11º FEPEG FÓRUM ENSINO · PESQUISA EXTENSÃO · GESTÃO
UNIVERSIDADE, SOCIEDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS
ISSN: 1806-549X
Realização: Unimontes Universidade Estadual de Montes Claros; Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Ciência, Tecnologia e Ensino Superior; Minas Gerais Governo de Todos; PIBID Unimontes
Apoio: FAPEMIG; FADENOR

A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY PARA A HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

Autores: MURILLO RICART MENDES SOUZA SILVA, CLAUDINEIA TEIXEIRA LIMA, JULIANO ALVES DOS SANTOS, ANA PAULA LIMA BARBOSA, FRANCIELE DA CONCEIÇÃO DRUMOND FIGUEIREDO, JOÃO CARNEIRO DUARTE NETO

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo discorrer acerca da teoria dos direitos fundamentais proposta pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy demonstrando sua importância para a hermenêutica jurídica contemporânea. Para isso, realizou-se inicialmente uma investigação acerca da evolução normativa dos princípios jurídicos, até alçarem o *status* de norma jurídica, e, em seguida, discorreu-se sobre a diferença estrutural entre regras e princípios jurídicos.

Material e métodos

Para cumprir os objetivos perseguidos, foram utilizados os métodos de pesquisa bibliográfica e documental, com ênfase na revisão bibliográfica de livros, artigos e teses que serviram de referencial para o presente estudo.

Resultados e discussão

A. Evolução normativa dos princípios jurídicos

Até meados do século XX, o caráter normativo dos princípios não era reconhecido no universo jurídico, sendo tais normas, à época, consideradas meras proclamações políticas, sem caráter vinculante para os poderes públicos [1].

A corrente negativista da normatividade (juspositivista) justificava seu entendimento argumentando que o alto grau de vagueza e formulação descritiva dos princípios não permitiam sua qualificação como normas jurídicas. Foram os trabalhos de CRISAFULLI, na década de 50, e de ESSER, na década de 60, que ocasionaram a ruptura com a dogmática anterior, os quais se tornaram os pioneiros em demonstrar o caráter normativo e a operatividade jurídica dos princípios [1].

Contudo, foi somente após o advento do Pós-Positivismo que os princípios tiveram a sua normatividade reconhecida definitivamente e passaram a atuar como fundamento da ordem jurídica e a informar o conteúdo das demais normas jurídicas [2].

SARMENTO relata que "no Brasil, até muito tempo atrás, prevalecia a concepção legalista, tributária do positivismo, de que os princípios não seriam propriamente normas, mas meros instrumentos para integração de lacunas, aos quais o intérprete não deveria se socorrer senão em situações excepcionais". Essa herança positivista pode ser vista, até hoje, olhando-se o texto normativo do art. 4º da LINDB, o qual enuncia que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito". Assim, segundo o autor, os princípios eram meras fontes subsidiárias do Direito [3].

O reconhecimento da normatividade dos princípios se deve, sobretudo, em razão dos trabalhos desenvolvidos por DWORKIN e por ALEXY que, escorados em legítimas razões e excelentes argumentos, informaram sobre a "*necessidade de tratar-se os princípios como Direito, abandonando, assim, a doutrina Positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal*" [2].

ALEXY, por exemplo, adotando a premissa de KELSEN de que as normas, as quais caracterizam-se por expressarem modalidades deônticas (mandado, proibição e permissão), são "o significado de um enunciado normativo", ou seja, uma norma é o significado de um enunciado que diz que algo deve-ser, irá sustentar então que, "tanto as regras quanto os princípios, são espécies de normas", pois, "ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas 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" [4].

Ao estabelecerem a diferença qualitativa, em detrimento da distinção quantitativa entre regras e princípios, como se verá a seguir, DWORKIN e ALEXY promovem uma virada principiológica, refutando os argumentos negativistas da força normativa do princípio.

B. Distinção entre regras e princípios

Antes de DWORKIN estabelecer a distinção estrutural entre princípios e regras, vigorava na doutrina jurídica, para aqueles que reconheciam a normatividade dos princípios, o entendimento de que a diferença entre ambas as espécies se dava em razão da generalidade [5]. De acordo com esse critério, princípios seriam normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das normas é relativamente baixo [4].

ALEXY qualifica essa tese como uma "tese fraca da separação", propondo em substituição a esta, uma tese forte, baseada em uma distinção qualitativa [6]. O jusfilósofo alemão argumenta que a diferenciação entre regras e princípios baseada na generalidade da norma está fadada ao fracasso [4], pois tal distinção é, quando muito, uma consequência da natureza dos princípios, sendo incapaz de proporcionar uma diferenciação essencial [6].

A partir disso, ALEXY irá definir as regras como "normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. Nesse sentido elas são comandos definitivos. A forma de sua aplicação é a subsunção. Quando uma regra é válida é comandado fazer exatamente aquilo que ela exige. Se isso é feito, a regra é cumprida; se isso não é feito, a regra não é cumprida. Assim, regras são normas que sempre podem somente ser cumpridas ou descumpridas" [4].

Por outro lado, os princípios são "normas que ordenam que algo seja realizado na maior pedida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes". Portanto, os princípios seriam mandamentos de otimização, que podem ser realizados ou cumpridos em diferentes graus, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas existentes [4].

Apoio financeiro: Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES)

ISSN: 1806-549X

A distinção, portanto, entre regras e princípios para ALEXY reside na própria estrutura dos comandos normativos, e não somente na extensão ou generalidade das proposições de dever-ser, apesar de, na prática, os princípios serem normas mais genéricas do que as regras [5].

Essa diferença estrutural, segundo ALEXY, fica mais clara no caso de colisões entre princípios e de conflitos entre regras.

C. Conflito entre regras jurídicas

De acordo com ALEXY, um conflito entre regras somente pode ser solucionado acaso se introduza, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida [4].

Trata-se, na verdade, de um critério de excepcionalidade de regras, que tem como consequência prática o descarte de determinada regra, seja da decisão seja do ordenamento jurídico, acaso não se houver estabelecido uma situação em que essa regra excepciona a outra [7].

Quando não for possível introduzir uma cláusula de exceção, a invalidade deve ser declarada com base nos critérios hierárquicos (*lex superior derogat inferiori*) ou cronológico (*lex posteriori derogt priori*), savo nas hipóteses de contradição entre regras gerais e específicas, às quais se aplica o critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) [4].

D. Conflito entre princípios jurídicos

As colisões entre princípios são solucionadas de forma diversa dos conflitos entre regras. De acordo com ALEXY, "se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder" [4].

ALEXY adverte que isso não significa que "o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que nele se introduza uma cláusula de exceção". Apenas que, sob determinadas condições, um dos princípios terá precedência sobre o outro [4].

O jusfilósofo alemão irá nos dizer então que "a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária" [4].

Mas, como se apurar qual princípio terá precedência sobre o outro? Para tanto, ALEXY cria a "lei de colisão", formulada a partir da seguinte estrutura: (P1 P P2) C. Trocando em miúdos, o princípio P1 tem um peso P maior que o princípio P2 colidente sob as condições C, presentes no caso concreto.

Nesse sentido, a equação de precedência (P1 P P2) C implica a consideração de condições fáticas e jurídicas do caso concreto como elementos constituidores do suporte fático C (T1 e T2 e T3 e T4) ? R.

Contudo, não é possível efetuar essa equação sem antes efetuar o sopesamento dos princípios colidentes por intermédio da regra da proporcionalidade e suas sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Conclusão/Conclusões/Considerações finais

É importante percebermos a distinção que ora se faz nas normas jurídicas, considerando-as como regras ou como princípios jurídicos, seja para a metodologia da interpretação das mesmas, seja para a hermenêutica constitucional, em especial. Percebemos que os princípios conseguiram trilhar uma revolucionária trajetória, passando de meras fontes secundárias da lei (do direito) para ocuparem o mais elevado posto hierárquico das novas Constituições. O sucesso dos princípios, quiçá, encontre-se em um dos seus traços mais marcantes, ou seja, na dimensão que não é própria das regras jurídicas: a do peso ou importância.

Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem houver de resolver o conflito deverá levar em conta o peso relativo de cada um deles, em cada caso concreto. As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas deva prevalecer uma em virtude do seu peso maior. Se duas regras entram em conflito (antinomia jurídica própria), uma delas não é válida. Sim, as regras, no universo da normatividade jurídica, são partidárias do "tudo ou nada", os princípios por outro lado, contemporizam, podem ser contrapostos sem se excluírem mutuamente, e ser mais ou menos convenientes para certo caso concreto, e a contrario senso em outro caso, sem que com isso percam sua validade normativa.

Agradecimentos

Agradecemos ao apoio prestado pela Faculdade Guanambi (FG) e pela Faculdade Verde Norte (FAVENORTE).

Referências bibliográficas

[1] NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

[2] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

[3] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012..

[4] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

[5] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. RTDC. v.12, São Cristovão, 2002.

ISSN: 1806-549X

[6] PEDRON, Flávio Quinaud. A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Revista CEJ, Brasília, n. 29, p. 101-110, abr./jun. 2005.

[7] PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. Revista CEJ, Brasília, n. 30, p. 70-80, jul./set. 2008.

Apoio financeiro: Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES)