstáculos, sobressaem no campo do direito os resquícios do positivismo jurídico extremado que ainda permeiam a doutrina e a jurisprudência nacional.

A persistência da ineficácia dos direitos fundamentais por séculos não está somente em percalços de cunho político e econômico, mas sofre forte influência das incertezas teóricas que permeiam a sua estrutura normativa. Observa-se um grande vácuo entre a teoria da norma jurídica e a teoria dos direitos fundamentais, que se intensifica na explicação da normatividade dos princípios jurídicos. Apesar da imposição de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais encontrar respaldo no texto constitucional, apoiada inclusive pela rigidez oferecida por sua condição de cláusula pétrea, a efetivação dos princípios jurídicos que expressam tais direitos continua a sofrer severas resistências, algumas delas veladas e pouco evidentes, pautadas na dificuldade de fundamentação objetiva da aplicação destas normas.

Para a superação desta conjuntura, impõe-se analisar o tema de forma sistemática, superando a confusão que se implantou entre os conceitos de valor e de direitos fundamentais e entre os de princípio e de normas morais, percebendo-se que, apesar de se aproximarem, não

se confundem. Somente com a constatação de que os princípios de direitos fundamentais consistem em normas jurídicas que se expressam de maneira deontica e que possuem um suporte fático identificável, serão ultrapassadas as barreiras do fetichismo legal que vigorou outrora, garantindo plena efetividade a estes direitos.

Assim, a atualidade e a relevância prática e teórica do assunto já fundamentam, demasiadamente, a escolha do tema para a construção de uma pesquisa científica. Neste cenário de extremos embates doutrinários, pretende-se defender concepções fundadas na teoria dos direitos fundamentais e na teoria da norma jurídica, compreendidas conjuntamente, uma suprimindo as lacunas da outra. Com tal escopo, sistematizou-se o presente trabalho em três capítulos.

No primeiro, analisa-se a forma como os direitos fundamentais se expressam formalmente, de modo a se entender a relação entre estes e os princípios jurídicos. A compreensão da ligação existente entre os direitos fundamentais e esta espécie normativa revela-se de extrema importância para perceber a razão do déficit de efetividade pelo qual ambos passaram até meados do século passado. Neste desiderato, procede-se a uma análise da evolução das concepções acerca da natureza dos princípios jurídicos utilizadas pelas correntes do jusnaturalismo e do juspositivismo, de modo a se compreender e contextualizar os debates doutrinários que permearam o tema até os dias atuais.

Ainda na primeira parte do trabalho, aprecia-se a forma de atuação do valor na estrutura normativa dos princípios de direitos fundamentais, problematizando e conceituando este elemento a fim de esclarecer que, embora ele esteja presente nestas normas, com elas não se confunde, haja vista se tratarem de institutos distintos. Também se pondera quanto à forte carga axiológica presente nos princípios compromete sua juridicidade ou apenas os torna mais gerais e abstratos. Por fim, o estudo empenha-se em investigar maneiras de compatibilizar a presença dominante do valor nos direitos fundamentais com a exigência de abordar a temática com pretensões de rigor científico, em uma releitura das concepções juspositivistas de cientificidade jurídica.

O capítulo segundo visa a analisar a adequação dos princípios jurídicos ao conceito de norma jurídica. Para tanto, inicialmente, a norma jurídica é examinada em contraponto com as normas morais, no intuito de revelar as especificidades destas duas espécies de normas éticas, objetivando-se avaliar as concepções que pregavam que os princípios de direitos

fundamentais eram normas morais e não jurídicas. Para melhor compreensão desta questão, abordara-se as relações entre o Direito e a Moral, de modo a entender seus pontos de contato e de influência mútua. O entendimento destas questões é imprescindível para que se superem as propostas que defendem que os direitos fundamentais se expressam por normas morais e não por norma jurídicas.

Dando prosseguimento a esta parte do trabalho, examina-se a natureza das normas jurídicas com o propósito de identificar as características essenciais que compõem seu conceito. Tendo em mãos a definição de norma jurídica, realiza-se uma comparação com os princípios jurídicos para averiguar se todas as características da norma se manifestam em sua estrutura, buscando-se saber se eles podem ser enquadrados dentro deste conceito.

No terceiro e derradeiro capítulo, analisaram-se as diferenças que permitem distinguir as regras dos princípios, estabelecendo-as como espécies distintas do gênero norma jurídica. Para tanto, estudaram-se as teorias de alguns autores que se debruçaram sobre o tema, como Josef Esser, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Claus Günter e Humberto Ávila, apreciando as posições doutrinárias sobre as distinções na forma de aplicação das regras e dos princípios. Nesse momento, pretende-se problematizar se a aplicação dos princípios jurídicos, mesmo com um grau de complexidade mais elevado, pode se dar de maneira relativamente objetiva como a das regras.

Por fim, realiza-se uma avaliação da relação entre os princípios e as regras, procurando-se estabelecer como os valores presentes nos direitos fundamentais se irradiam nas demais normas do ordenamento jurídico. Nessa parte do estudo, analisa-se a necessidade de densificação dos princípios jurídicos de direitos fundamentais por outros que melhor especifiquem os valores a serem assegurados e por regras jurídicas que indiquem o suporte fático de maneira mais precisa, favorecendo a efetividade de tais direitos com a progressiva amenização do seu alto grau de generalidade e abstratividade.

Como visto, o presente trabalho destina-se a fazer incidir as novas concepções teóricas acerca dos direitos fundamentais na análise da teoria da norma jurídica, no intento de se demonstrar que não goza de autoridade o entendimento conservador de que os princípios de direitos fundamentais não se enquadram no conceito de norma jurídica, mas que, ao contrário, neles estão presentes todos os elementos necessários a uma aplicação objetiva e fundamentada.

A compreensão da estrutura normativa dos direitos fundamentais sobre esta nova ótica garante-lhes maior eficácia e efetividade, possibilitando a consolidação dos ideais do Estado Democrático de Direito buscados com a promulgação da Constituição de 1988. Somente com atribuição de juridicidade às normas que expressam os direitos mais basilares do ordenamento, possibilitar-se-á a real defesa da dignidade humana e somente ao se assegurar esta de maneira razoável torna-se possível a efetivação da cidadania e a participação popular.

1 EXPRESSÃO NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Durante a primeira metade do século XX, o continente europeu foi palco de trágicos acontecimentos que ensejaram profundas mudanças na configuração política do mundo. O problemático contexto social vivenciado pelos países europeus neste período demonstrou a inviabilidade do modelo de atuação estatal, especialmente no campo econômico. A realidade política, social e econômica da Europa ofereceu as circunstâncias necessárias ao advento de governos totalitários, como o de Mussolini na Itália, o de Salazar em Portugal, o de Hitler na Alemanha e o de Franco na Espanha.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, principalmente após os julgamentos de Nuremberg, verificou-se a necessidade de reformulação na estrutura organizacional dos estados ocidentais para redirecionar a atenção dos poderes públicos prioritariamente à efetividade dos direitos básicos do indivíduo. Não se tratava apenas de uma opção humanitária, mas de uma orientação destinada a reduzir as instabilidades sociais e políticas com suas graves consequências internas e externas. No campo do Direito, porém, até este período, os direitos fundamentais individuais, coletivos e, principalmente, os sociais não eram encarados como institutos jurídicos hábeis a determinar ações ao poder estatal de forma impositiva, mas como simples pautas programáticas, cumpridas de acordo com seu senso de conveniência e oportunidade.

A grande barreira teórica à aplicabilidade dos direitos fundamentais estava na inadequação de sua expressão formal ao conceito de norma jurídica adotado pelo positivismo jurídico, corrente doutrinária predominante até meados do século XX, uma vez que estes direitos não prescreviam uma conduta, e sim um valor. É o que se depreende, por exemplo, do positivismo preconizado por Hans Kelsen ao delimitar o objeto da norma jurídica (1986, p. 113) nos seguintes termos: “Objeto de uma norma é aquilo que está prescrito numa norma, fixado como devido, é a conduta de um ser dotado de razão e de vontade – segundo nossa concepção de hoje – é a conduta de uma pessoa”.

O centro de toda a controvérsia que cercava a normatividade dos direitos fundamentais estava na aversão ao “valor”, considerado um “elemento estranho”, uma “impureza”, que

contaminava e prejudicava a cientificidade do Direito e, por esta razão, devia ser afastado da análise jurídica. As concepções teóricas que predominavam à época não permitiam que se visualizasse em enunciados com forte caráter axiológico a indicação de um *dever ser* (deonticidade), afirmando tratar-se de disposições ônticas próprias da Moral e não do Direito.

Os direitos fundamentais, pela própria ideia de fundamentalidade, trazem em sua essência a defesa de valores que devem se disseminar por todos os demais direitos previstos no ordenamento. Isto somente se torna possível através da proclamação de um elemento axiológico, de modo que não há como afastar da expressão formal dos direitos fundamentais a presença manifesta de um valor. Esta peculiaridade fez com que sua manifestação textual não só fosse mais geral e abstrata que as demais normas, mas também que se distinguisse de maneira estrutural, pois privilegia a expressão do valor e não da conduta.

Em razão desta ligação, as críticas feitas ao valor pelo positivismo jurídico, particularmente em sua vertente kelseniana, se transmutaram para os direitos fundamentais, gerando questionamentos acerca de sua juridicidade, de modo que os enunciados pelos quais se manifestavam tais direitos não foram inicialmente qualificados como “normas jurídicas”, mas designados como ‘princípios’, no intuito de demonstrar a ausência de força normativa. Esta qualificação aparentemente teórica implica em sérias consequências sociais e políticas, na medida em que retira a força jurídica de normas com grande potencial para legitimar e estimular uma intervenção mais vigorosa do Estado sobre a realidade.

Somente se consideravam normas jurídicas aquelas que regulassem diretamente uma conduta, sem manifestação expressa do valor, que teria exercido seu papel ainda no processo de elaboração da norma quando da qualificação positiva ou negativa desta conduta. Nos princípios, a realidade é inversa. O legislador, ao em vez de demarcar a conduta, especifica diretamente o valor, atribuindo a função de delimitação do suporte fático para o aplicador.

Desta forma, os princípios de direitos fundamentais passaram a representar uma estrutura que se aproximava muito mais de uma exortação moral ou consuetudinária, que contribuía no processo de produção do direito positivo, mas com ele não se confundia, não havendo, portanto, como pleitear perante o Judiciário seu cumprimento forçado. É o que se colhe do seguinte excerto de Hans Kelsen (1986, p. 151):

Que princípio da Moral, da Política, do (sic) Costumes, são ‘materializados’ por atos jurídico-formativos, apenas pode significar que normas jurídicas produzidas por atos jurídico-formativos – segundo seu conteúdo – correspondem a esses princípios. Isso

não é, porém, nenhuma razão para considerar esses princípios como Direito positivo, quer ele também abranja esses 'princípios'.

Embora esta concepção teórica tenha se originado na Europa, suas consequências foram sentidas na mesma intensidade no Brasil. O direito brasileiro recebeu forte influência da doutrina europeia e a concepção hermética do positivismo kelseniano se adequou bem aos regimes totalitários instaurados durante o desenrolar do século XX, gerando uma instabilidade política refletida claramente nas sete constituições que regeram o país neste período. Em face desta conjuntura, até o processo de redemocratização do país na segunda metade da década de 1980, os mais basilares direitos fundamentais, como o da liberdade de expressão e locomoção ficavam à mercê da opinião política dos governantes.

Com a queda dos regimes ditatoriais, tanto na Europa, no período do pós-Guerra, como posteriormente na América Latina, começou a se firmar no plano político e jurídico a concepção de Estado Democrático de Direito. Entre os temas que se sobressaem nesta reformulação política e jurídica, destacou-se a efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que a carência de força jurídica destes direitos representou um forte elemento de insegurança e instabilidade no plano do direito que se projetava sobre o sistema econômico e político.

Nesta nova ordem os princípios jurídicos que expressavam direitos fundamentais não poderiam continuar sendo considerados mera expressão do valor, mas exigia-se que fossem encarados como normas jurídicas propriamente ditas, passando de uma manifestação ôntica (*ser*) para uma deôntica (*dever ser*).¹ Por esta razão, as constituições passaram a prever em seus textos disposições determinando a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, instituto que encontra guarida no ordenamento brasileiro, atualmente no § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Foi com a evolução do constitucionalismo que o tema passou a ser analisado sob uma nova perspectiva, na busca de maior eficácia do texto constitucional. Embora o movimento constitucionalista tenha surgido ainda no século XVIII, somente após a segunda metade do século XX, com o estabelecimento do Estado Constitucional, por meio do reconhecimento da importância superior do modelo axiológico estabelecido nas constituições e da força

¹ Robert Alexy (2008, p. 144) compara princípio e valores observando que: “A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de ser caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo”.

normativa de suas disposições, foi possível defender esta assertiva.² Neste momento e sobre estas bases, surge o neoconstitucionalismo, não como uma corrente jusfilosófica ou mesmo como um movimento teórico organizado, mas como uma tendência facilmente constatada na produção acadêmica e jurisprudencial contemporânea que converge em inúmeros aspectos. Neste sentido é a lição de André Rufino do Vale (2009, p. 22):

Esses pontos em comum, retirados de teorias cujas bases filosóficas são bastante ecléticas, podem ser sintetizados da seguinte maneira: “a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direitos e Moral.

Não existem dois constitucionalismos, mas não se pode afirmar que o constitucionalismo atual é o mesmo do século XVIII, pois neste interstício suas bases teóricas passaram por grande evolução, realidade que exige um tratamento diferenciado. Entre os aspectos que mais sofreram alterações, destaca-se exatamente a normatividade dos direitos fundamentais.

Julgados recentes da Suprema Corte brasileira têm demonstrado esta evolução de pensamento na superação de posicionamentos conservadores que se firmaram ainda sob a égide dos regimes que vigoraram até a segunda metade do século XX, passando a adotar entendimentos que privilegiam a efetividade dos direitos fundamentais, tratando-os como normas jurídicas instituidoras de obrigações tanto aos poderes públicos como aos particulares. Entre estas é possível citar, somente a título de exemplo, a proibição da prisão civil do depositário infiel³; a aplicação do direito de greve aos servidores públicos por meio do mandado de injunção⁴; a não recepção da lei de imprensa como forma de efetivar a liberdade

² É o que observa Ana Paula de Barcelos (2008, p. 16): “A partir da segunda metade do século XX, todavia, também na Europa continental e progressivamente nos demais países de influência romano-germânica, consolidou-se o entendimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas e, mais que isso, normas dotadas de superioridade hierárquica”.

³ STF; RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106.

⁴ STF; MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207

de expressão⁵; e o reconhecimento do direito a progressão de regime nas condenações por crimes hediondos.⁶

Assim, no estudo atual dos direitos fundamentais, é indispensável ter-se em mente uma informação basilar: as normas de direitos fundamentais são normas jurídicas. Esta assertiva parece uma colocação totalmente despropositada diante de sua usualidade nos textos jurídicos contemporâneos, mas há bem pouco tempo a evidência incontestável era da afirmação oposta. Tal tema mostra-se extremamente controvertido, uma vez que a forma como os direitos fundamentais se expressam formalmente não se enquadra de modo perfeito nos conceitos de norma jurídica construídos nos séculos XVIII e XIX e não se tem uma formulação teórica na modernidade que supere a teoria anterior e que seja majoritariamente aceita pelos estudiosos do tema.

A grande questão que ainda cerca a matéria é como disposições antes consideradas simples valores jurídicos ganharam deonticidade se transmutando em normas jurídicas e como a teoria da norma evoluiu para admitir esta transformação. Para sua superação mostra-se necessário estudar de maneira mais profunda os conceitos de valor, norma, princípios e regras jurídicas. Somente com a delimitação da natureza jurídica dos princípios torna-se possível compreender a estrutura normativa dos direitos fundamentais, aspecto indispensável para a efetividade destas normas, razão pela qual tal estudo assume a condição de pedra angular sobre a qual se constrói a teoria moderna dos direitos fundamentais e se consolidam as novas bases para a democracia brasileira.

1.1 A expressão dos Direitos fundamentais por princípios jurídicos

A presença predominante do valor como ponto comum aos direitos fundamentais e aos princípios jurídicos fez com que se procedesse a uma forte aproximação entre estes institutos. Esta semelhança gera uma compatibilidade do conteúdo dos direitos fundamentais com a estrutura normativa dos princípios jurídicos, de modo que esta vem a ser a sua forma de expressão predominantemente.⁷ De tão intensa a ligação entre eles, chega-se algumas vezes a confundir seus conceitos, utilizando-os indistintamente como sinônimos.

⁵ STF; ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001

⁶ STF. HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795

⁷ Alexy (2008, p. 144) observa bem esta ligação entre valor e princípio: “Duas considerações fazem com que seja facilmente perceptível que princípios e valores estão intimamente relacionados: de um lado, é possível

Importante frisar que os direitos fundamentais não se expressam necessariamente por meio de princípios, inexistindo óbices para que o façam sob a forma de regras, assegurando as condutas específicas indispensáveis a uma existência digna. Nos mesmos termos, nem todo princípio expressa direitos fundamentais, trata-se de uma espécie normativa, que, assim como as regras, pode se manifestar nas mais variadas áreas do Direito e nos mais distintos graus hierárquicos do ordenamento.

Diante deste vínculo entre o direito e a espécie de norma que, via de regra, o expressa, constatou-se uma intensa aproximação da teoria dos direitos fundamentais com a teoria da norma jurídica, em especial no que concerne aos princípios jurídicos. Esta íntima ligação induziu o estudo conjunto dos temas, de modo que nas obras mais modernas é difícil encontrar uma análise sobre princípios jurídicos que não acabe avançando na seara dos direitos fundamentais, e, da mesma forma, rara a obra que se dedique aos direitos fundamentais que não possua ao menos um tópico específico para a análise da normatividade dos princípios.

1.1.1 A normatividade dos princípios jurídicos

O problema que cerca a proximidade dos direitos fundamentais com os princípios está no fato de que estes careciam de um grave déficit de normatividade até meados do século passado, pois sua estrutura lógica não atendia às exigências de clareza e certeza impostas de forma rígida pelo positivismo jurídico que predominava. Desta forma, os princípios jurídicos ingressam nas constituições, nos códigos e nos tratados internacionais com estrutura formal que não correspondia claramente ao padrão normativo vigente, comprometendo, por consequência, a força impositiva dos direitos por eles expressados, que acabava sendo mínima ou mesmo nula, não vinculando os poderes públicos ou os particulares.

Na tentativa de se estabelecer uma nova perspectiva de análise dos princípios, que superasse tais ideias e garantisse a eles força tal qual à atribuída aos demais direitos, observou-se um grande volume de incursões doutrinárias na busca de um arcabouço teórico que demonstrasse que os princípios poderiam ser aplicados de maneira similar ao que se entendia por normas jurídicas. A elevação do conceito de norma jurídica à categoria de gênero, admitindo os princípios jurídicos como espécie ao lado do que se convencionou

falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores”.

chamar de regra, que corresponderia ao conceito de norma jurídica até então predominante, foi a proposta que encontrou mais adeptos.⁸ Procedeu-se a uma alteração terminológica do termo “norma jurídica” para o termo “regra”, para que aquele pudesse nomear o gênero das espécies normativas, abrangendo também os princípios.

Esta proposta tem como objetivo o afastamento de uma concepção política e jurídica limitadora dos direitos fundamentais vigentes principalmente nas ditaduras militares da primeira metade do século XIX. De modo simples, o que se pretendeu com esta nova proposição organizacional das normas jurídicas desenvolvida no neoconstitucionalismo foi transmitir a seguinte mensagem: os princípios jurídicos devem ser aplicados e efetivados na maior medida possível.

Para evitar possíveis confusões, é importante que nesta abordagem utilize-se a classificação das normas jurídicas de acordo com o critério de sua estrutura, considerando como espécies as regras e os princípios. Todavia, vale lembrar que esta é somente uma das classificações existentes, sendo plenamente possível organizar as normas jurídicas de acordo com outros critérios, como sua fonte (norma legal, norma consuetudinária, norma jurisprudencial e norma doutrinária), sua posição hierárquica no ordenamento (norma constitucional, norma supralegal e norma infraconstitucional), entre outros. Esta colocação é relevante para que se entenda que uma norma pode se manifestar simultaneamente de acordo com mais de um critério classificatório, de modo que um princípio jurídico, por exemplo, pode surgir por força de uma lei ou por uma criação jurisprudencial⁹ e pode também estar presente na Constituição ou em uma lei infraconstitucional.

Estas questões acidentais não interferem na estrutura normativa do princípio, somente lhes garantem uma diferença de tratamento a depender do sistema jurídico adotado pelo Estado. Assim, no Brasil, assumem maior relevância aqueles fruto de uma atuação legislativa e de hierarquia constitucional. Já na Inglaterra, por exemplo, o precedente jurisprudencial revela maior importância e a constituição não tem uma hierarquia superior propriamente dita.

⁸ Entre os juristas que se dedicaram a este estudo é possível citar, somente a título exemplificativo, Josef Esser (1979), Ronald Dworin (2002), Robert Alexy (2008), Claus Günter (2004), Humberto Ávila (2007), doutrinadores estes que serão oportunamente estudados neste trabalho.

⁹ É o que observa Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 221), ao estudar os princípios, afirmando que: “Podem ser, e, na verdade, são eles veiculados através de quaisquer espécies de normas, constituindo conteúdo seja da lei, do costume, da jurisprudência ou da doutrina. São normas pela metade, incompletas, mas, em todo caso norma. Essa, sua peculiaridade irresistível.”

Todavia, como o foco de estudo são os direitos fundamentais brasileiros, deter-se-á nas normas que gozam de fundamentalidade material e formal nos termos do ordenamento pátrio.

Embora hoje já se constate uma conjuntura um pouco diferente da observada em meados do século passado, sendo a força normativa dos princípios uma afirmação até corriqueira, em verdade, os fundamentos de tal posicionamento são, na maioria dos casos, simplesmente ignorados. De modo geral, logicamente ressalvadas inúmeras exceções, a doutrina e a jurisprudência vêm repetindo acriticamente uma conclusão da qual parecem desprezar a complexidade, tratando a normatividade dos princípios como tema pacífico, negando-se a possibilidade de estudos mais detalhados. Esta postura obstaculiza a plena efetivação dos direitos expressos nestas normas, pois a nebulosidade no seu procedimento de aplicação traz à tona as antigas críticas do positivismo jurídico sobre a ausência de limites à atuação dos magistrados.

Paradoxalmente, ao mesmo passo em que os trabalhos científicos acerca de princípios jurídicos se multiplicam nos meios acadêmicos, a fundamentação teórica do tema aparenta estar cada vez mais embaralhada e distorcida. Ao que parece, tomando-se por base a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, normalmente expressos por princípios, a lógica do raciocínio é invertida, partindo-se da conclusão para a busca de argumentos que lhe garantam fundamento, motivo pelo qual, sem esquecer valiosos trabalhos sobre o tema, multiplicam-se em progressão geométrica pseudoteorias e supostas descobertas revolucionárias sobre a estrutura normativa dos princípios jurídicos. Em verdade, o que existe é um grande vácuo teórico entre a teoria da norma jurídica e a teoria dos direitos fundamentais, no que concerne exatamente na explicação da normatividade dos princípios jurídicos.

Para tentar fugir desta linha, deve-se buscar na doutrina clássica os fundamentos desta assertiva, mediante uma reconstrução da problemática, de modo a identificar os argumentos favoráveis e contrários, confrontando-os sob a ótica da nova conjuntura social e política, a fim de observar qual o resultado mais coerente com a lógica jurídica atual. Nesta tarefa, logicamente, não se irá afirmar a descoberta de uma conclusão definitiva e acabada sobre a questão. Simplesmente propõe-se uma construção teórica fundamentada que enfrente a controvérsia de maneira satisfatória. Assim, não se pretende expor certezas, mas compartilhar dúvidas, para fomentar o desenvolvimento acadêmico da normatividade dos princípios jurídicos.

Importante observar que este tema tomou nova tônica a partir das concepções jusfilosóficas que passaram a predominar em meados do século passado, propulsionado, principalmente, pela ascensão de importância dos direitos fundamentais.

1.1.2 A evolução dos princípios jurídicos nas correntes filosóficas do Direito

Para o entendimento da estrutura normativa dos direitos fundamentais, é importante realizar uma rápida análise do problema sob o aspecto filosófico, ou seja, compreender a fundamentação teórica que implicou na rejeição inicial da juridicidade dos princípios e no posterior reconhecimento de sua força normativa.

Paulo Bonavides (2007, p. 232-237) analisa a evolução da juridicidade dos princípios jurídicos em três fases, relacionando-a com as principais correntes jusfilosóficas. A primeira seria a fase jusnaturalista, na qual os princípios atuariam somente como base axiológica de inspiração do direito positivo; na segunda fase, a do juspositivismo, os princípios ingressam nos códigos, mas apenas como fonte normativa subsidiária; e a terceira fase relaciona-se com o pós-positivismo, é a atual, momento em que se reconhece a normatividade dos princípios jurídicos.

Contudo, não se pode perder de vista que a ligação entre as fases da evolução da juridicidade dos princípios jurídicos e as correntes jusfilosóficas não é absoluta, existindo certa dissonância oriunda da própria realidade histórica que não se desenvolve de maneira matemática, mas é permeada por avanços e retrocessos. Porém, a abordagem deste jurista permite que se visualize de maneira mais didática o processo de judicialização dos princípios, possibilitando um melhor entendimento do eixo da controvérsia sobre a aplicação dos direitos fundamentais e a importância do assunto para a conjuntura atual.

1.1.2.1 Os princípios no Jusnaturalismo

Como os princípios manifestam diretamente valores, foram apontados inicialmente como forma de expressão das normas de direito natural. Esta pode ser considerada a etapa inaugural do processo de evolução rumo ao reconhecimento da normatividade dos princípios, os quais, neste estágio, não encontravam relação direta com o direito positivo, embora mantivessem muita proximidade com a ideia de justiça. Segundo Paulo Bonavides (2007, p. 232): “A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”.

O jusnaturalismo é a corrente jusfilosófica que busca, com maior vigor, uma base eticovalorativa para o Direito, sustentada na ideia de que acima das leis positivas existe um direito legítimo baseado em valores fundamentais que servem de modelo às leis humanas: o “direito natural”. Trata-se de um sistema de normas de conduta que encontra validade em si mesmo, diverso do sistema fixado pelo Estado, sendo cronologicamente anterior e valorativamente superior a este. A essência de seu modelo atravessa a história da humanidade, juntamente com o Direito, pois, em tais casos, se confunde com a própria noção de Justiça, já que o homem nunca se conformou com a noção de leis com caráter puramente estatal, desvinculadas de um conteúdo ético.

As discussões doutrinárias sobre o direito natural têm suas concepções básicas herdadas originalmente da Antiguidade Clássica.¹⁰ As produções filosóficas desta época apontavam o ser humano como titular de direitos naturais inalienáveis, conferíveis ao homem pelo simples fato deste existir, concepções estas que influenciariam diretamente o pensamento jusnaturalista que predominou, no campo jurídico, até meados do século XVIII.

Importante observar que neste período, como em todas as épocas que o seguiram, as normas de direito natural coexistiam com normas positivadas e não assumiam caráter superior a estas. Ao contrário, sendo consideradas gerais em relação às normas positivadas, estas prevaleciam em caso de conflito, em razão de serem mais específicas em seus objetivos.¹¹ Contudo, a precária produção legislativa daquele tempo garantia ampla aplicabilidade aos princípios do direito natural.

Na Idade Média, mais precisamente na segunda metade do século XIII, Santo Tomás de Aquino traçou ensinamentos de grande relevância acerca de postulados de cunho suprapositivo, tratando-os como ordem divina imposta à razão humana. Estes ensinamentos orientavam, limitavam e legitimavam o Poder. Os ensinamentos de Santo Tomás de Aquino influenciaram sobremaneira o pensamento cristão da Idade Média, o que acarretou uma maior

¹⁰ Na célebre tragédia de Sófocles (2002, p. 96), intitulada pelo nome de sua protagonista, Antígona desobedece a uma determinação de seu tio Creonte que nega o sepultamento a Polinices, morto em combate com seu irmão Eteócles, assim argumentando: “Assim, pois não foi decisão de Zeus; e a justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje, são eternas, sim! e ninguém poder dizer quando vigoram! Decretos como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a punição dos deuses!”

¹¹ É o que se depreende do seguinte excerto de Aristóteles (Cap. 7, Livro V) em *Ética a Nicômacos*: “Da justiça política, uma parte é natural, a outra é legal. A natural tem em qualquer lugar a mesma eficácia, e não depende das nossas opiniões; a legal é, em sua origem, indiferente que se faça assim ou de outro modo; mas, uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente.”

valorização do Jusnaturalismo, haja vista que os grandes núcleos pensantes daquele tempo pertenciam à Igreja.¹²

Fica claro que nesta época as bases em que se apoiava o direito natural eram de cunho eminentemente religioso. Esta é a principal razão do predomínio do jusnaturalismo, pois a Igreja Católica exercia grande influência sobre as sociedades da época, intervindo desde a economia até a política, atuando de forma decisiva e quase sempre assumindo a função julgadora nos conflitos de interesses. Neste período, os princípios que expressavam o direito natural eram compreendidos não como simples direito comum, mas como expressão da vontade divina fazendo com que, de certo modo, se sobrepusesse ao direito positivo em casos de conflito.

No final do século XV e, de forma mais clara, no início do século XVI, a fundamentação do direito começa a admitir outra fonte. Buscando-se o afastamento do dogmatismo medieval e do ambiente teológico em que se desenvolveram os ideais naturalistas, observou-se um verdadeiro processo de laicização do direito natural. Diversos movimentos doutrinários, somados a outros, como o protestantismo, as políticas absolutistas e o mercantilismo, abriram espaço para outras explicações sobre os fundamentos do Direito Natural, entre as quais merece relevância a proposta pelo holandês Hugo Grotius,¹³ enunciada no *De jure belli ac pacis*, de 1625, que, em sua doutrina do humanismo racionalista, viu na razão humana e não em Deus o fundamento de validade das normas de direito natural, pois são asseguradas a todos os seres humanos, independentemente de sua crença religiosa.

O século XVII foi um momento decisivo para o direito natural, ocasião em que as concepções contratualistas de sociedade desenvolvidas por John Locke sobre a autovinculação dos governados e da liberdade dos indivíduos como limite do poder estatal garantiram uma formulação mais elaborada à corrente jusnaturalista, dando particular relevância aos direitos naturais.¹⁴ Esta evolução não se limitou apenas ao plano teórico.

¹² Apoiava este pensamento, por exemplo, O trecho da Bíblia escrito por São Paulo (Rom. 2, 14-15) que aponta para o direito natural: “Porque, quando os gentios, que não têm lei, fazem naturalmente as coisas que são da lei, não tendo eles lei, para si mesmos são lei; Os quais mostram a obra da lei escrita em seus corações, testificando juntamente a sua consciência, e os seus pensamentos, quer acusando-os, quer defendendo-os”.

¹³ Sobre o tema, Paulo Bonavides (2007, p. 75) frisou que “o advento do jusnaturalismo leigo fora precursoramente elaborado por Grotius, quando separou o tema de quaisquer reflexões de ordem religiosa e cuidou, com a tese do direito inalienável, haver resolvido em definitivo toda a problemática da legitimação jurídica, que passaria a resumir-se nisso: direito contrário à natureza humana não é direito”.

¹⁴ É o que se observa na análise de François Châtelet (2000, p. 59), ao afirmar que para Locke, “o pacto de instituição do poder público, o Estado, é muito diferente do que Grócio imaginava e do que Hobbes prescrevia. O primeiro pensa num contrato que liga os cidadãos entre si, por um lado, e, por outro, tais cidadãos enquanto

Diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas da época deram uma importante relevância prática aos princípios do Direito Natural.

Ocorre que o predomínio das ciências da natureza contagiava o setor das Ciências Sociais, induzindo uma tentativa de se transpor para estas os métodos científicos daquelas. Assim, começa a se desenvolver uma ciência do direito afastando metodologias adotadas por outras ciências, identificando, por conseguinte, objeto, método e processos próprios. Neste sentido, começa a ideia de pureza da ciência jurídica, que acabaria comprometendo a eficácia dos princípios.

O caráter metafísico e abstrato dos princípios do Direito Natural coloca em dúvida sua juridicidade, fazendo-os residir em uma esfera muito abstrata, o que acaba por deixar sua normatividade, senão nula, pelo menos muito duvidosa. Em razão disto, foram formuladas teorias na tentativa de afastar as proposições axiológicas do Direito. Desenvolve-se, então, um conceito fechado de norma jurídica no qual se pregava não haver mais espaço para as incertezas e inseguranças que os valores traziam.

Com base nestas ideias, o século XIX trouxe uma nova realidade à vida jurídica, que se reformulou sobre a noção de um sistema racional e universal de normas baseadas na natureza humana. Buscavam-se reformas legislativas que garantissem ao Direito, entre outras coisas, clareza, unidade e certeza. Assim, ao mesmo tempo em que o jusnaturalismo celebrava seu triunfo, esgotava sua função, dando lugar a uma nova forma de explicar o direito: o positivismo jurídico.

1.1.2.2 Os princípios no juspositivismo

Diante da importância de alguns princípios e como forma de garantir maior consistência e completude ao ordenamento, os princípios começam a ser positivados, mas ingressam na legislação não como normas jurídicas propriamente ditas, e sim como ferramentas de complementação lógica. Aponta-se este novo momento como segunda etapa do processo de evolução da juridicidade dos princípios, como afirma Paulo Bonavides (2007, p. 235): “A

coletividade e a instância suprema; o segundo o concebe como cessão integral que obriga os súditos e não implica nenhuma obrigação por parte do Estado. Locke tem uma posição diversa na medida em que, em sua opinião, a sociedade enquanto tal - no estado da natureza - possui a capacidade de se organizar de modo harmonioso, sem que haja necessidade de recorrer á ordem política. O que impõe a instauração dessa ordem é a impotência que se encontra reduzida uma tal sociedade quando sua organização natural é ameaçada por inimigos internos e externos. Os direitos naturais não têm força: é indispensável constituir um poder que os enuncie e formalize - que lhes dê força de lei - e que imponha sua efetividade (mediante a coerção).”

segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como ‘válvula de segurança’, que ‘garante o reinado da lei’”.

A crença na possibilidade de se empregar no estudo do Direito os mesmos métodos das Ciências Naturais fez nascer uma série de doutrinas e escolas que dominaram o pensamento jurídico europeu do século XIX, garantindo grande força aos ideais do positivismo jurídico.¹⁵ A mentalidade jurídica baseada no princípio da autoridade e da separação dos poderes tinha como consequência fundamental a presunção de completude do ordenamento, não podendo o juiz criar o direito, ferindo a competência legislativa.

A produção doutrinária mais consistente e que mais influenciou este período foi a Teoria Pura do Direito, elaborada por um dos mais expressivos jusfilósofos modernos: Hans Kelsen.¹⁶ Em uma época em que a cientificidade do direito estava abalada em razão da abstração elevada do jusnaturalismo, este autor tenta fortalecer o direito afastando-o do relativismo axiológico, garantindo-lhe um caráter formalista, no qual se estuda o direito a partir do processo de formação (validade e vigência) e das relações entre as normas e o ordenamento, jamais procurando repostas em uma ideia de justiça, pois esta análise caberia a outras ciências, como a filosofia e a sociologia. Assim, expressamente, se manifesta Hans Kelsen (2006, p. 67):

Ao definir o Direito como norma, na medida em que ele constitui o objeto de uma específica ciência jurídica, delimitamo-lo em face da natureza e, ao mesmo tempo, delimitamos a ciência jurídica em face da ciência natural. Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao seu conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e

¹⁵ Embora somente na segunda metade do século XIX esta corrente tenha ganhado espaço, suas bases filosóficas são quase tão antigas quanto às do direito natural. Protágoras, que viveu por volta de 400 a.C., foi um dos pensadores que anteciparam os princípios do positivismo, sustentando que a obrigatoriedade das leis humanas prescindia de conteúdo ético. Durante a Idade Média, também existiram expoentes do juspositivismo, como Nicolau Maquiavel (1469-1557), com sua política prática, Francis Bacon (1561-1626), com o método experimental e, um pouco mais tarde, Thomas Hobbes (1588-1679), com o materialismo.

¹⁶ Logicamente outras teorias também se voltaram contra o jusnaturalismo. O historicismo alemão, baseado no pensamento de Friedrich Karl von Savigny, foi uma dessas escolas, que teve como premissa principal uma crítica profunda ao direito natural, com o objetivo de dessacralização das normas jurídicas. Embora esta escola inicialmente pregasse o direito consuetudinário, passou a defender a posteriori a codificação, após os acréscimos feitos por Thibaut. Na Inglaterra, o positivismo teve como maior teórico Jeremy Bentham (1748-1832), que desenvolveu uma crítica acerca do sistema common law, em razão da incerteza que este carregava em seu bojo, propondo uma reorganização sistemática do direito inglês, com a identificação de princípios básicos do ordenamento e a completa codificação do Direito em Direito Civil, Direito Penal e Direito Constitucional. A escola exegetica da França, que tem como expoentes doutrinadores Bonnetant, Duranton e Troplong, foi, sem dúvida, a que mais trouxe resultados práticos, com a elaboração do Código Civil francês em 1804, onde os principais fundamentos foram a codificação para garantir certeza ao direito e a simplificação de sua aplicação.

descrição pode ser designada como Ética. Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito. A tal propósito deve notar-se que, no uso corrente da linguagem, assim como o Direito é confundido com a ciência jurídica, a Moral é muito freqüentemente confundida com a Ética, e afirma-se desta o que só quando àquela está certo: que regula a conduta humana, que estatui deveres e direitos, isto é, que estabelece autoritariamente normas, quando ela apenas pode conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida. A pureza de método da ciência jurídica é então posta em perigo, não só pelo fato de se tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas – muito mais ainda – pelo fato de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral.

Como pode ser observado, o Direito é colocado no plano da lógica formal e da dedução silogística, reduzindo-se a uma cadeia racionalmente estruturada de comandos, cadeia esta que encontra sua justificativa em si mesma e não nos valores sociais contemporâneos à sua aplicação. Esta elaboração histórico-positivista de um conceito de neutralidade da lei e as concepções formais de independência e imparcialidade do juiz tornaram-se verdadeiros dogmas. Observa-se um verdadeiro fetichismo legal, no qual a norma estatal é equiparada ao próprio Direito, realidade em que nem mesmo lacunas eram admitidas. A interpretação visava tão-somente a buscar a intenção do legislador, o costume passa a não ter valor algum e o Direito torna-se eminentemente estatal.¹⁷ É neste momento que o positivismo jurídico atinge seu auge, surgindo uma crença exacerbada na completude da lei, que passa a ser fonte exclusiva do Direito, não havendo espaço para princípio por seu caráter eminentemente axiológico. É o que leciona Riccardo Guastini (2005, p. 85):

O postulado do positivismo jurídico é, muito simplesmente, a idéia de que o direito é criação dos homens. Não existem normas já ‘dadas’ na natureza ou na razão. As normas são ‘postas’, isto é, nascem de atos humanos produtores de normas. E não existem outras normas a não ser aquelas postas voluntariamente pelos homens.

Observa-se aqui uma positivação dos princípios, que entram nos códigos não como algo que se sobrepusesse ou se equiparasse à lei, mas como simples fonte normativa subsidiária, servindo à lei, mas como lei. Representam apenas o fundamento lógico para o direito positivo, ficando em um patamar menos privilegiado do que aquele que ocupavam no Jusnaturalismo e que ainda estavam muito distante do exigido para uma concretização mínima dos valores da

¹⁷ Sobre o assunto, assevera Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 174): “O esquema de redução positivista triunfante com a Escola da Exegese é simples, sem deixar de ser artificial: o Direito se resume no Direito positivo e, este, na lei. Postularam, com rigidez, que todo Direito se continha na lei, por tal motivo transformada em objeto alegórico de veneração. Ai se manifestou toda a mística do Positivismo. Ao absolutismo real seguiu-se a tirania da lei, a acatamento da *voluntas regis*, a obediência à *voluntas legis*. À semelhança de como os racionalistas cartesianos agiram relativamente à razão, os adeptos do fetichismo legalista fizeram com a lei: adoraram-na no altar do Estado”.

sociedade. Não passam eles de “meras pautas programáticas”, não gozando de relevância jurídica, sendo sua aplicabilidade nula diante de tantas normas de maior especificidade.¹⁸

Com a abolição da fundamentação ética do direito, o Estado elaborava normas com o conteúdo que lhes aprouvesse, que possuiriam obrigatoriedade, posto que editadas pelo órgão legítimo, e força para execução, uma vez que o Estado garantiria a aplicação das sanções. Exemplo mais claro das consequências desta concepção de Direito foram as atrocidades perpetradas pelo Estado alemão, como o holocausto durante a Segunda Guerra Mundial, onde os generais dos campos de concentração estariam agindo em plena conformidade com a lei ao executar pessoas em câmaras de gás, pelo simples fato de serem judeus.¹⁹ Com o término desta conflagração, viu-se ser necessária uma reformulação nas estruturas do Direito, com o intuito de evitar que barbaridades como o Holocausto viessem a se repetir.²⁰

Restou, assim, comprovado que a dissociação entre norma e valor é impraticável e de resultados perigosos, uma vez que não foi possível identificar um substituto que fundamentasse o direito sem que se transformasse em pura arbitrariedade. Ficou claro que não se devem afastar os princípios jurídicos, mas trabalhá-los para dar mais firmeza à sua estrutura normativa, garantindo a efetividade aos direitos fundamentais.

¹⁸ Arnaldo Vasconcelos (2003, p. 87) sintetiza a noção central da proposta positivista destacando treze características. Observe-se suas palavras: “1ª – Repulsa a toda especulação metafísica e à busca de razões finais; 2ª – Confinamento aos limites traçados pelos dados da experiência; 3ª – Recusa a ultrapassar as esferas da realidade dos fenômenos, vedando-se as especulações sobre as essências; 4ª – Elevação do Direito positivo à condição de único Direito existente; 5ª – Redução do Direito positivo ao conjunto de normas criadas pelo Estado; 6ª – Compreensão do Direito positivo como conjunto de mandados ou imperativos; 7ª - Tendência a identificar a justiça com a legalidade; 8ª – Rígida separação entre Direito e moral. Pode ampliar-se a lista, incluindo-se nela dois outros importantes ‘significados’ de positivismo jurídico apontados por Hart, um sentido negativo, o outro positivo: 9ª – Inadmissão da existência de nexos entre o Direito que é e o Direito que deve ser; 10ª – Pretensão de que a ordem jurídica seja um ‘sistema logicamente cerrado’. Comporta, ainda, relacionar outras peculiaridades do positivismo jurídico não lembradas até aqui, a saber: 11ª – Acentuada propensão em transformar-se em metodologia epistemológica; 12ª – Tendência para a extensão do método das chamadas ciências exatas às ciências culturais; 13ª – Definição do Direito positivo através da nota essencial da coação, o que importa afirmar que todo direito ou é coativo, ou não é absolutamente Direito”.

¹⁹ Sobre o assunto, assevera Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 36): “Finalmente, deve-se estar atento para o fato de que a legalidade é meio de realizar a justiça, embora constitua o mais rígido deles, mas nunca pode ser tomada como fim em si mesmo. Quando isso ocorre, torna-se a legalidade escudo de proteção do cometimento das maiores injustiças. É nada mais desproposital do que fazer injustiça em nome da lei. Esse é, justamente, o sentido do brocardo ‘*summum jus, summa injuria*’, a ser evitado a todo custo. Não se trata apenas de aplicar o direito, mas de bem aplicá-lo. Assim o exige ser caráter axiológico. Na resolução das tensões inevitáveis entre a estrita legalidade e os valores da justiça, não se há de esquecer nunca que toda lei está subordinada, na sua aplicação, “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º)”.

²⁰ Embora o saldo tenha sido evidentemente negativo, a escola exegética francesa traz uma série de resultados benéficos para o desenvolvimento do Direito, tais como a cautela contra o idealismo, o aperfeiçoamento da linguagem jurídica, o desenvolvimento da jurisprudência, etc. Assim leciona Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 174): “Nem todo resultado, porém, foi negativo. A par da limitação do terreno de perspectivar disso resultante, não se pode, em sã consciência, tirar-lhe o mérito de haver enquadrado o Direito em planos metodológicos, preliminar indispensável à sua autonomia científica.”

1.1.2.3 Os princípios no pós-positivismo

Na busca da efetividade dos direitos basilares contidos nos princípios jurídicos, passou-se a buscar empregar força normativa àqueles enunciados que, embora positivados, careciam de juridicidade. Este é o terceiro estágio de evolução da normatividade dos princípios, etapa que ainda está em processo de construção. Paulo Bonavides (2007, p. 237) trata esta fase da evolução dos princípios como o momento em que passam a ser tratados como direitos, e diz:

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativos sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

O pensamento positivista, que havia dominado as últimas décadas, gerou uma tradição de “aplicadores” e “operadores” do Direito, que assumiram uma postura autodestrutiva, buscando soluções para os conflitos sempre nas normas, negando a si mesmos a possibilidade de questioná-las criticamente. Como os padrões de justiça evoluem com os homens e as relações entre eles, é impossível admitir-se uma ordem natural perene. Diante desta máxima, as exigências da sociedade em relação à ciência do Direito deixam de estar no simplório levantamento da realidade jurídica, com explicação racional dos fundamentos lógicos do sistema, passando a buscar, sobretudo, a concretização de um Direito mais justo e eficaz.

Neste diapasão, não se admite mais o codicismo do juspositivismo nem, tampouco, a abstratividade metafísica do jusnaturalismo.²¹ A sociedade clama por algo que supere a discussão estéril da perfeição de um destes extremos.²² Não é de admirar que o positivismo jurídico, após atingir seu apogeu no início do século XX, se encontre em franco declínio. Surge aí uma nova corrente jurídico-filosófica que tem o intuito de responder às exigências de uma sociedade desamparada na busca de um Direito mais eficaz, no qual os princípios são considerados normas jurídicas, estabelecendo algo que deve ser.²³ Ao lado de correntes

²¹ Vale trazer à colação mais uma vez os sempre pertinentes ensinamentos de Paulo Bonavides (2007, p. 237): “É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e críticas lacerantes, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard.”

²² Não confundir a superação dos debates de extremistas que pregavam a perfeição de um lado e o afastamento de outro com a discussão entre os fundamentos das duas correntes. Jamais se conseguira afastar a aplicação conflituosa destes fundamentos, pois eles representam a própria essência da aplicação do direito com a ponderação da segurança de um lado e da justiça de outro, representada graficamente pelos pratos de uma balança, que é o ícone por excelência da ciência do direito.

²³ Esta discussão já não é tão recente, pois há muito se visualizava deonticidade nos princípios, como se observa no seguinte trecho de Del Vecchio (1951, p. 230): “o direito natural é essencialmente distinto do direito positivo, precisamente porque se afirma como princípio deontológico, indicando aquilo que deve ser, mesmo que não seja”.

neonaturalistas e neopositivistas que tentavam prosperar neste momento de crise, surge o pós-positivismo como uma evolução do pensamento jurídico que resguarda as qualidades e afasta os defeitos destas duas correntes.

Muitas críticas se levantam contra a consistência ou mesmo existência desta corrente filosófica. Um dos pontos centrais de ataque consiste numa pretensa ausência de objeto, ao contrário do que se verificaria no jusnaturalismo e no positivismo. Outra censura corriqueira diz respeito a uma provável incongruência interna, pois seria impossível coadunar correntes antagônicas. Assim, o momento atual continuaria explicado pelo positivismo ou manifestaria um jusnaturalismo.

Em verdade, não se pode negar que existe algo de diferente na atual explicação do Direito que diverge substancialmente destas duas correntes. Esta inovação é observada claramente na produção doutrinária da atualidade que, embora não tenha uma manifestação uníssona, converge em inúmeros aspectos, demonstrando a existência de uma nova conjuntura teórica que discrepa das anteriores. Os princípios de direitos fundamentais expressam de maneira mais visível a comunhão das premissas basilares das duas principais correntes jusfilosóficas, pois eles retratam um ponto de contato indiscutível entre o Direito e a Moral, expressando normas de direito natural de forma positivada. Neste sentido é a lição de André Rufino do Vale (2009, p. 32):

Ademais, à medida que as normas jusfundamentais incorporam valores morais que expressam idéias ou pontos de vista sobre a justiça, adequam-se aos postulados do jusnaturalismo. Como se teve a oportunidade de analisar, no Estado constitucional, os princípios morais do direito natural estão incorporados pelo direito positivo. As normas de direitos fundamentais são a expressão normativa ou jurídico-positiva dos valores historicamente consolidados em determinada comunidade. Os direitos fundamentais são, simultaneamente, direitos positivos e direitos naturais (morais).

Esta nova tendência vem ganhando corpo na sociedade contemporânea, buscando respostas na lei, ao contrário de ingenuamente lhe dar curso automático. É uma corrente que se coaduna com a essência do pensamento positivista da necessidade de um Direito concretizado através das normas, sem, todavia, ir ao extremo de um fetichismo legal. Busca o pós-positivismo integrar também a essência do pensamento jusnaturalista e reaproximar o Direito dos valores sociais, da Ética e da própria ideia de Justiça. Encontra-se, assim, um meio termo entre as duas maiores correntes doutrinárias da história do Direito, mas não se confunde com nenhuma delas.

Aos princípios é atribuída força normativa, sendo esta a resposta dada pela teoria do direito às fatalidades ocorridas em razão de sua total desconsideração. Não era mais possível encará-los como simples base de fundamentação. Estas proposições axiológicas precisavam de uma configuração que impusesse obrigatoriedade independentemente de qualquer intermediador normativo ou atuação estatal complementadora, nascendo daí o preceito hoje contido no § 1º do art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, que assim dispõe: “As normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Na retomada dos valores, o Direito ganha uma maior consistência e coerência, tendo como base concreta as ideologias, os objetivos e as exigências da sociedade na qual será aplicado. É neste contexto de hegemonia axiológica que os princípios jurídicos, expressos ou não, ascendem a um grau de importância e concretismo até então não registrado. Passam a ser não só o norte de toda e qualquer interpretação e aplicação do Direito, servindo de alicerce e moldura do ordenamento jurídico, mas configuram normas jurídicas de aplicação autônoma.

1.2 O valor na estrutura da norma jurídica

No estudo da estrutura normativa dos direitos fundamentais, o elemento valorativo se apresenta como o aspecto mais controvertido e importante. A intensidade axiológica que cerca estes direitos reflete inexoravelmente em sua manifestação formal, de modo que, ao se visualizar uma norma de direito fundamental o elemento mais perceptível é, sem dúvida, o valor. Esta realidade foge à estruturação clássica das normas jurídicas, nas quais, ao contrário, a conduta se expressa com maior vigor. O correto entendimento deste elemento permite que se compreenda que ele faz parte da estrutura normativa dos princípios, mas com ele não se confunde.

Por decorrência desta íntima relação entre o valor e as normas de direitos fundamentais, sua estrutura normativa assume a posição de eixo de grandes controvérsias que serão oportunamente analisadas neste estudo. Neste primeiro momento cabe entender a razão deste vínculo especial do valor com os direitos fundamentais, para que se possa compreender sua presença preponderante no conteúdo destes direito e forma de sua expressão nas normas que o conduzem.

1.2.1 O caráter axiológico das normas de direitos fundamentais

Neste desiderato, mostra-se importante ter em mente a ligação que os valores contidos nos direitos fundamentais mantêm com a noção de Justiça do Direito. Assim, os princípios pelos quais se expressam estas normas objetivam resguardar o justo, de modo que a justiça que se busca assegurar com o Direito encontra uma correspondência com os valores resguardados pelos direitos fundamentais.

Esta ligação faz com que a mesma complexidade e controvérsia que envolvem a Justiça cerquem também o elemento axiológico do direito e os direitos fundamentais. Por consequência, é necessário enfrentar algumas questões que cercam a relação entre justiça e Direito, pois, compreendendo a inseparabilidade destes dois conceitos, entender-se-á que os princípios de direitos fundamentais são indispensáveis à efetividade de todo o ordenamento.

A Justiça é tema central da pauta dos primeiros debates filosóficos e jurídicos da história, sempre na busca do fundamento para a convivência pacífica em sociedade. Na Antiguidade Clássica, Aristóteles já havia elaborado estudos específicos sobre a matéria, desenvolvendo conceitos que orientam e inspiram estudiosos de nossa época.²⁴

Existem juristas que pregam a possibilidade de identificação de postulados mínimos que expressem uma Justiça absoluta verificável de modo idêntico nas mais diversas épocas e lugares. É o caso de Artur Machado Paupério (1977, p. 49), que apresenta como postulados universais e constantes ligados à justiça:

1.º) Verdade. Não há justiça sem verdade. A justiça requer conformidade com a verdade objetiva. Não se pode punir quem nenhuma falta cometeu. O triunfo da verdade é o triunfo da justiça. 2.º) Generalidade do sistema de valores aplicado, dentro da negação geral de dois pesos e duas medidas. Ao considerar dois casos, não é justo aplicar sistemas diferentes de valores. 3.º) Tratamento igual ao que é igual. Não é justo discriminar de modo arbitrário ou contra o sistema aceito entre casos iguais. 4.º) Abolição de qualquer restrição da liberdade, fora do exigido pelo sistema aceito. Não é justo restringir a liberdade fora dos postulados do sistema aceito. 5.º) Observância das impossibilidades naturais. Não é justo punir pelo descumprimento de lei ou ordem de cumprimento impossível.

Data vênia, não se conseguiu visualizá-la. Em verdade, é difícil imaginar uma concepção estática e imutável da Justiça, pois ela possui inafastável conotação histórica e inexorável ligação social, na qual a modificação na escala de valores, propulsionados pela

²⁴ Aristóteles (2004, p. 91) definia Justiça nos seguintes termos: “[...] a justiça é a disposição da alma graças à qual elas se dispõem a fazer o que é justo, agir justamente e a desejar o que é justo; de maneira idêntica, diz-se que a injustiça é a disposição da alma graças à qual elas agem injustamente e desejam o que é injusto”.

evolução moral, social ou política, altera as condições de aplicação da Justiça. Sobre a imperfeição dos sistemas de Justiça adverte Chaïm Perelman (2005, p. 67)

Essa imperfeição de todo o sistema de justiça, a parte inevitável de arbitrariedades que contém, deve sempre estar presente na mente de quem quiser aplicar suas mais extremas conseqüências. É somente em nome de uma justiça perfeita que seria moral afirmar *pereat mundus, Fiat justitia*. Mas todo sistema normativo imperfeito, para ser moralmente irrepreensível, deveria aquecer-se no contacto de valores mais imediatos e mais espontâneos. Todo sistema de justiça deveria concluir que uma justiça imperfeita, sem caridade, não é justiça.

Em certa medida assistia razão a Hans Kelsen ao afirmar que a relação entre uma ordem jurídica e a Justiça é impraticável, se analisada em sua conotação absoluta, pois só é possível referir-se especificamente a um dos vários sistemas de justiça. A questão cinge-se no fato de que esse sistema é necessariamente o desenvolvido pela sociedade à qual será aplicado e não a qualquer sistema aleatoriamente escolhido. Logo, o obstáculo apresentado por este jurista denota, na verdade, o aspecto que permite sua utilização, cabendo, apenas, indicar previamente qual o sistema de justiça que deve ser considerado. A ordem jurídica brasileira não pode ser analisada como justa ou injusta segundo os valores da sociedade alemã, por exemplo, pois a ela somente importam os seus valores.

Por outro lado, a Justiça entranhada no Direito não se trata de um aforismo particular, pois supera a acepção individual do termo, clamando por um contexto social. Deste modo, para falar em valor como elemento do Direito e expressão máxima da Justiça, faz-se necessário identificar disposições axiológicas que mantenham uma harmonia mais ou menos homogênea entre os interesses dos membros do agrupamento social.

Embora se mostre utópica a construção de um conceito definitivo de Justiça, paradoxalmente é possível afirmar que existe uma noção satisfatória do que é ou não justo para cada sociedade, identificado na posição predominante no corpo social, ainda que não de modo completamente homogêneo.²⁵ Isto se torna possível graças à nítida interação mantida entre a

²⁵ É o que se depreende da seguinte lição de Miguel Reale (2002, p. 713): “No fundo, o *jurídico* é uma experiência, feliz ou malograda, de justiça, e, mesmo quando de bem êxito, tem sempre caráter provisório, tão infinita é a esperança de justiça que nos anima e nos impele através do tempo. Por ser perene atualização do Justo, O direito é condição primeira de toda a cultura, e nisso reside a dignidade da Jurisprudência, podendo-se conjecturar que a justiça implica ‘constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando a atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com os da coletividade”.

noção individual e a coletiva de justiça, pois o indivíduo necessita do corpo social para se realizar plenamente e a coletividade cumpre sua função na realização dos indivíduos que a compõem.²⁶

As críticas à Justiça como essência do Direito, portanto, só encontram guarida na sua acepção individual e absoluta, mas nunca no sentido social do termo que permite a superação de seus principais argumentos. Destarte, não se concebe afastar a noção de justo do Direito, pois seria o mesmo que lhe tirar o rumo e o fundamento. Sobre o tema pontifica, de modo taxativo, Paupério (1977, p. 126): “A realização da Justiça é o fim supremo do Direito”. No mesmo sentido leciona Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 25): “O conteúdo da norma constitui, pois, uma relação de justiça. [...] A falta de Justiça leva à descrença no Direito, antes de determinar a deterioração das instituições sociais”. Cite-se, ainda, Soares Martines (1995, p. 288): “O justo, a Justiça, constituirão a própria mira do direito. Serão a sua realização teleológica”.

Não raro encontra-se quem afirme carecer a Justiça de significado próprio, alegando atender ela simultaneamente a finalidades diametralmente opostas, motivo pelo qual em seu nome teriam sido travadas as piores guerras e os mais sangrentos conflitos sociais. Todavia, os autores que defendem tal tese esquecem que a justiça proclamada nestas ocasiões possui uma dimensão individual que atende no máximo a um pequeno grupo detentor de poder. Como exemplo, pode-se citar as colocações de Chaïm Perelman (2005, p. 08):

Todas as revoluções, todas as guerras, todas as revoltas sempre se fizeram em nome da Justiça. E o extraordinário é que sejam tantos os partidários de uma ordem nova como os defensores da ordem antiga que clamam com seus votos pelo reinado da Justiça. E, quando uma voz neutra proclama a necessidade de uma paz justa, todos os beligerantes ficam de acordo e afirmam que essa paz justa só será realizada quando o adversário for aniquilado.

Igualmente insubsistente se revela o argumento segundo o qual a Justiça possui uma natureza dogmática que não permite discussões racionais diante de uma validade inquestionável que jamais aceita contraposições que permitam uma conciliação de interesses antagônicos,

²⁶ Neste sentido são esclarecedoras as palavras de Francisco Meton Marques de Lima (2001, p.38): “O valor é que delimita a conduta humana, ora restando-a, ora liberando-a. É interativamente individual: o coletivo forma o individual e este influi na formação daquele, bem como avaliá-lo segundo a formação ético-social do contemplante. A valoração pressupõe liberdade e ao mesmo tempo é liberadora; é individual, mas de necessidade coletiva. É exatamente neste ponto que entra o Direito, como ciência político-perceptiva de natureza laica, para tornar obrigatórios os valores que devem reger a sociedade e para imprimir coerção aos valores imanentes a esta. Já pelo lado individual o Direito age no sentido de, segundo a base axiológica social e matiz universal, proteger os valores individuais. Isto porque o Direito reúne as duas qualidades indispensáveis da racionalidade e da autoridade. Uma para valorar os valores, outra para torná-los obrigatórios.”

gerando sempre o conflito.²⁷ Mais uma vez o argumento expressa uma noção de justiça pautada no subjetivismo individual, justiça essa não verificada em uma análise coletiva.

Com isso, afasta-se a assertiva rasa da impossibilidade de litigar com fundamento na Justiça por não ser possível determiná-la, existindo uma noção diferente para cada litigante. Da mesma forma que o valor, em uma perspectiva individual, traduz a posição humana sobre ser um fato justo ou injusto, o valor concebido em uma dimensão social dita o que é justo ou injusto para a sociedade. A Justiça será, portanto, aquela considerada pela comunidade tomada de maneira completa e não pela concepção individual de cada membro. Reis Friede (2006, p. 41-42):

Isso significa, em linguagem objetiva, que no âmbito da Ciência do Direito o processo de valoração intrínseca de um fato, concebendo uma dada norma, não se restringe a um espectro (de cunho científico) nitidamente objetivo (ou exclusivamente interpretativo), mas, ao contrário, necessita da imposição de valores sociais (derivados da ética, da moral etc. e que, necessariamente, são mutáveis no tempo e no espaço) e de valores intrínsecos (tais como segurança, justiça, ordem etc.).

Os valores nascidos do ideal de justiça eleitos pela sociedade encontram-se disseminados no consciente popular, calcados nos usos e costumes, revestidos de nítido conteúdo ideológico e refletem as tendências de cada concepção política no tempo e no espaço. Nesse sentido, diz Miguel Reale (2002, p. 272):

A *Justiça* que, como se vê, não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica. Essa compreensão histórico-social da Justiça leva-nos a identificá-los com o *bem comum*, dando, porém, a este termo sentido diverso do que lhe conferem os que atentam mais para os elementos de ‘estrutura’, de forma abstrata e estática, sem reconhecerem que o *bem comum* só pode ser concebido, concretamente, como um processo, incessante de composição de valorações e de interesses, tendo como base ou fulcro o valor condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético-jurídica.

A manifestação de preferência por valores mínimos indispensáveis à construção de uma ordem jurídica justa ocorre por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte, na qual o povo, titular natural do Poder Constituinte, expõe suas preferências axiológicas que se disseminarão por todo o ordenamento jurídico, assumindo a condição de sustentáculo da atuação dos

²⁷ Expressa bem este argumento a seguinte afirmação feita por Alf Ross (2003, p. 320): “É impossível ter uma discussão racional com quem apela para a “justiça”, porque nada diz que possa receber argumentação a favor ou contra. Suas palavras são persuasão, não argumentos. A ideologia da justiça conduz à intolerância e ao conflito, visto que, por um lado, incita a crença de que a exigência de alguém não é meramente a expressão de um certo interesse em conflito com interesses opostos, mas, sim, que possui uma validade superior, de caráter absoluto, e, por outro lado, exclui todo argumento e discussão racionais que visem um acordo. A ideologia da justiça é uma atitude militante de tipo biológico-emocional, para a qual alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses”.

poderes públicos e dos particulares. Ana Paula de Barcellos (2008, p. 21) retrata bem esta realidade:

Nada obstante, é no contexto histórico que se podem encontrar as razões que levaram as Constituições, na segunda metade do século XX, a se transformarem no repositório jurídico de valores compartilhados pela sociedade sob a forma de opções políticas fundamentais e de programas de ação vinculantes para os poderes públicos.

Desta forma, os direitos fundamentais se expressam por normas jurídicas que conduzem os valores basilares de uma sociedade e revelam a conquista social do povo em séculos de luta por uma vida digna, traduzindo um conteúdo essencial de Justiça. Representam o mínimo indispensável que deve ser garantido pelo Estado para que o Direito seja real expressão da Justiça. Já lecionava nesta mesma direção, bem antes da promulgação da atual Constituição Federal, Artur Machado Paupério (1977, p. 204), como se observa do seguinte excerto de sua obra:

O direito positivo, porém, não pode deixar de assentar em certos princípios gerais que são como que sua alma e sua justiça. Não haveria Direito Constitucional sem os princípios da necessidade da autoridade política e do respeito dos direitos e garantias fundamentais. Não haveria Direito das Obrigações sem os princípios do respeito dos pactos e das promessas, do pagamento das dívidas e da responsabilidade das conseqüências de próprios atos, inclusive dos danos causados a outrem e do enriquecimento sem justa causa. Não haveria Direito Processual sem os princípios de que ninguém deve ser julgado sem ser ouvido. São princípios valorativos, evidentes por si próprios, que estabelecem o caráter absoluto e permanente do direito, ao lado de seu caráter flexível e variável marcado pelo teor altamente dinâmico do fato social.

Por consequência, embora o elemento axiológico seja comum a todas as normas, naquelas que expressam direitos fundamentais o valor se manifesta de maneira mais intensa, pois nestas normas está o núcleo valorativo que se disseminará por todo o ordenamento. Esta constatação revela a importância basilar da análise do elemento axiológico no estudo dos princípios de direitos fundamentais.

1.2.2 Conceito de valor

Para compreender a estrutura normativa dos direitos fundamentais, cabe inicialmente estudar o elemento que se manifesta com maior intensidade nestas normas: o valor. A força com que o caráter axiológico destas normas se revela induz muitas vezes uma confusão entre os conceitos de valor, direitos fundamentais e princípios. Contudo, não se deve tratar indistintamente o conteúdo e a espécie de norma jurídica com um de seus elementos, tomando o todo pela parte. O valor compõe a norma que expressa o direito, mas não se equipara a eles.

Exatamente por conta desta confusão, um passo inicial deste estudo está na conceituação de valor. Tarefa difícil, pois trata-se do mais complexo dos elementos essenciais do Direito, motivo pelo qual não se pretende esgotar o tema neste momento, mas apenas encontrar nos apontamentos da doutrina especializada uma definição que auxilie na compreensão da estrutura normativa dos direitos fundamentais.

A diversidade de aspectos em que pode ser analisado, muitas vezes cercados de caráter religioso ou metafísico, induz juristas a tentar fundamentar o Direito destacado de um contexto axiológico. Não obstante, a riqueza de acepções do termo e a multiplicidade de teorias que se desenvolvem na busca de um entendimento da partícula valorativa não podem ser óbices ao seu estudo sistemático ou à sua concepção como parte integrante do Direito. A noção fria e seca do Direito avalorativo deve ser afastada a todo custo com o enfrentamento do tema, de modo a desvelar seus traços primordiais e suas manifestações numa compreensão da relação mantida com o fato e com a norma.

Para definir valor impõe-se identificar suas características básicas. Na busca da essência deste elemento normativo, a abordagem doutrinária do tema, em especial a de Artur Machado Paupério (1977, p. 15), revelou seis predicados que permitem a elaboração de um conceito satisfatório para os objetivos deste trabalho, quais sejam: bipolaridade, referibilidade, graduação hierárquica, inexauribilidade e realizabilidade. Analisa-se separadamente cada um deles.

Pela primeira característica, a bipolaridade, a todo valor se opõe um antivalor ou desvalor que se implicam em uma relação dialética, apresentando-se como faces de uma mesma moeda, de modo que o sentido de um é definido pelo do outro. Assim, ao justo contrapõe-se o injusto, ao bem o mal, à verdade a mentira, ao belo o feio etc. Raimundo Bezerra Falcão (2004, p. 20) assim expressa esta noção:

O valor é, efetivamente, toda força que, partida do homem é capaz de gerar no homem a preferência por algo. Aquilo que, não obstante nascido no espírito humano, é apto a acionar nesse mesmo espírito como que de revés e quase simultaneamente, os mecanismos admiráveis de adesão, do aplauso, da aceitação ou do afeiçoamento, mas não necessariamente da afeição ou do afeto, entendidos estes numa conotação sentimental, romântica. É que o valor pode até provocar repulsa, desde que o ser humano de onde parta a repulsa esteja tocado pela aceitação de um valor que se choque com aquilo que lhe é posto, que seja contrário àquilo que está sendo repulsado.

Desta polaridade axiológica se extrai a dinâmica do Direito, como bem ensina Miguel Reale (2002, p. 189), ao pontificar que “não é por mera coincidência que existe sempre um

autor e um réu, um contraditório no revelar-se do direito, dado que a vida jurídica se desenvolve na tensão de valores positivos e de valores negativos”.

No que concerne à referibilidade, o valor não vale senão para alguém, pois a realidade axiológica está ligada diretamente à razão humana. Somente o ser humano tem a capacidade de posicionar-se sobre algo, atribuindo-lhe valor, de modo a direcionar sua conduta.²⁸

Outra característica importante é a preferibilidade manifestada na primazia de determinado valor pelo sujeito. Esta predileção permite ao homem ponderar entre dois bens tidos como bons, o que satisfaz melhor seu interesse na orientação de sua conduta, garantindo à teoria dos valores um matiz teleológico. Sobre a preferibilidade como característica do valor, ensina Artur Machado Paupério (1977, p. 15):

Pela preferibilidade o valor assume sempre um papel de preferência para o sujeito. Existe uma evidência preferencial intuitiva que substitui com vantagem qualquer dedução lógica. Por isso, o ensino constante da sabedoria do povo faz preferir os bens duráveis aos bens passageiros e cambiantes. Enquanto aqueles são valores superiores e eternos, estes são, por essência, valores mais baixos.

A possibilidade de graduação hierárquica também se apresenta como uma das características do valor. Não se atribui o mesmo grau de importância a todos os valores. Existem alguns que se sobrepõem, o que importa uma organização escalonada em patamares hierárquicos, graduação esta que não assume uma feição rígida, variando de acordo com a situação, com a época e com o lugar. É o que se depreende do escólio de Artur Machado Paupério (1977, p. 15) para melhor compreender esta característica:

Pela graduação hierárquica o valor distribui-se por uma escala gradativa, havendo valores superiores e inferiores. Tal distinção, como a estabelecida entre valores positivos e negativos, vincula-se à essência dos próprios valores e aplica-se a qualquer valor.

A quinta característica, a inexauribilidade, implica na particularidade que os valores têm de encontrar-se sempre em desenvolvimento. Por um lado, não é possível definir um rol taxativo de valores de uma pessoa, posto que novas circunstâncias levarão o indivíduo a construir outros valores; por outro lado, estas mesmas novas experiências serão responsáveis

²⁸ Quanto à conotação determinante de sentido que toma esta característica, é clarificador o escólio de Miguel Reale (2002, p. 190): “Tudo aquilo que vale, vale para algo ou vale no sentido de algo e para alguém. Costumamos dizer – e encontramos essa expressão também empregada por Wolfgang Köhler embora em acepção um pouco diversa – que os valores são entidades vetorais, porque apontam sempre para um sentido, possuem direção para determinado ponto reconhecível como fim. Exatamente porque os valores possuem um sentido é que são determinantes da conduta”.

por mostrar novas conotações a valores já considerados. Mais uma vez socorre-se à doutrina de Artur Machado Paupério (1977, p. 15) para melhor compreender esta característica:

Pela graduação hierárquica o valor distribui-se por uma escala gradativa, havendo valores superiores e inferiores. Tal distinção, como a estabelecida entre valores positivos e negativos, vincula-se à essência dos próprios valores e aplica-se a qualquer valor.

A última característica que importa mencionar é a realizabilidade. O valor não é simples contemplação, mas, ao contrário, é realização, sendo de sua própria natureza a necessária ligação a um fato para demonstrar sua feição prática em superação de sua vertente puramente teórica.

Por esta análise inicial, é possível definir valor, em poucas linhas, como o sentimento inesgotável (*inexauribilidade*) oriundo da razão humana (*referibilidade*) que gera no próprio homem a preferência por algo (*preferibilidade*) em contraponto a seu oposto (*bipolaridade*), em uma análise conjunta com outras preferências de maior ou menor importância (*graduação hierárquica*), realizando-se (*realizabilidade*) de modo a guiar sua conduta.

Destarte, os valores jurídicos têm seu conceito próprio que embora esteja presente na estrutura normativa dos direitos fundamentais, com ela não se confunde, principalmente por indicarem eles algo que efetivamente é (ôntico), ao passo que as normas de direitos fundamentais prescrevem, com base neles, algo que deve ser (deôntico).

1.2.3 A manifestação do valor nas normas de direitos fundamentais

Ao compreender o valor como um dos elementos integrantes das normas jurídicas e como elemento que se revela com maior vigor nas que expressam direitos fundamentais, cumpre agora analisar a forma como ele interage com os demais elementos do direito, garantindo o caráter deôntico das normas de direitos fundamentais.

Neste desiderato, impõe-se lembrar as concepções basilares preconizadas pela Teoria Tridimensional, ao apontar como elementos essenciais indissociáveis do Direito o *fato*, o *valor* e a *norma*. Para ela, estes três aspectos, embora distintos, inexoravelmente se tocam e se influenciam diretamente, dependendo de um a existência dos outros, interagindo em uma relação dialética da qual nenhum deles pode ser desprezado ou absolutizado, posto pertencerem a uma mesma realidade.

Esta teoria, hoje bastante difundida no Brasil pelas lições de Miguel Reale (2005), passou por um longo processo de maturação no qual diversas acepções reducionistas foram paulatinamente superadas até que tomasse as feições propostas pelo referido jurista..

De início, identificam-se três perspectivas reducionistas que procuravam entender o fenômeno jurídico à luz de um dos elementos essenciais do Direito (fato, valor e norma).²⁹ O próximo passo nesta marcha evolutiva foi a análise conjunta a partir dos três elementos, em uma tridimensionalidade genérica na qual se estudava a manifestação de todos os elementos isoladamente, cada um produzindo respostas autônomas. Somente com a percepção da interação existente entre os planos fático, axiológico e prescritivo do Direito, com a harmonização dos resultados dos estudos autônomos, atuando o valor como elemento integrador do fato e da norma, observou-se a primeira manifestação de uma abordagem tridimensional do Direito de caráter específico.

De modo sintético, a relação entre os elementos essenciais do Direito, proposta nesta fase evolutiva, é relativamente simples. Sobre um fato incide um complexo axiológico, gerando uma série de proposições normativas, das quais uma se converterá em norma jurídica por interferência do Poder. Logo, a norma jurídica é expressão de fatos sociais valorados. Miguel Reale (2002, p. 554), sobre a interferência do poder, assim dispõe:

É, repito, a co-participação operacional da autoridade (seja ela a de um órgão legislativo ou judicante, ou ainda o poder difuso no corpo social) que converte em norma, armando-a de sanção, uma dentre as muitas vias normativas possíveis, dando, assim, origem a um modelo jurídico, que é uma classe de ações, de forma bilateral atributiva.

Nesta abordagem tridimensional, já consideravelmente madura, ainda se observava uma falha: sua concepção estática. É exatamente a proposta de integração desta estrutura com a experiência jurídica como processo histórico a contribuição de Miguel Reale (2005). A norma jurídica que surge como síntese de um processo dialético entre valor e fato assume caráter perene, pois continua imerso em um contexto histórico que considera outros processos de valoração do fato, podendo alterar o sentido daquela norma. Logo, a essência histórica do

²⁹ Para uma delas, o Sociologismo jurídico, o Direito deveria ser estudado predominantemente sobre o aspecto do fato social, o que privilegiava o elemento fático em detrimento dos demais. Para o Normativismo jurídico, que pregava o formalismo lógico pautado na supremacia da norma, a explicação do fenômeno jurídico se dá desligada de elementos fáticos e axiológicos. Por sua vez, o Axiologismo jurídico, que limitava o Direito ao entendimento dos valores, seguindo a mesma lógica, minimizava os demais elementos. Todas estas propostas manifestaram-se igualmente insuficientes.

homem faz com que o Direito só possa ser concebido em um contexto evolutivo. Assim coloca Miguel Reale (2005, p. 80-81):

A historiografia é o espelho no qual o homem temporalmente se contempla, adquirindo plena consciência de seu existir, de seu atuar. Qualquer conhecimento humano, por conseguinte, desprovido da dimensão histórica, seria equívoco e mutilado. O mesmo se diga do conhecimento do direito, que é uma expressão do viver, do conviver do homem. Pensar, porém, o homem como ente essencialmente histórico, é afirmá-lo como fonte de todos os valores, cujo projetar-se no tempo nada mais é do que a expressão mesma do espírito in actio, como possibilidade de atuação diversificada e livre.

A abordagem deste jurista coloca a Teoria Tridimensional dentro de um historicismo axiológico, pelo qual o sujeito interfere no objeto ao mesmo tempo em que o objeto interfere no sujeito, de tal modo que a existência de um depende da do outro. É neste sentido que a norma pode influenciar o comportamento humano, impondo a observância de valores na verificação de determinadas situações fáticas, mas também é influenciada pela vida humana, ao passo que a evolução histórica do homem, com uma nova valoração de fatos, impõe releituras das normas jurídicas antes editadas.³⁰

A norma aparece como a síntese de um processo de relação entre um valor e um fato, como anteriormente referido, mas esse processo poderá ser reinterpretado pela observância da evolução deste valor e deste fato, o que dará origem a uma nova norma jurídica.

Importante observar que não necessariamente haverá um afastamento da norma anterior a cada mínima alteração axiológica de um fato, pois a norma possui certa elasticidade, o que lhe proporciona uma dinamicidade que pode acarretar alterações semânticas. Somente ao esgotar-se esta capacidade de adaptação da norma, ou seja, quando por meio da interpretação não for mais possível compatibilizá-la com os valores atuais, será necessária a edição de uma nova norma.³¹

Pelo exposto, observa-se que o valor compõe o direito e se expressa em todas as normas jurídicas da mesma forma que o elemento fático. Esta colocação permite que se chegue a duas

³⁰ Adverte Miguel Reale (2005, p. 101) nestes termos: “[...] a norma não é concebível como Idéia que já contenha em si, objetivamente, os seus desdobramentos, através de teses, antíteses e sínteses, segundo o modelo dialético hegeliano-marxista que, para muita gente, como manifesto equívoco, seria o único existente ou valioso. Entendo, ao contrário, que a regra jurídica, destinando-se a reger os comportamentos humanos ou a ordenar serviços ou instituições, jamais se desprende da vida social, exercendo influência sobre a sociedade e alterando o seu significado em virtude da reação de seus destinatários”.

³¹ Assim adverte Miguel Reale (2005, p. 127) sobre esta elasticidade da norma jurídica: “Mas a norma não é também uma coisa assim, que se puxe para lá e para cá. Pontes de Miranda dizia, sabiamente, que a norma jurídica tem certa elasticidade. A norma é elástica. Mas chega um certo momento em que a elasticidade não resiste e a norma se rompe. Logo, as variações na interpretação da norma devem ser compatíveis com sua elasticidade”.

conclusões que, embora simples, possuem consequências importantes. A primeira diz respeito à reafirmação da inexistência de uma equiparação entre os conceitos de valores e de normas de direitos fundamentais e a segunda refere-se à de que o valor não pode ser visto como peculiaridade das normas de direitos fundamentais, já que é comum a todas as normas.

Com esta abordagem fica claro que a forte carga axiológica dos direitos fundamentais não é incompatível com uma expressão normativa, ao contrário, demonstra sua consonância com a teoria da norma jurídica, mesmo quando analisada em suas premissas mais basilares. Destarte, a presença predominante do valor não compromete a juridicidade dos princípios, inexistindo óbices para que sejam encarados como normas jurídicas aptas a assegurar direitos e impor deveres.

1.2.4 Os princípios de direitos fundamentais e a cientificidade do direito

Por fim, outro aspecto relevante na análise da manifestação do valor nos princípios de direitos fundamentais diz respeito ao suposto comprometimento da abordagem científica do direito que ele traria. Na lógica formalista, própria do positivismo jurídico, a forte carga valorativa que os direitos fundamentais possuem faz com que as normas que os expressam percam objetividade, comprometendo uma aplicação argumentativamente lógica destes enunciados, ficando no alvedrio do subjetivismo dos magistrados.

Contudo, a estrutura normativa dos direitos fundamentais não compromete a cientificidade do direito pelo simples fato do valor se manifestar de maneira mais intensa. O valor está presente em todas as normas, de modo que se fosse ele algo incompatível com a cientificidade o problema não estaria na juridicidade dos princípios, mas no direito em si.

A evolução do conhecimento científico ganhou força no final do século XVII e início do século XVIII, momento em que ele se desprende da filosofia e começa a substituí-la na tentativa de explicar o universo. Neste período, teorias de cunho filosófico, reverenciadas por séculos, foram colocadas em xeque com o desenvolvimento de instrumentos que permitiam uma análise mais técnica dos fenômenos naturais, exigindo propostas que atendessem de modo mais claro e preciso aos anseios cognitivos do homem. O conhecimento desprende-se das amarras teológicas e passa a testar velhas teorias, criando e recriando modelos através de uma experimentação metódica que atende mais satisfatoriamente à ânsia de entendimento do mundo.

A transparência do raciocínio trazida pelo conhecimento científico mostrou-se interessante também ao Direito, pois permite estudá-lo de modo sistemático, o que garante maior aceitabilidade à solução jurídica dos conflitos humanos. Sobre o tema, assim se manifesta Perelman (2005, p. 05):

As disciplinas filosóficas se distinguem das disciplinas científicas essencialmente pelo grau de emotividade vinculado às suas noções fundamentais. As ciências se separam da filosofia na medida em que pelo uso de métodos precisos, experimentais ou analíticos, lograram pôr o relevo e obter o acordo das mentes menos sobre o sentido emotivo das palavras do que sobre o seu sentido conceitual. Quanto mais consistência adquire o sentido conceitual das palavras em todas as mentes, menos se discute sobre o sentido dessas palavras, mais se esfumaça sua coloração emotiva. Quando há mais vantagem em chegar a um acordo sobre o sentido conceitual de um termo do que em preconizar definições diferentes, o sentido emotivo desse termo se apaga e passa para o segundo plano.

O Direito não atravessa inerte esta evolução. O predomínio das ciências da natureza contagia o setor das ciências sociais, impondo uma tentativa de transposição dos métodos científicos adotados naquelas. Começa-se a desenvolver uma ciência do Direito como processo de conhecimento da realidade jurídica, sistematicamente ordenado e pautado em metodologia própria.

A ciência, ao contrário da filosofia, não busca o conhecimento do universo em sua inteireza, mas se volta a um corte epistemológico que aparta somente um fragmento deste para concentrar seu estudo. Assim, toda ciência possui um objeto próprio e determinado, pois é este objeto que delimitará o método e a técnica utilizados na produção do conhecimento. Resta saber agora qual o objeto da ciência jurídica.

Talvez por ser ela a parte mais estável e objetivamente identificável do Direito³², a primeira proposta que atrai um número considerável de adeptos é a que elege a norma jurídica para tal categoria, como se observa do seguinte excerto da obra de Karl Larenz (1997, p. 93):

Só se garante o seu caráter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e seu método se conserva ‘puro’ de toda mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa ‘ciência de factos’ (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de ‘proposições de fé’, sejam de natureza ética ou de natureza religiosa. Como conhecimento ‘puro’, não tem de prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com seu objecto como complexo de normas. Só assim logra afastar a censura de estar ao serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, econômicos ou ideológicos,

³² Assim entende Soares Martines (1995, p. 404-405): “As normas jurídicas constituem fenómenos homogêneo, ou relativamente homogêneos, objecto de observações, de análises, ordenadas, cujos resultados se sistematizam com rigor, segundo métodos próprios de investigação e de exposição. Tanto basta para que a semelhante conhecimento, a esse saber, se imponha a correspondência a um sector da ciência, a um ramo científico particular”.

isto é, só assim pode ser ciência. À ciência do Direito que satisfaz a existência da ‘pureza do método’, chama Kelsen ‘teoria pura do Direito’.

Nesta proposta, o elemento fático, consubstanciado na conduta regulada, só é considerado por retratar o conteúdo da norma, mas o valor é taxativamente rechaçado como impureza que compromete a abordagem científica. O fundamento desta abordagem avalorativa do direito tinha por principal argumento ser a ciência destinada à simples informação de uma realidade posta, não se admitindo uma tomada de posição sobre esta realidade que venha a influenciar outras pessoas a tomar uma ou outra posição sobre ela.³³ Trata-se, logicamente, de uma construção positivista e, como tal, o autor que melhor defende esta escolha é Hans Kelsen (2006, p. 79). Confirmam-se suas palavras sobre o tema:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas.

Esta concepção hermética de ciência jurídica compromete em especial os direitos fundamentais, posto que ao considerar o valor como algo incompatível com a cientificidade do direito, as normas nas quais eles se manifestam com maior vigor não poderiam ser tidas como jurídicas. Portanto, para que se possa realizar uma análise científica da estrutura normativa dos direitos fundamentais, cabe inicialmente superar esta abordagem inicial.

Como facilmente se percebe, a opção pela norma jurídica como objeto da ciência do Direito é reflexo do próprio entendimento normativista da realidade jurídica da época. Infere-se daí, por conclusão lógica, que a noção do objeto mantém íntima ligação com o conceito atribuído ao Direito. Desta forma, as concepções reducionistas sempre optaram por um elemento distinto, de acordo com sua tendência, podendo ser escolhido o fato, ou o valor, ou a norma.

Para que se possa proceder a um estudo científico das normas de direitos fundamentais é necessário adotar uma análise integradora dos elementos do direito que supere a concepção

³³ É o que se extrai da lição de Norberto Bobbio (2006, p. 135): “Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízos: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a um outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que siga *veritas prescrições* minhas”.

reducionista que privilegia a norma. O estudo rumo ao conhecimento jurídico-científico tem de ser o mais completo possível, portanto, deve analisar o Direito em sua inteireza, ou seja, na relação perene e indissociável existente entre o fato, o valor e a norma na busca da Justiça.

O valor, diferente do que propunha Kelsen em sua Teoria Pura, é também objeto da ciência jurídica, na mesma medida que são a conduta e a norma. Não é possível reduzi-lo a esta última por já haver se manifestado em sua criação, pois, como advertido anteriormente, não se extingue neste momento, permanecendo vivo e atuante em todo o período de vigência da norma, operando em cada manifestação sua.

Redimensionado o objeto, com a inclusão do valor, resta observar como o método e a técnica científica não se comportam nesta análise mais complexa.³⁴ O método da ciência jurídica não poderia ser outro senão a hermenêutica, logicamente considerada em toda sua complexidade e mutabilidade. Somente através da interpretação é possível construir e reconstruir a dinâmica de um objeto tão complexo, permitindo entender a posição e a função de cada um dos elementos do Direito no instante da formação abstrata da norma ou de sua aplicação concreta.

As diversas técnicas interpretativas classicamente consideradas, gramatical, sistemática, histórica e teleológica, embora permaneçam sendo utilizadas, mostraram-se insuficientes para uma análise das normas de direitos fundamentais, razão pela qual a doutrina desenvolveu princípios da interpretação constitucional que complementaram os métodos anteriores, atendendo de modo igualmente satisfatório à busca do conhecimento nesta área do saber.

Para a maioria das ciências, estes elementos já são suficientes à construção do conhecimento. Não obstante, alguns estudiosos do tema entendem possuir o Direito uma peculiaridade: um objetivo específico. A realidade jurídica é analisada com o intuito de reproduzir as condutas desejáveis e obstaculizar as indesejáveis. Assim, enquanto nas outras áreas do conhecimento o rumo da pesquisa é traçado pelo enfrentamento do tema, no Direito

³⁴ Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2006, p. 11) construiu conceitos sucintos e suficientes destes institutos, afirmando que: “Método é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, ao passo que técnica é o conjunto dos instrumentos, variáveis conforme os objetos e temas”.

este já está predeterminado, estando aí um ponto de contato inafastável com a filosofia.³⁵
Assim adverte Reis Friede (2006, p. 41):

Diferentemente de todas as demais ciências que analisam fenômenos (naturais e sociais) no contexto do mundo como ele efetivamente se apresenta (mundo do ser), projetando normas que se limitam ao mesmo (ou seja, à realidade posta), o Direito busca a análise de fatos sociais, com o exclusivo intuito de projetar comportamento em que esses mesmos fatos se repitam (através das chamadas normas conservadoras (ou reprodutoras de condutas)) ou não se repitam (por intermédio das denominadas normas de reprovação de condutas (referentes a juízo próprio e específico de reprovabilidade)), caracterizando um mundo ideal e, por consequência, uma meta do dever ser (e, por consequência, uma realidade pressuposta).

De posse destas informações preliminares, cabe saber como proceder ao seu estudo. Neste ponto, é precisa a lição de Arnaldo Vasconcelos (2000, p. 28) que aponta as quatro fases essenciais do procedimento científico:

A ciência, vista fundamentalmente como atividade, é algo da ordem do agir, do fazer. Nesse sentido, é processo, vale dizer, empreendimento desdobrável em diversas fases. Pelo menos quatro: 1) o período inicial da valoração e coleta de dados; 2) aquele concernente à formulação da hipótese ou teoria; 3) o período dedicado à sua refutação, geralmente o mais longo deles; 4) a fase final, destinado à elaboração das leis ou normas respectivas, com o qual se conclui o ciclo do trabalho científico.

Destarte, é possível afirmar que a ciência é essencialmente teórica, pois é por meio da elaboração de teorias que métodos corretos de pesquisa são desenvolvidos. Essas teorias é que são colocadas em prática e testadas para que possam atribuir um sentido à realidade. O processo de criação e aplicação de uma norma jurídica se realiza mediante a elaboração de teorias, refletindo cada uma delas a expressão de um fato valorado. Essas várias propostas são refutadas e testadas até que se identifique a mais coerente. Com base nelas serão elaboradas as normas jurídicas ou as decisões judiciais.

No positivismo pretendia-se a perenidade das normas jurídicas da mesma forma que ocorreria com as leis da física, o que parecia possível diante da percepção estática do direito alcançada com a retirada do elemento axiológico. Desta forma, a mutabilidade do conteúdo dos direitos fundamentais, própria da evolução dos valores que conduzem, seria outra incompatibilidade com a cientificidade do Direito. Percepção igualmente superada.

³⁵ É o que se retira da seguinte colocação de Miguel Reale (2002, p. 35): “A ciência pode tornar mais gritante o problema do dever, mas não o resolve. Os conhecimentos científicos tornam, as vezes, mais urgentes a necessidade de uma solução sobre o problema da obrigação moral, mas não implicam qualquer solução, positiva ou negativa. O problema do valor do homem como ser que age, ou melhor, como único ser que se conduz, põe-se de maneira tal que a ciência se mostra incapaz de resolvê-lo. Este problema que a ciência exige, mas não resolve, chama-se problema ético, e marca momento culminante em toda verdadeira Filosofia, que não pode deixar de exercer uma função teleológica, no sentido do aperfeiçoamento moral da humanidade e na determinação essencial do valor do bem, que para o indivíduo, quer para a sociedade”.

Embora o conhecimento científico busque incessantemente a permanência das teorias formuladas, por ser de sua própria essência a temporariedade, reflexo da natural evolução pela qual passam os métodos e as técnicas, sempre permite uma abordagem mais precisa mediante o desenvolvimento de subsídios tecnológicos ou teóricos antes nunca imaginados. Esta característica revela-se de forma mais acentuada nas ciências sociais, pois o próprio objeto evolui acompanhando o desenvolvimento do homem, diversamente do que se verificam nas ciências da natureza, estáticas por excelência.

Em cada época a ciência estabelece verdades discursivas, construídas pela superação de testes e experimentos que lhes atribuem a autoridade do método: são os denominados paradigmas científicos. Através deles torna-se viável a realização de estudos sobre um objeto sem que o relativismo do conhecimento dissolva qualquer conclusão ou desautorize a elaboração de enunciados. As normas positivadas e a jurisprudência, por exemplo, depois de estabelecidas têm sua aplicabilidade prolongada no tempo, situação que expressa bem a ideia de paradigmas nas ciências jurídicas.

Entretanto, como dito, estes paradigmas são naturalmente quebrados para possibilitar uma explicação mais consistente do objeto em estudo. Ora, como ensina Karl Popper (1982, p. 66), “pode-se dizer, resumidamente, que o critério que define o *status* científico de uma teoria é sua capacidade de ser refutada ou testada”. Logo, para que o direito assumisse feições de ciência dever-se-ia tomar o caminho diametralmente oposto ao adotado por Hans Kelsen em sua Teoria Pura. Neste momento, quando se coloca à prova uma teoria e ela não responde da forma prevista, demonstrando sua não correspondência com a realidade, o conhecimento científico não se enfraquece. Ao contrário, a falha é o motor da evolução científica e a teoria nunca deve coincidir com a realidade, pois sua finalidade precípua é alterá-la.³⁶ Embora sempre se busque o conhecimento absoluto do objeto, este nunca será alcançado, sendo própria da natureza científica sua eterna busca.³⁷ No mesmo sentido Arnaldo Vasconcelos (2000, p. 29-30):

³⁶ Para fortalecer esta afirmativa, socorre-se mais uma vez dos ensinamentos de Arnaldo Vasconcelos (2000, p. 32): “A condição da teoria, para que ela seja boa, é não coincidir com a prática. E a razão disso é muito simples: a função da teoria consiste justamente em modificar a prática. Desse modo, um juízo de dever-ser que é o que a teoria que estivesse de acordo com o que é a prática seria autêntico contra senso. Algo semelhante a proposições do tipo: deve ser que o fogo queime”.

³⁷ Assim adverte Reis Friede (2006, p. 5): “Por efeito conseqüente, a ciência não pode, sob pena de sublime subversão lógico-conceitual, ser encarada como algo que se traduz por uma verdade absoluta, mas, ao contrário, necessariamente deve ser entendida como algo que busca, de forma constante e permanente, a verdade (em sua acepção plena), aproximando-se cada vez mais da mesma, porém sem nunca poder atingi-la ou mesmo tangenciá-la com plena segurança”.

Não podemos dizer, de uma vez só e para sempre, o que é uma teoria. Isso porque as coisas não se revelam a nós senão por partes, de modo parcelado, e não na sua integridade multifacetada. Assim, os conceitos são sempre parciais e aproximados da essência de uma coisa. Conseguimos conhecer muitos e vários aspectos de uma coisa porém jamais penetraremos de modo definitivo a sua essência. Se tal fosse possível, esgotaríamos o conhecimento, por termos atingido seu fim. O que só alienados inclusive ideológicos, ou os muito ignorantes, contados entre eles os ingênuos, poderiam admitir.

Por este motivo a lei e a jurisprudência formadas com base em um procedimento científico pretérito podem vir a ser modificadas por um novo processo de análise dos fatos valorados, com a proposição de outras teorias que serão novamente refutadas e mais uma vez criada a norma ou decisão que substituirá a anterior, em um movimento infinito como as capacidades humanas.

Lembre-se, por oportuno, que esta mutabilidade não revela uma particularidade das ciências sociais, muito menos serve de argumento para colocar em dúvida seu caráter científico. Os mais “absolutos” paradigmas das ciências naturais também já caíram por terra, o que não descaracteriza sua cientificidade.³⁸

A busca de uma pretensa neutralidade científica não é razão para o afastamento do valor. Retirar o caráter axiológico do Direito para inibir que os valores particulares dos cientistas e interesses pessoais de grupos dominantes interfiram na direção do estudo jurídico é excessivamente desproporcional, pois afasta a própria noção de Justiça do Direito. A amenização destas intervenções egoísticas deve se dar mediante o estudo sistêmico do valor em um sentido social, logicamente em uma relação permanente com o fato e a norma. Somente em uma perspectiva complexa do tema, entendendo-se o Direito em um tridimensionalismo histórico, possibilita-se assegurar que as normas jurídicas mantenham-se em consonância com o ideal de justiça que deve permear tanto sua criação como sua aplicação.

Assim, as normas de direitos fundamentais são compatíveis com a análise científica do direito, sendo plenamente possível pautar seu estudo e aplicação por meio de um procedimento lógico-argumentativo. O valor contido nestas normas, assim como nas demais,

³⁸ Basta recordar que a terra já foi tida por plana e considerada centro do universo, verdades que ameaçavam de severas censuras aqueles que ousassem contestá-las, como ocorreu com Galileu Galilei, que teve de se retratar para evitar sua execução. Cabe mencionar, também, que a física newtoniana considerada completa e acabada por cerca de dois séculos foi superada pelas teorias de Albert Einstein, e estas, por sua vez, já começam a ser reavaliadas por novos estudos possibilitados pelo desenvolvimento de mecanismos mais modernos. Cite-se, por fim, que o átomo, como partícula maciça e indivisível no modelo de Dalton, que vigorou por quase um século, hoje já admite, pelo menos, doze subpartículas.

não impossibilita um julgamento objetivo, mas, ao contrário, permite uma maior fundamentação na escolha de uma posição entre outras possíveis, favorecendo a efetividade desta decisão e assegurando a credibilidade do Poder responsável por sua emissão.

2 O ENQUADRAMENTO DOS PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONCEITO DE NORMA JURÍDICA

Em verdade, nos últimos anos muito se discutiu, mas pouco se decidiu acerca da estrutura normativa dos direitos fundamentais, realidade ensejada por uma barreira teórica que tem se mostrado de difícil transposição: a compreensão e distinção entre princípios e regras jurídicas.

Para uma melhor compreensão desta controvérsia, surge a necessidade de saber o que é norma jurídica, de modo a construir um arcabouço teórico que permita o desenvolvimento das especificidades das normas de direitos fundamentais com maior desenvoltura, sejam elas expressas por regras ou princípios jurídicos. Para tanto, impõe-se entender o que seja norma jurídica, de modo a conhecer sua natureza, suas características essenciais, suas espécies e seu fundamento. Somente com base neste conceito primário, será possível entender e resolver o problema da aplicação dos direitos fundamentais.

2.1 Norma ética

No estudo da norma jurídica cabe, inicialmente, ter em mente que ela é uma espécie de norma ética, tendo ao seu lado as normas morais. Esta colocação é importante, pois as críticas feitas contra a juridicidade das normas de direitos fundamentais colocavam-nas na condição de normas morais. Portanto, a diferenciação das espécies de normas éticas revela-se imprescindível para que se demonstre que as normas de direitos fundamentais não são meras exortações morais como defendido no positivismo jurídico, mas normas jurídicas na acepção técnica da expressão.

O termo “ética” tem sua origem etimológica no verbete grego *ethikós* (costume, procedimento). Trata-se da parte da Filosofia que se debruça sobre o comportamento humano por meio da elaboração de princípios valorativos destinados a orientar o indivíduo a conduzir-se de maneira moralmente correta, de acordo com noções axiológicas individuais e sociais, consideradas no contexto histórico de sua incidência.

A consciência moral é o pressuposto basilar da Ética. Ela torna o homem capaz de posicionar-se criticamente, conforme seus valores, acerca de suas próprias condutas e sobre as dos membros de sua comunidade, o que permite classificá-las como boas ou más, corretas ou erradas, justas ou injustas. Por intermédio deste julgamento, pode-se escolher, segundo ponderações íntimas de cada indivíduo, a conduta a ser adotada e a que deve ser rechaçada.¹ Em outras palavras, o homem conduz-se formulando juízos valorativos. Para Miguel Reale (2002, p. 59), entende-se por juízos:

Juízo é uma ligação lógica de um predicado a algo, como reconhecimento concomitante de que tal atributividade é necessária, implicando sempre uma 'pretensão de verdade'. O juízo, portanto, é a molécula do conhecimento. Não podemos conhecer sem formular juízos, assim, como também não podemos transmitir conhecimentos sem formular juízos. A expressão verbal, escrita ou oral, de um juízo, chama-se proposição.

A Ética possui uma natureza teórica, na qual a conduta humana é estudada e juízos éticos são formulados na busca de uma essência valorativa que indique o que efetivamente é. Trabalha-se na profundidade do ser, numa análise ôntica que objetiva conceitos e fundamenta proposições. Quem observa com bastante propriedade a acepção teórica da Ética é Adolfo Vásques Sánches (1999, p. 21), como se depreende no excerto que segue transcrito:

A ética é teoria, investigação ou explicação de um tipo da experiência humana de comportamento dos homens, o da moral, considerado porém na sua totalidade, diversidade e variedade. O que nela se afirma sobre a natureza ou fundamento das normas morais deve valer para a moral da sociedade grega, ou para a moral que vigora de fato numa comunidade moderna. É isso que assegura o seu caráter teórico e evita a sua redução a uma disciplina normativa ou pragmática.

Para os objetivos deste trabalho, a extensão teórica se mostra insuficiente, sendo necessário somá-la a uma abordagem prática que a complemente e desvele a maior complexidade do tema. Gilberto Coltrim (1999, p. 212) expressa bem a necessidade de dar uma conotação prática às manifestações teóricas da ética:

Vemos, portanto, que as reflexões éticas não restringem apenas à busca de conhecimento teórico sobre valores humanos, cuja a origem e desenvolvimento levantam questões de caráter sociológico, antropológico, religioso etc. A ética tem preocupações práticas, ela orienta-se pelo desejo de unir o saber ao fazer. Como filosofia prática, a ética busca ampliar o conhecimento sobre o ser para construir aquilo que deve ser.

¹ Nos dizeres de Paupério (1977, p. 64): “Isso não impede, pelo primado geralmente concedido ao intelecto, que o valor seja absorvido pelo ser, reduzindo-se à essência inteligível. Mas todo valor, qualquer que seja, é ao mesmo tempo objeto de desejo e de julgamento. O desejo aciona a vontade mas só o julgamento chega a uma escolha. Nas teorias sobre o valor, a querela é interminável quanto à preeminência que deva ser dada, quer ao desejo, quer ao julgamento, na constituição do valor. Força é concluir, porém que o valor depende tanto de um como de outro elemento, sem os quais, qualquer que seja, deixa de configurar-se. Não é possível reduzir o valor ao desejo. Se o valor depende tanto de um como de outro, sem os quais qualquer que seja, deixa de configurar-se”.

Realizar uma apreciação de natureza prática consiste em desenvolver proposições que extraiam do ôntico o deôntico, ou seja, que indiquem o que *deve ser* com fundamento no que *é*, a partir da valoração de condutas, de modo a determinar as que devem ser resguardadas e as que devem ser proibidas. Por exemplo, se a “vida humana” é considerada como bem valioso, torna-se necessário preservá-la, motivo pelo qual a conduta “matar alguém” deve ser proibida. Por esta abordagem, fica patente a dimensão normativa que possuem os juízos éticos.²

A liberdade é o componente das normas éticas que permite afirmar que são elas formuladas no pressuposto básico do descumprimento, pois mesmo que o homem julgue determinada conduta como má, errada ou injusta, pode, ainda assim, decidir adotá-la. Não se trata de uma violação pautada pela maldade ou pela admiração ao errado, mas por uma necessidade de superação da estrutura atual para um aperfeiçoamento das relações humanas.³ Logo, os juízos éticos são necessariamente deônticos, o que implica a possibilidade inafastável do *dever ser* vir a não *ser*, conjuntura inconcebível no mundo da natureza, no qual é inimaginável estruturar uma lei física, por exemplo, em sua inobservância.⁴

2.1.1 Norma moral e norma jurídica

A Ética compreende as manifestações do comportamento humano de forma abrangente, pois envolve suas dimensões individual e social, das quais se retiram suas duas principais estruturas: a Moral e o Direito.⁵ Como a Ética possui uma conotação normativa, a expressão da Moral e do Direito não pode se dar de outra forma senão através de normas. Assim dispõe Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 244-245):

² Neste sentido, ensina Marilena Chaui (2000, p. 336): “O juízos éticos de valor são também normativos, isto é, enunciam normas que determinam o dever ser de nossos sentimentos, nossos atos. São juízos que enunciam obrigações e avaliam intenções e ações segundo o critério do correto e do incorreto. Os juízos éticos de valor nos dizem o que são o bem, o mal, a felicidade. Os juízos éticos normativos nos dizem que sentimentos, intenções, atos e comportamentos devemos ter ou fazer para alcançarmos o bem e a felicidade... Enunciam também que atos, sentimentos e comportamentos são condenáveis ou incorretos do ponto de vista moral”.

³ Neste sentido é a lição de Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 12), ao afirmar que: “o mundo do dever-ser se caracteriza e se distingue, essencialmente, por ser reino da liberdade, contemplando o homem em suas imensas potencialidades de ser que tende a superar-se a todo instante”.

⁴ É neste sentido o escólio de Miguel Reale (2006, p. 35): “A previsão de um dever ser, suscetível de não ser cumprido, põe-se diante de um problema que envolve a substância da estrutura normativa. É que toda norma é formulada no pressuposto essencial da liberdade que tem o seu destinatário de obedecer ou não aos seus ditames. Parece paradoxal, mas é fundamentalmente verdadeira a asserção de que uma norma ética se caracteriza pela possibilidade de sua violação enquanto que não passaria pela cabeça de um físico estabelecer uma lei no pressuposto de sua não-correspondência permanente aos fatos por ele explicados”.

⁵ Miguel Reale (2002, p. 273) faz uma advertência necessária quanto à classificação das espécies normativas: “Queremos apenas acrescentar que a Moral e o Direito não esgotam a problemática da Ética. Além da conduta moral e da conduta jurídica, existem outras formas de comportamento, que são governadas por outras expressões possíveis do bem, como podemos ver nas chamadas regras de “costume”, isto é, de convenção social, de trato social, de etiqueta, de elegância, e civilidade que realizam, a seu modo, o valor do bem”.

Com efeito, a norma é disciplina inteligente de escolhas, que elimina opções desinteressantes ou inconvenientes, no propósito de privilegiar (e privilegia) aquelas tidas por necessárias à consecução dos objetivos primordiais do Direito, prescrevendo-lhes, por isso, sua constante observância. Não se trata de coincidência, mas de coisas de mesma natureza. A ordem do dever-ser, da qual participa o Direito – um dever-ser para ser justo – se vincula ao mundo da liberdade, que é o mundo das opções. A norma jurídica representa a escolha do modelo de conduta desejável.

As normas morais se voltam ao indivíduo em sua subjetividade para ajustar intimamente sua conduta, razão pela qual não encontram expressão externa, localizando-se na consciência do sujeito que as considere. As normas jurídicas, ao seu turno, se destinam ao indivíduo em suas manifestações sociais, regulando relações intersubjetivas, o que impõe uma manifestação exterior, não obrigatoriamente escrita, mas de modo que permita seu conhecimento pelos sujeitos por elas disciplinados.

Como visto, embora estas espécies normativas pertençam a um gênero comum, possuem campos de atuação diversos que permitem distingui-las. É exatamente desta propriedade inicial das normas éticas que, seguindo as lições de Arnaldo Vasconcelos, se pode retirar três características essenciais de cada uma delas: unilateralidade / bilateralidade, estrutura simples / estrutura disjuntiva e ausência de sanção / previsão de sanção.

As normas morais são unilaterais, posto dirigirem-se exclusivamente ao indivíduo que as considera, independentemente da existência de uma segunda pessoa para tornar visível a obrigação, isto é, expressam um *dever ser* para si mesmo e não para outrem. Em verdade, muitas destas normas se realizam intersubjetivamente, situação que não compromete sua singularidade, pois em tais hipóteses um dos indivíduos a elas é alheio.⁶ Diferentemente, as normas jurídicas possuem uma conotação ao menos bilateral, ante a necessária relação intersubjetiva na qual se atribui direito a um sujeito e dever contraposto a outro.

Da liberdade humana e da conseqüente possibilidade de descumprimento das normas éticas, extrai-se a segunda característica que distingue suas espécies. A conotação deôntica

⁶ Pensa de modo inverso Soares Martínez (1995, p. 259), considerando normas morais expressas em costumes sociais, situação que não desconstitui sua essência, apenas expressa uma manifestação coletiva de valores individuais. Veja-se suas palavras: “Acontece, porém, que sendo intersubjetivas as normas jurídicas, igualmente o são muitas das normas morais. É certo também que se situam no plano da intersubjetividade, ou a base social, que será da essência da norma jurídica, não permite separá-la das outras normas de conduta humana. Alguns preceitos religiosos não deixam de impor-se ao homem isolado, como os de respeito da divindade. Certas normas morais, que reclamam a conservação da dignidade da condição humana, também deverão ser observadas pelo homem isolado”.

dos juízos éticos ganha coerência ao se conjugarem com a ideia de sanção, como forma de garantir que a conduta valorada positivamente seja seguida.⁷

As normas morais apresentam uma estruturação simples, impondo somente o *dever ser* sem a previsão de uma consequência negativa institucionalizada que repreenda seu infrator. No máximo o indivíduo sentirá remorso por violar seus valores individuais ou, quando estes forem comuns ao grupo social, poderá sofrer repreensões esparsas e aleatórias.⁸ Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 23-24) expressa bem esta diferença:

São ambas espécies da norma ética, pelo que se ocupam de condutas. Enunciam-se, porém, de modo bem distinto, porquanto uma é regra de vivência e outra de convivência. Ao passo que a norma moral se expressa através de um juízo hipotético simples – ‘A’ deve ser ‘B’ –, a norma jurídica o faz mediante um juízo hipotético disjuntivo, que é composto ou complexo: ‘Dado H, deve ser P, ou dado ãP, deve ser S’.

As normas jurídicas possuem como atributo distintivo⁹, a previsão de uma sanção no sentido técnico do termo, que indica, além da conduta que deve ser adotada, a previsão de uma consequência externa, predeterminada, institucionalizada e armada de força estatal para o caso do seu descumprimento.¹⁰

Identificadas e explicadas as diferenças entre as espécies de normas éticas, percebe-se com certa facilidade que as normas que expressam direitos fundamentais se enquadram na categoria de normas jurídicas. Como se verá nos tópicos que seguem, é plenamente possível visualizar na estrutura normativa dos direitos fundamentais uma formulação disjuntiva, uma relação bilateral e a previsão de sanção, de modo que não há como negar-lhes a juridicidade.

⁷ É o que leciona Miguel Reale (2002, p. 257): “Não é possível conceber ordenação da vida moral sem se prever uma consequência que se acrescente à regra, na hipótese de violação. Parece paradoxal, mas é verdadeiro que as leis físicas se enunciam sem se prever a sua violação, enquanto as leis éticas, as jurídicas inclusive, são tais que seu adimplemento sempre se previne. É próprio do Direito a possibilidade, entre certos limites, de ser violado o mesmo se deve dizer da Moral”.

⁸ Norberto Bobbio (2005, p. 155) comenta a sanção moral nos seguintes termos: “A única consequência desagradável da violação de uma norma moral seria o sentimento de culpa, um estado de incômodo, de perturbação, às vezes de angústia, que se diz na linguagem da ética, ‘remorso’ ou ‘arrependimento”.

⁹ Na palavras de Norberto Bobbio (2005, p. 160) “Ela nos oferece um critério para distinguir as normas que habitualmente se denominam jurídicas das normas morais e das normas sociais. Trata-se das normas cuja violação tem por consequência uma resposta *externa e institucionalizada*”.

¹⁰ É o que apregoa Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 167): “Que toda norma de conduta, individual ou social, faz-se necessariamente acompanhar de sanção, não resta a menor dúvida. Norma e sanção constituem termos de envolvimento recíproco. Assim ocorre, porque a normatividade ética expressa um dever-ser de conteúdo axiológico, que, não realizado, redundará logicamente numa consequência, que é o que se chama sanção. [...] A diferença reside nisto: a nota da juridicidade particulariza a sanção jurídica, individualizando-a relativamente às demais espécies. A não ser a jurídica, nenhuma outra espécie de sanção é exigível, o que significa poder atualizar-se através da via judicial. Diz-se, por isso, que a sanção jurídica tem autonomia e organização”.

Importante ressaltar que, embora os direitos fundamentais se expressem por normas jurídicas, os valores neles contidos podem eventualmente encontrar correspondentes em normas morais de indivíduos ou coletividades de um Estado. Esta correspondência é um dos fatores que geram confusão no enquadramento dos direitos fundamentais nas espécies de norma éticas, porém trata-se de uma realidade normal a todos as normas jurídicas e não de uma peculiaridade das que expressam direitos fundamentais.

2.1.2 Relação entre direito e moral

A despeito de a moral e o Direito possuírem campos de incidência próprios, mantêm eles relação entre si. A perspectiva individual e social das normas éticas não se apresenta de forma absolutamente apartada, pelo contrário, existem entre elas nítidos pontos de contato e interação. Por um lado, a norma moral pode ser influenciada pela norma jurídica na hipótese em que os indivíduos incorporam a percepção axiológica presente no ordenamento jurídico, alterando concepções valorativas inicialmente contrárias, num movimento de homogeneização social que é um dos objetivos centrais do Direito. É o que se observa, por exemplo, no caso das ações afirmativas que visam a superar desigualdades construídas no decorrer da história em decorrência de preconceitos raciais, étnicos, religiosos etc. Por outro lado, na elaboração das normas jurídicas, devem ser consideradas as normas morais na regulação de uma conduta de modo a garantir efetividade ao Direito. Neste sentido, também ensina André Rufino do Vale (2009, p. 25):

A presença de direitos fundamentais nos sistemas jurídicos constitucionalizados pode ser entendida como o resultado da transformação da moral crítica em moral legalizada. No marco de análise das relações entre Direito e Moral, a moral crítica é constituída por aqueles conteúdos morais que ainda não foram incorporados pelo sistema jurídico, mas que o pressionam constantemente para obter reconhecimento.

Destarte, as normas éticas e as normas jurídicas não se apartam, ao contrário, se influenciam em uma inter-relação que está direcionada à uniformização.¹¹ Por tal razão, o seu estudo não pode ser resumido às suas distinções e similitudes, mas envolve, necessariamente, uma abordagem de suas influências mútuas. Assim pontifica Alf Ross (2003, p. 89):

O problema da relação entre direito e moral não pode ser formulado sob forma de uma comparação entre dois sistemas análogos de normas. Pelo contrário, é preciso

¹¹ Gabrielle Bezerra Sales (2004, p. 4-5) estuda a interrelação entre a ética individual e a social: “A violação, no entanto não atinge apenas o grupo social, já que a identidade individual é firmada a partir de emaranhados de laços sociais. Daí, a afirmação de que a identidade coletiva reflete e gera a identidade individual, restando aos indivíduos, apesar de uma perspectiva egóica, a preservação da sociabilidade e de si mesmos. A subjetividade sofre na mesma proporção dos grupos sociais quando ocorrem agressões aos valores”.

mostrar como está relacionado o sistema institucional do direito com as atitudes morais individuais que predominam na comunidade jurídica. É óbvio que é necessário haver um grau considerável de harmonia entre um e outras, já que um e outras estão radicados em valorações fundamentais comuns, na tradição cultural da comunidade. O ordenamento jurídico e as atitudes morais se acham também em relação de cooperação recíproca. As instituições do direito constituem um dos fatores do meio ambiente que moldam as atitudes morais individuais. Estas últimas, por sua vez, constituem parte dos fatores práticos que, através da consciência jurídica moral contribuem para moldar a evolução do direito.

Assim, embora os princípios de direitos fundamentais se encontrem no campo das normas jurídicas, eles mantêm um diálogo permanente com as normas morais da sociedade. Foi com base nestas que o constituinte originário alçou ao *status* de fundamental certos direitos, função que não se exauriu neste momento, mas que se perpetua em cada aplicação sua, devendo-se sempre buscar o sentido destas normas jurídicas nas normas morais que prevalecem na sociedade.

Quatro teorias se destacam no exame desta interação do Direito e da Moral, expressando cada uma delas um grau diferente de interferência entre os dois campos da Ética.¹² São elas: 1) Teoria da independência; 2) Teoria do Máximo Ético; 3) Teoria do Mínimo Ético ou Teoria dos Círculos Concêntricos; e 4) Teoria dos Círculos Secantes.

A primeira, adotada nas teorias positivistas, aparta totalmente a Moral do Direito. Acreditam seus defensores que os efeitos provocados por ambas na vida social são completamente opostos, enquanto o Direito proporciona e assegura a paz, a Moral induz o conflito.¹³ Hans Kelsen (2006, p. 75), por outro lado, fundamenta o purismo de sua proposta de estruturação jurídica exatamente no afastamento dos debates axiológicos em relação ao Direito. Por tal colocação, é possível representar esta abordagem por dois círculos totalmente independentes. Observe-se as palavras do próprio Kelsen (2006, p. 75-76) sobre a relação entre Moral e Direito:

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem

¹² Todas estas teorias são comumente expressas e até nominadas por suas representações gráficas, forma de exposição que, por um lado, oculta a real complexidade do tema, mas, por outro, possibilita uma visualização mais rápida das propostas doutrinária, mostrando-se satisfatória para o objetivo do presente trabalho, motivo pelo qual a adotou-se.

¹³ Sobre o tema, ensina o jurista dinamarquês Alf Ross (2003, p. 90): “O direito e a moral diferem consideravelmente quanto aos seus efeitos na vida social. Visto que o direito é um fenômeno social, uma ordem integrada comum que busca o monopólio da força, é sempre uma ordem para a criação de uma comunidade que colima a manutenção da paz. [...] A moral, por outro lado, é um fenômeno individual, podendo com a mesma facilidade arrastar os seres humanos ao conflito ou uni-los. Idéias morais conflitantes, por certo, podem constituir uma fonte de discórdia do tipo mais profundo, mais perigoso e menos controlável”.

jurídica e um dos vários sistemas de Moral e não a relação entre aquela e 'a' Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral.

Em sentido diametralmente oposto, observa-se a Teoria do Máximo Ético, que tem por principal expoente Gustav Von Schmoller (1838-1917), para a qual o Direito incide sobre todo o âmbito da Moral, possuindo como expressão gráfica dois círculos sobrepostos. Nesta perspectiva do tema, todas as condutas humanas passíveis de valoração moral devem ser objeto de apreciação jurídica, da mesma forma que todas as questões alheias à Moral são irrelevantes para o Direito, desaparecendo, assim, a subdivisão da Ética, em que as suas espécies são tratadas como meros sinônimos.¹⁴

Estas duas concepções pecam pelo excesso e demonstram mais claramente sua insustentabilidade, posto que tão absurdo quanto imaginar a ausência de fundamentação axiológica do Direito é supor que este regule toda manifestação valorativa do homem.

A Teoria do Mínimo Ético aparece como uma proposta intermediária às teorias acima referidas, buscando revelar a inter-relação entre Direito e Moral, sem ir ao extremo de confundi-los ou apartá-los. Também conhecida como Teoria dos Círculos Concêntricos, inicialmente proposta pelo filósofo inglês Jeremy Bentham (1748-1832) e desenvolvida principalmente pelo alemão George Jellinek (1851-1911). Defendem seus sectários que a Moral e o Direito possuem o mesmo fundamento e se ocupam igualmente da conduta humana, não obstante o campo da Moral ser mais amplo que o do Direito, o que importa a total abrangência deste por aquele.¹⁵

Sintetiza Miguel Reale (2006, p. 42) que “tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico”. Importa dizer que nem todas as obrigações morais são cumpridas voluntariamente, e como algumas delas transcendem a esfera individual, revelando-se vitais para o desenvolvimento social, necessitam de maior força para coibir suas transgressões, o que autoriza a intervenção do Poder estatal por intermédio do Direito.

O mínimo Ético é apontado pelos estudiosos como o modelo ideal, pois atribui ao Direito uma fundamentação mais consistente que favorece sua eficácia. Apesar disto, a total

¹⁴ C.f. Miguel Reale (2006); Arnaldo Vasconcelos (2006) Edmundo Lima de Arruda Júnior e Marcus Fabiano Gonçalves (2002)

¹⁵ C.f. Miguel Reale (2006); Arnaldo Vasconcelos (2006) Edmundo Lima de Arruda Júnior e Marcus Fabiano Gonçalves (2002)

inclusão do Direito no campo da Moral é uma realidade utópica que não condiz com o que de fato se observa ou com o que possa um dia vir a ser de fato observado.

A Teoria dos Círculos Secantes, desenvolvida principalmente por Claude Du Pasquier, é apontada como concepção concreta da interação entre normas jurídicas e morais. Esta teoria enfrenta o tema de maneira mais coerente com a realidade, pois, embora admita a existência de normas jurídicas indissociavelmente ligadas às normas morais, reconhece que outras a estas são completamente alheias ou contrárias. Isto implica afirmar que o campo da Moral abrange apenas em parte o campo do Direito, abrigando normas indiferentes ao mundo jurídico que, por sua vez, possui normas amorais e imorais, alheias ou contrárias aos preceitos morais.¹⁶

Há autores, como Arnaldo Vasconcelos¹⁷, que entendem ser impossível dimensionar abstratamente a relação existente entre as normas éticas, o que de fato é verdade. Entretanto, a análise destas teorias permite reconhecer o real e visualizar o ideal, apontando as estruturas que devem ser rejeitadas, de modo a trilhar o caminho que o Direito deve seguir.

Por uma conclusão lógica do que foi dito até aqui, é possível afirmar que os direitos fundamentais se expressam por normas jurídicas e não por normas morais, embora mantenham constante comunicação com estas, garantindo que o ordenamento jurídico conserve uma harmonia com os valores individuais do povo. Portanto, sem ignorar a relação com a moral, os princípios de direitos fundamentais devem ser analisados com base na teoria das normas jurídicas.

2.2 Natureza da norma jurídica

Uma vez realizada a distinção entre as normas jurídicas e as normas morais e determinado que as normas de direitos fundamentais se enquadram na segunda categoria, cabe agora estudar mais a fundo as normas jurídicas. Para melhor compreender como a estrutura

¹⁶ C.f. Miguel Reale (2006); Arnaldo Vasconcelos (2006) Edmundo Lima de Arruda Júnior e Marcus Fabiano Gonçalves (2002)

¹⁷ Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 21) critica estas propostas afirmando ser impossível delimitar a medida de moral que contém o Direito: “O problema das relações entre norma jurídica e norma ética, que artificialmente se quer introduzir no centro das discussões sobre a natureza do Direito, não encontra substratos material ou doutrinário que possam sequer, mantê-lo como tal. Simplesmente, inexistente a questão. Improcede, pois, toda formulação que pretenda dar medida à composição ética do Direito, tanto quanto aquela que vê nele apenas um mínimo ético (George Jellinek), como a que, exagerando, nele divisa um máximo ético (Gustav Schmoller). Já Santi Romano mostrara satisfatoriamente a impossibilidade de dimensionar, de modo apriorístico, o quantum de moral, de economia, de hábitos sociais de técnica etc., que se contém no Direito”.

normativa dos direitos fundamentais se encaixa na formatação de uma norma jurídica, é necessário traçar o conceito desta e, para tanto, cumpre primeiramente delimitar sua natureza para daí extrair as características essenciais que formaram o conceito.

2.2.1 Norma como imperativo

O estudo da natureza das normas jurídicas deve ser inicialmente abordado pela análise das teorias imperativistas, posição que primeiro se destacou e ainda é defendida por muitos estudiosos do tema. A norma, quando compreendida como um imperativo, exprime a noção de uma ordem, nela acentua-se o caráter de mandamento, traduzindo a imposição de deveres. Esta aceção não foi desenvolvida pelo positivismo jurídico, mas se adequou perfeitamente às propostas desta corrente, de modo que prevaleceu juntamente com ele no século XIX e início do século XX.¹⁸

As raízes desta concepção, logicamente com algumas ressalvas, podem ser apontadas para a Grécia clássica com a defesa do primado da lei, esta entendida como expressão do poder do governante.¹⁹ Todavia, somente no Direito romano, com o desenvolvimento da noção de poder de *imperium*, é que o imperativismo normativo toma feições mais precisas, expressando a ideia de ordem dos governantes aos súditos.²⁰ A perspectiva da norma como imperativo, adotada na Roma Antiga, influenciará de maneira decisiva as concepções dos sistemas jurídicos ocidentais, reproduzida quase como verdade absoluta, muitas vezes de maneira acrítica e descontextualizada, assim como ocorre com inúmeros outros institutos.

Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 52) observa que nos séculos que se seguiram a teoria imperativista manteve lugar de destaque, defendida por nomes expressivos como Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino na doutrina cristã da Idade Média. Em seguida é

¹⁸ A vinculação do imperativismo normativo com o positivismo jurídico é analisada por Norberto Bobbio (2006, p. 181) nos seguintes termos: “Os expoentes do positivismo jurídico concordam em definir a norma jurídica como tendo a estrutura de um comando [...]. A teoria imperativista da norma jurídica está estreitamente vinculada à concepção legalista-estatal do direito (isto é, com a concepção que considera o Estado como única expressão do poder normativo do poder normativo do Estado): basta, realmente, abandonarmos a perspectiva legalista estatal para que esta teoria não exista mais”.

¹⁹ Gabrielle Bezerra Sales (2004, p. 65) também observa esta raiz do imperativismo normativo: “A escola jurídica que identifica a norma como um imperativo deu seus primeiros passos na Grécia Clássica. A lembrança do Julgamento de Sócrates serve de parâmetro para se perceber o quanto de imperatividade era atribuído a *nomos*”.

²⁰ É o que observa Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 51): “O Direito romano vai refletir duas noções que os gregos desconheciam: a ideia de individualismo, na esfera social e a de poder de *imperium*, no plano político. Surge o conceito de Direito como sistema de limites, que produzirá as divisões tradicionais entre Direito objetivo/Direito subjetivo, Direito público/Direito privado. Nesse contexto de perspectiva verticais, a lei não poderia deixar de significar o mandado dos governantes aos súditos”.

possível citar Francisco Suárez, Hugo Grotius, Thomas Hobbes e John Austin, cada um deles contribuindo para a defesa desta concepção, circunstância que manteve sua hegemonia doutrinária até os tempos modernos.

A primeira crítica substancial realizada contra a proposta que entende possuir a norma jurídica natureza imperativa foi protagonizada por Karl Binding, com a edição de sua obra *A norma e sua infração*, publicada em 1872. Este jurista, analisando as normas penais, observa uma incoerência na concepção de norma jurídica como ordem, uma vez que os crimes não se realizariam em razão de sua violação, mas em decorrência do cumprimento da norma. O próprio autor observou existir uma confusão entre a norma e seu enunciado, afirmando que o sentido do texto “matar alguém”, por exemplo, quer significar a proibição de tal conduta e não sua imposição. Para superar esta confusão, ele distingue norma jurídica e lei, sendo a primeira um imperativo voltado ao povo e a segunda um juízo hipotético destinado ao juiz. Com esta colocação, Binding desestrutura sua pretensa pureza jurídica, pois seu conceito de norma foge à pretendida lógica do positivismo jurídico, aproximando-se de uma fundamentação metajurídica.

Esta primeira dúvida realçada por Binding não impediu que a tendência imperativista continuasse atraindo adeptos, de modo a encontrar defensores cada vez mais dedicados. Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 59-68) ressalta outras importantes construções doutrinárias em defesa da natureza imperativa da norma jurídica. Lembra o autor da contribuição de Léon Duguit, que, afastando-se do positivismo liberal estatizante, elabora sua teoria do imperativo hipotético. Aborda, também, a proposta de Karl Olivecrona, que defende o caráter prescritivo da norma, criticando, todavia, a ideia de ordem em seu sentido gramatical, fundamento sobre o qual constrói sua teoria do imperativo independente. Menciona, ainda, Léon Petrasizky com seu imperativo atributivo, no qual a norma jurídica se caracteriza pela imposição de um dever em razão de uma pretensão correlata, sendo esta a nota distintiva em relação à norma moral.

A natureza da norma jurídica também foi pauta dos debates jusfilosóficos no Brasil, revelando importantes defensores da imperatividade normativa, entre os quais se destacam Goffredo Telles Júnior (1967), com seu imperativo autorizante, e Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2006), na defesa de sua Teoria Pragmática da Comunicação Normativa. Detenha-se um pouco mais sobre a proposta destes dois juristas brasileiros.

Goffredo Telles Júnior (1967), num primeiro momento, defende possuir a norma jurídica natureza de um imperativo atributivo, similar à postura assumida por Petrasizky. Contudo, em uma segunda fase de seu estudo, combate diretamente o caráter atributivo da norma, mantendo a natureza imperativa, mas substituindo sua adjetivação atributiva pelo autorizamento. Entenda-se o caráter autorizante como a permissão dada ao lesado para exigir a reparação do mal sofrido diante do descumprimento da norma. Destarte, para este autor, o imperativismo seria o caráter que distingue as normas éticas das normas físicas e o autorizamento o elemento que permitiria diferenciar as espécies de normas éticas, uma vez que só estaria presente nas normas jurídica e não nas morais.

Ressalte-se que este entendimento da norma como imperativo autorizante ganhou adeptos de força, como é o caso de Maria Helena Diniz (2003), que defende serem tais elementos próprios da essência da norma jurídica, sem os quais ela seria incompreensível. Confirmam-se as palavras de Maria Helena Diniz (2003, p. 147) ao concluir:

A norma jurídica, por conseguinte, define-se como o fez Goffredo Telles Jr.: *imperativo autorizante*, conceito este que é realmente, essencial, uma vez que é a síntese dos elementos da necessários que fixam a essência da norma jurídica. A norma jurídica sem qualquer um destes elementos eidéticos afigura-se incompreensível, uma vez que tirar qualquer desses elementos integrantes de sua unidade essencial equivale a destruí-la. Deveras, uma norma jurídica que careça do autorizamento será uma norma moral, e sem a norma da imperatividade, será apenas uma lei física. Encontramos sempre esses dois elementos onde quer que se encontre a norma jurídica.

Por outro lado, tal proposição também encontra críticos de relevo, como é o caso do professor Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 72-73), que aponta pelo menos três problemas na elaboração teórica deste jurista, estando a primeira no fato de que a imperatividade não é colocada como elemento da norma jurídica, mas da norma ética, não sendo, desta forma, própria de sua essência; a segunda estaria na confusão entre o mundo do ser e o do dever ser; e, por derradeiro, aponta a ausência de lugar para o dever ou obrigação jurídica.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2006) defende a natureza imperativista na elaboração de sua teoria da norma jurídica, relacionando-a com o fundamentado de validade das normas jurídicas, correspondendo ao que o autor chamou de *relação de calibração*, tratando-se da qualidade que permite que a norma se adapte às mudanças e aos desvios, sendo a obediência da norma independente de motivos e interesses dos endereçados, ou seja, a norma não é um juízo hipotético condicionado, mas dá uma qualificação jurídica a uma conduta e estabelece

uma relação metacomplementar. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2006, p. 133-134) explica a imperatividade da norma jurídica nos seguintes termos:

Trata-se de regulação (calibração), ou seja de enunciados das possibilidades admitidas de variações ao nível de relação, num determinado âmbito. Uma norma é vinculante no sentido de que estão reguladas as variações de sua possibilidade de imposição dentro de um âmbito determinado. Do mesmo modo que para a validade e para a efetividade, a imperatividade não é *algo* que a norma *tem*, ou seja, não se trata de entidade platônica, da qual a norma participa. Sendo o discurso normativo uma interação, também a imperatividade designa uma propriedade desta interação. Uma norma é vinculante ou tem imperatividade na medida em que se lhe garante a possibilidade de impor um comportamento independentemente do concurso ou da colaboração do endereçado, portanto, a possibilidade de produzir efeitos *imediatos*, inclusive sem que a verificação da sua validade o impeça.

Contra esta proposta, afirma Gabrielle Bezerra Sales (2004) que, por esta abordagem, resta afastada a liberdade própria do homem e desaparecem os graus de eficácia, não havendo, por esta razão, como subsistir.²¹

Embora, como visto, existam valiosos estudos sobre a natureza da norma jurídica, foi com Hans Kelsen, sem dúvida, que o tema tomou feições mais robustas. Devem-se a ele as formulações básicas da estruturação lógico-formal da norma jurídica, construção de firmeza teórica tão acentuada que se tornou um marco no estudo do tema, de modo que depois dele os estudiosos ou concordam ou discordam de sua teoria, mas sempre a mencionam.

2.2.2 *Hans Kelsen e o imperativo despsicologizado*

Com Hans Kelsen, o estudo da natureza da norma jurídica ganha maior profundidade e assume feições mais técnicas. Este autor, em um primeiro momento, partindo da distinção entre o mundo do ser e o mundo do dever ser, caracteriza as normas jurídicas como um juízo hipotético, em oposição aos juízos categóricos das normas morais. Ao considerar a norma jurídica como um juízo, Kelsen adota uma postura contrária à defendida pelos imperativistas, que a veem como ordem. Para melhor compreender a concepção normativa adotada inicialmente por este autor, urge delinear os conceitos dos termos que compõem sua definição.

Entende-se por “juízo” a operação mental pela qual se atribui o caráter positivo ou negativo de um predicado a um sujeito, ligados pela partícula *ser* ou *dever ser*. No primeiro

²¹ Assim critica Gabrielle Bezerra Sales (2004, p. 106): “Outra crítica é no que se refere a seu posicionamento imperativista, desautorizando sua teoria, pois nega completamente a idéia de liberdade, imanente ao Homem. Daí criticar também a sua formulação teórica sobre a eficácia. Inexistem graus de eficácia; ou há ou não há. Tudo o mais é ideologia ou problema de ordem político-interpretativa”.

caso, o elemento de ligação é ôntico (*ser*), pois retrata aquilo que efetivamente é, caracterizado, por conseguinte, de *juízos categóricos*. No segundo caso, a cópula que une sujeito e predicado é deôntica (*dever ser*), expressando sua possibilidade de descumprimento, circunstância que lhes garante a condição de *juízos hipotéticos*. Uma terceira forma de manifestação dos juízos é a que envolve a união de dois juízos hipotéticos pela conjunção alternativa “*ou*”, quando são denominados de *juízos disjuntivos*.

Kelsen (2006) entende a norma jurídica como um juízo hipotético que descreve o direito positivo. Nela consta o fato temporal, a prestação que deve ser tomada diante dele e a sanção para o caso de não vir a ser. De modo estrutural, a norma jurídica poderia ser descrita mediante dois enunciados, um para o caso da não prestação e outro para a hipótese de sua observância, da seguinte forma:

Dado a **não prestação**, *deve ser* a **sanção**. → Norma primária

Dado o **fato temporal**, *deve ser* a **prestação**. → Norma secundária

No modelo apresentado por este jurista, a norma jurídica propriamente dita é a que estabelece a sanção, pois em sua construção teórica o direito se manifestava no momento da transgressão, circunstância que garante ao caráter sancionatório posição privilegiada. A previsão do direito, ou melhor, a norma que se ocupa do seu cumprimento, é relegada a segundo plano. Considera-a como mera ferramenta lógica para a aplicação da sanção, simples derivação técnica da norma jurídica, desprovida de valor normativo autônomo. Tal colocação pode ser constatada no seguinte excerto da obra de Kelsen (2006, p. 61):

Se uma ordem jurídica ou uma lei feita pelo parlamento contém uma norma que prescreve uma determinada conduta e uma outra norma que liga à não observância da primeira uma sanção, aquela primeira norma não é uma norma autônoma, mas está essencialmente ligada à segunda; ela apenas estabelece – negativamente – o pressuposto a que a segunda liga à sanção. E, quando a segunda norma determina positivamente o pressuposto a que liga a sanção, a primeira torna-se supérflua do ponto de vista da técnica legislativa.

Um dos pontos mais atacados desta construção teórica foi a colocação da ilicitude não como negação do Direito, mas como seu pressuposto. Afirmação esta feita de maneira expressa por Hans Kelsen (2006, p. 127), como se vê na seguinte transcrição:

Nesta proposição, o ilícito aparece como pressuposto (condição) e não como negação do Direito; e, então, mostra-se que o ilícito não é um fato que está fora do direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do direito e é por este

determinado, que o direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele.

De fato, tal afirmativa coloca às avessas a realidade jurídica, garante um lugar de destaque àquilo que deveria ser rechaçado a todo custo, fazendo do Direito um espelho do injusto, quando deveria ele refletir somente a justiça. Além disto, restringe drasticamente seu campo de atuação, por afastar do Direito as hipóteses em que a norma jurídica é cumprida, que correspondem ao habitualmente observado, focando somente a excepcionalidade da ilicitude. Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 84) critica tal posicionamento taxando-o de parcial e pessimista:

O dimensionamento do jurídico pelos padrões da ilicitude e da coatividade fornece um conceito de Direito que é restrito, e portanto parcial e ainda pessimista. A parcialidade decorre de ter-se confundido Direito e Estado, perdendo aquele em favor deste; o pessimismo, em haver-se encurtado demasiadamente o campo do Direito, talvez com o intuito de melhor dominá-lo, o que não deixa de revelar suspeita quanto a capacidade do homem para alcançá-la e sua total abrangência.

O próprio Hans Kelsen (1986, p. 181), demonstrando rara maturidade acadêmica, vem, em sua obra póstuma, *Teoria Geral das Normas*, admitir a inversão dos preceitos normativos. Vejamos as palavras do autor:

Se se admite que a distinção de uma norma que prescreve uma conduta determinada e de uma norma que prescreve uma sanção para o fato da violação da primeira seja essencial para o Direito, então precisa-se qualificar a primeira como norma primária e a segunda como secundária – e não o contrário, como o foi por mim anteriormente formulado. A norma primária pode, pois, aparecer inteiramente independente da secundária. Mas é também possível que uma norma expressamente formulada, a primeira, i.e., a norma que impõe uma conduta determinada geralmente não apareça, e apenas apareça a norma secundária, i.e., a norma que estabelece a sanção.

Todavia, Kelsen acabou abandonando a concepção da norma jurídica como juízo hipotético diante da necessidade de responder a críticas e questionamentos acerca da natureza de sua norma hipotética fundamental. Esta norma se apresenta como fundamento último de validade de todas as outras normas do ordenamento, dentro da relação de derivação denominada por ele de dinâmica jurídica. Trata-se de um instrumento lógico para que a busca do fundamento de validade de uma norma em outra superior não fosse levada ao infinito, não podendo, assim, ser posta, pois, para tanto, necessitaria de uma norma superior a ela que

outorgasse autoridade ao órgão que a editasse. Kelsen então a classifica como norma pressuposta, não sendo positivada, mas fruto de um ato de pensamento.²²

Nestes termos a norma hipotética fundamental não pode ser concebida como juízo hipotético, mas assume a forma de um imperativo, circunstância que impôs ao autor a alteração de seu pensamento acerca da natureza da norma jurídica, momento em que passa a distinguir norma e proposição jurídica, afirmando serem as primeiras imperativas, mas destituídas de vontade psíquica. Assim, na segunda fase de seu pensamento, a norma jurídica assume a feição de um imperativo despsicologizado.

Esta nova postura kelseniana não garante fôlego às concepções imperativista, mas, ao inverso, realça sua fragilidade teórica. Kelsen, em uma tentativa de manter coerência com sua formulação anterior, desvirtualiza a própria noção etimológica do termo “imperatividade”, retirando do comando o caráter psicológico, elemento que lhe é essencial.²³ Esta postura revela a impossibilidade de caracterizar a norma jurídica como imperativo, o que fica claro, principalmente no retorno de sua teoria à proposta de Binding, inicialmente combatida.²⁴ Outro aspecto condenado pelos estudiosos do tema é a feição formalista da proposição lógica, que impõe uma visualização fria, puramente normativa, como se a norma jurídica fosse o princípio e o fim do próprio Direito.

2.2.3 *Carlos Cossio e o Juízo disjuntivo*

Não se pode olvidar que a norma é somente um dos elementos do Direito, estando nela contidos os outros dois (fato e valor), sendo sua função expressá-los. Para a superação do pensamento kelseniano fazia-se necessário, inicialmente, afastar a equiparação realizada entre Direito e norma, de modo a garantir uma abordagem integral da realidade Jurídica, considerando todos os seus elementos essenciais (fato, valor e norma). Para tanto, fazia-se

²² Veja-se as palavras do próprio Hans Kelsen (2006, p.217): “Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada”.

²³ É o que preleciona Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 87): “Restava ainda, para Kelsen, a alternativa de ter de renegar as objeções que havia interposto ao imperativismo jurídico, com redobrada ênfase, ou de ver-se forçado a descaracterizar o sentido etimológico do termo imperativo, adjetivando-o, passa assim tentar compatibilizá-lo com o seu pensamento anterior”.

²⁴ Observemos as palavras de Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 55-56): “Somente quando Kelsen e Binding se confrontam, separados embora por um século de distância, vem o imperativismo jurídico a receber em cheio os golpes fatais de sua desintegração. Falando ambos em nome da pureza jurídica e, portanto, com a mesma definição de propósitos, chegam a conclusões diametralmente opostas. Entretanto, ao retroceder Kelsen no seu pensamento, através de invenção da desenxabida imagem do ‘imperativo despsicologizado’, é justamente a Binding que retorna”.

necessário superar a concepção imperativista do direito e o positivismo jurídico extremado à qual ela bem se adequava, reaproximando o valor do mundo jurídico.

Foi exatamente o que fez Carlos Cossio (1964). Este jurista argentino, considerando o inescusável caráter normativo presente tanto na observância quanto na violação do Direito, adotou a essência da estrutura normativa elaborada por Kelsen, mas atribuindo-lhe conotação mais abrangente e coerente.

Na proposição deste autor, a conduta humana, analisada em sua intersubjetividade, é o suporte sobre o qual o direito é erigido. A reciprocidade de direitos e deveres entre os sujeitos da norma jurídica, tendo a liberdade como pauta de convivência, amadurece a estrutura normativa, superando a visão individual do destinatário da norma. A norma passa a ser concebida como a expressão intelectual da conduta, ela se limita a expressar a conduta de forma deontica, motivo pelo qual não constitui propriamente um juízo de valor, mas o caráter axiológico é seu pressuposto inafastável.

A disjuntividade é uma das marcas centrais dos traços distintivos de sua formulação, característica que permite à norma abranger o lícito e o ilícito em uma mesma realidade. A prestação e a sanção não correspondem a normas distintas como na teoria kelseniana, mas, ao contrário, revelam-se como partes de uma mesma norma jurídica. Com esta construção, Carlos Cossio (1964) consegue realçar a estrutura binária da norma sem, contudo, quebrar sua unidade lógica, corrigindo uma falha estrutural dos sistemas propostos anteriormente, nos quais se adotavam o juízo hipotético de maneira simples.

Outra alteração que merece destaque é a inversão de importância dada à prestação e à sanção. Ao inverso do que defendia Kelsen na primeira fase de seu pensamento, Cossio (1964) garante uma posição privilegiada ao enunciado que prevê o Direito, elevando-o à categoria de *endonorma*. O preceito sancionatório, aqui denominado de *perinorma*, mantém ligação direta com o primeiro por intermédio da partícula disjuntiva *ou*, mantendo igual força normativa, mas apresentado em segundo plano. Esta nova estrutura se funda na própria natureza da ética de regular a conduta humana garantindo sua liberdade. Está ela imbuída do caráter axiológico de modo que ao mesmo passo que assegura um valor social, garante ao homem a possibilidade de escolher a conduta a ser tomada, mesmo que esta lhe traga uma consequência negativa.²⁵

²⁵ Não é outra a lição de Miguel Reale (2006, p. 101): “Como se vê a hipoteticidade ou condicionalidade regra de conduta não tem apenas aspecto lógico, mas apresenta também um caráter *axiológico*, uma vez que nela se

A estruturação da norma jurídica passa então a ser definida nos seguintes termos:²⁶

Dado o fato , <i>deve ser a prestação</i>	→ Endonorma
ou	→ Partícula disjuntiva
Dada a não prestação , <i>deve ser a sanção</i>	→ Perinorma

Carlos Cossio (1964, p. 230-231) aponta dez componentes permanentes da norma jurídica, a saber:

- 1 – dada uma situação coexistencial que faz iniciar uma totalidade sucessiva (H)
- 2 – dever ser (cópula proposicional),
- 3 – a prestação de alguém (P),
- 4 – como alguém obrigado (Ao),
- 5 – ante alguém titular (At),
- 6 – ou (cópula disjuntiva que delimita endonorma e perinorma),
- 7 – dado a não prestação (não-P),
- 8 – a sanção do responsável (S),
- 9 – imposta por um funcionário obrigado a isto (Fo),
- 10 – graças a pretensão da comunidade (pC).²⁷

Esta nova formulação não está isenta de críticas, circunstância que não lhe retira a credibilidade, e sim favorece seu amadurecimento, como é comum a todos os institutos jurídicos, dinâmicos por natureza. A principal censura sofrida pela estrutura normativa cossiana centra-se na inexistência de uma disjuntividade propriamente dita, pois as duas partes da norma jurídica seriam reciprocamente excludentes. Neste entendimento a norma não poderia ser concebida como uma já que ou se aplica a endonorma ou a perinorma, nunca as duas simultaneamente.²⁸

Data venia, entende-se que a proposta ora estudada não padece da referida inexatidão lógica. Os dois enunciados da norma jurídica não podem ser considerados apartadamente,

expressa a objetividade de um valor a ser atingido, e, ao mesmo tempo, se salvaguarda o valor da liberdade do destinatário, ainda que para a prática de um ato de violação”.

²⁶ Convém salientar, desde logo, que embora a norma jurídica seja expressa mediante um sistema lógico, sua aplicação não importa mera dedução silogística, mas, ao contrário, envolve uma subsunção lógico-axiológica da conduta concreta ao fato-tipo, para daí extrair o nexo de imputabilidade. Voltaremos a enfrentar o tema com maior acuidade no capítulo destinado a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

²⁷ Tradução livre do autor. Texto original: “1 – dada una situación coexistencial como el hecho inicial de una totalidad sucesiva (H), 2 – debe ser (cópula proposicional), 3 – la prestación de alguien (P), 4 – como alguien obligado (Ao), 5 – ante alguien titular (At), 6 – ou (cópula disyuntiva que delimita endonorma y perinorma), 7 – dado el entuerto como no prestación (no-P), 8 – La sanción del responsable (S), 9 – impuesta por un funcionario obligado a ello (Fo), 10 – gracias a La pretensión de La Comunidad (pC)”.

²⁸ É o que se depreende da seguinte preleção de Maria Helana Diniz (2003, p. 78): “Sem embargos, alguns autores, ao examinarem o esquema normativo da norma-juízo da Egologia, chegaram à conclusão de que as proposições que o compõem não resultam numa disjuntividade, tal como esta é entendida na lógica tradicional, isto porque a proposição disjuntiva caracteriza-se pelo fato de que a um mesmo sujeito se atribui uma pluralidade de determinações que se excluem entre si”.

pois o valor e o fato contidos em ambos são os mesmos, apenas colocados em circunstâncias diversas. A hipótese da prestação prevista na endonorma não pode ser desconectada da possibilidade da não prestação contida na perinorma, já que a norma jurídica tem que assegurar o fato valorado sem desconsiderar a liberdade humana de optar por segui-lo ou não. Ressalte-se, ainda, que a perinorma não é uma alternativa ao descumprimento da endonorma, mas uma consequência deste, razão pela qual a aplicação da sanção mantém íntima relação com o caráter axiológico previsto na primeira parte da norma. Estes motivos revelam ser a crítica levantada desprovida de força argumentativa suficiente para retirar a autoridade da formulação cossiana.

Superada a questão relativa à natureza da norma jurídica, momento no qual ficou demonstrado possuir maior substrato lógico e teórico a corrente que a considera como um juízo disjuntivo, afastando as propostas imperativistas, cabe agora identificar quais são suas características essenciais.

2.3 Conceito de Norma jurídica

As normas jurídicas podem assumir os conteúdos mais variados, de modo a manter coerência com o tempo, o lugar ou a matéria que regule. Assim, cada Estado soberano edita suas normas jurídicas, atentos às suas próprias exigências, sejam elas de natureza política, ideológica, econômica, histórica etc. Percebe-se, também, que as normas jurídicas regulam as mais diversas manifestações humanas, envolvendo suas relações privadas e com o Estado, circunstância que implica uma enorme gama de matérias a serem enfrentadas, abrangendo os conteúdos mais variados, como o tributário, o penal, o administrativo, o civil etc. As normas jurídicas são, ainda, dotadas de certa mutabilidade que as permite evoluir com o tempo, assumindo conteúdos distintos, conforme as exigências sociais.

Este vasto campo de possibilidades, com um rol inumerável de conteúdos atribuíveis, não afasta das normas jurídicas a possibilidade de constatar que certos elementos são comuns a todas estas circunstâncias. As normas jurídicas possuem uma área variável que lhes permite atender a exigências específicas, mas têm, igualmente, um núcleo que se mantém imutável, presente em qualquer de suas manifestações.

Firmada a concepção de que a natureza da norma jurídica é a de um juízo disjuntivo, resta identificar quais as características que podem ser dela extraídas. Para tanto, faz-se necessário observar a estrutura lógica pela qual se expressa. Relembre-se: *dado o fato, deve*

ser a prestação, ou dada a não prestação, deve ser a sanção. Somente três elementos são constantes: a bilateralidade extraída da noção de prestação; a disjuntividade presente pela ligação dos dois juízos hipotéticos pela partícula “ou”; e a sanção, consequência jurídica da não prestação.

Não restam dúvidas de que existem outros elementos que se apresentam com certa constância nas manifestações da norma jurídica, mas tais predicados não dizem respeito à essência da norma jurídica, estando desconectados de sua natureza. E, como dito, o passo inicial para a conceituação da norma jurídica é o afastamento de atributos inconstantes, de modo a isolar somente aquelas características que se repetem invariavelmente em todas as suas manifestações.

O autor que melhor aborda este tema é Arnaldo Vasconcelos (2006), identificando e afastando do conceito de norma jurídica a generalidade, a abstratividade,²⁹ a coatividade, a imperatividade e a permanência, posto configurarem somente *pseudocaracterísticas*.³⁰

2.4 Características das normas jurídicas

Afastando certas propriedades que não traduzem a essência da norma jurídica, Arnaldo Vasconcelos aponta como reais características a bilateralidade, a disjunção e a sanção, pois somente estas três podem ser extraídas da estrutura lógica pela qual se expressam os juízos disjuntivos. Diante disto, impõe-se estudar mais detidamente cada uma delas, com o intuito de posteriormente analisar se todas elas se encontram presentes nos princípios de direitos fundamentais.

2.4.1 Disjunção

Pela característica da disjuntividade, a norma impõe uma conduta que deve ser seguida e, no caso de seu descumprimento, deve incidir uma sanção. Sua estrutura, portanto, envolve

²⁹ Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 142-145) coloca, inclusive, que tais aspectos, diante da realidade atual, devem ser afastados. Assim coloca o citado autor: “Com efeito, a especialidade, e não a generalidade, é a condição que se impõe à norma jurídica em face da realidade atual. Mas, mesmo assim, não é característica dela, porque nada diz a respeito de sua essencialidade [...] E a nova igualdade passará a consistir em tratar desigualmente os desiguais. Então, não se há de falar, por nenhum motivo, em abstratividade da lei. Salvo se se quiser continuar simulando”.

³⁰ Importa destacar que existem outros elementos que alguns autores apontam como característica das normas jurídicas, mas que, por sua expressão ser eventual, não podem assim ser consideradas, como é o caso de Vicente Ráo (2005, p. 222) que afirma de maneira categórica que “a coercibilidade é um dos caracteres essenciais da norma positiva de direito”.

dois juízos hipotéticos que somente podem ser corretamente compreendidos em análise conjunta, estrutura denominada de juízo disjuntivo.

Estudando separadamente os juízos hipotéticos que compõem a norma jurídica, percebe-se que eles são organizados de maneira binária, na qual os dois aspectos comportados relacionam-se em uma lógica de causa e consequência segundo uma estrutura deôntica, ou seja, ligadas por um *dever ser*. A primeira parte é composta pela previsão hipotética de uma conduta que, em regra, é enunciada de maneira abstrata, o que lhe permite comportar uma multiplicidade de condutas concretas.³¹ Na endonorma corresponde ela à conduta valorada (*Dado o fato ...*) e na perinorma à não prestação (*Dada a não prestação ...*). A segunda parte prevê o efeito jurídico da realização da conduta valorada, ou seja, a consequência predeterminada pelo ordenamento para a conduta descrita na norma. Na norma primária corresponde ela à prestação (*... deve ser a prestação*) e na secundária à sanção (*... deve ser a sanção*).

Para o correto entendimento desta característica, é imprescindível ter em mente uma circunstância já muitas vezes lembrada neste trabalho: a norma jurídica é expressão formal de fatos sociais valorados. Por consequência lógica, não é possível admitir-se uma norma jurídica que careça de um destes dois elementos. O aspecto fático está nítido no início da endonorma, correspondendo à conduta humana regulada. O elemento axiológico, por sua vez, é verificado tanto no direcionamento dado pela segunda parte da perinorma, quanto pela previsão de sanção em caso de descumprimento da prestação devida. Miguel Reale (2006, p. 103):

Desse modo, verifica-se que o momento lógico expresso pela proposição hipotética, ou a *forma da regra jurídica*, é inseparável de sua base fática e de seus *objetivos axiológicos: fato, valor e forma lógica* compõem-se, em suma, de maneira complementar dando-nos, em sua plenitude, a estrutura lógico-fático-axiológica da norma de direito. Isto não impede, é claro, que, por abstração, sejam postos entre parênteses os aspectos *fático e valorativo*. Quando se quer, porém, ter um conceito integral da norma é necessário estudar os três fatores em sua correlação dinâmica. (Grifo original).

Numa primeira fase do estudo da natureza da norma jurídica, cada um dos juízos hipotéticos da norma jurídica possuía autonomia, mas, como visto, esta concepção levava a conclusões incorrentes, como, por exemplo, a ausência de juridicidade da norma primária ou a distinção da natureza das duas. Tais problemas são superados pela compreensão conjunta dos

³¹ É o que Miguel Reale (2006, p. 100) denomina de fato-tipo: “A previsão do legislador raro é de um fato ou evento particular e único, mas sim de uma ‘espécie de fato’, ou um ‘fato-tipo’, ao qual poderão corresponder, com maior ou menor rigor, múltiplos fatos concretos”.

dois enunciados de maneira disjuntiva, permitindo que as deficiências lógicas e axiológicas observadas na análise isolada sejam superadas pela comunicação dos dois enunciados.

Uma questão que merece destaque é o fato de que as duas partes do juízo disjuntivo da norma jurídica versam sobre a mesma conduta e asseguram o mesmo valor, distinguindo-se apenas no cumprimento ou não da conduta valorada, circunstância que não pode ser afastada por expressar a própria liberdade humana. Logo, observa-se a existência de uma íntima interrelação entre tais enunciados, conexão tão estreita que o sentido de uma é extraído da outra, de modo que na ausência de qualquer delas a juridicidade do enunciado desaparece.

Entenda-se melhor. A endonorma depende da perinorma, uma vez que nesta está prevista a sanção, atributo que lhe garante coerência diante da possibilidade do dever ser lá previsto não vir a ser. Por outro lado, a perinorma depende da endonorma, pois se trata de uma consequência do descumprimento desta, necessitando, assim, do caráter axiológico nela previsto para justificar o ato de força juridicamente estatuído. Quando estes juízos hipotéticos são desconectados, ambos perdem sua coerência lógica, uma vez que o primeiro não prevê a sanção e o segundo carece do elemento valorativo. Isto deixa claro que um enunciado completa o sentido do outro, não podendo ser corretamente compreendidos isoladamente. Por tais razões, a disjuntividade é uma característica que não pode ser afastada do conceito de norma jurídica, estando relacionada diretamente com a essência desta.

2.4.2 *Bilateralidade*

A intersubjetiva é um aspecto fundamental do mundo jurídico, sua própria razão de ser, pois o Direito visa a assegurar a convivência pacífica em sociedade que, em última análise, retrata a elaboração de regras de convivência de modo a que todos possam exercer seus direitos sem interferir ou ser obstados pelos direitos dos demais. A norma jurídica, como expressão formal do direito, não poderia prescindir de tal característica. Ela retrata a referibilidade de obrigações e direitos recíprocos entre os envolvidos numa relação jurídica. Para assegurar o direito de um sujeito, a norma impõe obrigações a outro, que, por sua vez, passa a ser detentor de direitos em relação ao primeiro.

Analisando a estrutura da norma jurídica, tal característica fica acentuada, pois o juízo hipotético previsto na endonorma exprime claramente uma relação bilateral (*dado o fato deve ser a prestação*). A pessoa que deve realizar a prestação imposta pela norma não se confunde com aquela que realizou a conduta humana regulada pela mesma, logo, para a consecução da

norma, fazem-se necessários, ao menos, dois sujeitos. Por exemplo, entregue o bem pelo vendedor, surge para o comprador o dever de pagar o valor correspondente; realizadas todas as exigências para a aposentadoria pelo empregado, o Estado deve pagar o benefício correspondente; reconhecido que um bem pertence a determinada pessoa, as demais não devem subtraí-lo para si ou para outrem.

Não se aponte como argumento para afastar o caráter essencial da bilateralidade a pretensa ausência deste elemento nas declarações unilaterais de vontade, como é o caso da promessa de recompensa, por exemplo. Mesmo estas pressupõem um destinatário que, embora inicialmente indeterminado, no momento da aplicação da norma, será identificado. Assim, mesmo que jamais venha a se manifestar, a juridicidade destes atos é garantida, pois visa ela a uma relação bilateral.

Por fim, cabe advertir que não se deve confundir a relação bilateral existente entre sujeitos de direitos que caracteriza a norma jurídica com a relação entre o criador da norma e seu destinatário. Esta visão exprime uma conotação imperativista da norma, compreendida como a antiga noção de ordem do soberano aos súditos. É exatamente o que adverte Arnaldo Vascelos (2006, p. 159):

Importa, porém, confirmar que a bilateralidade se refere às partes da relação, que a norma, ao incidir, faz nascer, aos sujeitos dessa relação e nunca, em hipóteses alguma, ao criador da norma e a seus possíveis destinatários. Não houvesse sido afirmado o contrário, pareceria até despiciendo lembrar que a relação é entre credor e devedor e não entre estes e o legislador.

A bilateralidade é o atributo essencial da norma jurídica que melhor permite diferenciá-la da norma moral, pois, ao passo que esta é unidirecional, prescindindo da presença de outrem para ser aplicada, aquela envolve necessariamente pelo menos duas pessoas para sua efetivação. Neste sentido é o escólio de Maria Helena Diniz (2003, p. 141):

Essa idéia de alteridade da norma jurídica significa que a norma de direito transcende a esfera de um só sujeito, para referir-se a outro, com o qual o primeiro se relaciona; exige-se e implica, portanto, a relação intersubjetiva. A bilateralidade é pedra angular do edifício jurídico, pois é próprio da norma jurídica instituir uma relação bilateral, em virtude da qual a obrigação do sujeito de pretender a observância da obrigação. Se um viola ou transgride esta obrigação, o outro está autorizado a repelir a violação.

Portanto, a segunda característica que compõe o conceito de norma jurídica é a bilateralidade.

2.4.3 *Sanção*

Do próprio caráter deôntico do Direito, extrai-se a inafastável possibilidade de descumprimento das normas pelas quais se expressa. Trata-se, advirta-se de logo, de situação excepcional, que abrange somente uma parcela mínima da manifestação do Direito. A regra é que as normas jurídicas sejam respeitadas pelos seus destinatários de maneira espontânea, pela singela noção do correto. O homem comum respeita os preceitos normativos, ele não mata, não rouba, não engana, estas condutas anômalas somente ocorrem em casos extraordinários.

Mesmo tratando-se de uma exceção, para que o direito mantenha uma coerência lógica e atinja sua finalidade, é necessário desenvolver um mecanismo que garanta ao máximo que as normas jurídicas sejam cumpridas e que em caso do seu descumprimento os danos sejam minimizados da melhor forma possível.

A sanção surge como ferramenta que atende a esta exigência. Trata-se de uma consequência jurídica atribuída àqueles que não se comportam da maneira prescrita na norma.³² Espera-se do sujeito que se conduza em conformidade com as determinações normativas, mais precisamente no que prevê o preceito primário da norma, ou seja, se a norma prescreve uma ação, que aja, se prescreve uma abstenção, que se omita. Todavia, o sujeito pode fugir ao ordinariamente previsto e proceder de maneiras diversas, o que pode ocorrer de duas formas: por agir de maneira oposta ou por realizar a conduta de forma superior ao prescrito.³³ Em tais casos aplica-se o preceito secundário da norma, no qual está prevista a sanção.

Na primeira hipótese, a norma jurídica é violada. O sujeito contraria a determinação normativa agindo quando deveria se omitir ou se omitindo quando deveria agir. Nestes casos, a conduta verificada vai de encontro àquela determinada no texto normativo e, por conseguinte, desrespeita os valores eleitos pela sociedade. Por tal razão impõe a aplicação de uma sanção negativa.

³² Há, no entanto, quem veja nos juízos morais, por tal argumento, sanções próprias. É o caso do jusfilósofo Soares Martínez (1995, p. 253), ao afirmar: “Mas semelhante entendimento enferma de vícios vários. O próprio termo ‘sanção’ foi recebido pelo direito da moral e da teologia. De ‘sancire’ com significado selar, consagrar, confirmar. Tem a palavra ‘sanção’ o significado originário de reconhecimento de méritos e deméritos. Assim, à violação das normas religiosas, éticas, ou de cortesia, correspondem, necessariamente, sanções. Da mais diversa natureza. O pecador é sancionado pelo próprio arrependimento, que, embora, libertando-o do peso das faltas praticadas, envolve sofrimento”.

³³ Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 162) sintetiza de forma mais didática as três condutas possíveis frente a uma exigência jurídica: “a) a normal, ou o cumprimento voluntário do preceito normativo; b) a anormal, ou sua inobservância; e c) a sobrenormal, ou a adesão a uma mais, que ultrapassa o ordinariamente estabelecido para todos”.

A noção geral deste tipo de sanção é a de tratar-se de um mal previsto pela norma para punir o sujeito que infringiu ordem jurídica. As palavras de Hans Kelsen (1986, p. 172) demonstram essa tendência:

Sob uma sanção estatuída numa ordem normativa entende-se uma certa conduta face a um indivíduo, a qual é geralmente vista como um mal o qual – conforme uma norma da ordem - deve ser causado a um indivíduo, se este – ou também um outro que com ele esteja numa determinada relação social – não se conduziu de uma forma correspondente à ordem. O infortúnio pode – como no caso das sanções do Direito – consistir na subtração, à força, de valores: como a vida, a liberdade, bens econômicos e outros.

Neste contexto, possuiria ela uma conotação psicológica, posto que entendida pelo sancionado como uma consequência ruim imputada pela prática de seu ato.³⁴ Embora estas concepções estejam presentes, não estão nelas os objetivos centrais da sanção. A norma jurídica visa a assegurar que os indivíduos se comportem da forma por ela prescrita. Caso isto não ocorra e a conduta se dê de forma contrária, a própria norma deve tentar restabelecer o *status quo ante*, o que faz por intermédio da sanção. Assim, os mecanismos sancionatórios (multa, execução forçada, anulação, perda de bens, privação de liberdade etc.) não são fins em si, mas meios utilizados para atingir o objetivo da norma, que é a realização da conduta prescrita.

Seria um contrassenso admitir que o Estado se utilizasse de medidas punitivas antijurídicas para castigar pessoas que praticassem ações da mesma natureza. Conceber como correta a utilização do antidireito para punir o antidireito é o mesmo que retroagir à lógica brutal presente em antigas ordens jurídicas, como o Código de Talião (olho por olho, dente por dente). No Direito moderno a compreensão da sanção evoluiu, hoje se destinando a finalidades mais nobres e coerentes, como a socialização, compensação, restabelecimento de uma situação anterior etc.³⁵

A segunda espécie de sanção é aplicada no caso da norma ser cumprida de forma melhor que a prevista, ou seja, o sujeito não só cumpre a determinação normativa, como o faz de

³⁴ O conceito de sanção elaborado por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2006, p. 69) ressalta esta conotação dada à sanção: “Quanto ao primeiro aspecto, podemos dizer que sanção designa um fato empírico, socialmente desagradável que pode ser imputado ao comportamento de um sujeito. A determinação do que é este fato empírico não é de natureza nem linguística nem jurídica, mas psicológica. Trata-se de uma reação negativa contra um determinado comportamento, portanto, avaliada como um mal para quem recebe”.

³⁵ Neste sentido, são precisas as palavras de Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 165): “Seu objetivo não é castigar aquele que infringe o preceito normativo, mas recompor, na medida do possível, a situação antijurídica daí decorrente. A pena é meio, e não fim. O uso da força, o emprego da violência, a flagelação corporal ou psicológica constituem o antidireito, o pseudodireito daqueles que não tem Direito. A sanção penal visa, pois, refazer ou recompor a prestação inobservada e, finalmente, a recuperar o faltoso. Nos dois primeiros casos, situam-se o cumprimento forçado e a indenização; no último, o castigo que tem mais sentido educativo do que exemplaridade ou de satisfação social”.

maneira superior ao determinado. Em tais casos, a norma pode estabelecer um prêmio para o sujeito. Trata-se igualmente de uma consequência em razão da conduta ter se dado de maneira diversa da prevista, mas em sentido oposto à primeira hipótese. A sanção premial promove uma espécie de compensação ao sujeito, o que garante um equilíbrio da relação, mais uma vez na busca de uma normalidade da situação normativa. O exemplo clássico desta espécie de sanção é a garantia de um desconto a uma dívida em caso de seu pagamento ser efetuado antes do prazo de vencimento. Esclarecem o tema as lições de Norberto Bobbio (2007, p. 24):

A noção de sanção positiva deduz-se, a contrario sensu, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste em restituir o mal ao mal; no segundo o bem ao bem. Em relação ao agente, diz-se, ainda que de modo um tanto forçado, que o castigo retribui com uma dor um prazer (o prazer do delito), enquanto o prêmio retribui um prazer, uma dor (o esforço pelo serviço prestado). Digo que é um tanto forçado porque não é verdade que o delito sempre traz prazer a quem o pratica nem que a obra meritória seja sempre realizada com sacrifício.

É importante mencionar que existem vozes que se levantam contra a qualidade de sanção atribuída a estas hipóteses de compensação normativa, sob o fundamento de que o Direito não deve assegurar retribuições pelo respeito às normas³⁶, e outros que entendem que tais preceitos não se confundem com sanção. Todavia, esta não parece ser a tese mais acertada, pois traça um conceito restritivo limitando o gênero a uma de suas espécies, deixando a outra, por conseguinte, sem estruturação jurídica suficientemente forte.³⁷ Norberto Bobbio vai além e defende a maior importância das sanções premiais, pois enquanto as sanções negativas têm uma função conservadora, desencorajando as condutas contrárias às normas, as sanções positivas encorajam a transformação da situação existente para melhor. É o que pode ser observado da seguinte passagem de Norberto Bobbio (2007, p. 20):

Tomemos agora a situação na qual se dê um comportamento obrigatório. Nessa situação, o comportamento que serve à função de conservação é aquele conforme à obrigação (quer se trate de obrigação positiva ou negativa); o comportamento que serve à função de mudança e de inovação é aquele superconforme. Ora, não há dúvida de que, no primeiro caso, entra em ação a técnica do desencorajamento pelo emprego das sanções negativas; no segundo caso, entra em funcionamento a técnica do encorajamento pelo emprego das sanções positivas.

³⁶ Como é o caso Jean Dabin apontado por Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 164), ao enfrentar o tema: “Entre os poucos que o negam está Jean Dabin. Para o Mestre de Lovaina, só o cumprimento das regras morais e de decoro comporta retribuição premial; o Direito positivo, ao contrário, não se preocupa em reconhecer os méritos daqueles que respeitam suas regras, ignorando toda sanção recompensatória. A proteção à prática de um ato ou ao exercício de um Direito conforme a lei não poderia nunca, parecer-lhe, importar recompensa”.

³⁷ Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 163-164) partilha do mesmo entendimento: “Ao se identificar sanção com pena, comete-se o equívoco da redução da espécie ao gênero, que vem a refletir negativamente sobre a imagem do próprio Direito”.

É de fácil constatação que a grande maioria das normas jurídicas não traz em seu texto expressamente a sanção. Isto não afasta a essencialidade deste elemento normativo, pois a sanção pode ser extraída de outras normas do mesmo ordenamento, o que demonstra sua sistematicidade. Desta realidade foram construídos os conceitos doutrinários de normas independentes e normas dependentes, classificação pela qual as primeiras comportariam as normas que já trouxessem a sanção prevista em seu texto e as segundas seriam aquelas que teriam sua sanção prevista em outra norma. Por este raciocínio garante-se que a sanção, como maior ou menor esforço lógico, sempre seja extraída do ordenamento, garantindo, assim, juridicidade dos dispositivos normativos.

Diante de tais colocações, constata-se que a sanção é, de fato, um elemento essencial da norma jurídica, presente em todas as suas manifestações, independentemente de particularidades.³⁸ Portanto, assiste razão a Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2006, p. 73) ao afirmar que: “podemos, assim, reconhecer que uma das características da norma jurídica está em que nelas a sanção é sempre prevista ou por ela mesma ou por outra norma, sem que isto nos obrigue a afirmar que na sanção esteja a causalidade genética do direito”.

Mesmo aqueles autores que defendem o caráter patológico da sanção, não deixam de entendê-la como essencial para as situações excepcionais de seu descumprimento. É o caso de Soares Martínez (1995, p. 257):

Insistir-se-á em que sanções e coacção apresentam caráter patológico, não podendo os seres definirem-se, ou qualificarem-se, na base das suas manifestações anormais. Acresce que o direito, visando aproveitar, e aperfeiçoar, as tendências humanas para a paz e para a harmonia de interesses, se mostra, por natureza, avesso a soluções de força, de constrangimento. Só a elas recorre em casos extremos, em desespero de causa. Para que a ordem se não subverta. Sempre que possível, o direito confia em que o próprio sentido humano de liberdade leve os homens ao cumprimento espontâneo dos seus deveres.

Com a sanção, completa-se a tríade das características essenciais da norma jurídica elementos que devem estar presentes em todo juízo que se pretenda jurídico.

³⁸ Importante ressaltar que existe quem entenda de maneira diversa, como Norberto Bobbio (2005, p. 167): “Quando eu me coloco frente a uma norma singular e me pergunto se é ou não uma norma jurídica, o critério da juridicidade não é certamente a sanção, mas a pertinência ao sistema, ou a validade, no sentido já aclarado de referibilidade da norma a uma das fontes de produção normativa reconhecidas como legítimas. A sanção tem relação não com a validade, mas com a eficácia, e já imos que uma norma singular pode ser válida sem ser eficaz”.

2.5 Estrutura normativa dos princípios jurídicos

Tendo em mãos o conceito de norma jurídica, importa estudar a manifestação normativa dos direitos fundamentais, de modo a compreender como se manifestam as características essenciais da norma jurídica na estrutura normativa destes direitos.

É certo que nas normas infraconstitucionais, como as do Código Civil ou Penal, estas características são mais facilmente identificadas, não havendo como negar a existência de diferença entre elas. Foi justamente esta nítida diferença, consubstanciada no grau de dificuldade de se visualizar as características das normas jurídicas, que fez com que durante o positivismo jurídico se defendesse a ausência de juridicidade da maioria das normas de direitos fundamentais. Porém, como será demonstrado adiante, tal concepção não é mais a predominante, concebendo-se atualmente esta distinção como justificadora de duas espécies de normas jurídicas: os princípios e as regras. É o que se extrai da seguinte lição de Robert Alexy (2009, p. 87):

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Conhecendo melhor o posicionamento das principais correntes jusfilosóficas acerca dos princípios jurídicos, fica mais fácil entender a controvérsia que envolve o assunto. Encontra-se atualmente em um momento de transição, no qual a proposta hermética do juspositivismo começa a ser suavizada com a reinclusão dos valores no mundo jurídico. A superação de uma postura que vigorou quase absoluta por mais de um século e que ainda encontra fortes defensores não se dá de maneira imediata. O processo de reestruturação da explicação filosófica do Direito deve acontecer de maneira paulatina e pautada com a máxima precisão científica.

O passo inicial para a superação das incógnitas que cercam os princípios está no entendimento da problemática levantada pelos positivistas sobre sua juridicidade. Para tanto, imagine-se um magistrado em meados do século passado, momento em que se asseveraram as discussões sobre o tema. Lembre-se que tal jurista teve sua formação acadêmica influenciada de maneira decisiva pelo positivismo jurídico e que se encontrava sob a égide desta corrente jusfilosófica, exigindo-se, como prioridade máxima, a clareza e a certeza no procedimento de aplicação da norma jurídica. Agora, imagine-se um processo no qual o réu fundamenta sua defesa contra a aplicação de um tributo única e exclusivamente no princípio da isonomia, por

exemplo, sem que exista qualquer regra específica a amparar seus argumentos. Difícil imaginar a prolação de uma decisão pela procedência da ação. Em tais circunstâncias, este magistrado não conseguiria visualizar a mesma força normativa da regra tributária, objetiva e específica, no princípio da isonomia, que, de tão geral e abstrato, não permite a utilização da lógica silogística exigida pela prática jurídica da época.

Infelizmente, esta ainda é uma realidade comum nos tribunais pátrios. Muitos dos representantes do Judiciário brasileiro continuam acometidos das mesmas dificuldades de entendimento observadas na década de cinquenta do século passado.

A razão de ser desta conjuntura encontra explicação em três distinções específicas entre as espécies normativas que se transmutam em críticas contra a força normativa dos princípios. Em primeiro lugar, padeceriam os princípios de ausência de normatividade por não indicarem de forma específica a conduta que visam regular, posto que neles se sobressai o caráter axiológico. Uma segunda problemática estaria no fato de a expressão formal dos princípios não se dar de maneira hipotética e sim categórica, indicando o que *é* e não o que *deve ser*, estando, assim, ausente a estrutura deôntica própria das normas jurídicas. Por último, como consequência das demais diferenças, argumenta-se que os princípios não possuem sanção expressa, faltando o elemento que lhe arme de força impositiva.

Como resultado imediato de tais colocações, parece ser a ausência de normatividade dos princípios uma conclusão lógica inevitável, devendo ser eles compreendidos como meras exortações morais, disposições que não possuem força jurídica, relegados à condição de ferramentas de complementação do ordenamento jurídico. Esta foi a postura assumida pelos defensores do positivismo jurídico, e que ainda encontra alguma aceitação na atualidade. Todavia, tal remate é precipitado e carente de fundamentação. Não é pelo simples fato de que tais enunciados, *prima facie*, não demonstrem sua estrutura normativa completa, que se possa afirmar como verdade incontestável a ausência de sua normatividade. Uma asserção desta magnitude deve estar respaldada por argumentos robustos, principalmente quando se tem em mente suas consequências imediatas, entre as quais se destacam a ineficácia e a inefetividade dos direitos fundamentais.

Um estudo mais aprofundado revela que os princípios jurídicos não carecem de tais elementos essenciais às normas jurídicas. Embora em uma análise preliminar, atentando exclusivamente ao que está explícito na formulação lógica pela qual se expressam, aparentemente

atributos como a conduta, o caráter deôntico e a sanção não estejam presentes, uma abordagem mais profunda revela a presença implícita ou indireta de todos eles. Assim, de maneira concisa, pode-se afirmar que a diferença entre as regras e os princípios, no que concerne a tais elementos, está unicamente no esforço cognitivo despendido na sua identificação.

Passa-se a analisar separadamente cada um dos aparentes defeitos acima referidos, demonstrando que eles são superáveis, de modo que a normatividade dos princípios é uma conclusão inafastável.

2.5.1 Previsão de conduta

Os princípios, como espécie de norma jurídica que são, não podem prescindir dos elementos fático e axiológico do Direito, pois sua finalidade, assim como a das regras, é expressar a relação entre ambos. Logo, a primeira crítica que deve ser afastada é a inexistência do elemento fático nos princípios jurídicos, demonstrando que se destinam eles à regulação de condutas humanas.

Esta problemática é fruto de uma compreensão equivocada herdada do positivismo jurídico, segundo o qual se privilegia a conduta na expressão da norma jurídica. Por esta concepção, admite-se com certa facilidade que o valor conduzido na regra esteja implícito, sendo extraído por derivação lógica da conduta nela expressa, já que raramente uma regra expõe de maneira expressa e clara o valor que incide sobre a conduta regulada. Mas, por outro lado, repudia-se veementemente a situação oposta. Inexplicavelmente não se concebe a mesma lógica derivativa para extração da conduta de princípio que expressa um valor.

Em verdade, não há razão para este tratamento diferenciado. Uma norma jurídica pode conduzir prioritariamente um valor e só reflexamente exprimir a hipótese fática à qual se aplica e, do mesmo modo, pode regular diretamente um fato, de forma que o elemento valorativo apareça indiretamente. Desta forma, fato e valor devem obrigatoriamente ser previstos pela norma jurídica, mas não necessariamente se apresentam com a mesma intensidade em todas as suas manifestações.

Quando da elaboração da norma, é não só possível como necessário que se privilegie o aspecto fático ou axiológico de acordo com a finalidade a que se destina. Assim, o legislador constituinte, em regra, não deve tratar com minudência de condutas humanas, sob pena de desvirtuar o fim a que se destina a Constituição, somente deve assim proceder, de modo

excepcional, em relação às condutas de maior importância. Cabe-lhe, precipuamente, traçar as diretrizes do ordenamento, expressando os valores essenciais da sociedade que incidirão sobre as mais variadas condutas. Já o legislador ordinário, de modo contrário e complementar, deve dar primazia ao enfrentamento direto das condutas humanas que tenham relevância para o mundo jurídico, tachando-as de permitidas, proibidas ou obrigatórias com base nos valores expressos na Constituição. Só indiretamente deve se lançar na expressão de valores em relação a princípios setoriais de áreas específicas que fogem da competência do constituinte. Desta forma, a escolha por uma formatação ou outra depende da finalidade da norma, não interferindo em nada em sua juridicidade.

Portanto, o que de fato diferencia as regras dos princípios quanto à forma de expressar o elemento fático do Direito é que, nas primeiras, a conduta encontra-se predeterminada e, nos princípios, são somente determináveis. Ou seja, a relação do princípio com a conduta é indireta e *a posteriori* e a das regras é direta e imediata. Nos princípios observa-se a indicação de um valor que poderá incidir sobre uma infinidade de condutas a ele relacionadas. Para Humberto Ávila (2007, p. 44), os princípios indicam o comportamento a que se destinam, uma vez que a existência do caráter hipotético-condicional é uma questão de formulação linguística. Afirma ele:

Ademais, apesar de os princípios não possuírem um caráter frontalmente descritivo de comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo em nível abstrato, indicar as espécies de comportamentos a serem adotados, especialmente se for feita uma reconstrução dos casos mais importantes.

A valoração da conduta somente ocorrerá quando da aplicação do princípio, momento em que uma conduta é individualizada. Em termos mais claros, definida uma conduta, observa-se se ela é favorável ou contrária à efetivação do valor expresso no princípio, identificando, assim, qual o sentido da proposição normativa, se proibitiva ou obrigatória. Dito de outra forma, qualquer conduta que mantenha relação com o valor contido nos princípios será um suporte fático em potência desta norma, pois poderá a ele se subsumir no momento da aplicação.

Neste diapasão, concluir que a norma principiológica carece de um suporte fático, por não estar ele explícito em seu texto, é tão absurdo quanto afirmar que uma norma regra não possui o elemento axiológico, por não haver indicação expressa do valor. Exemplificando para uma melhor compreensão: dizer que o *caput* do art. 5º da Constituição, ao assegurar o valor vida, carece de força normativa por não prever uma conduta, seria o mesmo que afirmar

que o art. 121 do Código Penal, que proíbe o homicídio, não pode ser considerado norma, por não expressar o valor. Ambas as conclusões são igualmente insustentáveis, pois tanto no princípio como na regra é possível identificar a conduta e o valor, um de forma direta e o outro de forma indireta. Assim, elas se completam, mas a ausência de qualquer uma não afasta a normatividade do outro, pois se é proibido “matar alguém” é porque se assegura o valor “vida”, e se se assegura o valor “vida” é proibido “matar alguém”.

Normalmente, esta maior tônica que toma um dos elementos da norma jurídica indica seu grau de determinabilidade. Quanto mais próximo for o tratamento da conduta, mais individualizada e especificada estará a norma, e quanto mais distante esta regulamentação, mais geral e abstrata será ela. De fato, em regra, os princípios são mais gerais e abstratos que as regras, mas este aspecto, por si só, não é suficiente para diferenciar as espécies normativas. A fragilidade deste critério é mais facilmente percebida quando se trabalha na fronteira de determinabilidade das normas, já que na linha limítrofe entre as espécies normativas encontrar-se-ão princípios e regras com grau de generalidade e abstração muito semelhante, sem, entretanto, confundir sua natureza. Esta constatação revela que regras podem ser extremamente gerais e abstratas, regulando simultaneamente uma enorme variedade de condutas, sem que isto desnature sua força normativa.

Por fim, é necessário deixar claro que a ausência de previsão expressa de conduta nos princípios não é um defeito que deve ser reparado, mas uma qualidade indispensável para a consistência do ordenamento jurídico. Tal peculiaridade permite-lhes abranger uma gama inumerável de situações, regulando simultaneamente os fatos jurídicos comuns e os excepcionais, fazendo com que circunstâncias sequer imaginadas pelo legislador encontrem uma resposta no ordenamento. Em tais condições o valor que o Direito pretende assegurar fica mais bem resguardado, pois diante da mutabilidade natural das relações humanas, o legislador jamais conseguirá prever todas as condutas relacionadas a um determinado valor. Ainda que por um surto divino consiga ele manifestar-se sobre todas as situações até então existentes, a evolução da sociedade criará novas hipóteses sequer imagináveis.

Diante de tudo o que foi dito, não é possível afirmar que falte aos princípios referência ao elemento fático essencial a todas as normas jurídicas. Embora a conduta a ele ligada somente se desvele durante a aplicação prática, sua presença é inafastável, e é somente neste momento que as normas jurídicas se revelam de maneira integral, seja qual for sua natureza.

Superado o primeiro questionamento, os demais são resolvidos quase que por consequência lógica.

2.5.2 Estruturação deôntica

A controvérsia que cerca a segunda crítica levantada contra a força normativa dos princípios jurídicos está na pretensa ausência de uma estrutura deôntica. Como visto, a norma jurídica, expressão formal do Direito, exprime um *dever ser* e não um *ser*, esta última formulação (*ser*) é própria da estrutura das normas morais. Todavia, os princípios jurídicos são, na maioria das vezes, formalmente formulados de forma ôntica, indicando que algo *é*, sem mencionar explicitamente a possibilidade do *não vir a ser*. Daí o aparente problema.

Compare-se uma regra do Código Civil e um princípio da Constituição para melhor compreender a controvérsia. No campo do direito das obrigações, ao tratar daqueles a quem se deve pagar, o art. 308 do Código Civil prevê uma norma com nítido caráter deôntico ao estabelecer que “o pagamento *deve ser* feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito”. A Constituição, de modo diverso, ao expressar o princípio da liberdade de locomoção, utiliza um enunciado de formatação ôntica, ao prever, no inciso XV do art. 5º, que “*é* livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Diante do cotejo destas duas normas, aparentemente, a afirmação da ausência de estrutura deôntica nos princípios estaria correta. Porém, esta é uma conclusão superficial e apressada, que não considera a complexidade da diferença entre a estrutura normativa das regras e dos princípios. Em uma análise mais detida identifica-se claramente sua expressão deôntica.

Um primeiro equívoco que deve ser esclarecido e repellido na proposta aqui combatida diz respeito ao objeto da expressão ôntica nos princípios. Ao estabelecer o que *é* no Direito eles não se referem a condutas, mas a valores, ao passo que as regras diferentemente estabelecem que determinada conduta *deve ser* praticada. Portanto, a conclusão pela não previsão de um *dever ser* nos princípios, com base na comparação das duas normas anteriormente citadas, é simplesmente impossível, uma vez que os enunciados se referem a coisas diversas: a regra a uma conduta e o princípio a um valor. Diante desta conclusão preliminar, resta saber como os princípios se referem às condutas humanas, para, aí sim, comparar sua expressão normativa com a das regras.

Neste desiderato, é necessário entender o duplice direcionamento dos princípios, ou seja, sua relação simultânea com os valores e com as condutas. Os princípios estabelecem de forma direta e imediata que determinado valor *é* componente do ordenamento pátrio (formatação ôntica), e de forma indireta e mediata que as condutas a eles favoráveis *devem ser* efetivadas e outras, a eles contrárias, *devem ser* rechaçadas (formatação deôntica). Desta forma, ao se ligarem a uma conduta específica, nos termos delineados no tópico anterior, expressam um *dever ser* nos mesmos moldes das regras. É neste sentido que Robert Alexy (2008, p. 57) conclui que nem todo enunciado normativo é um enunciado deôntico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deôntico.

Determinada conduta é qualificada como permitida ou proibida por um princípio de acordo com sua compatibilidade com o valor por ele assegurado, mas esta deonticidade não é definitiva, pois no momento da aplicação poderá ceder a outro princípio que com ele conflite. Logo, um princípio estabelece que uma conduta é proibida somente de maneira *prima facie*, uma vez que ele poderá vir a ser considerada permitida por outro princípio que, no caso concreto, se mostre mais relevante. Analisando especificamente os princípios de direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 40) defende que:

o âmbito de proteção destes direitos deve ser interpretado de forma mais ampla possível – o que significa dizer que qualquer ação, fato, esta ou posição jurídica que, isoladamente considerados, possam ser subsumidos ao ‘âmbito temático’ de um direito fundamental devem ser considerados como por ele *prima facie* protegidos.

Diante de tais colocações, é importante não confundir princípio com valor, pois o princípio expressa algo que *deve ser*, ao passo que o valor expressa algo que *é*. Ôntica é a natureza do valor expressado pelo princípio, mas o princípio, ao conduzir tal valor, o faz através de um enunciado deôntico sobre uma conduta.³⁹ Assim, igualmente às regras, os princípios se voltam para o caso concreto de forma deôntica, porém não de forma singular, relacionando-se a uma única conduta ou a um número determinado de condutas, e sim a uma infinidade delas, através de um mandado de otimização. Enquanto as regras impõem que determinada conduta *deve ser* ou *não deve ser* realizada, sendo explícita sua deonticidade, os princípios impõem que determinado valor *deve ser* concretizado da melhor forma possível, o que se dá através da

³⁹ É o que preleciona Ana Maria D’Ávila Lopes (2001, p. 24): “O certo é que a admissão do caráter principiológico dos direitos fundamentais levanta uma série de críticas, centradas, basicamente, no caráter ambíguo de todos os princípios. O problema, na verdade, é próprio da natureza dos princípios, já que se encontram estritamente vinculados aos valores, até o ponto de serem jurisprudencialmente identificados, o que, sem dúvida, constitui um erro”.

qualificação das condutas a ele relacionadas como permitidas, proibidas ou obrigatórias. Quanto a este tema, adverte Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p. 12):

Porém, o novo problema que se apresenta é reconhecer essas modalidades deonticas básicas, visto que não existem regras exatas que permitam identificar e conceituar um enunciado permissivo ou proibitivo. Todavia, essa afirmação não significa que impere a arbitrariedade; pelo contrário, esses conceitos básicos encontram-se numa ordem bem definida e delimitada. No mecanismo de identificação proposto por Alexy, deve-se levar em conta o contexto do uso do enunciado, o que significa indagar pelas circunstâncias, regras de utilização e conexão desse enunciado ou com outro.

A concretização do princípio é atingida por intermédio de ações e omissões que o assegurem através da realização de todas as condutas que o satisfaçam e a abstenção de todas as que lhe sejam contrárias, estas expressas de forma deontica. Por consequência, ao contrário do que defendem os críticos da normatividade dos princípios jurídicos, estes não impõem a realização de uma conduta de maneira peremptória, como se fosse possível tolher a liberdade humana de eventualmente não cumpri-la. São eles normas jurídicas também quanto a esta característica, sendo a presença de um *dever ser* uma conclusão inafastável.

2.5.3 Previsão de sanção

Tendo em mãos os princípios como norma jurídica com conduta determinada e estruturada de maneira deontica, a ausência de sanção expressa em seu enunciado não se mostra argumento suficiente para negar sua juridicidade. Uma vez satisfatoriamente superadas as duas críticas anteriores, esta perde sua razão de ser. Não fosse assim, todas as regras que não delimitassem diretamente a consequência jurídica para seu descumprimento perderiam sua natureza de norma jurídica, problemática que acarretaria a desconsideração da força normativa de quase todo o ordenamento jurídico, já que a formulação normativa com sanção expressa é uma exceção.

Concluindo que os princípios possuem não só o elemento axiológico, mas, também, o elemento fático, direcionando-se a regulamentação de condutas específicas por ocasião de sua aplicação, e, sabendo que esta relação possui estrutura deontica, determinando não o que *é*, mas o que *deve ser*, não persistem problemas para a identificação da sanção.

Esta consequência prevista pelo Direito para o caso de descumprimento do *dever ser* normativo não necessita estar necessariamente no texto de todas as normas, sejam elas princípios ou regras. As normas de um ordenamento mantêm entre si relações sistêmicas de modo que o conteúdo de uma, muitas vezes, está definido por outras, realidade que permite

que a sanção seja extraída do ordenamento jurídico por uma interpretação sistemática. Trata-se da distinção doutrinária das normas independentes e dependentes, já analisada quando do estudo desta característica essencial das normas jurídicas. Para fortalecer o entendimento contrário a este critério de distinção, transcrevem-se os ensinamentos de Luiz Roberto Barroso (2006, p. 87), defendendo a força normativa da Constituição:

Fica, por conseguinte, desde logo rejeitada a idéia de que o Direito Constitucional seria 'um Direito sem sanção'. Justamente ao contrário, as normas constitucionais, tal como as demais, articulam-se usualmente na dualidade típica do preceito e sanção. Quer esta resulte diretamente da regra, quer deflúa do sistema em seu conjunto.

Nesta linha, os princípios estariam classificados sempre no segundo grupo, ou seja, entre aquelas normas que teriam sua sanção prevista em outra norma, circunstância que não retira ou diminui sua força normativa. É neste aspecto que eles se distinguem das regras no que concerne à sanção. Ao passo que as regras tanto admitem expressão dependente como independente, os princípios só se manifestam nesta segunda forma e enquanto a sanção de uma regra dependente é complementada por outra de mesma espécie, os princípios buscam sua complementaridade igualmente em regras. Conclusão, à qual também chega Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 221-222), ao analisar a força normativa do princípio da isonomia, como se depreende do seguinte excerto jurisprudencial:

Na verdade, como se viu anteriormente, não representa mera aspiração ideológica o preceito da Constituição brasileira de 1967, onde se dispõe, por exemplo, que 'todos são iguais perante a lei, sem distinções de sexo, raça, trabalho, credo religiosos e convicções políticas' (art. 153, § 1º, 1ª parte V. Constituição de 1988, art. 5º, *caput*). E também isso, fora de qualquer dúvida. Porém, mas do que isso: uma norma jurídica igual às outras, sem mais, nem menos, tanto que não lhe falta a possibilidade de sancionamento.

Somente a título exemplificativo, é possível citar os artigos 166, VII, e 927, ambos do Código Civil que, respectivamente, preveem a nulidade de negócios quando o ordenamento proíbe sua prática, sem cominar sanção e o dever de reparação para os danos causados por atos ilícitos. Trata-se de sanções gerais prevista expressamente com a finalidade de munir normas jurídicas dependentes, sejam elas regras ou princípios. Outro aspecto importante que merece destaque na comprovação da existência de consequências jurídicas dos direitos fundamentais é a disponibilização dos remédios constitucionais para combater sua violação, na busca da retomada do *status quo ante*.

Por tais razões, os princípios jurídicos possuem, da mesma forma que as regras, todas as características essenciais das normas jurídicas. São bilaterais, pois atribuem deveres em razão

do conhecimento de direitos; são disjuntivos, já que constituídos por dois juízos hipotéticos, respeitando a possibilidade da não adoção da conduta que resguarda o valor por ele defendido; e são munidos de sanção, ainda que de maneira dependente, buscando sua complementação em outras normas do ordenamento.

3 REGRAS JURÍDICAS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Diante de tudo que foi até aqui examinado, verifica-se que tanto nas regras como nos princípios encontram-se todas as características essenciais da norma jurídica (disjunção, bilateralidade e sanção), motivo pelo qual restam superadas as críticas referentes à impossibilidade de considerá-las espécies normativas. Contudo, esta conclusão é apenas o primeiro passo na compreensão da estrutura normativa dos direitos fundamentais. Identificadas as similitudes que permitem agrupar regras e princípios em um mesmo gênero, cumpre agora delimitar as distinções que possibilitam estrear as duas espécies.

3.1 Teses explicativas da distinção entre regras e princípios

Como não poderia deixar de ser, assim como os demais assuntos que cercam a normatividade dos direitos fundamentais, a diferenciação de regras e princípios está cercada por grandes controvérsias, polêmicas e incertezas, mesmo já sendo objeto de estudos frequentes por longas datas. Para que se possa melhor compreender as inúmeras propostas doutrinárias sobre a comparação entre os princípios e regras, inicialmente serão elas organizadas em dois grupos antagônicos, comumente denominados de *teoria da conformação* e *teoria da demarcação*. Não se trata tecnicamente de correntes doutrinárias bem delimitadas, nas quais se identifiquem precursores e seguidores bem definidos, mas de dois polos de argumentação nos quais várias propostas se enquadram.

A *teoria da conformação* prega que não existem diferenças substanciais entre regras e princípios a permitir sua separação em espécies distintas, de modo que ambos são considerados simplesmente normas jurídicas, sem qualquer subdivisão. Trata-se de uma proposta que hoje encontra poucos adeptos, tendo tido maior expressão no período de transição, momento em que a simples equiparação entre regras e princípios já se mostrava uma grande evolução. É possível citar Riccardo Guastini (2005, p. 185) como um dos defensores desta tese, posição que se extrai facilmente do seguinte excerto:

Além disso, na linguagem comum dos juristas (fato próprio, ademais, do legislador: veja-se, por exemplo, o art.11 7, par. 1 da Constituição), costuma-se caracterizar os princípios em contraposição às normas. Contudo, não parece possível traçar uma linha precisa de demarcação entre estes e aquelas.

Num certo sentido, é óbvio que também os princípios são normas, ou seja, enunciados do discurso prescritivo, dirigidos à orientação do comportamento (em algumas circunstâncias, a tese contrária foi sustentada com o único objetivo de negar que certos princípios expressos tivessem valor vinculante para os órgãos da aplicação).

Esta teoria se sustenta basicamente em duas pilstras argumentativas, uma baseada na sua estrutura e outra em sua função. Pela primeira, tanto as normas quanto os princípios podem ser expressos por um texto impreciso ou mais concreto; logo a formulação linguística da norma é irrelevante na tentativa de diferenciá-las. Pelo segundo fundamento, não é possível afirmar que as regras tenham por função a regulação imediata e direta de uma conduta e que a finalidade dos princípios é fornecer diretrizes, possuindo uma aplicação mediata e indireta, pois a configuração inversa também é possível.

No polo oposto está a *teoria da demarcação ou distinção*, proposta que vem sendo mais bem aceita pela doutrina, para a qual existem de fato diferenças substanciais entre regras e princípios que permitem agrupá-los como espécies diversas, razão pela qual não podem ser tratados indistintamente, principalmente no que concerne à sua interpretação e aplicação. Seus defensores indicam certos elementos presentes nas regras que não são observados nos princípios e características próprias dos princípios que estão ausentes nas regras.

Embora esta conclusão seja comum, aos seguidores desta corrente importa destacar que existem severos debates acerca dos critérios distintivos e de suas manifestações, o que permite realizar subdivisões da teoria da demarcação. A mais comum ramificação da teoria da demarcação é a da *distinção fraca* e da *distinção forte*.

A *distinção fraca* defende que regras e princípios têm como ponto de diferenciação o grau de abstratividade e de generalidade, ou seja, as regras dirigem-se a um número determinado de situações e pessoas, e nos princípios estes não podem ser delimitados. Por esta sistemática, as espécies de norma jurídica não possuiriam uma diferenciação estrutural, mas somente de densidade, de modo que resolve alguns problemas quando se estudam os princípios mais gerais e abstratos, que de forma muito clara se verifica um distanciamento da conduta, e as regras que tratam de modo específico de casos concretos. Todavia, pecam quando se pretende realizar a diferenciação entre princípios mais densificados e regras mais gerais e abstratas.

Esta foi a primeira forma de diferenciação das espécies de normas jurídicas, talvez por ser a mais facilmente visualizada, contudo é insuficiente, pois não permite diferenciar de maneira clara regras e princípios que se encontrem na zona limítrofe na escala de abstração de generalidade, na qual ambas as espécies normativas possuem grau semelhante de determinação. J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1.160-1.161) defende esta tese. Para o jurista, princípio e regras são espécies de norma jurídica, mas ao traçar as suas distinções não se aprofunda em questões estruturais, focando critérios que, em maior ou menor grau, dizem respeito à abstratividade e à generalidade. É o que se extrai dos cinco aspectos considerados pelo autor:

a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, *as regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa. c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). d) *Proximidade da ideia de direito*: os *princípios* são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz); *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. f) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamental. (Grifo original)

Superando esta proposta surge uma nova forma de diferenciação das regras e princípios que vai buscar na sua estrutura normativa os elementos que possibilitem delimitar de maneira precisa os contornos de cada um. Trata-se do que se convencionou chamar de *distinção forte* ou *qualitativa*. Esta é a vertente que melhor explica a manifestação normativa dos direitos fundamentais, motivo pelo qual se debruçará sobre ela de forma mais detida nos tópicos que seguem.

Merece menção, ainda, a proposta intermediária de André Rufino do Vale (2009) denominada pelo autor de teoria da *distinção dúctil*. Este jurista realiza um estudo das teses da demarcação e da conformação, afirmando que a primeira é insuficiente por entender que não resolve de maneira clara os problemas encontrados na escala de graduação onde regras e princípios se aproximam, e a segunda por afirmar que os pontos de distinção das duas espécies não estariam plenamente identificados quando estudadas na região limítrofe das espécies.¹ As colocações deste autor, no que concernem a sutis diferenças entre regras e

¹ Assim preleciona André Rufino do Vale (2009, p. 120): “A ductibilidade da distinção entre regras e princípios não permite que se estabeleça um conceito unívoco de princípio e, por oposição, outro de regra. A própria ideia de conceito parte do pressuposto de que existem categorias distintas e bem delimitadas, cujas propriedades peculiares, e portanto exclusivas, dão ensejo à formação de um enunciado descritivo que enumere resumidamente sua principais características. Isso não seria compatível com uma distinção dúctil”.

princípios, são de extrema relevância, mas não justificam a criação de uma teoria intermediária, pois se encaixam perfeitamente nos termos da teoria da demarcação de distinção forte, somando às propostas anteriores considerações que ajudam a superar lacunas.

3.2 Tese da distinção qualitativa entre regras e princípios

Como dito, a tese da distinção qualitativa foi a que encontrou maior número de adeptos e por consequência a que vivenciou com maior intensidade uma dialética em sua construção. Para sua correta compreensão faz-se necessárias uma análise de seu progressivo desenvolvimento percorrendo as primeiras manifestações doutrinárias que se depararam com a necessidade de analisar as especificidades dos princípios jurídicos em contraponto às regras, passando pelas teorias que estabeleceram os paradigmas dos debates atuais sobre o tema e, por fim, encerrando com a análise das críticas e contrapropostas mais modernas, no intuito de identificar a proposta teórica que melhor atende às exigência de objetividade na aplicação dos princípios.

3.2.1 Precedentes históricos

Não é possível precisar ao certo em que momento se começou a tratar princípios e regras como espécies de normas jurídicas. Talvez porque, com certa variação terminológica e diferença de importância, esta distinção esteja presente nas mais antigas discussões jurídicas sobre aplicação do direito positivo e do direito natural. Contudo, é possível constatar que o debate nos termos hoje apresentados teve origem na segunda metade do século passado, propulsionado pelas discussões jusfilosóficas travadas após a Segunda Guerra Mundial.

Neste momento, diversos trabalhos doutrinários esparsos começaram a se proliferar no mundo acadêmico dos países ocidentais, ainda de maneira atécnica e carente de uma base argumentativa consistente, mas sempre indicando a força normativa dos princípios jurídicos. Não tardou muito para que obras mais robustas e substanciais começassem a surgir, entre as quais importa citar, somente a título exemplificativo, os trabalhos de Walter Wilburg (*Die Elemente des Schadensrechts*, 1941), Josef Esser (*Grundsatz und Norm in rechterlichen Forbildung des Privatrechts*, 1956) e Roscoe Pound (*The modelo of rules*, 1967). Estes trabalhos contribuíram decisivamente para o amadurecimento da questão, contudo, as premissas lançadas por Esser foram as que mais se propagaram, motivo pelo qual merece ao menos uma rápida referência.

3.2.1.1 Josef Esser

A mais relevante das obras citadas acima, a de Josef Esser, “Princípios e a norma na elaboração jurisprudencial do Direito Privado”, publicada em 1956, é a de maior repercussão. Neste estudo, o autor percebeu que a fundamentação das decisões judiciais em princípios jurídicos era cada vez mais frequente, embora estes não estivessem em plena sintonia com a ideia de sistematização do Direito que vigia na época.

Esser observou a necessidade de uma organização teórica dos princípios, pois, embora estivessem sendo utilizados na prática, inexistiam estudos que permitissem compreender seus contornos básicos. Esta sistematização fazia-se necessária diante da multiplicidade de questões obscuras que envolviam os princípios, circunstância que abria margem para que fossem eles utilizados na resolução de todo e qualquer problema, podendo um mesmo princípio fundamentar inclusive decisões opostas.

Na busca de objetivação dos princípios, Esser critica simultaneamente a doutrina positivista, pois não aceitava serem os princípios uma dedução lógica das normas do sistema jurídico positivo, e a doutrina jusnaturalista, por não considerar que pudessem ser extraídos de um sistema natural estático.² Para ele ambas as correntes estão erradas, uma vez que desconsideram o processo real de criação do direito, que envolveria necessariamente a manifestação jurisprudencial.

Para este autor, os princípios não são estáticos, mas dinâmicos por natureza. Logo, não se encontram predeterminados, mas somente podem ser concebidos no movimento da criação jurisprudencial. Na teoria esseriana, o que prevalece não é a forma, mas o conteúdo, que será determinado na apreciação judicial do caso concreto na comunhão de elementos do direito natural e do direito positivo, o que permite uma aproximação entre o direito e a moral. Neste sentido, conclui o Josef Esser (1979, p. 65) que: “um princípio jurídico, no sentido técnico não é nem uma proposição jurídica, nem uma norma jurídica, uma vez que não contém nenhuma ordem obrigatória de forma direta para um raio de questões, mas exige ou pressupõe o cunho judicial ou legislativo de tais ordens”. (tradução livre)

² Em resposta às críticas ao positivismo, a manifestação vem de seu maior defensor: Hans Kelsen (1986, p. 149-150): “se existe uma diferença entre ‘princípio’ e ‘norma’, princípio não pode ser norma. Também o título de seu livro *Grundsatz und Norm* implica esta diferença. Mas da exposição do problema por Esser (1986, p. 155) resulta que ele entende aqui sob ‘norma’ apenas *norma* jurídica, o que, com toda certeza, é extremamente impreciso do ponto de vista terminológico”, e continua mais a frente: “Ao aceitar Esser que norma jurídicas positivistas podem ter um ‘conteúdo de Direito Natural’, e assim pressupor validade de um Direito Natural, sua Teoria da Transformação passa a ser aquela Teoria do Direito Natural, que ele – segundo diz – recusa”.

Esser (1979) ainda não conseguiu visualizar a normatividade dos princípios, uma vez que não percebeu seu caráter deôntico imediato, mas constatou algo imprescindível para o reconhecimento de sua condição de espécie de norma jurídica. O autor observou que o caráter deôntico poderia surgir *a posteriori*, mediante a atuação do julgador diante de um caso concreto. Como facilmente se percebe, Esser (1979) não comparou expressamente regras e princípios, mas foi ele quem abriu as portas para esta distinção quando firmou a presença inafastável dos princípios nas decisões judiciais, embora não se confundissem com as normas padrões do direito positivo.³

Embora sua teoria não tenha resolvido diversos problemas ligados à forma de aplicação dos princípios, agora não restavam dúvidas de que eles eram e deveriam ser aplicados. Assim, a semente que já estava lançada, finalmente encontrou solo fértil para germinar, e daí em diante seu desenvolvimento não pôde mais ser obstado.

3.2.2 Paradigmas da teoria moderna

No desenvolvimento da distinção entre regras e princípios como espécies normativas é possível citar as propostas doutrinárias de dois juristas em especial como marco entre as discussões preliminares anteriormente apresentadas e as construções acadêmicas modernas, quais sejam, o norte-americano Ronald Dworkin (2007) e o alemão Robert Alexy (2008). Ambos construíram as propostas da teoria da demarcação com uma distinção forte que primeiro ganharam espaço no mundo acadêmico ocidental.

O impacto de suas construções doutrinárias no cenário jurídico contemporâneo foi tão acentuado que praticamente todas as propostas posteriores de distinção entre regras e princípios de natureza estrutural e qualitativa fazem a ela menção, seja para concordar ou para criticar. Por esta razão, indispensável fazer algumas considerações sobre tais paradigmas.

3.2.2.1 Ronald Dworkin

A proposta de Ronald Dworkin, intitulada “O Modelo de Regras”, foi publicado em 1967, ainda em forma de artigo, encontrando-se posteriormente como capítulo de sua obra

³ André Rufino do Vale (2009, p. 49) ressalta bem o contributo deste autor para a evolução do tema: “A teoria de Esser também trouxe outras perspectivas para a superação das posições antagônicas de positivistas e jusnaturalistas no tratamento do tema, renunciando, com isso, posteriores enfoques pós-positivistas, como o de Robert Alexy. Com efeito, a partir da conceituação dos princípios como ponto de encontro entre direitos e moral, realizadas por Esser, os novos estudos passaram a levar em conta a função dos princípios (diferenciados das regras) na argumentação jurídica”.

“Levando os direitos a sério”, dez anos mais tarde. Neste trabalho o referido jurista faz uma crítica ao positivismo jurídico, tomando como base a formulação de Hart.⁴ Segundo Dworkin (2007), a estruturação do Direito em um sistema formado unicamente por regras não se mostra suficiente, em especial quando da solução dos “casos difíceis”, situações em que se necessita recorrer a outros padrões normativos, no caso os princípios.

Em sua construção doutrinária, o termo princípio ainda não se firmou como espécie normativa que se contrapõe à regra, de modo que o autor se refere a outros termos, como política, entendida esta como o padrão que estabelece um objetivo de caráter econômico, político ou social a ser alcançado. Todavia, o próprio autor admite que o termo princípio possa ser usado de modo genérico como sinônimo de políticas.⁵

Ronald Dworkin (2007, p. 39) defende que a distinção entre regras e princípios é de natureza lógica, diferenciando-se na forma de sua aplicação. As regras são funcionalmente importantes ou desimportantes, de modo que diante da conduta regulada pela regra deve ser adotada a medida por ela prescrita, mas nas outras ela é totalmente indiferente. Por consequência, são elas aplicáveis na forma *tudo-ou-nada*, ou seja, em caso de conflito de duas regras, uma das duas será totalmente aplicável e a outra afastada, ou, em outros termos, uma será válida e a outra inválida. Esta assertiva está expressa no seguinte excerto:

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 orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste case em nada contribui para a decisão.

Destarte, a aplicabilidade da regra é rígida e se apresenta em uma estrutura que não admite ponderações ou flexibilizações. Segundo o autor, diante desta característica, uma regra válida somente não será aplicada se ela própria previr a exceção, e, mesmo que em número elevado, teoricamente é possível enumerar todas elas. Assim, o enunciado da regra será tão

⁴ É o que se depreende do seguinte trecho da obra de Ronald Dworkin (2007, p.35): “Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário”.

⁵ Neste ponto é possível ressaltar uma diferença em relação à proposta de Alexy, que será analisada a seguir, pois este utiliza somente o termo “princípio” não o diferenciando de “políticas”, como faz o autor americano. Veja-se a crítica do próprio Alexy (2008, p. 116): “O conceito de princípio em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesses coletivos são por ele denominadas como ‘políticas’. A diferença entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante. Mas não é exigível nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual”.

exato quanto completa for a lista de exceções. Este é um dos aspectos mais criticados da teoria de Dworkin, pois é difícil imaginar que todas as cláusulas de exceção possível de uma norma sejam abstratamente previstas, pela própria dinâmica do Direito. Esta é inclusive a crítica que levanta Alexy (2008, p. 104), como se depreende do seguinte excerto: “Ao contrário do que sustenta Dworkin (2007), as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção”.

Segundo este jurista norte-americano, os princípios não seguem a mesma lógica, pois até aqueles que mais se assemelham às regras não são aplicados de maneira automática diante de uma determinada conduta. Diferentemente das regras, os princípios não necessitam prever as exceções à sua aplicação para que seu dispositivo seja completo, pois, ao contrário, neles não é possível, nem em teoria, a enumeração exaustiva das exceções. A razão de ser disto é que para Dworkin (2007, p. 42) os princípios possuem uma dimensão de peso que é ausente nas regras, de modo que o conflito de princípios é resolvido segundo a força relativa de cada um. É o que se infere do fragmento:

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

O próprio Dworkin (2007) admite que em algumas situações regras e princípios se assemelham atuando de forma similar, reduzindo sua diferença a aspectos formais.⁶ É o caso da utilização de termos como “razoável”, “injusto”, “negligente” e “significativo” no texto das regras, trazendo para elas uma apreciação de peso semelhante à dos princípios, mas isto não transforma uma espécie de norma em outra, pois mesmo o mais genérico destes termos restringe o tipo de princípio que se pode depreender da regra. Portanto, ainda nestas hipóteses, existirá uma diferença entre regra e princípio.

3.2.2.2 Robert Alexy

Robert Alexy, em 1986, ao realizar um estudo sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, retoma os debates sobre as diferenças entre as espécies normativas, dando nova roupagem ao tema. Sua teoria ganhou maior conhecimento com a

⁶ Nas palavras de Dworkin (2007, p. 44): “Às vezes, regras e princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”.

publicação da obra *Teoria dos Direitos fundamentais*, na qual o assunto foi abordado de maneira precisa e profunda.

Este jurista alemão inicia seu estudo sobre as regras e os princípios afirmando que ambos são normas jurídicas, uma vez que possuem natureza deôntica, ou seja, apontam o que deve ser, indicando que uma determinada conduta regulada pela norma é proibida, permitida ou obrigatória. Mas a manifestação deste *dever ser* possui peculiaridades estruturais próprias em cada uma das espécies normativas, o que permite uma distinção entre elas não só de grau, mas qualitativa.

De acordo com este autor, nas regras, o juízo deôntico aplica-se de maneira inflexível, de modo que se a situação fática prevista na regra ocorrer ou ela é ou não aplicável ao caso, não cabendo ponderações. É o que preceitua Alexy (2008, p. 90):

Já as regras são normas que sempre ou são satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Os princípios não seguem o mesmo raciocínio; neles o *dever ser* representa um mandamento de otimização, ou seja, eles não determinam que algo seja categoricamente realizado, mas somente que seja realizado da melhor maneira possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Nas palavras de Robert Alexy (2008, p. 90-91):

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Robert Alexy (2008), a exemplo do que fizera Dworkin, encontrou no confronto de normas a principal distinção entre regras e princípios. Como consequência das características anteriores, a solução dos conflitos normativos será realizada de maneira diversa. No caso das regras, não se admite a existência de conflito. Se existirem duas regras que, simultaneamente, proíbem e permitem determinada conduta, e não for possível harmonizá-las com a introdução de uma cláusula de exceção, deve-se retomar a coerência do ordenamento com a declaração de invalidade de uma delas. No caso da colisão entre princípios a solução é diferente. Se por

um princípio determinada conduta deve ser realizada e por outro deve ser proibida, não há necessidade da invalidação de um deles ou do estabelecimento de uma cláusula de exceção. A superação da aparente incoerência do ordenamento se dá com o reconhecimento da precedência de um princípio em face do outro, pois, segundo as condições fáticas e jurídicas concretamente observadas, um deles tem peso maior que o outro.⁷

É fácil perceber que até este ponto a teoria de Alexy não difere substancialmente da proposta por Dworkin, posto que ambos partiram de premissas bastante semelhantes, mas o jurista alemão vai além e analisa com maior profundidade a estrutura e os conflitos das espécies normativas. Ele prossegue seu estudo com o desenvolvimento do que batizou de “lei de colisão”, desenvolvendo um esquema argumentativo para pautar a superação da colisão, entre princípios, estabelecendo parâmetros objetivos que trilham o sopesamento dos interesses conflitantes na determinação do princípio que possui o maior peso no caso concreto.⁸

Na construção desta tese, o autor desenvolve a ideia de “relação condicionada de precedência”, pela qual se analisa a precedência (**P**) de um princípio (P_1) sobre outro (P_2) em determinadas condições (C) da qual decorre a consequência jurídica (R) para o caso.⁹ Esta noção é reforçada com a introdução da máxima da proporcionalidade, que possui uma relação estreita com a natureza dos princípios, manifestada em suas três máximas parciais: a adequação e a necessidade, nas possibilidades fáticas, e a proporcionalidade em sentido estrito, nas possibilidades jurídicas.¹⁰ Surge, assim, um novo elemento na lei de colisão que é o grau de interferência da medida no princípio oposto (M). Esta lei é esquematizada na seguinte fórmula base: $(P_1(M_2) \mathbf{P} P_2(M_1)) C \square R$.

⁷ Diante destas considerações, Alexy (2008, p. 94) conclui que: “Conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípio – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”.

⁸ Importante observar a advertência feita por Rodolfo Viana Pereira (2007, p. 157) sobre a aparente identidade de posições entre Dworkin e Alexy sobre a solução dos conflitos de normas principiológicas: “Esse perigo resta ainda mais latente quando Dworkin afirma categoricamente que os princípios têm uma dimensão de peso e que, na resolução de seus conflitos, importa ter em conta os pesos relativos de cada um dos que se aplicam à situação. Não se pode confundir essa dimensão relativa de pesos com a qualidade dos princípios como mandado de otimização, próximos da estrutura dos valores, como acima se descreveu. Isto porque, para Dworkin, o conflito de princípios não se resolve a partir dos estabelecimentos de prioridades como na teoria de Alexy, e sim por um critério de coerência. Ou seja, tal conflito não é verdadeiramente uma colisão, porque não se trata de contradição entre princípios válidos, mas de concorrência dos mesmos para a regência do caso”.

⁹ Alexy (2008, p. 97) sintetiza nos seguintes termos: “O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob as condições C , presentes nesse caso concreto”.

¹⁰ Nas palavras de Alexy (2008, p. 118): A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamento de otimização em face das possibilidades fáticas”.

Com o auxílio da máxima da proporcionalidade, a determinação da medida que garantirá a precedência de um princípio deve se dar de acordo com a análise das especificidades fáticas e jurídicas do caso, de modo a avaliar o grau de afetação do princípio antagônico. Existindo uma colisão entre dois princípios, facilmente percebe-se que pelo menos duas medidas poderão ser tomadas para realizar e fomentar o princípio que terá precedência. As máximas parciais da adequação e da necessidade impõem que seja escolhida a medida menos gravosa ao princípio antagônico. Mas a análise não pode ficar simplesmente no campo das possibilidades fáticas, pois desta forma melhor seria não adotar nenhuma das medidas, já que ambas afetam os princípios antagônicos. Aí entra a proporcionalidade em sentido estrito que, segundo as possibilidades jurídicas, exige que uma delas seja adotada mediante o sopesamento dos princípios.

Esta análise da colisão dos princípios permitiu que Alexy aprofundasse o estudo da estrutura das espécies normativas com a diferenciação do caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Por este caráter entende-se a manifestação normativa que não retrata um mandamento de caráter definitivo que implique na simples subsunção da conduta à norma. Tal condição é sempre visualizada nos princípios, posto que a extensão de seu conteúdo não está previamente determinada, somente sendo definida a posição normativa mediante a análise dos princípios antagônicos e das possibilidades fáticas e jurídicas, ao passo que nas regras são determinantes, nos moldes anteriormente relatados. É o que se depreende do seguinte excerto da obra de Alexy (2008, p. 104):

Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.

O autor adverte que esta conjuntura não implica que os princípios tenham sempre um caráter *prima facie* e as regras um caráter definitivo.¹¹ Eventualmente as regras também podem assumir o caráter *prima facie* no caso da relativização de seu caráter definitivo estrito diante da possibilidade de inclusão de cláusulas de exceção. Embora presente em ambos, o caráter *prima facie* das regras é consideravelmente diferente do dos princípios, o que se observa por dois pontos centrais. O primeiro é que nas regras a ponderação deve se basear em decisões tomadas por autoridades devidamente legitimadas para a adoção de tais medidas, o que não se exige nos

¹¹ Como é o caso do modelo de Ronald Dworkin anteriormente mencionado.

princípios. O segundo é que é possível seu fortalecimento por meio da inclusão de uma carga argumentativa em favor de um dos princípios colidentes, o que não cabe nas regras.¹²

Um último desdobramento de sua teoria é a crítica à formulação fechada das regras e princípios como razões para normas gerais e abstratas, para normas individuais e para ações. Alexy afirma que não prospera o entendimento de que os princípios são razões para regras e estas para decisões concretas, pois uma apreciação mais detida permite concluir que regras podem ser razões para outras regras e princípios podem ser razões para decisões concretas. Não obstante, frisa que princípios nunca são razões definitivas, logo, neste último caso, a definição da razão definitiva do juízo deôntico é manifestada por uma regra.

3.2.3 *Contrapropostas*

Embora extremamente consistente e amplamente aceita na doutrina mundial, a teoria da estrutura normativa dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy (2008) não encerrou as discussões acadêmicas sobre a matéria. O tema, a cada dia, demonstra sua inesgotabilidade, impondo aos autores a construção e reconstrução de seu arcabouço teórico, mediante o levantamento de novos questionamentos sobre velhos problemas e mediante a propositura de soluções para questões até então não enfrentadas.

São inúmeros os autores que expõem questionamentos, propõem releituras ou elaboram novas teses quanto às espécies de norma jurídica, de modo que seria impossível e totalmente inconclusiva uma tentativa de enfrentamento de todas as críticas doutrinárias formuladas contra a proposta de Alexy. Contudo, é possível constatar que a grande parte delas, tanto no âmbito internacional como no âmbito nacional, se concentra em pontos específicos. Desta forma, serão analisadas somente duas contrapropostas que encabeçam e sintetizam as demais, quais sejam, as formuladas por Klaus Günther e por Humberto Ávila.

3.2.3.1 Klaus Günther

Um autor da literatura estrangeira que merece referência no desenvolvimento deste tema é o jurista alemão Klaus Günther, que deu um importante contributo com sua obra *Teoria da*

¹² Confirmam-se as palavras de Alexy, (2008, p. 105): “Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida”.

argumentação no direito e na moral, publicada em 1988, inicialmente apresentada como tese de doutoramento à Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt.

Günther (2004, p. 56) desenvolve a distinção entre fundamentação e aplicação da norma com base na ética do discurso, extraíndo a racionalidade das normas jurídicas diretamente das normas morais, com base no critério de universalização como avaliação do que a sociedade entendeu como valor. Trata-se de uma tese que, por versar sobre a fundamentação filosófica do direito, incide nas mais variadas áreas, clarificando aspectos obscuros e propondo novas perspectivas de abordagem sobre a relação entre direito e moral.

No que diz respeito à abordagem deste trabalho, importa a diferença que fez entre o discurso de justificação e o discurso de aplicação, em especial no seu desdobramento para a distinção entre regras e princípios. O que se percebe deste ponto, em apertada síntese, é que a crítica realizada por Klaus Günther à teoria de Robert Alexy se consubstancia na afirmação de inexistir uma diferença estrutural entre as espécies normativas, como comandos definitivos e comandos *prima facie*, respectivamente.¹³

Para o autor, o discurso de justificação possui natureza legislativa, ou seja, concerne à elaboração de normas válidas, processo que tem por base o princípio universalista, no sentido de que abstratamente são considerados os possíveis interesses afetados pela norma. O problema deste primeiro âmbito do discurso está na impossibilidade de previsão de todas as consequências decorrentes da aplicação de uma norma; logo, para que ele não fique inviabilizado, a antecipação das consequências da norma deve ser satisfeita na medida do possível. Assim, a regra jurídica importa na concordância de todos com antecipação das consequências previsíveis dentro de certos limites temporais e cognitivos. Assim explica o próprio Klaus Günther (2004, p. 70):

Para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações. Importa se é do interesse de todos que cada um observe a regra, visto que uma norma representa o interesse comum de todos e não depende de sua aplicação, mas dos motivos que conseguimos apresentar para que ela tenha de ser observada por todos como uma regra.

¹³ Importa observar que diversos autores nacionais veem na sua teoria um aspecto positivo no desenvolvimento do tema, como se percebe do seguinte trecho da obra de Rodolfo Viana Pereira (2006, p. 161): “Günther, assim, dá um passo além de Alexy, pois os princípios não são vistos como normas que se aplicam previamente a contextos específicos: toda aplicação de princípios, presente em toda decisão de litígios concretos, deve ser *necessariamente justificada*. Ou melhor – de modo ainda mais inovador – todo discurso de aplicação deve justificar a adequabilidade das normas – tanto *regras* como *princípios* – que concorrem a solução em virtude da consideração de todas as circunstâncias envolvidas no processo”.

Neste diapasão, segundo este autor, o discurso de aplicação surge para contemplar situações específicas e assim complementar a norma criada em abstrato no discurso de fundamentação. Ele possui natureza jurisdicional e executiva, considerando em concreto a singularidade dos casos aos quais a norma irá ser aplicada, inclusive aspectos não previstos no momento de sua elaboração. É o que se infere da seguinte lição de Klaus Günther (2004, p. 70):

Em contraposição, para a sua aplicação cada uma das situações é relevante, não importando se a observância geral também contempla o interesse de todos. Em vista de todas as circunstâncias especiais, o fundamento PE *se e como* a regra teria de ser observada em determinada situação. Na aplicação devemos adotar, ‘como se estivéssemos naquela situação’, a pretensão da norma ser observada por todos em toda situação (isto é, como uma regra), e confrontá-la com cada uma de suas características.

Para ilustrar o problema do conflito de normas segundo esta distinção, Günther (2004, p. 305-306) cita o seguinte exemplo: uma determinada pessoa promete a outra comparecer em sua festa, mas posteriormente toma conhecimento de que seu melhor amigo está doente e precisa de sua ajuda. Nesta situação hipotética estariam em conflito duas normas morais, uma segundo a qual as “promessas devem ser cumpridas” e outra que determina que “amigos em necessidade devem ser ajudados”, pois o cumprimento de uma inviabilizaria o cumprimento da outra.

Neste exemplo, a necessidade de seu amigo não descaracteriza a existência da norma *prima facie* que determina que “promessas devem ser cumpridas”, mas consiste em um fato capaz de afastar sua aplicação. Ou seja, incluiu-se na aplicação desta norma o pressuposto fático de outra norma *prima facie*, qual seja, a que prescreve que “amigos em necessidade devem ser ajudados”. Diante disto, ressalta a complexidade da identificação da norma definitiva adequada, diante da validade das normas conflitantes, ambas originalmente aplicáveis, mas que não consideraram em abstrato a possibilidade do choque. Assim conclui Klaus Günther (2004, p. 312) sobre a colisão de normas:

Portanto, será no discurso de aplicação que encontraremos o problema de colisão. As normas válidas sob circunstâncias inalteradas poderão colidir ao examinarmos todas as circunstâncias de uma situação. No discurso de fundamentação, constataremos tão-somente que, sob circunstâncias inalteradas, não há normas que colidam com a norma carecedora de fundamentação. A colisão, neste caso, seria um problema de adequação e não de validade de normas.

Segundo Klaus Günther (2004), com base nas lições de John Searle, a solução deste tipo de conflito normativo com base nos valores, nos termos da teoria de Robert Alexy, padece da

falta de uma racionalidade verificável.¹⁴ Desta forma, o autor se contrapõe à diferença estrutural entre princípios como comandos *prima facie* e regras como comandos definitivos, pois em seu entender todas as normas possuem uma validade *prima facie*, sendo os comandos definitivos o resultado da aplicação de um ou de outro a casos concretos e não de sua elaboração legislativa. Confirma-se a conclusão Klaus Günter (2004, p. 315-316):

Nesse caso, a diferença consistiria mais em tratarmos de uma norma como regra, à medida que a aplicarmos sem considerar os sinais característicos desiguais da situação, ou como princípio, à medida que a aplicarmos mediante o exame de todas as circunstâncias (efetivas e jurídicas) em determinada situação. Os diferentes modos de tratamento se originam, portanto, do fato de que, no caso da aplicação da regra, as restrições institucionais e ponderações de adequação ficam excluídas e, no caso da aplicação de princípio, são admitidas.

Assim, o discurso de aplicação não é uma exigência exclusiva da estrutura normativa dos princípios, como quer Alexy, mas igualmente das regras, ou seja, somente com a delimitação fática sobre a qual a norma será aplicada é possível definir o comando normativo definitivo. Antes disto, tanto o princípio como a regra são aplicáveis somente *prima facie*, pois não há como saber se existirá um conflito com outra norma. Logo, a distinção entre regras e princípios não está em sua estrutura normativa, mas nas condições de sua aplicação.¹⁵

3.3.2.2 Humberto Ávila

No âmbito nacional, entre autores que se contrapõem à teoria de Alexy, destaca-se Humberto Ávila, que em sua obra *Teoria dos Princípios*, publicada em 2003, propõe uma abordagem diferente do tema, privilegiando a aplicação da norma ao em vez de sua estrutura, de modo semelhante ao que fez Günter. Importante ressaltar que sua proposta vem sendo muito bem aceita, o que se extrai da contínua reedição de sua obra, das traduções desta para os idiomas alemão e inglês e de sua corriqueira referência em estudos do tema.

O autor apresenta críticas tanto à teoria da diferença fraca quanto à da diferença forte, ao afirmar existir em ambas uma inconsistência semântica e outra sintática. Para ele, na doutrina que prega a diferença de grau entre regras e princípios, a inconsistência semântica é verificada na definição de princípio como norma com elevado grau de abstração e generalidade, uma vez que toda norma possui um grau de indeterminabilidade. Este defeito também pode ser observado na diferenciação das espécies normativas com relação ao

¹⁴ Nas palavras de Klaus Günther (2004, p. 318): “o motivo pelo qual este tipo de argumentação de adequação seria exigência da estrutura dos princípios continua nebuloso”

¹⁵ Como conclui Günter (2004, p.319): “Nesse caso, a distinção entre princípios e regras não é uma distinção de conceito de norma, mas das condições da ação, sob as quais as normas são aplicadas”.

conteúdo valorativo, pois, igualmente, ambas se prestam à realização de um valor, seja ele geral ou específico. No plano sintático, a crítica se concentra no fato de que diversas normas com baixo grau de generalidade e abstratividade são por vezes qualificadas de princípios, quando deveriam ser regras, entrando em contradição e abrindo margem a uma flexibilização de normas que impõem uma conduta determinada.

Quanto à corrente que atribui uma diferença estrutural entre regras e princípios, afirma Ávila que a inconsistência semântica é observada na diferenciação das espécies normativas quanto ao modo de aplicação, sendo os princípios caso de ponderação e as regras caso de subsunção, uma vez que toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação. Confira-se a explicação dada por Ávila (2007, p. 88):

O modo de aplicação das espécies normativas, se ponderação ou subsunção, não é adequada para diferenciá-las, na medida em que toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação. As regras não fogem a esse padrão, na medida em que se submetem tanto a uma ponderação interna quanto a uma ponderação externa: sofrem uma ponderação interna porque a reconstrução do conteúdo semântico de sua hipótese e da finalidade que lhe é subjacente depende de um confronto entre várias razões em favor de alternativas interpretativas (exemplo: definição do sentido de *livro*) para efeito de determinação do aspecto material da regra de imunidade); submetem-se a uma ponderação externa nos casos em que duas regras, abstratamente harmoniosas, entram em conflito diante do caso concreto sem que a solução para o conflito envolva a decretação de invalidade de uma das duas regras (exemplo: uma regra que determina a concessão da antecipação de tutela para evitar dano irreparável e outra que proíbe a antecipação se ela provocar despesas para a Fazenda Pública).

No que diz respeito ao plano sintático, a impropriedade é observada igualmente com a confusão feita por alguns adeptos desta corrente doutrinária, ao conferir a suscetibilidade de uma superação mais flexível, atribuindo característica dos princípios às regras, o que gera uma contradição e possibilita uma maior flexibilização de normas às quais a Constituição pretendeu atribuir mais segurança.

Para desenvolver seu conceito de princípios e regras, Humberto Ávila (2007) afasta os critérios de diferenciação das espécies normativas apresentados por Alexy, atribuindo certa dinâmica às normas jurídicas, dinâmica essa que deixa de ser regra ou princípio por seu grau de generalidade e abstratividade ou de sua estrutura lógica e passa a levar em consideração a finalidade buscada pelo intérprete na resolução de um determinado caso, adotando, portanto, outros critérios de dissociação.

O primeiro deles é o critério da natureza do comportamento prescrito, pelo qual as regras são imediatamente descritivas, pois estabelecem obrigações, permissões e proibições

diante da descrição de uma conduta, ao passo que os princípios são normas imediatamente finalísticas, porque estabelecem somente um “estado de coisas” que se realiza com a adoção de determinado comportamento. Pelo mesmo critério, ainda se observa que as regras imediatamente impõem um dever de manutenção da finalidade da regra e dos princípios superiores, enquanto os princípios mediatamente impõem um dever de adoção de uma conduta necessária para a concretização do estado de coisas.¹⁶

O segundo critério de dissociação diz respeito à natureza de justificação exigida, pelo qual, nas regras, a justificação da decisão de interpretação busca uma concordância entre a constituição conceitual das normas e dos fatos mediatamente finalísticos que exigem uma justificação. Nos princípios, a justificação da decisão de interpretação leva em consideração os efeitos da conduta tida como necessária à realização do estado de coisas.¹⁷

O terceiro e último critério admitido pelo autor se refere à medida de contribuição para a decisão. Por este critério os princípios são normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, o que significa dizer que abrangem somente uma parte dos aspectos relevantes para a tomada de decisão, ou seja, não traçam uma decisão específica. Já as regras são normas preliminarmente decisivas e abarcentes, o que implica dizer que pretendem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, traçando uma decisão específica.

Humberto Ávila (2007, p.78-79) sintetiza as noções retiradas dos três critérios acima apontados propondo os seguintes conceitos:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

¹⁶ A diferenciação neste ponto pode ser melhor compreendida com a seguinte explicação de Humberto Ávila (2007, p. 72): “Enfim os princípios ao estabelecerem fins a serem atingidos, exigem a promoção de um estado de coisas – bens jurídicos – que impõe condutas necessárias à sua preservação ou realização. Daí possuírem caráter deontico-teleológico: *deontico*, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; *teleológico*, porque as obrigações, permissões ou proibições decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisas. Daí afirmar-se que os princípios são *normas-do-que-deve-ser* (*ought-to-be-norms*): seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas (*state of affairs*). [...] Enfim, as regras são prescrições cujo elemento frontal é o descritivo. Daí possuírem caráter deontico-deontológico: *deontico*, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões e proibições decorrem de uma norma que indica ‘o que’ deve ser feito. Daí afirmar-se que as regras são *normas-do-que-fazer* (*ought-to-do-norms*): seu conteúdo diz diretamente respeito a ações (*actions*)”.

¹⁷ O Humberto Ávila (2007, p. 76), com base neste critério, afirma também que: “as regras assumem caráter *retrospectivo* (*past-regarding*), na medida em que descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador; ao contrário dos princípios, que possuem caráter *prospectivo* (*future-regarding*), já que determinam um estado de coisas a ser construído.”

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta como necessária à sua promoção.

Por fim, este jurista aponta cinco diretrizes argumentativas para a análise dos princípios. Através da primeira diretriz, deve-se realizar uma especificação dos fins ao máximo, tornando os fins vagos em um fim específico, o que é realizado, principalmente, através do estudo de outros princípios constitucionais conexos ao princípio em análise. A segunda diretriz prega a pesquisa de casos paradigmáticos para esclarecer as condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado nos comportamentos necessários à concretização dos princípios, substituindo fins vagos por condutas necessárias à sua realização, o que se alcança, eminentemente, com a investigação da jurisprudência. Outra diretriz apontada pelo autor determina o exame de casos similares para possibilitar o agrupamento de casos que mantenham relação com o problema central, identificando os valores que devem ser preservados. A quarta diretriz propõe a identificação dos bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e dos comportamentos necessários à sua concretização, afastando o fim ideal buscado pelo princípio e determinando um fim concretizável. A derradeira diretriz visa à realização de uma análise crítica das decisões anteriormente encontradas, reconstruindo-as nos moldes do princípio examinado, de modo a ressaltar as lacunas provenientes da sua ausência (ÁVILA, 2007, p. 94).

3.2.4 A subsistência da teoria de Robert Alexy às contrapropostas

Como referido, as propostas doutrinárias de Klaus Günter e Humberto Ávila de certo modo sintetizam as principais críticas, tanto na doutrina internacional como na nacional, levantadas contra a distinção estrutural das espécies normativas desenvolvidas por Robert Alexy.

Embora as duas teorias não sejam totalmente coincidentes, possuem grandes similitudes no que concerne especificamente à diferença entre regras e princípio, pois ambas adotam para tal fim o momento da aplicação da norma e não a estrutura. Por consequência lógica deste pressuposto teórico comum, as duas apontam os mesmos defeitos na teoria de Alexy, entre os quais se destacam três pontos principais: a desconsideração do caráter *prima facie* das regras; o desprezo ao momento de aplicação na definição das espécies normativas; e a obscuridade na forma de aplicação dos princípios.

Resta saber se estas contrapropostas são, de fato, suficientemente fortes e completas como se propõe. Saber se elas resolvem todos os problemas que a teoria estrutural havia solucionado e ainda a superam com uma resposta mais precisa do ponto de vista científico sobre os aspectos apontados como obscuros ou equivocados.

A despeito da consistência teórica e da indiscutível lógica interna de que gozam a teoria de Günter e a de Ávila, tanto que angariaram adeptos pelo mundo todo, entende-se que a teoria da diferença estrutural de Alexy resiste, sem muitos problemas, às críticas por elas levantadas, de modo que subsiste como a melhor explicação da moderna teoria da norma jurídica.

3.2.4.1 Momento de aplicação na definição da espécie normativa

Como facilmente se observou da exposição das contrapropostas, um dos pontos centrais de divergência está na distinção do modo final de aplicação das duas espécies normativas. Pela crítica, Alexy não teria abordado suficientemente o momento de aplicação da norma quando da distinção de suas espécies. Para Günter e Ávila, a aplicação das regras ou dos princípios não está predeterminada por sua estrutura, mas, ao contrário, depende diretamente da delimitação do contexto fático ao qual serão aplicados para definir a possibilidade de sua incidência integral ou necessária uma ponderação.

Contudo, Alexy não desconsiderou tal elemento, ao contrário, ele aborda a aplicação da norma de maneira específica e sistemática, analisando separadamente cada uma das espécies. A maior ênfase dada aos princípios é plenamente justificada. Por um lado, a forma de aplicação das regras encontra-se bem estruturada na doutrina, o que dispensa sua releitura integral, de modo que se debruça com mais cuidado somente sobre as questões pontuais que ainda apresentam controvérsias relevantes. Por outro lado, os direitos fundamentais, objeto do seu trabalho, se manifestam principalmente por meio de princípios jurídicos, circunstância que exige uma análise mais detida.

O autor parte da estrutura da norma, pois para ele existe uma diferença essencial entre as duas espécies normativas. Entretanto, isto não implica que a aplicação é indiferente no procedimento de diferenciação entre regras e princípios, pois a grande maioria das análises desta estrutura diferenciada somente pode ser efetivada no estudo da aplicação da norma. Um aspecto central de sua teoria que retrata bem o cuidado com este elemento é o estudo da colisão entre princípios e do conflito entre regras que exige um caso concreto para sua análise. Mesmo nas regras, o autor não analisa de maneira abstrata, sempre se utiliza de um caso

concreto hipotético, pois sabe que determinadas contraditoriedades entre regras somente são percebidas diante de sua aplicação. Outro exemplo do cuidado com a aplicação diz respeito à abordagem do caráter *prima facie* das duas espécies normativas, estudo que somente pode ser realizado em situações de aplicação das normas e não em abstrato.

Desta forma, no desenvolver de sua teoria, Alexy não adota somente o momento da aplicação como fizeram seus críticos, mas vai além e propõe uma análise mista, considerando tanto o momento da elaboração quanto o da aplicação.

3.2.4.2 Caráter *prima facie* das regras

Um segundo defeito consistiria na desconsideração do caráter *prima facie* das regras, na verdade, uma decorrência lógica do ponto anterior. Para Günter e Ávila, tanto as regras quanto os princípios possuem um caráter *prima facie* e, portanto, podem sofrer uma ponderação, apontando como equívoco de Alexy o estabelecimento de tal atributo como peculiaridade dos princípios. O principal reflexo prático desta crítica estaria no fato de que em determinadas hipóteses as regras não são aplicadas apesar de suas condições terem sido satisfeitas, em razão de circunstâncias peculiares não previstas pelo legislador quando da criação da norma.

No entanto, ao contrário do que fazem parecer estes autores, Robert Alexy não ignorou estas situações específicas. Ele reconhece expressamente que em hipóteses excepcionais as regras jurídicas vigentes não incidem no seu pressuposto fático, em razão de peculiaridades do caso concreto, mesmo inexistindo cláusula de exceção expressa.¹⁸ Todavia, o faz de maneira mais técnica, ressaltando que o caráter *prima facie* é próprio dos princípios e que nas regras se trata de uma excepcionalidade.¹⁹

Logo, neste aspecto, a lacuna teórica parece estar nas teorias de Günter e Ávila e não na de Alexy, pois eles se focam na exceção e não abordam de maneira clara a conjuntura padrão, qual seja, a diferença estrutural entre princípios e regras. Alexy aborda satisfatoriamente as hipóteses que excetua a aplicação das normas segundo sua estrutura, mas Günter e Ávila não indicam de maneira objetiva a incontestável distinção entre regras e princípio.

¹⁸ É o que se extrai do seguinte excerto da obra de Alexy (2008, p. 104): “Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio”.

¹⁹ Alexy (2008, p. 106): “Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões *definitivas*”.

Na teoria de Alexy, a regra do caso concreto pode derivar tanto de uma regra como de um princípio, mas é necessário que se demonstre argumentativamente a forma de derivação encontrada, e é neste ponto onde as duas teorias se distinguem. A utilização da densificação de princípios na busca da regra do caso concreto deixa o intérprete mais contido, uma vez que está mais bem delimitada a forma que ela será encontrada. Por este raciocínio, caso existam elementos exteriores, a regra é afastada, incidindo nova regra extraída diretamente do princípio. Assim, se uma circunstância específica de determinado caso concreto deixar a matéria mais complexa que a inicialmente prevista na elaboração de uma regra, esta será insuficiente para a solução do conflito, de modo que sua aplicação não atenderá aos valores conduzidos pelos princípios que lhe são sobrejacentes.²⁰ De forma que em tal caso não se aplicará a regra positivada, mas outra extraída do princípio que incide sobre o caso, para que sejam devidamente contempladas todas as suas peculiaridades.

No exemplo do afastamento de multa de excesso de velocidade, em casos comprovados de estado de necessidade, utilizado por Ávila (2007) para ilustrar sua crítica, isto fica mais claro. Na teoria de Alexy, a regra que determina a aplicação de multa àqueles que forem flagrados acima da velocidade determinada para a via é elaborada segundo uma densificação dos princípios da segurança, da proteção à vida e à integridade física. Se, por um acaso, um motorista ultrapassa este limite para salvar a vida de uma pessoa que está socorrendo, o princípio sobrejacente à regra não está sendo violado. A regra do limite de velocidade, neste caso, não é aplicada porque a conduta não é mais “dirigir acima da velocidade permitida”, mas “dirigir acima da velocidade permitida para socorrer uma pessoa”, devendo daí extrair-se uma nova regra do princípio sobrejacente para reger a conduta.

No estudo do caráter *prima facie* das regras, Alexy adverte que este não se confunde com o dos princípios. A situação é mais complexa, pois para que se configure a excepcional perda do caráter definitivo estrito das regras exige-se, além da superação dos princípios antagônicos, também a superação daqueles relacionados com a legitimidade das autoridades responsáveis por sua criação. Nas palavras do próprio Alexy (2008, p. 105):

Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É

²⁰ Como se percebe, a abordagem do tema possui alguma semelhança com a proposta de Humberto Ávila (2007), porém exposta de maneira argumentativamente mais coerente e sistemática, impondo maiores limites às decisões do intérprete. De modo simples, comparando as duas construções doutrinárias, as referidas “razões superiores” de Ávila, na teoria de Alexy, corresponderiam aos princípios jurídicos, construção bem mais consistente.

necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida.

Com esta advertência, o autor pretende ressaltar a gravidade, que é a relativização de uma regra, posto que em tais situações o aplicador da norma trabalha muito próximo do campo de atuação do legislador, de modo que qualquer excesso retrata verdadeira usurpação de competência, violando a separação dos Poderes.

3.2.4.3 Forma de aplicação dos princípios

O terceiro aspecto criticado pelas contrapropostas diz respeito à obscuridade na forma de aplicação dos princípios.

Este tema não comporta objetivizações matemáticas. A insubsistência de formulações, como o silogismo legal e o “juiz boca da lei”, comprovou isto, de modo que na aplicação da norma jurídica, o julgador sempre deve contar com um âmbito de discricionariedade. Contudo, este deve ser reduzido para evitar arbitrariedades, principalmente considerando a deficiência democrática dos membros do Judiciário. Assim, este ponto sempre será objeto de discussões, ora por excesso ora por carência, devendo-se buscar um meio-termo razoável.

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy não é o ponto final nos debates acadêmicos que cercam a aplicação dos princípios, mas até o presente momento é a melhor proposta. Com a estruturação de um conceito técnico de regras e princípios e, principalmente, com a elaboração da lei de colisão, a aplicação destas normas pode se dar de maneira argumentativamente mais clara, sem ir ao extremo de castrar do julgador a possibilidade de adaptar o direito ao caso concreto.

Nas propostas de Günter e Ávila, a função do intérprete é supervalorizada, atribuindo-lhe excessiva força, de modo que o Poder Legislativo, legitimado para a criação das normas, acaba sobrepujado pelos demais. Nesta discricionariedade excessiva dada ao aplicador da norma que, ao interpretar o dispositivo normativo terá amplos poderes, não ficaram delimitados os critérios mínimos para sua aplicação, abrindo margem para abusos e desvios. É por esta razão que sua proposta vem sendo alvo de algumas críticas pela doutrina mais especializada. Como é o caso de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 63) que assim comenta sua teoria:

Isso ficará claro mais adiante, quando for analisada a *regra da proporcionalidade*, que Ávila classifica como um ‘postulado normativo aplicativo’. Mas não somente a adição dessa categoria não traz ganhos em clareza analítica- conceitual. Também as

redefinições que Ávila sugere para os conceitos de *regra* e *princípio* mais confundem que esclarecem a distinção. Confundem sobretudo por inserirem um sem-número de elementos nas definições, que, além de dificultarem sobremaneira sua inteligência, não são elementos imprescindíveis à correta e suficiente distinção entre os dois conceitos.

Diante de todas estas considerações, é inevitável concluir pela subsistência da teoria de Robert Alexy às críticas contra ela levantadas, pois, nos pontos específicos em que há divergência, as premissas da teoria estrutural mostram-se mais consistentes, de modo que na dialética dos debates teóricos destas propostas é possível visualizar uma síntese, tomando por base a teoria de Alexy, motivo pelo qual será ela adotada neste trabalho.

3.3 Densificação dos princípios de direitos fundamentais

Com o que foi até aqui apresentado conclui-se que os direitos fundamentais se expressam primordialmente por meio de princípios jurídicos, proposição na qual se encontram presentes todas as características essenciais das normas jurídicas, inexistindo, assim, o que se questionar sobre sua juridicidade. Portanto, observadas as similitudes que permitem enquadrar regras e princípios no gênero norma jurídica e compreendidas as diferenças que impõe a sua separação em espécies distintas, a estrutura normativa dos direitos fundamentais ganha contornos mais claros.

Contudo, um ponto ainda merece análise, para um melhor entendimento da manifestação normativa dos direitos fundamentais. Trata-se do vínculo de interdependência que os princípios e as regras mantêm entre si, numa relação de complementaridade na qual o caráter fático e axiológico de ambos fica mais nítido. A disseminação ou irradiação dos valores essenciais contidos nos direitos fundamentais se dá por meio de um vínculo de densificação existente entre princípios e regras.

3.3.1 Necessidade de identificação do valor específico

Como dito, um dos fatores que torna o processo de aplicação de um direito fundamental mais complexo são as peculiaridades que cercam os princípios jurídicos, espécie normativa pela qual preferencialmente se expressam. A sua manifestação por esta espécie normativa tem fundamento no expressivo caráter valorativo que possuem, exigindo que se revelem não só de maneira genérica e abstrata, mais privilegie este elemento da norma jurídica.

Esta especificidade indica a presença de um núcleo axiológico espesso e variado nos direitos fundamentais, que, a despeito das dificuldades, deve ser resguardado *in totum*. Importa dizer que se existem subvalores mais específicos contidos no direito fundamental, este só será devidamente efetivado quando todos aqueles o forem. Em face disto, faz-se necessário realizar um desmembramento do direito em fragmentos mais específicos de modo a possibilitar sua defesa integral, extraído da norma inicialmente vaga, preceitos mais concretos para dar maior densidade àquela norma tênue do ponto de vista fático, embora robusta no caráter axiológico.

Este procedimento de derivação de princípios mais gerais para princípios mais específicos, e destes para regras jurídicas, vem sendo denominado pela doutrina de densificação²¹, sendo tal procedimento indispensável à correta aplicação das normas expressas por esta espécie normativa. Por esta razão, a noção de densificação dos princípios é inerente à sua própria estrutura normativa, pois é peculiar a elas a determinação de outras normas que se aproximam mais da conduta humana a ser regulada, que mantêm ligação com a primeira pelo conteúdo axiológico defendido.²²

Como se percebe, os princípios de direitos fundamentais exigem do aplicador maior esforço intelectual, pois, ao contrário das regras, não se trata de uma simples subsunção da conduta à norma, mas, antes, exige dele a delimitação da regra jurídica que será aplicada ao caso, com a indicação do valor específico que efetivamente incidirá na conduta analisada.

A concretização dos princípios através de uma densificação de seu conteúdo vem sendo objeto de estudo na doutrina estrangeira²³, mas no Brasil a matéria ainda é pouco estudada,

²¹ Neste sentido é o escólio de Gomes Canotilho (2003, p. 1201): “Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação de normas andam juntas, pois associadas: densifica-se um espaço normativo (= preencher-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a aplicação a um caso concreto”.

²² Socorre-se aos ensinamentos de Crisafulli (*apud* BONAVIDES, 2002, p. 230), na obra *La Costituzione e le sue Disposizione di Principio*, datados de 1952, mas que se mantêm recentes até hoje, por abordar de maneira satisfatória esta especificidade dos princípios: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo principio geral que as contém”.

²³ Confira-se a exposição do tema nas palavras do Gomes Canotilho (2003, p. 1173-1174): “Existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico político. [...] Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno (a uma união perfeita alude

embora não ignorada, existindo juristas que se debruçam sobre o tema. Todavia, para uma melhor compreensão da aplicação das normas de direito fundamentais, mostra-se importante um breve desenvolvimento da relação de densificação existente entre princípios e entre princípios e regras.

3.3.2 *Patamares de densificação*

Observa-se que o desenvolvimento da densificação dos princípios de direitos fundamentais teve como mola propulsora a necessidade de uma maior clareza na aplicação efetiva do conteúdo axiológico dos princípios jurídicos. Para tal mister faz-se necessário preencher o conteúdo dos direitos fundamentais, minimizando o alto grau de abstração e generalidade, ou seja, densificar seus contornos inicialmente imprecisos em proposições mais diretas que assegurem a aplicação das que lhes são sobrejacentes.

Neste desiderato, para a construção de uma fundamentação lógico-argumentativa que aborde elementos suficientes para resguardar os valores contidos nos direitos fundamentais, impõe-se a delimitação de patamares de densificação, estabelecendo um escalonamento que permitisse que os princípios mais gerais e abstratos sejam densificados em princípios mais específicos e estes, por sua vez, em regras.

Antes de chegar às regras, observou-se a necessidade de densificação de princípios por princípios, o que foi realizado, pela doutrina majoritária²⁴, em três patamares²⁵, partindo dos

Larenz). [...] Estes princípios gerais fundamentais podem, por sua vez, densificar-se ou concretizar-se ainda mais através de outros princípios constitucionais especiais. [...] Os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais e especiais. A sua concretização é feita também por várias regras constitucionais, qualquer que seja sua natureza”.

²⁴ Existe que defenda só dois patamares de densificação como José Afonso da Silva (2007, p. 95) que afirma que: “Temos que distinguir entre princípios constitucionais fundamentais e princípios constitucionais gerais do Direito Constitucional. Vimos já que os integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz, ‘que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte’, normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional. Os princípios gerais formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional”.

²⁵ Luís Roberto Barroso (2009, p. 376-378) expõe o tema nos seguintes termos: “Nem todos os princípios, todavia, possuem o mesmo raio de ação. Eles variam na amplitude de seus efeitos e mesmo no seu grau de influência. Por essa razão, podem ser agrupados em três categorias diversas, que indicam os princípios como fundamentais, gerais e setoriais. [...] Os princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aqueles que vão determinar sua estrutura essencial. [...] Os princípios constitucionais gerais, embora não integrem o núcleo das decisões políticas que conformam o Estado, são importantes especificações dos princípios fundamentais. [...] Princípios setoriais ou especiais são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição”. Willis Santiago Guerra Filho (2005, p. 61), apresenta a estruturação dos princípios da seguinte forma: “Seguindo de perto a melhor doutrina constitucional portuguesa, estada em lições germânicas, distinguiremos “princípios fundamentais estruturantes” de “princípios fundamentais gerais”, sendo esses colocados em patamar abaixo daqueles

princípios que possuam uma abrangência total, denominados de *estruturante*, para os que se destinam a uma única área do Direito, batizados de *gerais*, e, por fim, aqueles que se ligam a situações mais setoriais, designados de *específicos*.

Nestes termos, têm-se quatro patamares de densificação dos princípios de direitos fundamentais: os princípios estruturantes que são densificados por princípios gerais que, por sua vez, são densificados por princípios especiais, e estes, finalmente, densificados por meio de regras. No exemplo dado por Gomes Canotilho (2003, p. 1174), estão entre os princípios estruturantes o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano. Indica este autor, a título de exemplo, princípios gerais que densificam o princípio do Estado de Direito como os princípios da constitucionalidade, da legalidade administrativa, da vinculação do legislador aos direitos fundamentais e o princípio da independência dos Tribunais. Referidos princípios são densificados ainda por princípios especiais, como é o caso dos princípios da prevalência da lei e da reserva de lei, que densificam o princípio geral da legalidade administrativa. Em outro patamar de densificação, podem-se apontar regras jurídicas de conteúdo mais específico. Aponta o autor, como exemplo, a norma garantidora do direito de recurso contencioso contra atos da administração, que densifica o princípio da prevalência da lei.

Importa ressaltar que a densificação dos princípios de direitos fundamentais não importa em uma hierarquização de normas. Embora esta abordagem lembre a exposição da pirâmide kelseniana, o procedimento derivativo aqui estudado não estabelece uma hierarquização entre princípios ou entre princípios e regras, de modo a fundamentar um controle de legalidade e de constitucionalidade. A organização dos princípios e regras, através de um processo de densificação, visa a uma fundamentação argumentativamente clara, reconhecendo a existência de diferença de grau de generalidade e abstração entre princípios e regras que podem estar no mesmo patamar hierárquico.

Cabe advertir, também, que a apresentação dos patamares de densificação por meio de um esquema estático e previamente identificado, apontando-se explicitamente quais princípios devem ser alocados em cada nível, enfraquece o procedimento de densificação. Aqui é de suma importância citar-se a lição de Christiano José de Andrade (1992, p.19):

primeiros, havendo ainda, abaixo deles, os “princípios constitucionais especiais”, e, em seguida, as normas, constitucionais que não são princípios, mas simples regras”.

Como uma operação de esclarecimento do texto normativo, a interpretação aumenta a eficácia retórica ou comunicativa do direito, que é uma linguagem do poder e de controle social. E dependendo da técnica adotada, a interpretação pode exercer uma função estabilizadora ou renovadora e atualizadora da ordem jurídica, já que o direito pode ser visto como uma inteligente combinação de estabilidade e movimento, não recusando as mutações sociais. Assim, o direito pretende ser simultaneamente estável e mutável. Todavia é preciso ressaltar que a segurança perfeita significaria a absoluta imobilidade da vida social, enfim, a impossibilidade da vida humana. Por outro lado, a mutabilidade constante, sem um elemento permanente, tornaria impossível a vida social. Por isso o direito deve assegurar apenas uma dose razoável de ordem e organização social, de tal modo que essa ordem satisfaça o sentido de Justiça e dos demais valores por ela implicados.

É mais coerente aceitar uma flexibilização na disposição dos princípios, deixando para a análise do caso concreto a estruturação. Por meio desta análise tópica da densificação, um determinado princípio, analisado sob uma determinada dimensão, pode ser considerado de natureza geral de acordo com as peculiaridades do caso que irá regular. Os contornos especiais de outra situação jurídica que exija uma análise do princípio sob uma perspectiva diversa podem atribuir ao mesmo princípio feições de princípios especiais. O seguinte escólio de Eros Roberto Grau (2005, p. 177) ajuda na compreensão deste aspecto:

A atribuição de peso maior a um – e não a outro – não é, porém, discricionária. Retorno ao já afirmado: o interprete está vinculado pelos princípios; além disso, não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. O momento de atribuição de peso maior a um determinado princípio é extremamente rico, porque nele – desde que se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação jurídica pode conduzir – pondera-se – as circunstâncias peculiares do problema considerado – e de ordem jurídica – linguística, sistêmica e funcionais –, são descortinadas.

É o caso do princípio de proteção à vida que, por vezes, aparece como princípio específico, fundamentando de forma direta a criação de normas, como é o caso da proibição da pena de morte. Em outras situações, este mesmo princípio irá assumir feição de princípio geral, intermediando a aplicação de princípios estruturantes, como a dignidade da pessoa humana, e princípios específicos, como o da assistência social.²⁶

3.3.2.1 Densificação de princípio por princípios

Os princípios estruturantes são as pilstras mestras do ordenamento jurídico, representam as decisões políticas mais importantes na formação de um Estado. Trata-se de dispositivos normalmente localizados logo no início do texto constitucional, o que demonstra

²⁶ Francisco Meton Marques de Lima (2001, p. 83) hierarquiza os valores da seguinte forma: “No tocante à organização do Estado, os princípios estruturantes devem prevalecer sobre as subespécies. Essa hierarquia in abstracto cede nas apreciações concretas, dado que, conforme cada caso, determinado valor que em estado de potência aparece tênue avoluma-se quando posto em ação, até porque, no dizer de Carl Schmitt, Loewenstein e Dworkin, não merece o nome de direito o que o indivíduo não pode opor ao Estado, à sociedade e à maioria”.

a intenção do constituinte de garantir a estas normas a função embasadora de toda a ordem jurídica. Por isso, são eles a fonte primária da derivação dos demais princípios e das regras.²⁷

Como dito, não é possível predeterminar quais princípios assumem este patamar de forma abstrata, para tanto se exige a análise de um caso concreto. Contudo, existem alguns princípios que assumem esta postura de maneira mais freqüente, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e do princípio democrático (art. 1º, par. único), somente para exemplificar.

Traçar conceito definitivo para estes dispositivos revela-se tarefa totalmente impraticável, e assim deve ser, pois estas normas possuem a função de estruturar a ordem jurídica e de mantê-la dinâmica, possibilitando que seu conteúdo seja paulatina e permanentemente construído de acordo com a evolução das relações sociais. Neste ponto, são intocáveis as palavras de Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 243-244):

Já se confirma que o Direito positivo não é completo. Nem será nunca, porque a causa primeira disso está num fato, que não cabe ao homem modificar, e que consiste em ser ele co-participante do mundo da natureza e do mundo da cultura, pertencer ao mesmo tempo à esfera física e à esfera dos valores absolutos, estar entre a ordem do ser e a ordem do dever-ser. O Direito das coisas postas, das normas, tem irremediável vocação de integrar-se com o Direito das coisas pressupostas, dos princípios. O conhecimento científicos não atinge essas regiões. Por isso, no Direito, a Ciência há de compor-se com a Filosofia, se é que pretende contemplar a dignidade humana, ou, simplesmente, se pretende valer como Direito. Quem tem medo da Metafísica não terá do Direito senão distorcida imagem.

Elas expressam, por um lado, a necessidade de um fundamento axiológico mínimo para os possíveis conflitos de interesse e, por outro, a impossibilidade de completude do direito positivo. Seus contornos, por serem extremamente imprecisos, os defendem de limitações legislativas, jurisprudenciais ou mesmo doutrinárias, o que de forma alguma retiram sua eficácia e efetividade, pois a infringência é facilmente observada quando da análise de situações concretas. A esse respeito, diz Ingo Sarlet (2005, p. 115):

Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que o princípio da dignidade humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que a

²⁷ No mesmo sentido, os ensinamentos de Willis Santiago Guerra Filho (2005, p. 16): “O primeiro artigo da Constituição de 88 define, assim, a República Federativa do Brasil com um Estado Democrático de Direito, e elenca os princípios sob os quais ela se fundamenta. Todo o restante do texto constitucional pode ser entendido como uma explicitação do conteúdo dessa fórmula política, explicitação essa que, por mais extenso que seja esse texto, ainda é e sempre será uma tarefa inconclusa, além de ser tarefa de primordial importância, principalmente nesse período inicial de vigência da nova Carta, em que vem sendo submetida a tantas – e, já por isso, questionáveis – reformas”.

definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.

Embora todas as controvérsias jurídicas encontrem ao menos um norte para sua solução nos princípios estruturantes, o tratamento de uma conduta juridicamente relevante somente neste patamar não lhes garante uma aplicabilidade argumentativamente segura. A norma que irá reger o caso concreto deve tratar de maneira específica o valor primordial a ser resguardado. Desta forma, embora o alto grau de abstração e generalidade se constitua em uma característica de qualquer princípio, deve ser esse amenizado através do desmembramento do valor básico contido nos princípios estruturantes em subvalores, para que seja possível concretizar o núcleo essencial específico de cada um deles.

Diante disto, surge a necessidade de identificação de outra categoria de princípios extraídos dos princípios estruturantes por meio do processo de densificação, quais sejam, os princípios gerais. Por meio destes, torna-se possível o desvelamento de princípios mais palpáveis, permitindo a identificação de valores mais concretos, que mantêm íntima ligação com os princípios estruturantes e que se amoldam de forma mais clara à conduta. Eles, ao contrário dos estruturantes, que se destinam a todo o Direito, se direcionam a uma realidade mais específica, abordando um valor com conteúdo mais concreto, embora ainda exijam densificação.

Como estes princípios gerais densificam os princípios estruturantes, eles mantêm uma ligação direta com ele, pois os valores neles enunciados são meros desdobramentos daqueles. Por exemplo, na densificação do princípio da Dignidade da pessoa humana, alguns princípios normalmente assumem este patamar, entre os quais se destacam os previstos no *caput* do art. 5º da CF/88 (vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade), embora possam sofrer alteração de nível, de acordo com as exigências do caso concreto.

Mesmo neste segundo patamar ainda não é possível uma efetivação plena do núcleo essencial dos princípios estruturantes, de modo a resguardar os valores relacionados ao problema jurídico a ser resolvido, pois sua incidência na conduta ainda é demasiadamente aberta. Para tanto, surge a necessidade de um segundo processo de densificação através do qual se extraem os princípios especiais, que incidem sobre situações setoriais dentro da área de incidência do princípio geral.

Da mesma forma, os princípios específicos guardam conexão direta com os gerais, pois os valores por eles expressados são simples desdobramentos dos previstos pelos princípios

gerais. Por exemplo, considerando o princípio geral da liberdade é possível identificar os princípios específicos que asseguram as liberdades de locomoção (art. 5º, XV), de crença (art. 5º, VI), de expressão (art. 5º, IV), de profissão (art. 5º XIII), entre outras.

Neste terceiro patamar, é possível uma visualização mais nítida do real valor a ser resguardado, encontrando-se, finalmente, o grau de generalidade e abstratividade necessário para que se resguarde, de forma satisfatória, o núcleo axiológico por eles conduzido. Neste ponto encontra-se a linha divisória entre os princípios e as regras. São exatamente esses princípios especiais que as normas, em um momento final de densificação, vão concretizar.

Com a finalidade de tornar mais compreensível a densificação dos princípios de direitos fundamentais, observe-se um exemplo de sua aplicação. Suponha-se que determinado magistrado, para fundamentar uma decisão interlocutória que antecipa os efeitos de uma ação de alimentos, fez menção única e exclusivamente ao princípio da dignidade humana. Teoricamente, o julgador, com esse ato, resguardou todos os valores que fundamentaram sua decisão e, portanto, não haveria razão para censura por ausência de fundamentação. Todavia, diante do conteúdo quase ilimitado do princípio da dignidade da pessoa humana, não estão determinados de maneira clara os valores que indicam que aquela decisão foi a correta para o caso. O princípio mencionado como fundamento da decisão pode justificar o deferimento ou indeferimento da tutela, ou o arbitramento de um valor significativo ou não. Portanto, em verdade, a decisão não está devidamente fundamentada.

Pela sistemática da densificação das normas principiológicas, faz-se necessário identificar os princípios especiais derivados do princípio estruturante da dignidade da pessoa humana, princípios esses que possuem ligação direta com a concessão ou não de alimentos provisórios. No que diz respeito à matéria, podem-se apontar como princípios gerais o da proteção à vida (art. 5º *caput* da CF/88) e o direito à propriedade (art. 5º, XII). Densificando o princípio da proteção à vida, com o *status* de princípio específico, surge o princípio de proteção às crianças e adolescentes (CF/88, art. 227). Por outro lado, densificando o princípio do direito de propriedade, com base igualmente no princípio da liberdade que se põe ao lado deste, também no nível de princípio geral, extrai-se o princípio da livre disponibilidade da propriedade privada. Estes são os dois princípios específicos que expressam subvalores que compõem o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, que dizem respeito à antecipação de tutela na ação de alimentos. Com isso, o magistrado se desincumbiria da

obrigatoriedade de fundamentação de sua decisão, pois demonstraria a existência de um choque de valores e o porquê da escolha de um deles e do afastamento do outro.

3.3.2.2 Densificação de princípios por regras

Tendo em mão os princípios específicos, sem perder de vista sua ligação com os princípios estruturantes e gerais que lhes são sobrejacentes, cabe agora a delimitação da regra jurídica.

Para entender este último passo do processo de densificação dos princípios de direitos fundamentais, é importante ter em mente que o conteúdo dos princípios é formado por regras que deles derivem. Isto é, quando se faz incidir o valor expresso num princípio sobre uma determinada conduta, extrai-se o seu caráter deontico que se manifesta na forma de uma regra, de modo que o *dever ser* dos princípios se manifesta em regras imediatamente ligadas a eles. Assim, para que se aplique um princípio, é necessário identificar quais condutas a ele atinentes, e observar se elas atendem ou não ao valor. Caso sejam contrárias ao núcleo axiológico do princípio, a conduta é proibida, se favorável, é permitida ou imposta.

Por exemplo, para que se aplique o princípio específico da proteção do meio ambiente, inicialmente, devem ser delimitadas as condutas ligadas a este valor, entre as quais é possível citar: o tratamento de esgoto, a reciclagem do lixo, o desmatamento. Por uma dedução lógica da simples comparação das condutas com o valor, conclui-se que, com base no princípio da proteção do meio ambiente, as duas primeiras condutas são obrigatórias e a última é proibida.

Se um único princípio incidisse sobre determinada conduta, sua aplicação seria bastante singela. Contudo, este conteúdo deontico do princípio é somente *prima facie*, ou seja, será desta forma se outras circunstâncias do caso concreto não impuserem determinação diversa. Neste ínterim, colhe-se que em um determinado caso concreto as regras que integram um princípio podem colidir com as que concretizam outro. É aqui que se fala em colisão de direitos fundamentais. Em tais hipóteses, diferentemente do que se verifica no conflito direto de regras, não será necessário excluir uma das duas do ordenamento, apenas impõe que é melhor aplicar uma à outra, de acordo com as situações fáticas e jurídicas concretamente observadas.

Assim, por exemplo, ao analisar as três condutas anteriormente citadas de acordo com o princípio do desenvolvimento econômico, observa-se uma conclusão um pouco diversa, uma vez que, com este outro paradigma, as três hipóteses concretizam o princípio. Desta

forma, no que concerne à conduta “desmatar”, os princípios da proteção do meio ambiente e do desenvolvimento econômico entram em colisão, pois um aponta a conduta como proibida e o outro como permitida.

Para solucionar este impasse, remete-se o leitor às conclusões de Robert Alexy, em especial a sua lei de colisão, anteriormente comentada. A formulação desenvolvida por este jurista permite que se analisem as peculiaridades do caso concreto no confronto das regras concretizadoras de princípios colidentes, com base, entre outros fatores, no princípio da proporcionalidade, identificando qual a conduta mais adequada e eficaz, qual a que traz menor prejuízo a outros valores e qual o valor mais preponderante.

Este momento de ponderação entre princípios é outro aspecto no qual a densificação das normas principiológicas se manifesta importantíssima. Como visto acima, a colisão de princípios ocorre em decorrência de regras extraídas de princípios que determinam condutas diversas, logo cabe frisar que esses princípios densificados por regras devem ser princípios especiais. O motivo é a proteção do núcleo axiológico autônomo previsto na infinidade de valores defendidos por um princípio estruturante como melhor forma de garanti-lo na totalidade.

Acaso se realize uma ponderação entre um princípio especial e um princípio estruturante, relativamente a regras jurídicas extraídas destes, não se estará delimitando de forma segura quais princípios estão em análise. Por exemplo, não é possível ponderar o direito de liberdade de expressão e o da dignidade da pessoa, uma vez que aquele é densificação deste. Todavia, mostra-se plenamente possível a ponderação do princípio da liberdade de expressão e o princípio do direito à intimidade, embora ambos tenham como raiz de derivação um princípio estruturante ou mesmo um princípio geral em comum.

Outro aspecto que chama a atenção nesta formulação diz respeito ao fato de que quando se fala em direitos fundamentais colidentes não importa dizer que eles estão sempre em desacordo. Pelo contrário, observa-se que na maioria das hipóteses de aplicação convergem para a mesma conclusão, no exemplo tem-se a determinação do tratamento de esgoto e da reciclagem do lixo. Somente em aspectos pontuais, e sobre uma série de variáveis, é que eles entraram em choque, como no caso de desmatamento. Portanto, quando se fala de direitos fundamentais colidentes, refere-se necessariamente a um caso concreto específico, e não a todas as situações.

3.3.3 Dupla função da densificação

O procedimento de densificação dos princípios de direitos fundamentais tem duas funções primordiais, identificadas de acordo com a positivação ou não da regra incidente sobre a conduta analisada. Caso a regra já exista no ordenamento jurídico, a densificação será utilizada em sua interpretação, reavaliando a incidência dos valores contidos nos princípios subjacentes na delimitação da regra do caso concreto. Na hipótese de uma lacuna no ordenamento, a densificação se destinará à correta determinação da regra a incidir sobre o caso, com a devida consideração dos valores a ele atinentes.

3.3.3.1 Definição de conteúdo das regras

As regras jurídicas, por mais que assumam a última etapa de densificação dos princípios, ainda podem possuir um elevado grau de generalidade e abstratividade, portanto, incidindo em um número elevado de condutas. Cada uma dessas condutas possui especificidades próprias que exigem uma releitura de toda a fundamentação jurídica da regra para que sua aplicação se dê de forma satisfatória, mantendo o sentido que atenda aos valores que devem ser por ela resguardados.

Para que não haja desvirtuamento do conteúdo valorativo das regras, faz-se necessário que sua aplicação ocorra de forma argumentativamente segura. Para tanto, é imperiosa a estruturação encadeada de outras normas que lhes sejam superiores e, principalmente, dos princípios que se relacionam com o caso, mantendo-se sempre vivos e atualizados nas primeiras os valores tutelados pelas segundas. Nesse desiderato, é necessário se identificar os princípios que lhes são subjacentes para que a norma do caso concreto possa sofrer uma releitura baseada nos mesmos valores que deram origem à criação da norma geral e até de outros princípios que não se encontrem diretamente ligados a esta, mas que o caso concreto exige.²⁸

3.3.3.2 A complementação de lacunas

A ausência da norma específica nunca pode ser empecilho para que se extraia dos princípios mais gerais e abstratos, por derivação lógica, outros princípios, até que o princípio

²⁸ Neste sentido leciona Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 118): “Pode-se afirmar que os princípios, embora percam em concretude, ganham em abrangência. Acabem por ser concretizados numa série de normas infraconstitucionais, que a ele dão aplicação. Isto não significa, como querem alguns, que a existência dessas normas subconstitucionais acabe por interferir na própria aplicação do princípio, subvertendo-se a superioridade constitucional. Na verdade, estas leis integradoras só vicejam na medida em que estejam em conformidade com o princípio, e não o contrário.”

específico seja editado.²⁹ Do mesmo modo, a ausência de previsão legislativa de uma regra que possibilite a aplicação de um princípio não pode ser óbice à sua aplicação.³⁰

Não se pode atribuir à densificação das normas principiológicas um entendimento pelo qual a ausência de previsão normativa de um princípio mais específico impossibilitaria a efetivação dos valores contidos em princípios mais gerais. A finalidade deste procedimento de densificação é, de forma prévia, mostrar ao aplicador do direito a face dos valores que devem ser resguardados. Mas se isto não for possível, cabe ao próprio intérprete densificar o princípio no momento de sua aplicação ao caso concreto. Sobre o assunto são importantes os ensinamentos de Eros Roberto Grau (2005, p. 183):

Os princípios atuam como mecanismos de controle da produção de normas pelo intérprete, ainda que o próprio interprete produza as normas-princípio. Aqui não há, contudo, contradição, na medida que os princípios atuam como medida do controle externo da produção de normas. Além disso, a escolha do princípio há de ser feita, pelo intérprete, sempre diante de um caso concreto, a partir da ponderação do conteúdo do próprio princípio; ao passo que a declaração da validade de cada regra, diante de cada caso, depende da consideração de critérios formais, exteriores a elas.

Como exemplo das consequências negativas desta limitação interpretativa, tem-se o caso do que ocorreu, por muito tempo, com o princípio da razoável duração do processo, hoje positivado no art. 5º, LXXVIII, e o que ainda ocorre com o princípio do duplo grau de direitos, estes que mantêm harmonia com diversos outros princípios do ordenamento pátrio, mas que, por sua ausência no texto constitucional, vêm sofrendo problemas de eficácia.³¹

²⁹ Eros Roberto Grau (2005, p. 128) refere-se a este tipo de norma como ‘direito pressuposto’, em contraponto ao que chama de ‘direito posto’, nos seguintes termos: “Linhas acima referi a existência, no sistema jurídico, de princípios explícitos e de princípios implícitos, estes últimos descobertos em textos normativos do direito posto ou no direito pressuposto de uma determinada sociedade. Note-se bem que não estou a sustentar que esses últimos – os implícitos – sejam “positivados” pelo intérprete autêntico ao criar normas jurídicas individuais. Pois – não me cansarei de repeti-lo – eles não necessitam ser “positivados”, visto que já se encontram integrados no sistema jurídico de que se trate, cumprindo ao intérprete exclusivamente descobri-los, em cada caso”.

³⁰ Sobre este tema, são esclarecedores os ensinamentos de Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 99): “Com a norma jurídica se faz ou se apura Direito. Significa dizer que só há Direito a partir da norma, que o preveja. Entretanto, o Direito não será impedido por aparente falta de norma, pois se a hipótese, de que se cogita, não se encontra prevista explicitamente no ordenamento, estará, com segurança, implicitamente nele. Já não se trata de mera formulação doutrinária, porquanto a teoria da plenitude lógica do ordenamento jurídico tornou-se, faz algum tempo, princípio legal consagrado pelas ordens jurídicas nacionais, inclusive a brasileira. Disciplinam a matéria, fundamentalmente, os artigos 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, 75, do Código Civil de 1916 (art. 189 do CC de 2002) e 126, do Código de Processo Civil”.

³¹ É exatamente no caso de omissão normativa que se revela a importância da cláusula de abertura constitucional dos direitos fundamentais, corporificada no §2º do art. 5º, que pode ser considerada manifestação da teoria da densificação, pois expressa, de forma inequívoca, a necessidade de identificação de outros princípios não expressos no rol de direitos fundamentais da Constituição.

Desta forma, é necessário o reconhecimento de princípios implícitos, isto é, não expressos em textos normativos.³²

Algumas questões despertadas recentemente, em face da natural evolução social, são enfrentadas em debates doutrinários e, muitas vezes, são levadas ao crivo do Judiciário antes de serem legisladas. Essas questões são passíveis de solução, pois o direito preexiste à norma que o expressa.³³ Assim, a positivação não é condição *sine qua non* para sua aplicação. Trata-se do que se refere Eros Roberto Grau (2005, p. 131) em relação ao “direito pressuposto”. Ensina este jurista que:

Sua ‘positivação’ não se dá mediante seu resgate no universo do direito natural, como tantos supõem; ela não é constituída, essa ‘positivação’, mas simplesmente reconhecida no instante do seu descobrimento (do princípio) no interior do direito da sociedade a que corresponde. Vamos ser bem claros: eles não são ‘positivados’, visto já serem positivos. É uma tolice imaginar-se que o juiz, o jurista, o doutrinador, possa ser autor da alquimia de transformar algo exatamente no que esse algo sempre fora.

Destarte, embora os julgadores prefiram buscar a interpretação analógica mais ampla, extraindo o sentido necessário à resolução daquele caso em dispositivos normativos mais amplos como a dignidade da pessoa humana, em verdade estes novos conceitos revelam autênticos preceitos axiológicos relativamente independentes (como são todos os princípios), contendo um núcleo essencial próprio que deve ser defendido de maneira específica.

³² Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 210) ressalta a importância da doutrina como fonte destes direitos implícitos. São suas estas palavras: “O conteúdo do direito positivo, consoante mostrou Ihering, deve ser buscado não só nas normas explícitas, como igualmente nas normas implícitas. A descoberta do direito latente, que nestas normas se oculta, constitui obra criadora da doutrina. Dando forma às normas implícitas do ordenamento jurídico, atua a doutrina com inteira desenvoltura no amplo e fértil terreno da licitude. A ela, e só a ela, compete definir a extensão dessa importantíssima faixa da juridicidade”.

³³ Sobre direito posto e pressuposto, ensina Eros Roberto Grau (2005, p. 128.): “Tenho sustentado que o direito, enquanto nível do todo social – dado que consubstancia um discurso ou uma linguagem dele –, é elemento constitutivo do modo de produção social. Assim, ele já se encontra no interior da estrutura social anteriormente à sua expressão como direito moderno, vale dizer, produzido pelo Estado. O que sustento, resumidamente, é o seguinte: a forma jurídica é imanente à infra-estrutura, como pressuposto interior à sociedade civil, mas a transcende enquanto posta pelo Estado, como direito positivo.”

CONCLUSÃO

A análise crítica das teorias acerca da norma jurídica e da estrutura normativa dos direitos fundamentais permite demonstrar que a forte carga axiológica comum a estes direitos e aos princípios jurídicos gera uma compatibilidade entre o conteúdo dos direitos fundamentais e a estrutura desta espécie normativa. Em razão desta correspondência, os direitos fundamentais e os princípios jurídicos se aproximam, sendo esta a forma de expressão predominantemente daqueles.

Constatou-se que, embora os princípios de direitos fundamentais tenham começado a ser formalmente previstos com as características que se conhece hoje em diplomas legais ainda no século XVIII, até hoje carecem de força normativa similar à atribuída às demais normas, circunstância que revelou a grande importância do questionamento acerca da juridicidade dos princípios de direitos fundamentais.

Observou-se que com a evolução do constitucionalismo, a estrutura normativa dos direitos fundamentais passou a ser analisada sob uma nova perspectiva, na busca de maior eficácia do texto constitucional, de modo que, na segunda metade do século XX, surge o neoconstitucionalismo, movimento no qual se destaca a busca da juridicidade dos princípios jurídicos. Paralelamente, foi possível constatar que na atual fase do pensamento jurídico, denominada por muitos de pós-positivismo jurídico, não se admite mais o codicismo do juspositivismo nem, tampouco, a abstratividade metafísica do jusnaturalismo, concepções nas quais perduravam, em maior ou menor grau, dúvidas acerca da juridicidade dos princípios, passando estes a ser tratados como autênticas normas jurídicas.

No presente trabalho defendeu-se que, a despeito de o valor se manifestar de maneira mais intensa nos direitos fundamentais, o elemento axiológico é comum a todas as normas, de modo que apenas se manifesta na estrutura normativa dos princípios, mas com ele não se confunde, pois, ao passo que os valores indicam algo que efetivamente *é* (ôntico), as normas de direitos fundamentais prescrevem algo que *deve ser* (deôntico). Por consequência, firmou-se que os direitos fundamentais se expressam por normas jurídicas e não por normas morais,

embora mantenham constante comunicação com estas, garantindo que o ordenamento jurídico expresse relativa convergência e permeabilidade em relação aos valores social e individualmente situados.

Na sequência, asseverou-se que a natureza da norma jurídica é a de um juízo disjuntivo, formulação na qual existem três elementos constantes: a bilateralidade, extraída da noção de prestação, a disjuntividade, presente pela ligação dos dois juízos hipotéticos pela partícula “ou”, e a sanção, consequência jurídica da não prestação, de modo que somente as normas que possuem tais atributos podem ser qualificadas como jurídicas.

Com base nestas três conclusões preliminares, chega-se à constatação mais importante do presente trabalho, da qual decorrem todas as demais, qual seja, a de que os princípios possuem todas estas características e, portanto, são normas jurídicas. O elemento fático, indubitavelmente, está presente nos princípios jurídicos, embora se manifeste de forma indireta e *a posteriori*, diferentemente das regras nas quais se manifesta de forma direta e imediata, pois os princípios indicam um valor que poderá incidir sobre uma infinidade de condutas a ele relacionadas.

Os princípios manifestam-se de forma deontica, porém não de modo singular, relacionando-se a uma única conduta, ou a um número determinado de condutas, como as regras. Ao contrário, manifestam-se através de uma infinidade de condutas, por meio de um mandado de otimização, de modo que o sentido da proposição normativa, se proibitiva ou obrigatória é, seguindo a terminologia de Alexy, *prima facie*, somente se revelando em definitivo no momento da aplicação. Os princípios estão munidos de sanção, embora esta não se encontre expressa em seu texto, pois o caráter sancionatório deles se manifesta de forma dependente, buscando a consequência jurídica para o descumprimento de seu *dever ser* em outras normas do ordenamento por uma interpretação sistemática.

Constatou-se que entre as principais propostas de atribuição de juridicidade aos princípios, destaca-se a que sugere a elevação do conceito de norma jurídica à categoria de gênero, admitindo os princípios jurídicos como espécie ao lado do que se convencionou chamar de regra, que correspondia ao conceito de norma jurídica até então predominante.

Nesta concepção observou-se a existência de duas correntes antagônicas que se contrapõem na comparação entre as regras e os princípios: a *teoria da conformação*, que defende a inexistência de diferenças substanciais entre elas, e, a mais aceita, a *teoria da*

demarcação, para a qual existem diferenças substanciais entre regras e princípios. Esta última ainda se ramifica nas subcorrentes da *distinção fraca*, que prega a diferenciação somente no grau de abstratividade e de generalidade, e a da *distinção forte*, que defende uma discriminação substancial entre as espécies normativas.

Neste estudo, percebeu-se que a tese da demarcação com distinção forte entre regras e princípios vem sendo a mais aceita na doutrina e na jurisprudência, apresentando com o principais paradigmas as propostas do norte-americano Ronald Dworkin e do alemão Robert Alexy. Este último realizou um dos trabalhos mais profundos e aceitos sobre o tema, defendendo que nas regras e nos princípios a manifestação do *dever ser* possui peculiaridades estruturais, pois nas regras o juízo deôntico aplica-se de maneira inflexível, não cabendo ponderações. Já nos princípios, o *dever ser* representa um mandamento de otimização, ou seja, eles não determinam que algo seja categoricamente realizado, mas somente que seja realizado da melhor maneira possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Concluiu-se que a teoria de Alexy se mostra sustentável por conseguir superar as principais críticas levantadas nas contrapropostas de autores como Klaus Günther e Humberto Ávila, pois na distinção entre regra e princípios sua teoria aborda tanto o momento da elaboração da norma quanto o da sua aplicação. Alexy analisa o caráter *prima facie* das duas espécies, mas pondera que este caráter é próprio dos princípios e que nas regras se trata de uma excepcionalidade. Por fim, com a elaboração da lei de colisão e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, a aplicação destas normas pode se dar de maneira argumentativamente mais clara, sem ir ao extremo de retirar do julgador a possibilidade de adaptar o direito ao caso concreto.

Superadas as distinções entre regras e princípios, observou-se que eles mantêm entre si um vínculo de interdependência, numa relação de complementaridade na qual o caráter fático e axiológico de ambos fica mais nítido na permanente comunicação de uma espécie com a outra que fortalece a noção de sistema jurídico. Para a plena efetividade dos princípios de direitos fundamentais, faz-se necessário realizar um desmembramento do valor por eles conduzidos em fragmentos mais específicos, mediante um procedimento de densificação, de modo a possibilitar sua defesa integral.

Para cumprir este mister, deve-se extrair da norma inicialmente vaga preceitos mais concretos para dar maior densidade àquela norma tênue do ponto de vista fático, embora robusta

no caráter axiológico. O procedimento de densificação dos princípios de direitos fundamentais, em sua forma mais complexa, pode se manifestar em quatro patamares, nos quais os princípios estruturantes se densificam em princípios gerais, que, por sua vez, são densificados por meio de princípios especiais, e estes, finalmente, densificados por meio de regras.

Por fim, constatou-se que a densificação possui duas funções primordiais. A primeira consiste na interpretação, utilizada nas hipóteses da regra já existir no ordenamento jurídico, quando se procederá a uma reavaliação da incidência dos valores dos princípios subjacentes na delimitação da regra do caso concreto. A segunda, no caso de uma lacuna no ordenamento, quando se destinará a correta determinação da regra a incidir sobre o caso, com a devida consideração dos valores a ele atinentes.

Por tudo o que foi até aqui dito, é possível concluir que aos direitos fundamentais, como normas jurídicas que são, deve ser atribuídas a máxima eficácia normativa, pois somente com uma observância satisfatória destes preceitos é possível se falar em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, uma vez que o exercício efetivo da cidadania pressupõe a concretização da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Puglies, Edson Bini e Carlos d Rodrigues. São Paulo: Manole, 2007.
- _____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Ícone, 2006.
- _____. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 2003.

CHÂTELET, François. **História das idéias políticas**. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 7. ed. São Paulo: Ática, 2000.

COLTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia: ser, saber e fazer**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. Buenos Aires Abeledo-Perrot, 1964.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Elena de. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípios**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESSER, Jossef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1979.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

_____. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **A norma jurídica e os direitos fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico**. São Paulo: RCS, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Francisco Meton Marques. **O resgate dos valores na interpretação constitucional:** por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”. Fortaleza: ABC, 2001.

LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Democracia hoje:** para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. Passo Fundo: UPF, 2001.

MARTÍNEZ, Soares. **Filosofia do direito.** 2. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1995.

PAUPÉRIO, Artur Machado. **Introdução axiológica ao direito:** apêndice à introdução do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações.** Trad. Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida do direito.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições preliminares do direito.** São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria tridimensional do direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e justiça.** Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da norma constitucional.** Baurueri: Manole, 2004.

SÁNCHEZ, Adolfo Vázquez. **Ética.** Trad. João Dell’Anna. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais:** do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípio e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O que é uma teoria jurídico-científica? **Revista da OAB-CE**, Fortaleza: OAB, 2000.

_____. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. Trad. Antonio José Brandão. 23. ed. Coimbra. Armenio Amado, 1951.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Filosofia do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1967. v.1 -2.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)