

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**PUC – SP**

**Francis Ted Fernandes**

**Princípios jurídicos na ciência do direito brasileiro contemporâneo:  
valores fundados na razão, normas de colmatação, mandamentos  
nucleares do sistema e mandamentos de otimização**

**MESTRADO EM FILOSOFIA DO DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2015**

**Francis Ted Fernandes**

**Princípios jurídicos na ciência do direito brasileiro contemporâneo:  
valores fundados na razão, normas de colmatação, mandamentos  
nucleares do sistema e mandamentos de otimização**

**MESTRADO EM FILOSOFIA DO DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Antônio Carlos Mendes.

**São Paulo**

**2015**

Banca Examinadora

---

---

---

Dedico essa dissertação de mestrado à minha esposa, Aline, e às minhas filhas Helena e Stella, com o agradecimento pelos momentos mais sublimes que pude experimentar na minha vida e com o maior amor do mundo.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Professor Doutor Antônio Carlos Mendes, meu orientador, pelo profissionalismo, pela presteza, pela paciência e pelos ensinamentos sobre filosofia e dogmática jurídica que me foram transmitidos durante a orientação, principalmente por meio do seu exemplo de jurista e de advogado notável.

Ao Professor e amigo José Luiz Ragazzi, pelo apoio incondicional, técnico e humano, fundamental para minha iniciação na academia e o desenvolvimento da presente dissertação.

Agradeço à Professora Regina Veras Villas Boas, por me ensinar que direito é técnica, mas com pretensão de justiça, com respeito máximo à dignidade da pessoa humana. Obrigada pelo exemplo de pessoa e professora que pude ter durante a nossa convivência, o que me tornou um profissional e pessoa melhores.

Ao Professor Renato Poltronieri, pelo incentivo e por ter me aberto as portas da academia, pelos ensinamentos e companheirismo.

Agradeço ao Professor Carlos Gonçalves Júnior, pelos valiosos ensinamentos ministrados durante meu estágio docente.

A minha mãe Soeli e irmã Cíntia, pelo amor e carinho que me devotaram desde sempre e por me apoiarem desde antes dos bancos acadêmicos. Sem vocês eu não teria chegado até aqui.

A Záu, pelo amor e carinho que me foram dispensados durante a fase mais recente da minha caminhada.

A toda minha família, em especial: Gabriel, Miguel, Márcio e Moufid. Muito obrigado pelo companheirismo, ajuda e pela sempre agradável convivência.

A todos de Tortoro, Madureira e Fernandes Advogados, pelo apoio e incentivo que me foi dado durante o curso, em especial aos meus amigos e sócios Caio Medici Madureira, Carlos Augusto Tortoro Júnior, Frederico Augusto Veiga, Arnaldo Rodrigues Neto, Danilo Vicari Crastelo e Daniel Sircilli Motta.

A todos os amigos que me apoiaram no desenvolvimento do trabalho, representados aqui por Sidney Nakamura, Felipe Rodrigues de Abreu, João Francisco de Moraes Filho e Gabriel Magalhães Borges Prata.

O direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nome de ideais, por que em nome de ideais conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade. Por isso, compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas. O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e consequente. Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo, é preciso, pois, saber amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem ama é capaz de dominá-lo, rendendo-se a ele.

Por tudo isso, o direito é um mistério, o mistério do princípio e do fim da sociedade humana.

(FERRAZ JÚNIOR, 2012, p. 21).

## RESUMO

Determinar o que são os princípios jurídicos é uma tarefa árdua. A imprecisão peculiar dos signos, a ambiguidade da linguagem e a decodificação deste termo jurídico, nem sempre realizada com critérios científicos, são os primeiros obstáculos que devem ser superados nesta empreitada. Uma forma de determinar o que são princípios jurídicos é analisar o seu significado e função de acordo com o entendimento das principais escolas do pensamento jurídico: o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo. Para escola jusnaturalista os princípios são valores decorrentes da razão humana. O positivismo apresenta basicamente duas concepções sobre os princípios: a primeira não aborda o tema, já que o ordenamento jurídico seria completo, autossuficiente e avalorativo. A segunda concepção da escola positivista reconhece os princípios como normas de colmatação, que nunca poderiam se opor à lei, destinadas a preencher lacunas do ordenamento jurídico. A visão do positivismo sobre os princípios demonstra que esta escola do pensamento concebe o sistema jurídico como um sistema fechado, cujo fundamento de validade são suas próprias normas, que, por sua vez, encontram fundamento numa norma fundamental, que é pressuposta e não expressa. Para esta linha do pensamento, qualquer conteúdo pode ser direito, sendo despidendo o questionamento sobre a moralidade ou imoralidade material de um texto legal. A neutralidade do positivismo para com o conteúdo legal do direito terminou por legitimar, involuntariamente, alguns regimes arbitrários e totalitaristas. A insuficiência do positivismo para dar resposta a determinadas situações exigiu uma evolução no pensamento jurídico e nas codificações, o que propiciou uma abertura do sistema jurídico a valores e à consideração do conteúdo do que é direito. Nessa nova quadra da história surge o pensamento pós-positivista, que admite os princípios como valores positivados no sistema, verdadeiras normas que podem solucionar os casos concretos, desde que aplicadas com uma metodologia adequada. Além de normas, aplicáveis na maior medida do possível, os princípios são considerados como mandamentos nucleares do sistema jurídico, que estruturam este sistema, conferindo unidade a ele e, ainda, atuando como vetores de interpretação das regras jurídicas. Atualmente, no Brasil, os princípios também são concebidos como normas de colmatação, por força da aplicação do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como eram concebidos para escola positivista. Existem vários desvios na aplicação dos princípios jurídicos, como as práticas consistentes em afastar a aplicação das regras a determinados casos concretos, sob o pretexto de se dar uma solução com base em princípios, expediente efetivado sem um método coeso e sem justificativa lastreada num processo argumentativo sólido. Esta prática representa um risco à atividade típica do Poder Legislativo. Admite-se que a interpretação do direito e a solução de casos concretos, com base em princípios, amplia a esfera de indeterminação a que se sujeita ao intérprete, mas esta indeterminação deve ser admitida, com vistas a alcançar a pretensão de justiça implícita no ordenamento jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** princípios; princípios jurídicos; princípios gerais do direito; mandamentos de otimização; mandamentos nucleares do sistema jurídico; normas de colmatação; valores.

## ABSTRACT

Determining what legal principles are is an arduous task. The uncertainty peculiar to signs, the ambiguity of the language and the decoding of this legal term, not always performed under scientific criteria, are the first obstacles to be overcome in this endeavor. One way to determine what legal principles are is to analyze their meaning and function according to the understanding of the main schools of legal thought: the school of natural law, positivism and post-positivism. For the school of natural law, principles are values arising from the human reason. Positivism basically presents two conceptions on principles: the first one does not address the issue, since the legal system would be complete, self-sufficient and non-evaluative. The second conception of the positivist school recognizes the principles as bridging standards, which could never be opposed to the law, intended to fill the gaps in the legal system. The vision of positivism on the principles shows that this school of thought sees the legal system as a closed one, whose validity foundation lies in its own standards, which, in turn, are founded on a fundamental standard, which is assumed and not expressed. For this line of thought, any content can be right, being unimportant to question the material morality or immorality of a legal text. The neutrality of positivism in face of the legal content of law has ended up involuntarily legitimizing some arbitrary and totalitarian regimes. The failure of positivism in responding to certain situations has demanded an evolution in legal thinking and codifications, which propitiated an opening of the legal system to values and the consideration of content of what is right. In this new chapter of history, arises the post-positivist thought, which admits the principles as positivized values in the system, true standards that can solve concrete cases, as long as applied with an appropriate methodology. In addition to the standards, applicable to the greatest extent possible, the principles are considered as nuclear commandments of the legal system, which structures this system, granting unity to it, and, also, acting as vectors of interpretation of legal rules. Currently, in Brazil, the principles are also designed as bridging standards by virtue of the application of article 4 of the Law of Introduction to the Standards in Brazilian Law, since they were designed for the positivist school. There are several deviations on the application of legal principles, such as practices consisting in moving away the application of rules to certain concrete cases, under the guise of providing a solution based on principles, an effective expedient without a cohesive method and without justification supported by a solid argumentative process. This practice represents a risk to the typical activity of the Legislative Branch. It is assumed that the interpretation of the law and the resolution of concrete cases based on principles broadens the sphere of indeterminacy to which the interpreter is subjected, but this indeterminacy must be admitted, with a view to achieving the implicit justice claim in the legal system.

**KEYWORDS:** legal principles; general principles of law; optimization commandments; nuclear commandments of the legal system; bridging standards; values.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1. Imprecisão da expressão princípios, a ambiguidade da linguagem e sua decodificação conforme os jogos de poder</b> .....	<b>16</b>
<b>2. A função dos princípios nas principais escolas do pensamento jurídico</b> .....	<b>24</b>
2.1. O jusnaturalismo e os princípios como valores decorrentes da razão humana .....	24
2.2. O juspositivismo: a desconsideração dos princípios ou o seu reconhecimento como normas de colmatação.....	28
2.2.1. A desconsideração dos princípios.....	28
2.2.2. Princípios como normas de colmatação.....	33
2.2.3. Positivismo: um sistema jurídico fechado e avalorativo .....	34
2.3. Os princípios e o pós-positivismo.....	36
2.3.1. A passagem do positivismo ao pós-positivismo .....	36
2.3.2. A primeira resposta ao positivismo: a Tópica de Theodor Viehweg....	39
2.3.3 A Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller. ....	41
2.3.4. Princípios como mandamentos de otimização: a ponderação de princípios na visão de Robert Alexy. ....	47
2.3.4.1. Um exemplo de colisão de princípios: liberdade de expressão e intimidade.....	51
2.3.5. Pós positivismo: um sistema aberto a valores positivados como princípios também concebidos como mandamentos nucleares do sistema jurídico .....	62
<b>3. Princípios ainda concebidos como normas de colmatação no Brasil Contemporâneo</b> .....	<b>67</b>
<b>4. Princípios extraídos de textos das fontes expressos ou não</b> .....	<b>72</b>
<b>5. O abuso na aplicação dos princípios na atualidade</b> .....	<b>75</b>
<b>6. Impossibilidade de uma única resposta e indeterminação na aplicação de princípios jurídicos</b> .....	<b>83</b>
<b>7. Conclusões</b> .....	<b>89</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>95</b>

## INTRODUÇÃO

O objetivo desta dissertação de mestrado é estudar o tema relativo aos princípios jurídicos na ciência jurídica contemporânea brasileira. De partida, para facilitação das futuras citações, fica estabelecido que o termo princípios, quando utilizado no presente trabalho, significará princípios jurídicos, porque se pretende tratar sobre o referido tema no contexto do sistema jurídico brasileiro e não sobre princípios comuns a outras ciências.

A expressão princípios é ambígua, por se tratar de um signo, o qual representa precariamente a realidade, impossível de ser apreendida totalmente. Isso não impede de se empreender uma tentativa de esclarecimento da referida expressão, o que será feito levando em consideração a abordagem do que são as “[...] três principais fases do pensamento jurídico ao longo da história: a jusnaturalista, positivista e pós-positivista”, como pondera Paulo Bonavides (2012, p. 268), apoiado, por sua vez, em Joaquín Arce y Flórez-Valdés (1990, p. 38).

O sentido da expressão princípios, para este trabalho e para o pensamento jusnaturalista constitui-se da base daquele que foi desenvolvido na Idade Moderna, Idade da Razão, na qual Deus deixou de ser o centro do universo e o homem passou a ocupar esse lugar, tendo como axioma fundamental a natureza humana e seus princípios imanentes, baseando-se na concepção de existência de valores fundamentais do homem, que não decorreriam de uma imposição dogmática textual do Estado, tal como a lei escrita (BARROSO & BARCELLOS, 2008, p.64-65).

A concepção positivista adotava basicamente duas posições sobre os princípios: a) a primeira, privilegiava a lei e sua aplicação à forma lógica, subsuntiva e silogística, desconsiderando-os totalmente, pois preconizava que a ordem jurídica era completa e avaliativa (BOBBIO, 1995, p. 42), ou um “sistema de puros conceitos fundamentais e fechado”, conforme Canaris (2012, p. 27); b) defendia que os princípios seriam válvulas de segurança inseridas nas codificações, que não poderiam se opor à lei, mas, no máximo, seriam subsidiários a ela. Para esta escola, os princípios jurídicos funcionariam como normas de colmatação, que se prestariam, exclusivamente, a auxiliar na aplicação da lei, de forma residual, com o objetivo de

preencher lacunas, e, ao mesmo tempo, trazer maior segurança ao sistema jurídico (BONAVIDES, 2012, p. 271-272)

Os horrores da Segunda Guerra Mundial fizeram com que muitos juristas repensassem a concepção lógica e formalista preconizada pelo positivismo, corrente do pensamento jurídico que, para alguns doutrinadores, involuntariamente, contribuiu com sua neutralidade valorativa para que os horrores do holocausto se perpetrassem, já que o apego extremo do intérprete à lei evitava maiores questionamentos sobre a justiça ou injustiça do texto legal (GUERRA FILHO, 2009, p. 140).

As constituições promulgadas depois da Segunda Guerra Mundial trazem em seu corpo valores que são positivados como princípios, verdadeiras normas jurídicas, que podem ser efetivamente utilizadas para solucionar os casos concretos. De acordo com esta concepção pós-positivista, princípios são normas e estas compreendem princípios e regras, afirma Bonavides (2012, p. 281). O sistema jurídico, antes concebido como um sistema fechado de regras, avaliativo e completo, passa a ter uma abertura, propiciada pelos valores positivados como princípios (CANARIS, p. 2012, p. 107-109).

Nesta nova fase, e, atualmente, os princípios jurídicos são reconhecidos a partir de textos que sintetizam valores fundamentais do sistema de normas e servem para estruturá-lo; são mandamentos nucleares do sistema de normas, fundamentando a existência das regras deste sistema (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 284-288); são normas que estabelecem que um fim deve ser atingido na maior medida possível (ALEXY, 2012, p. 94). Como pondera Ricardo Marcondes Martins (2010, p. 118), os dois aspectos se complementam. Sem o conceito desenvolvido de mandamentos nucleares não há sistema jurídico. Sem o conceito de norma como um dever ser, aplicado na maior medida do possível, não há ponderação, o que pode criar uma barreira à interpretação efetiva do direito

Para Robert Alexy (2012, p. 90-91), os princípios são mandamentos de otimização, já que podem 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. Referida limitação existe porque, em determinados casos, alguns princípios entram em rota de colisão com outros.

A forma de resolução do conflito entre princípios é a ponderação, que não é feita em abstrato, mas deve levar em consideração as peculiaridades do caso concreto. Se dois princípios colidem no caso concreto, resguardando interesses opostos, um deles deve ceder. Isso não significa a invalidação do princípio relegado no caso, mas somente a prevalência momentânea do outro princípio colidente naquela situação. (ALEXY, 2012, p. 90-97)

Admite-se, com fundamento ainda na doutrina de Alexy (2012, p. 101), a proposição de que existem princípios positivados na vigente Constituição Federal do Brasil, que apresentam uma maior carga axiológica em relação àquela atribuída a outros princípios. Fica entendido que a solução estabelecida em cada caso concreto deve levar em conta referida particularidade, denominada “*precedência geral*”.

Há que se pontuar, ainda, para a resolução do conflito entre princípios, que a ponderação não pode ser executada em abstrato, mas deve-se considerar as peculiaridades de cada caso, o princípio da proporcionalidade, por meio de uma operação técnica que propicia ao intérprete a resolução da colisão dos princípios, criando uma regra aplicável diretamente ao caso concreto e, em tese, a outros casos, que contenham os mesmos pressupostos de fato e de direito.

Ainda assim, no sistema jurídico brasileiro, persiste o entendimento<sup>1</sup> de que princípios são normas de colmatação, de caráter subsidiário, tendentes a solucionar conflitos quando à lei não tenha condições de fazê-lo, de forma silogística ou lógica, entendimento que pode se extrair do texto do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que prevê que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Confira-se o disposto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que assim estabelece: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. (POLTRONIERI, 2012, p. 42).

<sup>2</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 4 nov 2015.

Vigora, atualmente, em nosso país, uma banalização do conceito de princípios jurídicos, que por vezes são utilizados para afastar a aplicação de regras, sem motivação razoável, o que culmina na violação de um princípio que Ronald Dworkin (2002, p. 60) denominou “supremacia do Poder Legislativo”, segundo o qual a lei foi criada democraticamente para ser cumprida e o seu afastamento desmotivado, numa situação de fato em que deveria ser aplicada, implica grave usurpação de competência do Poder Legislativo (STRECK, 2012, p. 518).

Muitas vezes, o que intérprete denomina princípios, em tese hábeis a solucionar um caso concreto, disfarçam um arbítrio, uma vontade ilegítima e, por vezes, ilegal de poder. Esta banalização não poderia justificar uma tomada de posição radical, segundo a qual os princípios jurídicos, na interpretação e aplicação do direito, deveriam ser desconsiderados, em prol de uma segurança jurídica quase absoluta e utópica, que derivaria da aplicação subsuntiva dos fatos às regras, ao modo preconizado pelo positivismo lógico. Ao contrário, o intérprete deve utilizar uma maior carga argumentativa para motivar uma tomada de posição jurídica com base em princípios, na qual prevaleça a lógica do razoável, mais próxima possível do ideal da pretensão de justiça.

Apesar de se reconhecer que a matriz positivista ainda ocupa um lugar importante no sistema de interpretação do direito, sobretudo no que diz respeito aos casos que podem ser resolvidos pelo intérprete com base na lógica clássica, por meio da aplicação silogística dos fatos às regras, se faz necessário também, nessa quadra da história, abrir caminho para as teorias da interpretação lastreadas na argumentação e na lógica do razoável, que trabalham com valores positivados no ordenamento jurídico como princípios, visando uma decisão justa, conforme os detalhes do caso concreto.

Concebe-se que o presente trabalho tem por objetivo demonstrar que os princípios jurídicos, na visão da escola jusnaturalista do pensamento jurídico, eram concebidos como valores fundamentados na razão. Para escola positivista, num primeiro momento, a existência dos princípios era tangenciada, já que o sistema jurídico era um sistema fechado, completo e avalorativo; posteriormente, os princípios eram concebidos como normas abstraídos do sistema jurídico dogmático, utilizados como válvulas de segurança para suprir lacunas.

O pensamento pós-positivista concebe os princípios como mandamentos nucleares de um sistema jurídico aberto, que estruturam esse sistema, auxiliam na aplicação das regras do ordenamento jurídico e, ainda, como mandamentos de otimização, são normas que podem ser aplicadas na maior medida do possível, concretizando direitos.

Os princípios também são tratados, atualmente, como normas de colmatação, que não podem ser opor à lei, mas tem caráter subsidiário, de forma a solucionar conflitos, entendimento que pode ser extraído do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,<sup>3</sup> do artigo 108 do Código Tributário nacional<sup>4</sup> e do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>5</sup>.

Os princípios são valores que podem ser extraídos dos textos expressos das fontes ou, ainda, abstraídos do sistema jurídico. Alguns textos podem sintetizar vários princípios, um princípio ou nenhum princípio. Desta forma, nem sempre há relação direta entre o texto das fontes e os princípios (GUASTINI, 2005, p. 34).

Dessa forma, neste trabalho os princípios jurídicos são concebidos no Brasil como: mandamentos nucleares de um sistema jurídico aberto, que se destinam a estruturá-lo e, ainda, a auxiliar na aplicação das regras, como vetores de interpretação; também são reconhecidos como normas, mandamentos de otimização que são concretizados na maior medida do possível e com a finalidade de solucionar casos concretos, e, ainda, normas de colmatação, com o objetivo de suprir omissões da lei, da mesma forma preconizada pelo positivismo que admitia que o ordenamento jurídico era incapaz de dar todas as respostas por meio da subsunção.

Para atingir o objetivo proposto, utilizar-se-á uma metodologia de investigação zetética analítica pura, que, como explicita Tercio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, 2012, p. 22-23), utiliza de um ponto de vista em que “o

---

<sup>3</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 4 nov 2015.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)>. Acesso em: 15 nov 2015.

<sup>5</sup> BRASIL. Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 15 nov 2015.

teórico ocupa-se do direito enquanto regularidades de comportamento efetivo, enquanto atitudes e expectativas generalizadas que permitam explicar os diferentes fenômenos sociais”. A opção dominante pelo método zetético, no presente trabalho não impedirá que se empreenda, também, uma análise dogmática<sup>6</sup>, principalmente quando forem abordadas questões relativas à legislação pátria, pois, notoriamente, é necessário conhecer o que dispõe o legislador sobre os princípios jurídicos no Brasil.

---

<sup>6</sup> Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2012, p. 24-25) ressalta que “Ao contrário das disciplinas zetéticas, cujas questões são infinitas, as dogmáticas tratam de questões finitas. Por isso podemos dizer que elas são regidas pelo que chamaremos de princípio da proibição da negação, isto é, princípio da não-negação dos pontos de partida de séries argumentativas, ou ainda princípio da inegabilidade dos pontos de partida (LUHMANN, 1974). Um exemplo de premissa desse gênero, no direito contemporâneo, é o princípio da legalidade, inscrito na Constituição, e que obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais com base na lei, conforme à lei, para além da lei, mas nunca contra a lei”.

## 1. Imprecisão da expressão princípios, a ambiguidade da linguagem e sua decodificação conforme os jogos de poder

Visando que as construções verbais seguintes sejam melhor formuladas, importante esclarecer que, no presente estudo, o termo princípios será utilizado para determinar princípios jurídicos, ou seja, princípios que se relacionam ao sistema jurídico brasileiro. O termo princípios é um signo. O signo, para ser compreendido, exige um interpretante e um objeto (princípios, no caso). Esses três elementos, conectados, desencadearão um procedimento denominado semiose ou, como se verá mais adiante, pensamento.

Conforme preleciona o semiótico e pragmaticista Charles Sanders Peirce<sup>7</sup>, a função do interpretante é substituir o signo utilizado. Todo signo pode ser traduzido em outro signo mais explícito, afirma Jakobson (s/d, p. 15-33). O signo é uma expressão do objeto que o representa parcialmente e não consegue esgotá-lo totalmente, pois do contrário, não seria signo, mas sim o próprio objeto. (SILVEIRA, 2007, p. 18-35)

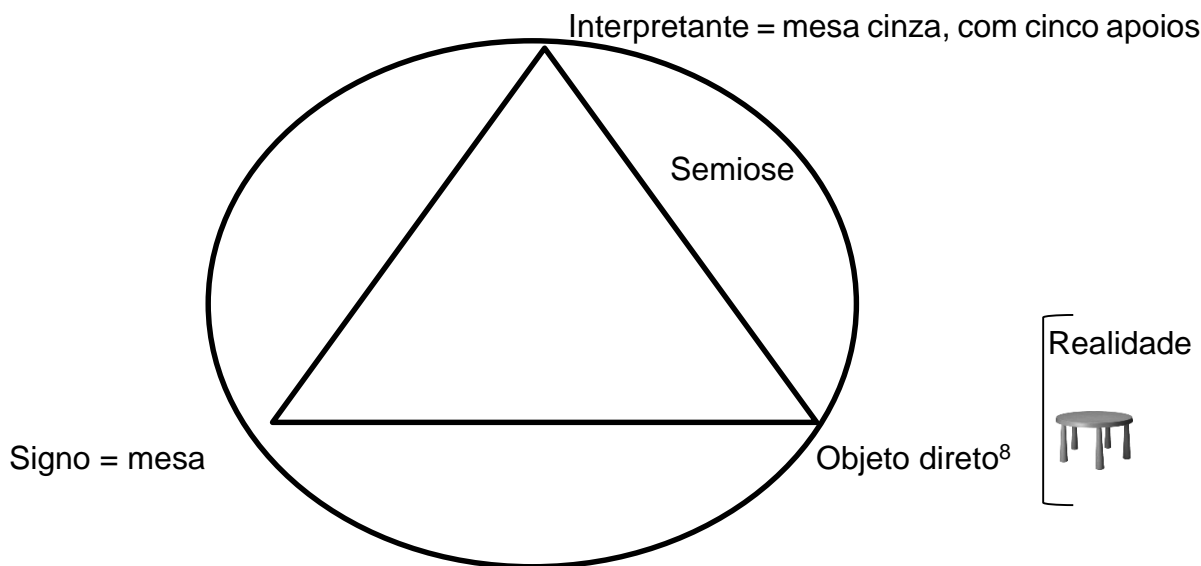
A relação entre um signo, seu objeto, visando obter um interpretante (signo mais refinado) é denominada semiose, ou seja, um processo de troca estabelecido entre o objeto, o signo e o interpretante, por meio do qual se manifestam todos os tipos de pensamentos, daí a se concluir que tudo no mundo são semioses e, por consequência, pensamentos (TURIN, 2007, p. 21-43).

Ao pensar, tenta-se captar a realidade, impossível de ser esgotada totalmente. Apreende-se parte de um objeto que está na realidade, conecta-se ou se representa este objeto por meio de um signo, tendente a gerar um interpretante que possa explicar ou *representar* melhor o que se pensa. Isso é um processo de

---

<sup>7</sup> Seguindo a indicação de Kant, o genial lógico e filósofo norte americano Charles Sander Pierce introduz o termo “pragmatismo”, dando início ao primeiro e mais legítimo movimento filosófico do “Novo Mundo”, contando entre os mais proeminentes seguidores F.S.C. Schiller, William James, Dewey. Posteriormente, Pierce irá insurgir-se contra o rumo tomado pela vulgarização de sua idéia original, anunciando, então, em contraposição ao que chamou de “filosofia dos homens de sucesso”, e que iria se tornar característica do *American way of life*, o “pragmaticismo”. Com aquele termo pretendia ele, na verdade, expressar um “princípio lógico”, pelo qual se deveriam levar em consideração os efeitos práticos imagináveis que se podem associar ao conceito dado a um objeto em nosso pensamento. (GUERRA FILHO, 2009, p. 143).

semiose, ou seja, um pensamento, que pode ser representado de acordo com a seguinte ilustração:



(Fonte: elaboração nossa)

Na representação acima, existe um suporte físico com cinco apoios que está na realidade. Este suporte físico é captado por meio de um signo, que é o signo mesa. Ao captar o objeto direto (o que se consegue apreender da realidade, parte da mesa, somente) por meio de um signo, projeta-se um interpretante, que seria uma mesa cinza, com cinco apoios. Observe que o interpretante é um novo signo, criado a partir de um processo de semiose, que é um pensamento. Importante não confundir interpretante - novo signo que é produto de um processo de semiose - com o intérprete (uma pessoa, no caso). Podemos inferir, provisoriamente e com base no que foi exposto até o momento que:

- a. Não é materialmente possível captar totalmente a realidade, mas somente parte dela, ou seja, no exemplo acima, não é viável captar totalmente o objeto mesa, mas somente o que, de acordo com o repertório do intérprete, compreenda sua visão de mundo, no caso, o objeto mesa, conforme exemplo citado acima;

<sup>8</sup> O que conseguimos apreender da realidade.

- b. Captando parte deste objeto que está na realidade se terá um objeto direto (o que se consegue apreender da realidade, o que para cada um é considerado mesa, por exemplo), que é representado por meio do signo mesa;
- c. A partir do objeto direto, em contato com o signo mesa (no caso o nome atribuído ao objeto direto), tem-se um interpretante, que é um novo signo, mais refinado, de acordo com as possibilidades do repertório do intérprete.
- d. Quanto mais vasto o repertório<sup>9</sup> do intérprete, maior a possibilidade de gerar novos interpretantes, ou seja, signos mais refinados e que melhor expressam o entendimento da realidade.

Oportuna, sobre o processo de semiose, a lição de Roti Nielba Turin (2007, p.36-37):

Designamos a esse processo semiose. Tudo no mundo são semioses. Tudo no mundo são pensamentos. Através das semioses dialogamos com o mundo e o mundo dialoga conosco. Todo pensamento se processa por meio de signos, o significado do signo não se esgota porque o objeto de substituição têm qualidades múltiplas e não é afetado pelo signo, nossas semioses poderão ser inesgotáveis dependendo do como elaboramos as substituições. Então, o Signo não é o Objeto, e sim alguma coisa que está em uma operação real de substituição. Essa substituição se dá na nossa mente interpretante, seguindo uma ação mental. Quando estas substituições são processadas operamos a relação triádica para obter o Interpretante, que mantém uma relação com o Objeto, sem sê-lo. Essa relação configura um constante vir-a-ser. Esse processo forma uma cadeia, um conjunto de representações inesgotáveis. Quando penso, não penso a coisa pensada e sim sua representação. O Objeto, o fenômeno é o mesmo, o que muda é o processo de representação = substituição. Sempre penso substituindo, é um constante processo de transformação, um processo mutante. Compreender é ter consciência de linguagem, é conhecer o processo

---

<sup>9</sup> Complementando a afirmação sobre quanto mais vasto for o território, verificamos que “[..] A manifestação de realidade da linguagem está naquilo que nós chamamos de repertório. São os dados acumulados do nosso saber. O repertório é o nosso banco de dados, o conjunto dos nossos saberes o conjunto das realizações que nós detemos, ou seja, o conjunto das linguagens que temos a capacidade de operacionalizar. São todas as informações acumuladas durante gerações que constituem nosso patrimônio de conhecimento e nossa identidade. O repertório se manifesta em nível individual, através do gesto mental de cada usuário de códigos. Mas existe o repertório de uma época; há 10 anos o conjunto dos conhecimentos diferia do nosso, uma vez que novas descobertas e novas tecnologias exigiram e exigem de nós outros saberes, outras categorias de representação” (TURIN, 2007, p. 25).

das representações para poder transformar, ultrapassar limites, controlar os acasos, os imprevistos.

O termo princípios, dessa forma, é um signo e o seu significado é resultante de um processo de semiose indeterminado (por mais refinado que seja), já que dependente do objeto que está se referindo, que, em contato com o signo, culminará na geração de um interpretante (e não intérprete), que é um novo signo, mais refinado.

O resultado será diferente para cada pessoa que efetua o processo de semiose, já que é variável conforme o seu repertório. Nesse sentido, é correto afirmar, de acordo com Carvalho (2014, p. 18), que

[...] a realidade não passa de uma interpretação, ou seja, de um sentido atribuído aos dados brutos que nos são sensorialmente perceptíveis. Não captamos a realidade, tal qual ela é, por meio da experiência sensorial (visão, tato, audição, paladar e olfato), mas a construímos atribuindo significado aos elementos sensoriais que se nos apresentam.

Fixadas estas primeiras premissas, percebe-se que não é fácil a tarefa de tentar conceituar o que são princípios, mormente porque, além da impossibilidade de se captar a realidade sobre determinado objeto, referida expressão ainda carece de um suporte físico (mesa, no caso, possui um suporte físico – tábua com cinco apoios, conforme a já referida figura). Cada pessoa percebe a realidade de uma forma, cria semioses de acordo com sua percepção, o que impossibilita o estabelecimento de um único sentido para expressão princípios.

No entanto, a impossibilidade de se estabelecer um único sentido para o termo princípios não pode impedir o estudioso de buscar respostas para explicar esse fenômeno. Muito pelo contrário. A complexidade que envolve a tarefa deve servir como estímulo para se tentar alcançar um resultado satisfatório, mesmo que momentâneo e limitado (nesse caso, certamente se limitará a este trabalho), muito distante da universalidade, como todos os juízos de valor que são provisórios até serem substituídos por novos juízos de valor, como já afirmou Popper (2004, p. 16)

No caso da expressão princípios, que está relacionada a um sistema jurídico, se deve considerar que a linguagem jurídica é a criadora da realidade jurídica, assim como a linguagem é criadora da realidade na Física ou na Biologia, conforme

pondera Carvalho (2014, p. 21). Com base neste raciocínio, pode-se asseverar que a linguagem jurídica cria a “realidade jurídica”, ambiente no qual se tenta estabelecer um significado para o que são princípios. Acerca do tema relativo à artificialidade da linguagem jurídica, importante reproduzir a lição de Clarice von Oertzen de Araújo (2005, p. 17-19):

Assumindo tal premissa, vamos esclarecer, inicialmente, que partiremos do Direito como um sistema de linguagem artificialmente elaborado, procurando demonstrar como os fenômenos jurídicos podem ser estudados na condição de fenômenos semióticos.

[...]

Nesse sentido, o Direito pode ser considerado como um código artificial, na medida em que comunica padrões de comportamento lhes atribuindo valores: os comportamentos desejados são qualificados pelo direito de obrigatórios ou permitidos – comportamentos legais. Os comportamentos indesejáveis são qualificados de proibidos – comportamentos ilegais – e sua prática é passível de aplicação de alguma espécie de punição (sanção). Esta valoração de um comportamento como legal ou ilegal se consubstanciará no bit mais importante e também mais comum do direito: legalidade/ilegalidade, licitude/ilicitude.

Para Jakobson (s/d, p. 15-33), a linguagem é o mais importante dos sistemas semióticos, verdadeiro fundamento da cultura, da qual derivam todos os outros sistemas semióticos. O direito é uma forma social institucional que se manifesta por intermédio da linguagem, já que comunica comportamentos e lhe atribui valores. Os termos jurídicos são constituídos a partir de uma linguagem artificial, que se refere a alguns fatos da vida, que têm valor para o direito. Sobre o tema, esclarece Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009, p. 297):

No processo interpretativo dos textos legais, formulados em linguagem ordinária, o jurista enfrenta uma série de problemas de indeterminação: problemas de indeterminação semântica, decorrente da dificuldade de atribuição de sentido a termos vagos e ambíguos empregados na lei, das possibilidades de atribuição de intenções ou propósitos de uma regulação (com sentido preliminarmente identificado), das propriedades consideradas relevantes dentro de um caso hipotético a ser solucionado; problemas de indeterminação pragmática, como a apreciação das possíveis consequências, justas ou injustas, de determinadas atribuições de sentido [...]

Neste contexto, torna-se importante levantar outro problema: não há um sentido único para cada palavra, o que implica dizer também que não há um único sentido para uma palavra utilizada para tentar determinar um conceito de um sistema

jurídico, como o termo princípios. A lógica clássica é insuficiente para estabelecer o conceito de determinada palavra, sendo necessária a argumentação ou lógica jurídica, como esclarece Chaïm Perelman (2004, p. 142):

A segunda observação concerne à demonstração e às relações da lógica formal com a retórica. A prova demonstrativa, aquela que é analisada pela lógica formal, é a mais persuasiva, é convincente, mas isto desde que se admita a verdade das premissas de que parte. De fato, a validade de uma demonstração só garante a verdade da conclusão se estamos dispostos a reconhecer a verdade das premissas.

Descartes e os racionalistas puderam deixar de lado a retórica na medida em que a verdade das premissas era garantida pela evidência, resultante do fato de se referirem a ideias claras e distintas, a respeito das quais nenhuma discussão era possível. Pressupondo a evidência do ponto de partida, os racionalistas desinteressaram-se de todos os problemas levantados pelo manejo de uma linguagem. Mas assim que uma palavra pode ser tomada em vários sentidos, assim que se trata de aclarar uma noção vaga ou confusa, surge um problema de escolha e de decisão, que a lógica formal é incapaz de resolver; cumpre fornecer as razões da escolha para obter a adesão à solução proposta, e o estudo dos argumentos depende da retórica.

A ambiguidade da linguagem impede que um termo seja reconhecido com um sentido unívoco, problema que também ocorre frequentemente com a atribuição de sentido aos termos relativos ao sistema jurídico, como no caso, os princípios. Tratando da ambiguidade da linguagem, especificamente sobre o conceito de princípios jurídicos esclarece Luís Roberto Barroso (2013):

Quando se vale de princípios ou de conceitos jurídicos indeterminados, o Direito utiliza termos e expressões que têm múltiplos significados possíveis e cujo sentido somente poderá ser estabelecido à luz dos elementos do caso concreto. Princípios, como eficiência, razoabilidade ou solidariedade; cláusulas abertas, como calamidade pública, repercussão geral ou impacto ambiental; e mesmo vocábulos plurissignificativos, como tributos, servidores públicos ou privacidade, envolvem, na sua concretização, uma dose maior ou menor de valoração subjetiva por parte do intérprete. A consequência natural é a existência de algum grau de variação e de incerteza na sua interpretação, com implicações inevitáveis sobre a segurança jurídica.

Observa-se, ainda, que a interpretação jurídica é uma atribuição de sentido a um texto normativo. A atividade de decodificar esse texto e os códigos artificiais do direito. É uma atividade mental, uma atividade do espírito; não é suscetível de análise lógica, mas de investigação psicológica. Trata-se do discurso do intérprete sobre um

texto, que é qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa; por isso, identificável *prima facie* como fonte do direito, dentro de um determinado sistema jurídico (GUASTINI, 2005, p. 23-24).

O discurso do intérprete jurídico é parecido com o discurso do tradutor. Enquanto no discurso do tradutor se verifica a reconstrução de significado de uma determinada língua para outra, no discurso do intérprete se constata a pretensão de reconstrução de significado do discurso das fontes – textos jurídicos artificialmente criados – numa mesma língua. (GUASTINI, 2005, p. 26)

Ao decodificar o direito, o intérprete, no mundo ideal, deveria fazê-lo com ânimo estritamente científico, ou seja, deveria questionar qual o verdadeiro significado de um texto legal, artificialmente criado, à luz do caso concreto. No entanto, essa atitude científica nem sempre se verifica na prática, mas se constata uma propensão de decodificação com vista a apascentar a vontade de poder do próprio intérprete, ou seja, o seu interesse que determinado texto legal seja interpretado de forma a conformar sua pretensão, muitas vezes ilegítima, como observa, ainda, Guastini (2005, p.144):

Evidente, questões do tipo “Qual é o ‘verdadeiro’ significado desta lei?”, “Qual era a ‘verdadeira’ intenção do legislador?”, e similares, podem surgir somente no âmbito daquele jogo interpretativo peculiar, que é jogado por um juiz fiel, legalitário, devotado na observância e na aplicação da lei (da lei enquanto tal, não importa qual possa ser concretamente o seu conteúdo normativo). Os advogados, contudo, têm um comportamento diferente diante da lei: eles não dão como deduzida alguma obrigação (moral) de si mesmos ou de seus clientes no sentido obedecer à lei enquanto tal. De fato, jogam um jogo interpretativo completamente diferente: não perguntam qual é o ‘verdadeiro’ significado da lei ou qual teria sido a ‘verdadeira’ intenção do legislador. Perguntam-se: como posso interpretar ou manipular as formulações normativas existentes em vista dos objetivos do meu cliente?

Pode-se inferir, a partir do que foi descrito neste tópico, que o ato de conhecer algo é um processo de semiose e que depende dos seguintes elementos: um objeto analisado, o qual se denominou aqui objeto direto, um signo e um interpretante, que é um novo signo, por sua vez, mais refinado.

Um processo de semiose, portanto, é um pensamento formulado de acordo com o repertório da mente pensante. Quanto mais refinado esse repertório, mais

apurado será o processo de semiose e a conclusão desse processo, que não deixa de ser indeterminado e comporta diversas inferências de acordo com a formação e intenção de quem o realiza.

Ao se tentar estabelecer um significado para o termo princípios, estamos realizando um processo de semiose, que, por mais preciso que seja, comporta insegurança, o que reflete de forma determinante na interpretação jurídica.

A ambiguidade da linguagem torna insuficiente a tentativa de atribuição de significado às palavras por meio da lógica clássica. É necessária uma argumentação razoável que possa explicitar melhor o sentido das palavras e dos termos jurídicos, como, no caso, o termo princípios que interessa, fundamentalmente, para este trabalho.

O intérprete (juiz, advogado, jurista, etc.) tem a função de traduzir essa linguagem artificial, e, ao fazê-lo, nem sempre atua de forma isenta e científica, mas de acordo com os jogos de poder que estão envolvidos no caso, inclusive de acordo com o seu interesse pessoal.

Assim, é neste cenário adverso que se objetivará estabelecer o conceito de princípios. O caminho mais seguro para prosseguir nessa empreitada é -conforme o entendimento de Paulo Bonavides (2012, p. 268), apoiado em Joaquin Arce y Flórez-Valdés (1990, p. 38) - a análise do que seriam princípios para as três principais escolas ou fases do pensamento jurídico: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

O rigor científico das principais doutrinas desenvolvidas por estas escolas do pensamento como hipóteses do que seriam princípios é um caminho adequado ao desenvolvimento do tema, sabendo que, nesta trilha, se enfrentará possíveis problemas: a indeterminação do processo de semiose ou de criação de um pensamento, a ambiguidade da linguagem e a decodificação do que seriam os princípios com base em jogos de interesses.

## **2. A função dos princípios nas principais escolas do pensamento jurídico**

### **2.1. O jusnaturalismo e os princípios como valores decorrentes da razão humana**

Para alcançarmos um conceito de princípios a partir do enfoque jusnaturalista do direito, imperioso ressaltar que essa escola de pensamento desenvolveu suas teorias por meio de diversas concepções ao longo da história, conforme podemos verificar na afirmação de Machado Neto (1975, p. 82):

[...] desde as representações primitivas de uma ordem legal de origem divina, até a moderna filosofia do direito natural de Stammler e Del Vecchio, passando pelos sofistas, estoicos, padres da Igreja, escolásticos, ilustrados e racionalistas dos séculos XVIII e XVIII

O sentido jusnaturalista que interessa, neste trabalho, para compreensão dos princípios, é aquele manifestado na era moderna, tendo como ponto principal a superação da fé pela razão. Deus havia deixado de ser o centro do universo, lugar que foi ocupado pela razão do homem, que nesta fase de desencanto, passou a ser o “novo Deus”. O saber da razão havia superado a fé em Deus. O homem passou a ser o único senhor do seu destino, elegendo a razão como norteadora dos seus atos (HABERMAS, 2000, p. 36-37)

Perdia o direito o seu caráter sagrado, principalmente a partir do Renascimento, o que significaria ascensão do direito como técnica, desenvolvido pela razão, a qual utilizava a exatidão lógica para concatenação de suas proposições, extraídas de mundo regido por leis naturais, que se aplicariam da mesma forma ao sistema jurídico e sua interpretação (FERRAZ JÚNIOR, 2012, p. 41-43). O direito natural, norteador das relações sociais, era extraído dos princípios que regiam a natureza e, na medida do possível, aplicados, com a mesma lógica, às relações sociais, como observa Maria Helena Diniz (2004, p. 36-50):

Nesta concepção jusnaturalista a natureza do homem é uma realidade imutável e abstrata, por ser-lhe a forma inata, independente das variações materiais da conduta.

Nítida é a feição dedutiva desse jusnaturalismo, que é levado a propor normas de conduta pelo método dedutivo, por influência do racionalismo matemático, tão em voga na época; assim, a partir de uma hipótese lógica sobre o estado natural do homem, se deduzem racionalmente todas as consequências. Nesta teoria que encontrava sua legitimidade perante a razão, mediante a exatidão matemática e

a concatenação de suas proposições, a ciência jurídica passa a ter uma dignidade metodológica especial.

A técnica jurídica jusnaturalista se desenvolvia por meio da concatenação lógica de alguns princípios inerentes ao homem, que deveriam nortear os seus atos, como, por exemplo, a *socialitas*, ou seja, um princípio regulativo e natural que indicava a necessidade de o homem viver em sociedade. Trata-se de um fundamento racional para o Direito Natural (FERRAZ JÚNIOR, 2012, p.43-44).

A partir desse princípio se poderia extrair algumas tendências naturais do ser humano, como, por exemplo: “o homem deve praticar a justiça, dando a cada um o que é seu; o homem não deve lesar o próximo” (DINIZ, 2004, p. 37). A *socialitas* – necessidade de viver em sociedade - decorre de outro princípio caríssimo ao Direito Natural, a *imbecilitas*, que sintetiza o desamparo que o homem experimenta ao viver em solidão (DINIZ, 2004, p. 40).

Observa Ferraz Júnior (2012, p. 47), sobre o jusnaturalismo, que:

[...] desde o Renascimento, ocorre, porém, um processo de dessacralização do direito, que passa a ser visto como uma reconstrução, pela razão, das regras da convivência. Essa razão sistemática, é pouco a pouco assimilada ao fenômeno do estado moderno, aparecendo o direito como um regulador racional, supranacional, capaz de operar, apesar das divergências nacionais e religiosas, em todas as circunstâncias.

Pode-se inferir que a escola jusnaturalista concebe os princípios como axiomas jurídicos. São reconhecidos como normas estabelecidas pela da razão, que são universais, bem como podem ser aplicados de forma lógica, visando o bem e a justiça. É o que pode se extrair da lição de Joaquín Arce y Flórez-Valdés (1990, p. 38):

El iusnaturalismo, originariamente, parte de que la Naturaleza tiene no sólo leys físicas que rigen la materia no viviente y la viviente, sino también una ley moral impresa em el corazón del hombre dictándole lo que debe hacer y omitir em su vida individual, y una ley jurídica que le impone las normas de convivência em su vida social. Y para la concepción iusnaturalista, substancialmente, los principios generales del Derecho pueden identificarse com los de Derecho natural. Integran las verdades jurídicas naturales y universales, a modo de axiomas jurídicos, o normas estabelecidas por la recta razón. Son, así, normas universales de bien obrar. Son los principios de Justicia, constitutivos de um Derecho ideal.

Os princípios, sob a ótica jusnaturalista moderna, eram tratados até o momento como normas que poderiam regular a vida social, extraídas do funcionamento da natureza, que se aplicariam ao homem, à mesma medida. Os princípios de Direito Natural existiam independentemente de textos dogmáticos dos quais pudessem ser extraídos, não obstante o fato de que a existência de textos dogmáticos apenas ratificasse a existência do Direito Natural. Esclarecedora a lição de Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2008, p. 64) sobre o tema:

O jusnaturalismo moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. Aproximando a lei da razão, torna-se a partir daí a filosofia natural do Direito, associando-se ao Iluminismo na crítica à tradição anterior e dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado. A crença no direito natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais.

Analogamente, também se faz esclarecedora a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2012, p. 213), que trata, por sua vez, expressamente da concepção jusnaturalista de princípios:

Já os princípios gerais do direito constituem reminiscência do direito natural como fonte. Há autores que os identificam com este, outros que os fazem repousar na equidade, enquanto sentimento do justo no caso concreto. Sua formulação é indefinida. Há quem reduza, em última análise, aos famosos preceitos romanos: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

Por outro lado, os princípios de Direito Natural também serviam a uma finalidade subsidiária: colmatar lacunas. Conforme esta ideia, como o ordenamento jurídico positivo não era suficiente para o preenchimento dos vazios da lei, o intérprete deveria recorrer aos princípios do Direito Natural para designar uma solução justa ao caso concreto submetido à análise (NADER, 2012, p. 174). Sobre este assunto, Norberto Bobbio (1995, p. 42) nos ensina que:

O Estado, realmente, se constitui com base no estado de natureza, como consequência do contrato social, e mesmo na organização do Estado os homens conservam ainda certos direitos naturais fundamentais.

As consequências desta concepção se manifestam particularmente num caso muito importante e interessante, que indica o limite da onipotência do legislador – o caso no qual o próprio legislador deixou

de regulamentar determinadas relações ou situações, isto é, para usar a fórmula típica, o caso da “lacuna da lei”. Enquanto os juspositivistas, para serem coerentes até o fim, excluindo o recurso ao direito natural, negaram a própria existência de lacunas, os escritores do século XVII e do século XVIII não a negam absolutamente e afirmam, ao contrário, que em tal caso o juiz deve resolver a controvérsia aplicando o direito natural. Esta solução é perfeitamente lógica para quem admite que o direito positivo se funda (através do Estado e do contrato social que faz surgir este último do estado de natureza) no direito natural: vindo, aliás, a faltar imagens, diremos que o direito positivo não destrói, mas sim recobre, ou submerge o direito natural; se, portanto, há um “buraco” no direito positivo, através deste se vê aflorar o direito natural; ou, se se preferir, a “submersão” do direito natural não é total, porque, acima do nível do direito positivo, algumas ilhotas ainda afloram. A função sub-rogatória do direito natural, no caso das lacunas do direito positivo, é uma concepção tão difundida entre os escritores do século XVII e do século XVIII que podemos verdadeiramente considerá-la como uma *communis opinio*.

Com base, assim, no exposto neste tópico, podemos inferir que os princípios, conforme a preleção jusnaturalista predominante na modernidade, apresentam-se com as seguintes características: a) são normas de conduta inspiradas na natureza, que se aplicariam, a partir da lógica, às relações humanas; b) existem independentemente de textos dogmáticos positivados. Referidos textos, na verdade, são um reflexo da existência dos princípios de Direito Natural; c) servem para colmatar lacunas existentes no direito positivo ou na lei. Como o Direito Positivo derivaria do Direito Natural, para o pensamento jusnaturalista, haveria um desvelamento dos princípios de Direito Natural, verdadeira fonte do direito, que seriam utilizados para solucionar um caso concreto.

A partir da ótica dos jusnaturalistas modernos, os princípios são derivados da lógica da razão e impregnados pelo ideal subjetivo de justiça, conceito que, apesar de louvável, não resistiria aos ataques de outras escolas do direito, como a escola positivista, sobretudo no que diz respeito à sua indeterminação e método de aplicação, já que o valor da justiça pode ser interpretado a partir das mais variadas ideologias, ensejando demasiada insegurança, o que acaba arrastando referida concepção ao descrédito, conforme o entendimento de Paulo Bonavides (2012, p. 271), ratificado por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2008, p. 65), quando afirmam que “[...] considerado metafísico e anti-científico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.”

## **2.2. O juspositivismo, a desconsideração dos princípios ou seu reconhecimento como normas de colmatação**

A visão juspositivista sobre os princípios jurídicos pode ser concebida a partir de dois enfoques: a) o ordenamento jurídico é completo, sem lacunas e avalorativo, motivo pelo qual esta concepção do pensamento jurídico tangencia o tema relativo aos princípios (BOBBIO, 1995, p. 131-132); b) princípios são verdadeiras válvulas de segurança inseridas nas codificações e não podem se opor à lei. Nesse caso, os princípios funcionam como regras de colmatação, que se prestam, exclusivamente, a auxiliar na aplicação da lei, de forma subsidiária, com o objetivo de preencher lacunas, e, ao mesmo tempo, trazer maior segurança ao sistema jurídico, assim como concebido por esta linha de pensamento, como explica Paulo Bonavides (2012)<sup>10</sup>.

Tratemos, detidamente, no próximo tópico, da primeira visão da concepção positivista de princípios que tangencia a sua existência.

### **2.2.1. A desconsideração dos princípios**

Para Kelsen (2009, p. 1), um dos maiores expoentes do positivismo, a Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo em geral. É teoria geral do Direito e fornece uma teoria geral da interpretação. Seu objeto procura responder a seguinte indagação: o que é e como é o Direito. Não lhe importa saber como deve ser o Direito e como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Ao se designar como pura referida teoria se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito, excluindo tudo que não pertença ao seu objeto, tudo que não possa ser determinado como Direito. Ao se verificar a ciência jurídica como se desenvolveu nos séculos XIX e XX, constata-se que a jurisprudência se confundiu com a psicologia e a sociologia, com a ética e com a teoria política. Não se pode negar a

---

<sup>10</sup> “A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como ‘válvula de segurança’, que ‘garante o reinado absoluto da lei’. Com efeito, assinala Gordillo Cañas, os princípios entram nos códigos unicamente como ‘válvula de segurança’, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão, que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos ‘para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo’.[...]. Mas o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”. (BONAVIDES, 2012. p. 271-272)

conexão destas ciências com a ciência jurídica, mas se deve evitar um sincretismo metodológico que obscureça a essência desta última, diluindo os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.

Para a Teoria Pura do Direito, o sentido jurídico específico de determinado fato e sua particular significação jurídica é a ele atribuída por meio de uma norma que confere com o seu conteúdo, de forma que o referido ato possa ser interpretado segundo esta norma. O juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico ou antijurídico é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. A diferença de um homicídio e uma condenação capital por meio de sentença pode ser estabelecida somente por uma operação mental que confronte a situação de fato, o código penal e o código de processo penal. Resumidamente, o sentido jurídico de determinado ato se perpetra quando o conteúdo fático deste ato coincide com o conteúdo de uma norma considerada válida (KELSEN, 2009, p. 4).

O termo norma significa algo que “deve ser” ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. O mundo dos fatos pode ser denominado como mundo do “ser”. Uma norma pode não só comandar, mas também permitir e, especialmente, conferir a competência ou o poder de agir de certa maneira. Importante ressaltar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem é diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. A norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui sentido é um ser (KELSEN, 2009, p. 5).

Determinada conduta pode ter a qualidade de ser ou a qualidade de dever-ser. Nas duas proposições: a porta será fechada e a porta deve ser fechada, o “fechar a porta” é, no primeiro caso, enunciado como algo que é (ser), e, no segundo caso, como algo que deve ser (dever-ser). A conduta que é e a conduta que deve ser não são idênticas. A conduta que deve ser equivale à conduta que é em toda a medida, exceto no que diz a circunstância de que uma é e, a outra, deve ser. A conduta estatuída numa norma como devida deve ser distinguida da correspondente conduta de fato. Porém, a conduta estatuída na norma como devida, e que constitui o conteúdo da norma, pode ser comparada com a conduta de fato e, portanto, pode ser avaliada como correspondendo ou não correspondendo à norma (KELSEN,

2009, p. 7). Nítida a separação, para Teoria Pura, do “mundo do ser” e do mundo “do dever ser”.

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções deste tipo, visto que suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não se cogitando o emprego da força física (KELSEN, 2009, p.71).

O ponto de vista científico adotado pela Teoria Pura rejeita a existência de valores absolutos em geral e de um valor moral absoluto em particular – pois um valor absoluto apenas pode ser admitido com base numa crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade. Quando não se pressupõe qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar o que tem de ser havido em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto. É moralmente bom o que corresponde a uma norma social que estatui uma determinada conduta humana; é moralmente mau o que contraria uma tal norma. Com base nestas premissas, não se aceita a teoria de que o Direito, por essência, representa um mínimo moral, e, ainda, que uma ordem coercitiva, para poder ser considerada como Direito, tem de satisfazer uma exigência moral mínima. Quando uma ordem jurídica é considerada injusta, se apreciada com base num sistema moral, pode ser também considerada justa se julgada por outro sistema moral (KELSEN, 2009, p. 75-76).

Sob a ótica de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste como uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito. A validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a norma moral. Há vários sistemas de moral que preveem comportamentos opostos, ou, ainda, diferenças sobre a justeza

de um mesmo comportamento dentro de um mesmo sistema moral, ao longo de sua história (KELSEN, 2009, p. 77).

A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito. A ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer por meio da moral absoluta ou por meio da moral relativa – a ordem normativa que lhe compete -, mas tão somente conhecê-la e descrevê-la (KELSEN, 2009, p.78).

Observa-se, a partir da preleção de Hans Kelsen (2009), que o positivismo clássico desenvolvido à forma da Teoria Pura do Direito, tangenciava as questões relativas à valoração do direito e o questionamento sobre a justiça ou moralidade da norma, o que implica dizer que essa concepção do pensamento jurídico não admitia a existência de valores positivados como princípios, que também representariam normas do sistema jurídico.

Para o positivismo lógico, admitir que o direito trazia lacunas seria concordar com uma quebra no monopólio estatal de produção jurídica, abrindo espaço para que esta produção fosse feita pelo principal intérprete do ordenamento jurídico: o juiz, que, em princípio, deveria se limitar a aplicar o direito, de forma lógica. A tese, segundo a qual o direito possui lacunas, foi preconizada pela escola do Direito Livre, que teve seu surgimento com o envelhecimento das codificações e sua ineficiência perante os novos fenômenos sociais (BOBBIO, 1995, p. 122-124).

No século XX surge uma corrente de pensamento com estreitas relações com a escola do Direito Livre, a corrente da sociologia jurídica, que teve como um dos seus maiores expoentes o jurista Alemão Eugen Ehrlich, preconizando que o direito era um fenômeno social, do qual deveriam ser extraídas as regras jurídicas. Essa escola de pensamento chega à conclusão de que o ordenamento jurídico era lacunoso, problema que só poderia ser resolvido a partir do estudo da sociedade, da dinâmica das relações sociais e não dos textos das leis, o que fez ressurgir a força da escola do Direito Livre e sua concepção sobre as lacunas do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, p. 125-127).

Como resposta à teoria da escola do Direito Livre, que era vista pela escola positivista como a “reencarnação” do jusnaturalismo, os positivistas criaram duas teorias básicas a teoria do espaço vazio e a da norma geral exclusiva (BOBBIO, 1995, p. 127-132)

Pela teoria do espaço vazio, quando uma determinada questão não foi regulada pelo ordenamento jurídico positivo, simplesmente não o foi porque era irrelevante, o que não significa uma lacuna, mas simplesmente uma desnecessidade de regulamentação pela sua irrelevância. Denomina-se esse espaço sem regulamentação de espaço jurídico vazio, o que não implica necessariamente uma lacuna, mas numa ausência proposital de regulamentação (BOBBIO, 1995, p.128-129).

A teoria da norma geral exclusiva preconiza que não há espaço vazio, mas somente espaço jurídico pleno. Determinadas condutas são reguladas por uma norma inclusiva específica. Os casos não previstos numa norma inclusiva específica seriam regulados por uma norma geral exclusiva, que abarcaria todas as outras situações. Exemplo: a ausência de determinação e especificação da sucessão ao trono de um rei. Não haveria sucessor, porque a questão foi geral e exclusivamente regulada (BOBBIO, 1995, p. 135). Sobre o tema da completude do direito, defendido pelos positivistas, esclarece Maria Helena Diniz (2004, p.438), sobre a norma geral exclusiva que:

Se se fala em sistema normativo como um todo ordenado, fechado e completo, em relação a um conjunto de casos e condutas, em que a ordem normativa delimita o campo da experiência, o problema da existência das lacunas ficaria resolvido, [...] porque há uma norma que diz que “tudo o que não está juridicamente proibido, está permitido” qualificando como permitido tudo aquilo que não é obrigatório, nem proibido. Essa norma genérica abarca tudo, de maneira que o sistema terá sempre uma resposta, daí o postulado da plenitude hermética do direito. Toda e qualquer lacuna é uma aparência nesse sistema que é manifestação de uma unidade perfeita e acabada, ganhando o caráter de ficção jurídica necessária.

O dogma da completude impede, para algumas correntes do positivismo, reconhecer a existência de princípios, porque o ordenamento jurídico não teria lacunas. Por outro lado, a forma de encarar o ordenamento jurídico como um fato e não como um valor, também tangenciaria a existência dos princípios, em sua

concepção eminentemente axiológica, ou seja, de valores positivados, conforme veremos adiante.

Para alguns positivistas, conforme afirma Bobbio (1995, p. 131), o jurista

[...] deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formar juízos de valor. Na linguagem juspositivista o termo “direito” é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor.

### 2.2.2. Princípios como normas de colmatção

Adentraremos agora na concepção juspositivista segundo a qual os princípios se prestam a suprir lacunas do direito. Para esta corrente positivista, os princípios nunca poderiam se opor à lei, mas, sobretudo, seriam extraídos dela com a finalidade de suprir um vazio normativo (BONAVIDES, 2012, p. 271). Sobre o tema, é importante ressaltarmos a preleção de Riccardo Guastini (2005, p.202-203), quando este se refere a uma das concepções juspositivistas dos princípios:

No que concerne à integração do direito, vale tudo que se disse no parágrafo anterior. Quando o direito apresenta uma lacuna, o intérprete está autorizado pelo art. 12, par. 2, disposições preliminares do Código Civil, a preenchê-la por meio do recurso a um princípio “particular” que serve de fundamento a uma norma específica (chamada de *ratio legis*), ou, na sua falta, a um princípio “geral” que serve de fundamento a um grupo inteiro de normas. Num caso, costuma-se dizer que a lacuna é preenchida mediante analogia *legis*; no outro, ela é preenchida mediante a analogia *juris*.

Observa-se, para essa linha do pensamento positivista, que o dogma da completude do direito começa a ser superado, surgindo os princípios como meios de se evitar um “limbo” normativo, princípios que não necessariamente seriam expressos, mas abstraídos de regras específicas, sendo também considerados normas pelos positivistas, como se pode verificar na preleção de Norberto Bobbio (1995, p.158-160):

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou geralíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes

de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?

[...]

Ao lado dos princípios gerais expressos há os não expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.

Para determinada escola do pensamento juspositivista os princípios seriam normas de colmatação, extraídas de normas específicas do ordenamento jurídico, com o objetivo de superar lacunas, ou, ainda, na concepção mais radical do positivismo, o ordenamento jurídico seria completo, não lacunoso, o que esvaziaria a necessidade de princípios para solucionar casos concretos. Para o pensamento positivista, o ordenamento jurídico seria avalorativo, o que tornaria inconcebível admitir a existência de princípios como valores positivados e, portanto, normas com aplicação imediata e que poderiam resolver casos concretos.

### **2.2.3. Positivismo: um sistema jurídico fechado e avalorativo**

O positivismo jurídico lógico, como exposto nos itens anteriores, seria um sistema de regras aplicadas ao modo silogístico, de forma dedutiva. A lei ou norma seria a premissa maior, os fatos a premissa menor. A conformidade dos fatos à norma ou lei culmina num silogismo. Trata-se de uma operação mecânica e avalorativa, ou seja, não se questiona se o fundamento da norma é materialmente justo ou injusto, seu fundamento de validade é o próprio ordenamento jurídico que, numa escala piramidal, tem, no ápice, uma norma fundamental, que é pressuposta, como pondera Hans Kelsen (2009, p. 221):

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por

isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão.

Com base na preleção acima, o sistema jurídico de normas se apresenta como uma ordem que tem caráter eminentemente dinâmico, já que uma norma jurídica vale não porque tem um determinado conteúdo, mas porque encontra validade numa norma fundamental pressuposta. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito. A norma fundamental é o ponto de partida do processo de criação do Direito positivo. Não é uma norma posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta. O fundamento de validade de uma norma jurídica leva à recondução e à norma fundamental. A estrutura da ordem jurídica é piramidalmente escalonada até alcançar a norma fundamental.

A pressuposição da norma fundamental não é produto de uma descoberta livre, ou seja, não temos possibilidade de escolha de diversas normas fundamentais, já que não se afirma qualquer valor transcendente ao Direito positivo. Num processo de alteração da constituição vigente num determinado país, por uma revolução, alterada a constituição também se altera a norma fundamental. A norma fundamental não é uma norma querida, mas objetivamente pressuposta e pensada.

Temos, na perspectiva positivista, um sistema fechado, que não questiona o conteúdo material do que seria a norma, ou seja, se justa ou injusta, se moral ou imoral, mas que encontra seu fundamento de validade no próprio sistema, o que Canaris (2012, p.27) denominou de “sistema de puros conceitos fundamentais”, nos termos que passamos a reproduzir:

São também impróprios para traduzir a unidade interior e a adequação de uma ordem jurídica, todos os sistemas de <<puros>> conceitos fundamentais tal como Stammler, Kelsen ou Nawiasky os desenvolveram. Trata-se, neles, de categorias puramente formais, que subjazem a qualquer ordem jurídica imaginável, ao passo que a unidade valorativa é sempre de tipo material e só pode realizar-se numa ordem jurídica historicamente determinada; sobre isso, porém, os sistemas de puros conceitos fundamentais, pela sua própria perspectivação, não querem nem podem dizer nada.

Mesmo a escola positivista que aceita a existência dos princípios como normas de colmatação adota o entendimento que os referidos princípios nunca poderiam se opor a lei, mas deveriam ser utilizados supletivamente desde que expressos no sistema jurídico ou extraídos dele. Os princípios, para os positivistas, podem ser abduzidos de normas existentes no sistema jurídico positivo, estão dentro do direito positivo, razão, inclusive, pela qual continuam sendo um sistema fechado. Esta é a conclusão que se chega a partir da preleção de Joaquín Arce y Flórez-Valdés (1990, p.39):

La concepción positivista o histórica sostiene básicamente que los principios generales del Derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho y sus singulares normas. Los principios, en efecto ya están dentro Del Derecho positivo y, por ser éste un sistema coherente, pueden ser extraídos del mismo. Su valor les viene dado no em función de ser dictados de razón o por constituir um Derecho natural o ideal, sino que deriva del mismo potencial que las propias leyes.

O sistema jurídico fechado, avalorativo e que encontra o seu fundamento de validade em si mesmo, à semelhança do positivismo jurídico, não concebe a existência de princípios jurídicos como valores, como interpreta a escola pós-positivista do pensamento, cujo fio condutor do raciocínio será abordado no tópico seguinte.

## **2.3. Os princípios e o pós-positivismo**

### **2.3.1. A passagem do positivismo ao pós-positivismo**

O positivismo jurídico passou por uma crise decorrente do segundo pós-guerra, oportunidade em que se verificou que referida doutrina, que separava o direito e a moral, acabou por situar os valores como juízos arbitrários, relativos e subjetivos, sem conexão com o direito, promovendo a obediência cega à lei, o que terminou por legitimar, mesmo que involuntariamente, uma das maiores catástrofes mundiais: o Holocausto (MARTINS, 2012, p. 67).

Para o pensamento positivista predominante no período anterior ao segundo pós-guerra, o direito positivo não deveria se ocupar de questões sobre a moralidade

ou imoralidade do direito positivo, a justiça ou injustiça do texto legal, sob pena de se abrir espaço para interpretações arbitrárias do direito. Havendo uma prescrição legal, ela deveria ser observada, independentemente de questionamentos sobre sua moralidade ou justiça. Essa filosofia de observância lógica à lei, sem observância aos valores, justiça, ou à moral, terminou por legitimar atos bárbaros e arbitrários, como ponderam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2008, p. 65-66):

O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.

Torna-se oportuno frisar que não se está admitindo que a escola positivista deliberadamente apoiou e legitimou juridicamente práticas nazistas, mas, por outro lado, com seu ideal de manter afastada, no ato de interpretação do direito, a discricionariedade do intérprete, tentando reduzir este processo à uma operação lógica, de caráter subsuntivo e silogístico, sem maiores questionamentos sobre a justiça ou injustiça de determinado texto normativo, acabou por aceitar como legal uma conduta sem questionar se ela guardaria conformidade com quaisquer valores humanos, que norteavam a vida em sociedade, ou mesmo, sua relação com a justiça. Com o intuito de embasar essa assertiva, vejamos, em breves linhas, o pensamento de um dos maiores expoentes do positivismo, Hans Kelsen, desenvolvido na sua obra *Teoria Pura do Direito* (2009).

Idealizado com o objetivo precípua de evitar arbítrios do intérprete do direito, cometidos a partir de decisões altamente discricionárias<sup>11</sup>, o positivismo se viu tomado por outro grave problema: a obediência à lógica da legalidade que autorizava aberrantes injustiças, como aquelas praticadas durante o regime nazista, como se pode citar “[...] o §2 do 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, de 25 de novembro de 1941 (RGBl. [Reichsgesetzblatt, Diário Oficial do Reich] I, p. 722) que privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados”, por motivos racistas (ALEXY, p. 6). Neste caso, o positivismo lógico se mostrava insuficiente para resolver a situação, ante a aberrante injustiça desencadeada pela aplicação texto legal, cuja literalidade foi superada pelo Tribunal Constitucional Alemão por decisão exarada em 1968, enquanto ainda vigorava formalmente (e veio a ser considerado nulo, posteriormente) o texto de lei racista, conforme podemos verificar na citação de Alexy (2009, p. 8) abaixo:

O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídica. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça

(BVerfGE[Bundesverfassungsgericht,Tribunal Constitucional Federal] 3, 225 (232)).

Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos “jurídicos” nacional

<sup>11</sup> Uma contradição às bases do seu pensamento é aquela que, segundo o próprio Kelsen defende, o juiz é um criador de direito, relativamente livre, já que a norma individual a ser alcançada é sempre buscada por meio do preenchimento da moldura da norma, numa função voluntária. Admite-se, ainda, a produção de uma norma fora da moldura da norma, criando-se direito novo. Conforme Kelsen declara: “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo. [...] Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica. Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objetivamente válida. [...] A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, 2009, p. 389-394).

socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça, e não o direito (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)).

O 11º Decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma medida tão insustentável que ele foi considerado nulo *ab initio* (cf. BGH, RzW [Bundesgerichtshof, Rechtsprechung zur Wiedergutmachungsrecht, Decisões do Supremo Tribunal de Justiça alemão sobre o direito de reparação], 1962, 563, BGHZ [Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Decisões em matéria cível do Supremo Tribunal de Justiça alemão] 9, 34 (44); 10, 340 (342); 16, 350 (354); 26, 91 (93)). Esse decreto tampouco se tornou eficaz por ter sido aplicado durante alguns anos ou porque algumas das pessoas atingidas pela “desnaturalização” declararam, em seu tempo, estarem resignadas ou de acordo com as medidas nacional-socialistas. Pois, uma vez estabelecida, uma injustiça que infrinja abertamente os princípios constituintes do direito não se torna direito por ser aplicada e observada.

O julgado acima reproduzido retrata a inclinação do Tribunal Constitucional Alemão de adotar a prática de julgamento que preconizava, no caso de aberrante injustiça, que o deôntico poderia ser desconstituído, prevalecendo os princípios de justiça. A valoração do texto legal posto, como justo ou injusto, ou, ainda, a admissão da existência de valores no sistema jurídico e a interligação entre direito e a moral, são algumas das características do pós-positivismo, corrente do pensamento que admitia a existência e aplicação dos princípios como verdadeiras normas, ainda que com natureza muito diferentes das regras.

### **2.3.2. A primeira resposta ao positivismo: a Tópica de Theodor Viehweg**

Conforme preleciona Ricardo Marcondes Martins (2012, p. 67), a primeira resposta dada à concepção positivista de direito foi a tópica, de Theodor Viehweg, como um modo de pensar o direito criado a partir da concepção dialética de Aristóteles, lastreada no discurso, que foi repassada aos romanos por Cícero e resgatada por Vico na Idade Moderna. Referido método ou forma de pensar o direito insere o problema como núcleo da discussão, em torno do qual gravitariam as premissas para soluções possíveis (VIEHWEG, 2008).

A tópica caracteriza um nítido contraponto ao modelo lógico-subsuntivo, silogístico, originado nas bases cartesianas, em que a solução de um caso seria deduzida a partir de um dogma, que poderia ser a lei, ponto de vista que teria

ensejado erros históricos graves, como já mencionamos. O pensamento tópico objetiva a melhor interpretação ou decisão tomando como ponto de partida o problema, a partir do qual seriam considerados *topoi*, ou opiniões comuns, notoriamente respeitáveis, que ensejariam a sua solução, por meio de um consenso (VIEHWEG, 2008, p. 40)

Os *topoi* seriam pontos de vista comuns, utilizados pelos que aceitam e pelos que não aceitam determinado comportamento, implementando um processo dialético que poderia conduzir à verdade. Para Viehweg (2008, p. 24-26), conforme teria assinalado Aristóteles, o problema constitui o centro da órbita em que giram os raciocínios, servindo-lhes de atração e guia. Um problema comportaria mais de uma solução, mas espera-se para ele a solução mais adequada, admitindo conexões sem fim, estabelecendo o consenso como limitador da decisão. Não existem respostas verdadeiras, mas argumentos que se impõem pela força do convencimento (VIEHWEG, 2008, p. 28-31).

A disputa de pontos de vista, que enseja um consenso, torna este consenso premissa para outros raciocínios de ordem dialética. Neste caso, a nossa jurisprudência seria uma importante premissa a ser respeitada pela tópica. O papel da tópica, principalmente no momento crítico pós-positivista, concede maior importância à concretização do direito e à solução do problema, com respeito e observância a valores, em detrimento de pretensos sistemas de dogmas impostos, estáticos. A tópica permite ao jurista construir o direito de uma maneira responsável, em busca do justo, com base na prudência.

Vislumbra-se, na Tópica, as seguintes bases de pensamento que se opunham ao positivismo: a) pensamento indutivo, que parte do problema; b) busca de uma solução justa, lastreada no consenso; c) observância de valores, que compunham os *topoi* relativos ao caso. Disserta Luís Roberto Barroso (2008, p. 335) sobre a contribuição da Tópica na superação do paradigma exclusivamente positivista:

Nesse cenário, o problema deixa de ser apenas o conjunto de fatos sobre o qual irá incidir a norma, para se transformar no fornecedor de parte dos elementos que irão produzir o Direito. Em múltiplas situações, não será possível construir qualquer solução jurídica sem nela integrar o problema a ser resolvido e testar os sentidos e

resultados possíveis. Esse modo de lidar com o Direito é mais típico dos países da tradição do common law, onde o raciocínio jurídico é estruturado a partir dos fatos, indutivamente, e não a partir da norma, dedutivamente. No entanto, em países da família romano-germânica, essa perspectiva recebeu o impulso da Tópica, cuja aplicação ao Direito beneficiou-se da obra seminal de Theodor Viehweg, e de seu método de formulação da solução juridicamente adequada a partir do problema concreto. Embora não tenha sido vitoriosa como método autônomo, a Tópica contribuiu de maneira decisiva para a percepção de que fato e realidade são elementos decisivos para atribuição de sentido à norma, mitigando o poder da norma abstrata e o apego exagerado a uma visão sistemática do Direito.

As respostas que se seguiram ao pensamento positivista foram dadas por Friedrich Müller (2013) e Robert Alexy (2009). Os referidos autores, denominados concretistas ou também neoconstitucionalistas, adotam as seguintes premissas básicas para construção de sua teoria: a) o texto normativo não é apenas um *topoi*, mas um elemento que deve ser levado a sério na aplicação do direito; b) aplicação do direito não se restringe ao cumprimento das normas abstratas, mas envolve uma análise valorativa à luz do caso concreto, conforme sintetiza Martins e Pires (2012, p. 67).

### **2.3.3. A Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller**

Para Friedrich Müller (2013, p.9), a justiça, considerada a estrela polar comum ao direito em todos os tempos, não obteve da ciência do direito uma definição sobre o seu fundamento, a qual pudesse ser confiável e amplamente aceita entre os juristas. A posição da ciência jurídica perante o direito natural também não é capaz de definir as transformações históricas do direito. O direito natural em si, a partir do ponto de vista científico, nada mais é do que um caos catalogado pela ciência jurídica, e, por isso, não está a merecer a atenção dos juristas.

Para o autor, a ciência jurídica efetiva se ocupa das diferentes concepções e métodos de reflexão e interpretação da norma jurídica. Este é o fundamental enfoque da ciência jurídica: os vários tipos de concepção sobre a norma jurídica. Na democracia a lei é o centro sistêmico da ação jurídica, vinculando todas as pessoas, tanto os juristas como não juristas, e deve, ao menos em princípio, emanar do povo. Disso decorrem duas conclusões: a manutenção do respeito à lei; o compromisso dos juristas – principalmente os juízes – com a concretização dos objetivos da lei. Neste contexto, para Teoria Estruturante do Direito, proposta por Müller, importante

definir o que é a lei e o que é a norma jurídica, tendo em vista a divergência de paradigmas interpretativos sobre o tema (MÜLLER, 2013, p. 10). A Teoria Estruturante ressalta que o positivismo dominante confunde a norma jurídica com o texto da norma aposto no código legal, ou, ainda, com a conduta prescrita por este texto legal, de forma que poderia se aplicar o texto ao caso concreto, a partir de um processo de dedução lógica, método que fracassou, principalmente diante das variáveis múltiplas verificadas nos casos concretos que não poderiam ser respondidas por esta forma de pensar o direito (MÜLLER, 2013, p.13).

As tentativas de solução do problema da falta de resposta do positivismo frente a algumas questões que envolvem variáveis complexas, como aquelas soluções concebidas pela escola Livre do Direito - antipositivista - caem na mesma armadilha do positivismo: não conseguem dar uma resposta à questão, já que se limitam a alimentar a discussão relativa à tensão dialética criada pelas concepções de “ser” e “dever-ser”, concentrando a resposta no “ser”, o que não elimina o problema, tendo em vista a imprecisão da resposta. Ou seja, a solução seria deslocar o que seria direito de um conteúdo eminentemente jurídico, derivando para aceitação potencial e exclusiva de fatores psicológicos, sociais e todos aqueles considerados metajurídicos, o que privilegiaria um decisionismo desvinculado de um critério metodológico sólido (MÜLLER, 2013, p.10).

A solução, assim, proposta por Müller parte da necessidade da concepção não de uma teoria antipositivista, mas de uma teoria pós-positivista, que concebe o trabalho jurídico como um processo a ser realizado no tempo e os enunciados nas codificações, como textos de normas. Neste sentido, a norma jurídica não existe *ante casum*: o caso submetido à decisão é constitutivo da norma. O texto da norma no código legal é apenas um dado de entrada do processo de trabalho chamado concretização, que levaria em conta outros dados, inclusive factuais, os quais, ao final do processo metodológico, comporiam a norma jurídica (MÜLLER, 2013, p.11).

A norma jurídica seria, então, estruturada como um conceito composto que resolve o problema da tensão entre “ser” e “dever-ser”, que pode ser totalmente trabalhável, ou seja, referido antagonismo pode coexistir, se correlacionare compor a estrutura de uma norma jurídica mais complexa. A resolução do problema do dualismo entre “ser” e “dever-ser” se dá mediante a consideração de um ponto de

partida indutivo, ou seja, tem sua gênese no problema, com as tarefas comuns da práxis jurídica e com o seu entorno social; a partir daí são desenvolvidos esquemas conceituais e teóricos, sempre levando em consideração os fatos do caso individual (MÜLLER, 2013, p.11-13).

O direito e a realidade não aparecem mais como categorias antagônicas, mas sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso, na forma da norma jurídica produzida, com foco principalmente nas decisões dos Tribunais Constitucionais. Neste contexto, surge a Teoria Estruturante do Direito – TED -, que faria os seguintes questionamentos em relação às decisões produzidas por um Tribunal Constitucional: a) como o Tribunal Constitucional chega às suas afirmações? b) como ele as fundamenta? c) em termos de conteúdo, prossegue, por exemplo, com os julgamentos anteriores ou modifica sua própria prática? E como isso é sustentado argumentativamente? Como o Tribunal trata os dados reais (elementos da realidade social) de seu caso (do âmbito material para o âmbito da norma)? Para Müller (2013, p. 13-15), a teoria e prática têm igual importância, ressaltando que, teoria e prática, no direito, não são “senhora e escrava” uma da outra, mas irmãs, equivalentes, mas a prática é a irmã mais velha da teoria, a de mais experiência

Ao invés de se focar a norma jurídica a partir da concepção de norma e “fato”, como entes separados, questiona-se pela estrutura da normatividade jurídica como se apresenta na aplicação prática do direito, pelo método indutivo, considerando o enlace de norma e fato. Chegou-se a esta tese aprofundando-se a investigação da jurisprudência constitucional, já que o direito constitucional faz tomar consciência sobre a questão em torno do direito normativo e da realidade normatizada. É neste terreno que a jurisprudência vê a necessidade de recorrer a fatos empiricamente demonstráveis do mundo social para, assim, apoiar a interpretação de disposições legais ou mesmo para definir o conteúdo destas (MÜLLER, 2013, p. 17).

A Teoria Estruturante do Direito propõe à ciência do direito: analisar a particularidade das normas jurídicas dentro dos distintos passos de concretização do direito; não se poderá formular o postulado da objetividade jurídica no sentido de um conceito ideal absoluto, mas sim com reivindicação de uma racionalidade verificável

e discutível na aplicação do direito e a exigência de que aquela responda aos fatos, fazendo com que as disposições legais levem o selo de sua própria matéria (MÜLLER, 2013, p. 19).

Para a referida escola do pensamento é um equívoco pretender generalizar os diversos tipos de ordenamento jurídico convertendo-os em norma jurídica por excelência para logo deduzir conclusões sobre esta ideia abstrata. Neste sentido, o positivismo jurídico deixa-se levar por uma ficção inaceitável na prática, segundo a qual as decisões judiciais poderiam ser deduzidas do texto da norma, ou a uma prescrição emanada deste texto. O problema normativo da relação existente entre direito e realidade somente pode ser entendido por uma teoria da prática jurídica (neste caso, constitucional), que investigue as condições essenciais de realização do direito, sem perder-se em uma análise limitada exclusivamente aos pormenores da técnica metodológica (MÜLLER, 2013, p. 19).

A realidade social deve ser distinguida, por um lado, como âmbito de validade do direito e, por outro, como parcela da realidade pressuposta, recebida e engendrada pelas normas jurídicas singulares. As possibilidades de interpretação da norma pelo positivismo, lastreadas na aplicação da lógica formal, se mostram ainda mais insuficientes frente ao paradigma do direito constitucional, que contém normas de direitos fundamentais, as quais não podem ser aplicadas a partir de um modelo lógico subsuntivo e silogístico, mas devem ter a sua interpretação construída no caso concreto (indutiva), levando em consideração o texto como dado de entrada primário, uma interpretação perfunctória deste texto, bem como os dados reais e fáticos (MÜLLER, 2013, p. 20).

A metódica estruturante confere ênfase na normatividade da Constituição, isto é, no que se refere à análise das relações entre direito e realidade dentro da interpretação da Constituição, na pergunta acerca da estrutura e do conteúdo material das regulações jurídicas constitucionais. Neste contexto, a Tópica seria insuficiente para dar uma resposta adequada ao estudo da norma constitucional, já que o seu objeto extrapola os limites deste tipo de norma, utilizando qualquer ponto de partida para resolução do problema, o que não seria condizente com uma interpretação constitucional (MÜLLER, 2013, p. 23-24). Marcelo Paiva Santos (2013,

p. 254-258) pondera que Müller (2013, p. 107-118) desenvolve sua metodologia considerando os seguintes elementos normativos:

- a. Texto normativo: a) enunciado linguístico normativo que não constitui a norma, mas deve ser considerado no contexto social e comunicativo em que se insere; b) são dados de entrada do processo de concretização da norma; c) devem ser colocados no início do processo de concretização da norma, como ponto de partida deste processo; e) o legislador não cria normas, mas dados de entrada, pontos de partida para o processo de concretização;
- b. Programa normativo: a) seria o resultado da interpretação dos dados da linguagem jurídica do texto; b) o intérprete deve trabalhar com este conjunto de linguagem de forma indutiva, ou seja, extraindo de casos práticos e mesmo da jurisprudência a construção do seu significado; c) o programa normativo delimita o âmbito de aplicação do texto normativo. É uma consequência do Estado Democrático de Direito e a melhor interpretação prévia destes textos tomando por base esta premissa; c) o programa normativo não é a norma em si, mas um juízo de valor formulado sobre o texto, como, por exemplo, o entendimento jurisprudencial ou doutrinário;
- c. Âmbito material/de fato: são os dados reais do caso; os fatos do caso. Todos os elementos reais do caso que possam contribuir para a análise da situação que se pretende decidir. Há referência ainda ao âmbito do caso. Este elemento configuraria uma redução analítica do âmbito material – dados reais do caso - para os dados reais relevantes para construção da teoria do caso em voga. Visa a facilitação do trabalho, tendo em vista que não são todos os dados reais que são vitais para compreensão do caso;
- d. Âmbito normativo: é construído a partir da análise do âmbito material e do programa normativo. Neste caso se nota um

entrelaçamento entre “ser” e “dever-ser” e não uma separação, como concebe a teoria positivista. Para construção do âmbito normativo é necessário se ater aos dados reais, programa normativo, sem descurar de uma visão interdisciplinar – de outras ciências, como sociologia, etc. -, para se ter uma real dimensão deste elemento;

- e. Norma jurídica: é construída a partir da união do âmbito normativo (que contém o âmbito material/de fato) - e o programa normativo (que contém a primeira interpretação do texto normativo);
- f. Norma-decisão: é a aplicação individualizada da norma jurídica, esta considerada como o resultado da união do âmbito normativo e do programa normativo, que em si já consideraram o âmbito material e o texto normativo<sup>12</sup>.

Resta lembrarmos que, pela construção formulada pela Teoria Estruturante do Direito, ser e dever-ser se complementam na construção da norma jurídica, norma-decisão; as normas não são textos legais ou condutas prescritas, mas também são compostas por fatos – âmbito material - , inclusive constatações empíricas, sendo impossível conceber uma norma como isenta de valores e de conteúdo fático, como idealizou o positivismo (normas jurídicas não são fatos, mas o sentido destes, o sentido de atos de vontade direcionados para o comportamento humano), conforme pontua Müller (2013, p. 43).

Importante também considerar que o conceito de norma não pode ser reduzido à interpretação autêntica – sentença judicial – no caso concreto, como também desenvolve a teoria positivista de Kelsen. Conforme a Teoria Estruturante do Direito, a interpretação autêntica decorreria de uma metódica consistente,

---

<sup>12</sup> “Deve-se chamar a atenção ao fato de que a estrutura da norma designa, como conceito operacional o nexo entre as partes conceituais integrantes de uma norma (programa da norma – âmbito da norma) e não, e.g., as relações entre os pontos de referência da teoria tradicional do direito (como ser e dever ser, suporte fático e consequência jurídica, norma e conjunto de fatos). [...] Normatividade designa a qualidade dinâmica de uma norma, assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que a subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada. Com isso a pergunta pela relação entre direito e realidade já está dinamizada no enfoque teórico e a concretização prática é concebida como processo real de decisão.” (MÜLLER, 2013, p. 35-36).

lastreada na união do programa da norma com o âmbito da norma (MÜLLER, 2013, p. 44-45).

Ao privilegiar a decisão autêntica como norma, dissociada de um critério metodológico, o positivismo relega ao intérprete que decida conforme os seus valores, o que tanto o positivismo procurou evitar – relação entre direito e moral -, motivo pelo qual esta teoria não contribuiu para interpretação do direito. Toda a metódica estabelecida pela Teoria Estruturante do Direito demonstraria a constitucionalidade da norma-decisão, sendo que o limite desta concretização seria a inexistência de distanciamento total do texto normativo, em respeito ao Estado de Direito, ao princípio da legalidade e à segurança jurídica (MÜLLER, 2013, p. 44-45).

Além de desconstituir as premissas do positivismo, a metódica estruturante preleciona que a função pacificadora e estabilizadora da norma no direito constitucional constitui um dos principais argumentos contra a Tópica, modo de pensar o direito que não tem compromisso com o texto normativo, mas com a tensão dialética dos *topoi* – pontos de vista aceitos pela sua coerência e pela autoridade do seu construtor –, o que poderia ensejar a construção de uma norma no caso concreto desvinculada do Estado de Direito, sem compromisso com a lei e com a segurança jurídica. As decisões que transgridem manifestamente a literalidade de um texto normativo são irregulares, tendo em vista que os limites da concretude da norma exigem a não alteração do seu texto (MÜLLER, 2013, p. 29).

Observa-se que a Teoria Estruturante do Direito admite a existência de um sistema jurídico aberto a valores focando seu objeto de estudo na norma jurídica, que seria composta não somente por elementos do sistema jurídico, mas elementos interdisciplinares (MÜLLER, 2013, p. 250). Referida concepção de pensamento, apesar de se se opor ao positivismo, não chega a estabelecer um conceito e uma teoria de aplicação para os princípios jurídicos.

#### **2.3.4. Princípios como mandamentos de otimização: a ponderação de princípios na visão de Robert Alexy**

Robert Alexy é certamente um dos autores que mais contribuiu para o desenvolvimento de uma teoria não apenas pós-positivista, como Viehweg e Müller, mas de conceituação e método de concretização dos princípios jurídicos. Preleciona

Alexy (2012, p. 85) que a mais importante das diferenciações teórico-estruturais normativas é àquela relacionada às regras e princípios, sendo notória a inexistência de uma distinção precisa entre estas duas espécies de normas e uma utilização sistemática dessa distinção. Regras e princípios são espécies de normas, porque ambos dizem o que deve ser, podem ser formulados por meio de expressões básicas do dever, da permissão e da proibição. “Princípios são, tanto quanto as regras, razões de dever ser, ainda que de espécie muito diferente” (ALEXY, 2012, p. 87).

Existem diversos critérios para se distinguir princípios de regras. O utilizado com maior frequência é o da generalidade, ou seja, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto que as regras possuem grau de generalidade relativamente baixo. Conforme afirma Alexy (2012, p. 87-88):

Outros critérios discutidos para distinção são: a determinação dos casos de aplicação; a forma do seu surgimento; o caráter explícito de seu conteúdo axiológico; a referência à ideia de direito ou à uma lei jurídica suprema, e a importância para a ordem jurídica.

A existência de vários critérios para distinção entre princípios e regras desencadeia três teses sobre a possibilidade de concretização desta diferenciação: a) ela não é possível diante da vagueza e diversidade existente; b) pode ser possível, mas somente em termos de grau, ou seja, no que diz respeito ao seu aspecto de generalidade; c) a distinção é totalmente possível tendo em vista a existência de uma diferença qualitativa. A última tese é a mais adequada, segundo a doutrina de Robert Alexy (2012, p. 89).

Assevera, ainda, Alexy (2012, p. 92-93), sobre a diferença qualitativa entre as referidas normas, que as regras são satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, aplicadas na forma do tudo ou nada. Preenchidos os requisitos para a aplicação da regra, ela deve incidir no caso concreto, por subsunção. O conflito entre regras se resolve pela criação de uma cláusula de exceção, ou, então, pela declaração de nulidade da regra de hierarquia inferior, na ocorrência de conflito entre duas regras de hierarquias distintas.

Por outro lado, os princípios são tratados como mandamentos de otimização, já que podem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades jurídicas, mas também

das possibilidades fáticas. Referida limitação existe porque, em determinados casos, alguns princípios entram em rota de colisão com outros. A maneira de resolução do conflito entre princípios é a ponderação, que não é feita em abstrato, mas, antes, deve levar em consideração as peculiaridades do caso concreto (ALEXY, 2012, p. 90-91). Constatada, no caso concreto, a colisão entre dois princípios, que resguardam interesses opostos, um deles deve ceder. Isso não significa a invalidação do princípio relegado no caso mas, tão somente, a prevalência momentânea do outro princípio colidente naquela situação<sup>13</sup>.

Deve ser considerado na técnica de ponderação a “precedência geral” de um princípio em relação ao outro, ou seja, a carga axiológica de cada princípio no momento da sua positivação, como explana Robert Alexy (2012, p. 101):

Duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é válida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra. O que vale depende da forma como será decidida a precedência entre elas sob a luz do caso concreto. É necessário notar, neste ponto, que a já mencionada variedade de formas de se denominar os objetos do sopesamento deverá ser acrescentada mais uma, a dos “valores constitucionais”. Depois da constatação de uma colisão entre princípios cujos valores abstratos estão no mesmo nível, o Tribunal Constitucional Federal, em um segundo passo, sustenta uma precedência geral da liberdade de informar (P2) no caso de uma “informação atual sobre atos criminosos” (C1), ou seja, (P2PP1) C1.

Ao se deparar com uma situação onde se verifica a colisão de princípios, o intérprete, ao estabelecer o método da ponderação, visando uma resposta mais adequada ao caso concreto, deve levar em conta o princípio da proporcionalidade<sup>14</sup>, que será aplicado depois de percorrer três etapas sucessivas e necessárias. A primeira fase diz respeito à aferição da adequação, fase em que se verifica se o meio é necessário à concretização do fim; posteriormente, avalia-se a constatação da sua

---

<sup>13</sup> “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.” (ALEXY, 2012, p. 96).

<sup>14</sup> “A conclusão a que se quer chegar, então, é que o princípio máximo procurado, que, por sua especialidade, tanto se diferencia dos demais, acha-se expresso na já mencionada ‘máxima de proporcionalidade’. A imposição nela contida é a de que se realiza através do Direito, concretamente e cada vez melhor, o que for jurídica e faticamente possível, para obter-se a otimização no adequamento da norma, com seu dever-ser de entidade ideal, à realidade existencial humana”. (GUERRA FILHO, 2009, p. 157).

necessidade. Nesta perspectiva, constata-se se existe outro modo que - sendo tão eficaz para concretização do valor em destaque -dificulte de maneira menos intensa a concretização dos demais valores. Existindo, o meio é considerado desnecessário e, portanto, desproporcional. E, finalmente, é feita a avaliação da existência da proporcionalidade em sentido estrito, ocasião em que se apura o peso dos valores incidentes e se decide se outro valor impede (ou não) a concretização pretendida (MARTINS & PIRES, 2012, p. 75). Sobre a proporcionalidade, esclarece Alexy (2012, p. 116-117):

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

O resultado da técnica da ponderação de princípios, que leva em consideração a *precedência geral*, os fatos do caso concreto e o princípio da proporcionalidade, culminam na criação de uma regra. O princípio resultante do procedimento da ponderação não é aplicado diretamente à situação de fato, o que incide é uma espécie de regra criada a partir da técnica da ponderação. E essa regra pode ser aplicada de forma lógica para casos similares, desde que as condições jurídicas (princípios) e fáticas (detalhes do caso concreto) sejam compatíveis com o novo caso examinado (ALEXY, 2012, p. 98-99). Sobre a técnica de ponderação de princípios e suas etapas, torna-se elucidativa a lição de Luís Roberto Barroso (2013, p. 361-362):

De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, descritas a seguir.

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Relembre-se que norma não se confunde com dispositivo: por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo. Por seu turno, um dispositivo isoladamente considerado pode não conter uma norma ou, ao revés, abrigar mais de uma.

[...]

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com elementos normativos. Relembre-se, na linha do que foi exposto anteriormente, a importância assumida pelos fatos e pelas consequências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma, em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

[...]

É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção.

[...]

Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Conforme vimos anteriormente, para a corrente do pensamento pós-positivista que se baseia na doutrina de Alexy, os princípios são verdadeiras normas, que devem ser aplicadas na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Não raramente os princípios estão em rota de colisão uns com os outros, o que torna necessário um método para resolução desse conflito, que para o autor é a ponderação. Considera-se a precedência geral ou peso em abstrato dos princípios colidentes, a situação de fato e o princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). O resultado desse processo cria uma regra, aplicada ao caso concreto e a outros, desde que presentes as mesmas condições de fato e de direito.

#### **2.3.4.1. Um exemplo de colisão de princípios: liberdade de expressão e intimidade**

O direito fundamental de se expressar e de obter informação não raramente se choca com outro direito fundamental: o direito à intimidade, principalmente nos dias de hoje, em que os meios de comunicação são facilitados pelas diversas formas de tecnologia. Câmeras estão em todos os lugares e, principalmente, em telefones celulares, que se tornaram uma extensão dos corpos das pessoas.

Trata-se de um caso claro de colisão de valores positivados como princípios constitucionais (2014, p. 57-81). Para resolver este conflito, utilizando o método da ponderação, é importante identificarmos os textos constitucionais que positivaram os valores liberdade de expressão e intimidade, cuja atribuição de significado permitirá deles extrair as normas jurídicas correspondentes, que podem ser conceituadas como o resultado da atribuição de sentido oferecido a um texto das fontes (GUASTINI, 2005, p. 24-25).

Entende-se que, a partir da atribuição de significado aos textos do artigo 5º, incisos IV e IX, e artigo 220, *caput* e §1º, todos da Constituição Federal de 1.988<sup>15</sup>, pode-se extrair o princípio da liberdade de expressão. Levando isso em consideração, vejamos a redação dos referidos textos das fontes:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato,

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Pode-se afirmar que os textos acima citados versam sobre uma garantia fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e dignidade humana, tendo em vista que a interação de qualquer indivíduo com seu semelhante é de vital importância para sua realização existencial, podendo somente ser exercida a partir da livre manifestação de pensamento. A garantia da democracia também é outro argumento que fundamenta a existência da liberdade de expressão. Para que a democracia seja exercida efetivamente, é importante que o cidadão tenha acesso

---

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.51ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 4-153.

aos mais variados pontos de vista sobre temas de interesse público (SARMENTO, 2013, p. 255).

A positivação do valor da liberdade de expressão como um princípio normativo parte da premissa de que as pessoas são capazes de formar a sua própria opinião, tendo, inclusive, o direito de fazê-la, independentemente de proibição pelas autoridades públicas, observado que, se fosse lícito ao Estado estabelecer o conceito de uma ideia certa ou errada, obviamente prevaleceria sua inclinação natural de tentar calar aquelas manifestações de pensamento contrárias aos ideais dos governantes.

Antônio Carlos Mendes (1999, p. 78-79) se refere a “pluralismo informativo”, quando trata da garantia constitucional que protege a difusão, pela imprensa, de diversas opiniões de ordem política, ideológica e filosófica, conforme declara:

O pluralismo é fundamentalmente um postulado da liberdade de imprensa. Este pode ser identificado como “pluralismo externo”. Há garantia constitucional de que as diversas correntes de opinião política, ideológica, filosófica etc. manifestem-se por meio dos diferentes órgãos de imprensa. Quanto ao “pluralismo interno” também abonado pelo direito constitucional, deve ser entendido como opção do próprio veículo de comunicação social, na esteira de sua liberdade editorial.

O princípio da liberdade de expressão resguarda não somente os interesses do emissor da manifestação, mas também os interesses da sociedade em geral, que pode se tornar mais preparada para o debate político, com o conhecimento das mais variadas espécies de opinião (SARMENTO, 2013, p. 255). Isso conduz o homem a sentir-se possuidor de todas as liberdades. Sobre o tema, importante reproduzir a lição de Canotilho (2015, p. 26):

A liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente. Com essa qualidade, ela integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica.

Importante considerar que o princípio da liberdade de expressão tem um conteúdo amplo, que, no entanto, didaticamente, pode ser dividido em duas vertentes principais: o direito de manifestação de pensamento e o direito de divulgar fatos. Toda e qualquer manifestação do pensamento está, *prima facie*, resguardada

pela liberdade de expressão, desde que não violenta e agressiva, mesmo que impopular ou considerada perigosa para maioria da população (SARMENTO, 2013, p. 255).

A proibição da manifestação de pensamento no Estado Democrático de Direito representaria um retrocesso e um paradoxo, já que as ideias polêmicas, mesmo que inovadoras, que com o passar do tempo poderiam beneficiar concretamente e ser reconhecidas por toda a sociedade, se veriam isoladas do público em geral, o qual não poderia sequer optar por assentir com o seu conteúdo, por não conhecê-lo, o que implicaria uma notória homeostase do *status quo* e, por conseguinte, um impedimento direto à evolução do ser humano e ao seu direito de liberdade.

A liberdade de expressão permite, ainda, que os indivíduos se manifestem inclusive contrariamente sobre a tipificação de determinadas condutas consideradas como crime, pelo Estado, concepção que pode ser superada ao longo do tempo e, para tanto, depende da manifestação popular, como vem ocorrendo atualmente com a discussão sobre a possibilidade de liberação da maconha<sup>16</sup> para uso próprio e, como foi, no passado, a discussão sobre a descriminalização da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, culminando no acolhimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 54<sup>17</sup> e sendo tramitado no Supremo Tribunal Federal, o qual colocou fim às interpretações que equiparavam tal prática ao aborto.

A liberdade de expressão é amplamente garantida pela Constituição, desde que não viole, no caso concreto, o direito à intimidade. Isso porque, conforme postula Barroso (2015, p. 153), não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um (valor constitucional) sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635659, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> >. Acesso em: 14 nov 2015.

<sup>17</sup> FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 50, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> >. Acesso em: 14 nov 2015.

concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.

E a liberdade de expressão, não raramente, está em rota de colisão com o princípio da intimidade. O direito de expor fatos sobre a vida de alguém não impede que essa pessoa preserve sua intimidade, porque a própria Constituição Federal prevê, no §1º do artigo 220<sup>18</sup>, que a manifestação encontre limite no artigo 5º, inciso, X, da Constituição Federal<sup>19</sup>, que também estabelece um valor positivado como princípio, conforme será tratado no próximo tópico.

O valor da intimidade foi positivado constitucionalmente como princípio e pode ser extraído do texto do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal vigente, que prevê que “[...] *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.<sup>20</sup>

A depender do caso concreto, ao valor positivado como intimidade pode se contrapor ao da liberdade de expressão. Isso porque o direito à intimidade pode fornecer ao indivíduo um poder de controle da movimentação contínua das informações sobre ele, sendo que, para Sampaio (apud CANOTILHO et al, 2013, p. 282), tais “[...] informações que se encontram protegidas são aquelas de caráter ‘privado’, ‘particular’ ou pessoal. É o mesmo que dizer, ainda que sob os riscos da tautologia, aquelas informações associadas às particularidades do ser”.

O valor positivado da intimidade garante ao indivíduo proteção contra a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa (FARIAS, 2000, p.140). Referido princípio normativo impede que as pessoas em geral, e mesmo as personalidades públicas, como, por exemplo, nossos governantes, tenham determinados fatos de sua intimidade escancarados, desde que referidas informações não tenham conexão com assuntos de interesse público. O objetivo a

---

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.51ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 153.

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.51ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 5.

<sup>20</sup> BRASIL. idem.

ser alcançado é o da preservação da paz íntima da pessoa (FARIAS, 2000, p. 143). Sobre este tema, torna-se esclarecedora a lição de Canotilho et al (2013, p. 65-66):

Os indivíduos dispõem de um direito à reserva de intimidade da vida privada e familiar. No direito brasileiro isso decorre expressamente do art. 5º, X, da Constituição Federal de 1.988. Ele é por vezes sugestivamente designado, num artigo que se tornou clássico, como “right to be left alone” ou também “right to enjoy life”, surgindo, por esse motivo, nalguma doutrina, associado ao direito de felicidade. Em termos jusfundamentais, ele radica nos valores da dignidade e da autonomia individuais, que perderiam uma parte substancial da sua relevância se ao indivíduo fosse negado todo e qualquer perímetro de privacidade individual. O direito à privacidade pode estar intimamente relacionado com outros direitos, como a imagem e a palavra ou a inviolabilidade do domicílio e das comunicações, dada a sua finalidade focada na proteção de dimensões materiais de elevado significado pessoal e íntimo.

O progresso tecnológico alterou sensivelmente o conceito de intimidade ou o alcance do que aqui nos referimos como princípio da intimidade, já que os meios de captação de imagem das pessoas, em locais públicos, são os mais diversos e criativos atualmente. Nesse contexto, surge a discussão sobre a possibilidade de proteção da intimidade da pessoa em locais públicos e sua amplitude. A pessoa que está em um local público pode ter suas imagens ou sua intimidade captada e divulgada indistintamente?

Entende-se que não. Qualquer pessoa tem direito a ter momentos de paz e sossego num local público, sem ter a sua intimidade devastada. Adotar o entendimento contrário, com o devido respeito, seria atentar não somente contra o princípio da intimidade, mas também contra o princípio da liberdade, já o indivíduo deveria sempre se manter num recinto fechado, como a sua casa, para viver momentos de tranquilidade, afeitos à vida privada. Acerca do tema, interessante a posição do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (NEVES apud STOCO, 2015, p. 35), que já em 1.989 entendeu que determinada mulher que praticava topless numa praia de nudismo não poderia ter sua imagem divulgada sem o seu consentimento, conforme podemos observar na reprodução abaixo:

I – A Constituição da República, no seu art. 26, consagra o direito de todos os cidadãos “a imagem e a reserva da intimidade da vida privada e familiar”. II – Por sua vez, o art. 79 do Código Civil, inserido na secção II sobre direitos de personalidade, estipula também, no seu n. 1, que “o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela”, e

no seu n.2 que “não é necessário consentimento da pessoa retratada quando assim os justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenha, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugar público ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente” e ainda no seu n. 3 se consigna que “o retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio se de facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada”. III – Age com culpa, praticando facto ilícito passível de responsabilidade civil nos termos dos arts. 70 e 483 e ss. Do Código Civil, o jornal que, sem o seu consentimento e não sendo ela pessoa pública, fotografa determinada pessoa desnudada e publica essa fotografia numa das edições. Não obstante o facto de a fotografia ter sido obtida quando a pessoa em causa se quase que completamente nua na “praia de Meco”, considerada um dos locais onde o nudismo se pratica com mais intensidade, número e preferência, mesmo que se admita ser essa pessoa fervorosa adepta do nudismo. IV – E facto notório que a publicação em um jornal de grande divulgação e expansão de um retrato da autora em “topless” sem o seu consentimento se tinha de repercutir forçosamente na reputação e honra da retratada e, só por si, gerar prejuízos para ela, tendo, por isso, direito a ser ressarcida pelos mesmos”.

O que aqui se denomina princípio da intimidade guarda estreita relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no artigo 1º, III, da Constituição Federal<sup>21</sup>, tendo em vista que o indivíduo tem direito ao sossego, ao recolhimento íntimo, à faculdade de fazer certas coisas livremente, mesmo em locais públicos, sem que outros possam interferir nessa realização pessoal.

Admitir o contrário seria privá-lo de exercer sua plena capacidade de viver, o que contrariaria diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, certos atos da vida de determinados indivíduos são de interesse público, o que implica dizer que o direito à intimidade também não é absoluto, colidindo com o princípio da liberdade de expressão.

Sobre a necessidade de que o conflito entre liberdade de expressão e outros princípios, Daniel Sarmiento (2013, p. 257) ressalta a necessidade de que a referida colidência seja resolvida levando em consideração o caso concreto, dentro de um processo de ponderação de princípios consistente, já que a liberdade de expressão, como qualquer princípio, não constitui um direito absoluto:

---

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.51ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 2.

A liberdade de expressão não constitui um direito absoluto. De acordo com o famoso exemplo invocado pelo juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes, esta liberdade não vai ao ponto de proteger a pessoa que grita “fogo” no interior de um cinema lotado. São inúmeras as hipóteses em que o seu exercício entra em conflito com outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Tais conflitos devem ser equacionados mediante uma ponderação de interesses, informada pelo princípio da proporcionalidade, e atenta às peculiaridades do caso concreto.

[...], o Ministro Gilmar Ferreira Mendes registrou, no voto condutor que proferiu no RE 511.961/SP, que as restrições à liberdade de expressão em sede legal são admissíveis, desde que visem a promover outros valores e interesses constitucionais também relevantes e respeitem o princípio da proporcionalidade. Esta posição se afigura mais correta e consentânea com a teoria geral dos direitos fundamentais.

Afirmar que a liberdade de expressão é um princípio absoluto ou um *super princípio*, que em nenhum momento poderia ceder à intimidade ou à vida privada, seria o mesmo que fazer *tabula rasa* ao artigo 5º, X, da Constituição Federal<sup>22</sup>, ou, ainda, desconsiderar sua existência. Interessante, sobre o tema, a preleção de Rui Stocco (2015, p. 392-393):

Em verdade, para que se possa encontrar solução para o conflito entre direito à intimidade e outros direitos ou interesses também tutelados pela ordem jurídica é indispensável “confrontar e sopesar os valores em jogo para decidir, conforme as circunstâncias, qual deles há de ser, e em que medida, sacrificado em benefício do outro”. É certo que sem liberdade de manifestação e de opinião, assegurados constitucionalmente, não se há falar em democracia.

Sua ausência constitui a pior ameaça à liberdade de um povo.

Somente o acesso às informações (verídicas, imparciais e inspiradas pelo interesse público), é que viabiliza ao ser humano a oportunidade de desvendar fatos ocorridos sobre os quais almeja formar um juízo de valor.

[...]

Contudo, o que se cobra é um comportamento ético da Imprensa e uma postura de dignidade e fidelidade.

Em algumas oportunidades certo segmento da Imprensa, nem sempre divulga notícia, mas, ainda, que excepcionalmente, “cria a notícia”. Ou seja, não reproduz fatos mas “cria” e dá vida aos fatos que lhe interessa.

Outras vezes divulga fatos verdadeiros, mas carrega de tintas, exagera nos adjetivos, transforma indiciado em réu e suspeito em autor de crime.

Não se permitem esses exageros e despropósitos. Nem a caricaturização de notícias sérias, com força de ofender e desmoralizar.

<sup>22</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.51ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 5.

Nesses casos e excepcionalmente, no cotejo entre o direito de resguardo e o direito de divulgar, prevalece o primeiro.

Liberdade de expressão não é um “cheque em branco a ser preenchido ao bel prazer do possuidor”. A despeito de se estar blindado pela liberdade de expressão, não se pode produzir notícias inexistentes, ofender a honra ou escancarar a intimidade de uma pessoa, ainda que os fatos narrados sejam verdadeiros, como assevera Daniel Sarmiento (2013, p. 258):

O direito à privacidade também pode entrar em colisão com a liberdade de expressão, quando o conteúdo da manifestação ensejar a revelação ao público aspectos da vida privada dos indivíduos. Estas tensões se avolumam na sociedade contemporânea, em razão do apetite nem sempre saudável dos setores da mídia e da sociedade sobre informações a respeito da vida íntima das celebridades, bem como em razão dos avanços tecnológicos, que permitem que se devesse muito mais a esfera privada das pessoas. [...].

A questão da veracidade dos fatos reportados funciona aqui de maneira peculiar: a inveracidade comprovada é certamente um fator que pode justificar eventuais restrições à liberdade de expressão, mas a veracidade não é argumento definitivo contra a proteção da privacidade. Afinal, tal direito compreende a faculdade do titular de não ver revelados a terceiros aspectos íntimos verdadeiros de sua vida. Finalmente, outro elemento importante é a forma pela qual foram obtidas as informações de caráter privado, pois a liberdade de expressão não constitui licença para prática de atos ilícitos que objetivem a colheita dessas informações. Assim, a proibição das provas obtidas ilicitamente também se estende ao domínio comunicativo.

O Professor Antônio Carlos Mendes (1999, p. 79) ressalta que os meios de comunicação devem guardar o respeito à ética e limites no direito positivo:

A imprensa, o rádio e a televisão e os outros meios de comunicação têm um dever ético e um dever jurídico de veracidade na divulgação das informações. O direito ocupa-se desse fenômeno inerente à liberdade de imprensa, traduzindo-o como limites imanentes, estabelecendo-os expressa ou implicitamente, no âmbito do direito positivo.

A veracidade da divulgação da informação é um desses limites imanentes.

Por sua vez, Canotilho (2015, p.97), depois de chamar a atenção para precedência geral (maior peso em abstrato) da liberdade de expressão sobre a intimidade e para nocividade da censura, pondera ser possível a proibição da divulgação de determinado conteúdo em casos extremos, nos quais se possa verificar a violação de outros direitos fundamentais, de acordo com citação abaixo:

Só em situações extremas será razoável o recurso a providências cautelares ou decisões definitivas de uma ordem proibitiva da publicação de biografias não autorizadas. Uma providência cautelar ou uma decisão definitiva proibitiva de uma determinada biografia não autorizada são, para todos os efeitos, intervenções restritivas postuladoras de justificação informada. Por isso, fora dos casos extremos apoiados num processo devido de ponderação de bens constitucionalmente razoável funciona a proteção secundária, com eventual abertura para uma responsabilidade civil extracontratual de entidades públicas ou privadas, acusadas de violação de liberdade de expressão.

O ofendido pela divulgação de qualquer conteúdo considerado impróprio pode lançar mão do seu direito de ação, constitucionalmente garantido, pedindo ao Judiciário para suspender a veiculação desse conteúdo, o que pode ser deferido, para o caso concreto, com base no princípio da intimidade.

E o ofendido que busca o Judiciário tem direito ao cumprimento da tutela específica, consistente na obrigação de não fazer – não publicar o conteúdo ofensivo ou que viola a intimidade –, preferencialmente ao direito de indenização, pois uma vez violado o direito da personalidade, a exemplo da intimidade, não será mais possível o retorno ao estado anterior à violação, tendo em vista que a dignidade humana, na qual está lastreada a intimidade, não é viável de ser precificada, entendimento extraído da máxima kantiana de que as pessoas são um fim em si mesmo e não um meio. Como ensina Teresa Ancona Lopez (apud STOCO, 2015, p.1039):

O conceito jurídico de dignidade é fundamentado na filosofia e na moral, ou melhor, na filosofia moral. O art. 1º, III da CF tem como fonte o personalíssimo ético, ideia que vem dos iluministas do século XVIII, mas que tem em Kant seu principal expoente. O texto básico do filósofo mencionado é aquele que está na obra metafísica dos costumes (1785), pois foi nesta obra que criou a expressão “personalíssimo ético”. Kant mostra que os seres humanos são fins em si mesmos e não meios. Sendo emblemática a sua afirmação de que o ser humano tem dignidade e que todo o resto tem preço. Também na sua *Crítica da razão prática* (1788), ao formular seu segundo imperativo categórico, preceitua: “Age de tal forma que trates a humanidade tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”. Em suma, a pessoa é um fim em si mesmo e essa é a sua dignidade. A vida humana, desse modo, é intangível.

Levando tais afirmações em consideração, verificamos que foi o que decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos do recurso de apelação nº

556.090.4/4-00<sup>23</sup>, envolvendo a veiculação de um vídeo de uma apresentadora no *Youtube*, no qual ela mantinha relações íntimas com seu namorado, na praia de Cadiz, Espanha. Estavam em rota de colisão alguns valores positivados como princípios na Constituição Federal vigente, os quais versam sobre direitos fundamentais do indivíduo, especialmente liberdade de expressão, intimidade, honra e imagem.

Como se pode observar na teoria geral desenvolvida nos itens anteriores, a ponderação de princípios deve levar em consideração as nuances do caso concreto. Logo, ao ser demonstrado nos autos que o vídeo não se limitava a expor fatos da vida pública da apresentadora, de interesse geral da população, e que teriam alguma utilidade, caracterizada estaria uma violação ao direito de intimidade e à vida privada da apresentadora.

É importante ressaltar, ainda, ainda que a exposição do vídeo denegriu a imagem e a honra da apresentadora, motivo pelo qual referido comportamento não poderia ser tolerado com base no argumento de que os meios de comunicação se valeram do seu direito à liberdade de expressão, garantido constitucionalmente. Isso porque, conforme já trazido em nossas discussões pela presente pesquisa, não há princípios com “*precedência geral*” absoluta em relação a outros, ou seja, princípios que sempre prevalecem quando em rota de colisão com outros princípios.

No referido caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu<sup>24</sup>, julgando o recurso de apelação, que a manutenção do vídeo na internet, por meio de canais como *IG*, *GLOBO* e *YOUTUBE*, violaria a intimidade, privacidade, honra e imagem da apresentadora e seu namorado, e que o direito à liberdade de expressão não é capaz de autorizar a veiculação do vídeo íntimo na internet. Os princípios da intimidade e dignidade da pessoa humana prevaleceram sobre o princípio da liberdade de expressão. Referida regra pode ser aplicada para casos similares, do ponto de vista fático (fatos análogos) e jurídico (envolvendo a colisão entre os mesmos princípios).

---

<sup>23</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 556.090.4/4-00. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Ênio Santarelli Zuliani. São Paulo, 12 de junho de 2008.

<sup>24</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 556.090.4/4-00. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Ênio Santarelli Zuliani. São Paulo, 12 de junho de 2008.

### **2.3.5. Pós-positivismo: um sistema aberto a valores positivados como princípios também concebidos como mandamentos nucleares do sistema jurídico**

Em contraposição ao sistema positivista, que estabelecia uma divisão rígida entre o direito e a moral, preconizando que o sistema jurídico era avaliativo e encontrava fundamento em si mesmo, o pós-positivismo permite uma abertura do direito a valores, e, ainda, uma conexão entre direito e moral. Carla Faralli (2006, p.5-6) assim se manifesta a respeito:

Assim, com a queda da rígida distinção entre direito e moral, que caracterizava o positivismo jurídico até Hart, abre-se um novo caminho para uma filosofia do direito normativa, empenhada em questões de grande repercussão política e moral, em estreita conexão com a filosofia política e filosofia moral.

[...]

Os grandes temas do debate contemporâneo tornaram-se, ou melhor, em alguns casos, voltaram a ser, numa perspectiva internacional, a justiça, os direitos fundamentais do homem, a imparcialidade ou neutralidade do Estado, enriquecidos por novos elementos como o direito das minorias culturais, o multiculturalismo, os direitos dos animais, o direito do ambiente, os direitos do nascituro, a eutanásia etc.

Também se admite que os princípios jurídicos, representados por valores positivados, propiciam uma abertura no sistema jurídico, o que permite haver uma mudança e evolução no sistema, conforme os valores se alteram. Parece ser este o sentido da preleção de Claus-Wilhelm Canaris (2012, p. 101-103) quando este postula sobre a abertura do sistema jurídico e os princípios a ele inerentes:

Com a definição do sistema como uma ordem teleológica de princípios gerais do Direito, ficou determinado, nas suas características mais importantes, o conceito de sistema; no entanto, são necessárias, ainda, precisões nalguns pontos. Duas qualidades do sistema desempenham na discussão jurídica actual, um papel largo que ainda não foi abordado, no decurso, já efectuado, da investigação e que se vai examinar de seguida: a <<abertura>> e a <<mobilidade do >> do sistema. O que se pretende dizer com isso? No que toca, em primeiro lugar, à abertura, encontram-se, na literatura, utilizações linguísticas diferentes. Numa delas, a oposição entre sistema aberto e fechado é identificada com a diferença entre uma ordem jurídica construída casuisticamente e apoiada na jurisprudência e uma ordem dominada pela ideia de codificação; nesse sentido, o sistema do Direito alemão actual deve-se considerar, pela sua estrutura, sem dúvida como fechado. Na outra, entende-se, por abertura e incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema; neste sentido, o sistema da nossa

ordem jurídica hodierna pode caracterizar-se como aberto. Pois é um facto geralmente conhecido e admitido o de que ele se encontra numa mudança permanente e que, por exemplo, o nosso sistema de Direito privado surge, no essencial, diferente do imediatamente posterior à promulgação do BGB ou do ainda há trinta anos existente. Esta mudança, em cujo decurso foi descoberta uma séria de <<novos>> princípios, tem sido descrita com frequência e só precisa, aqui, de ser indicada.

Assim, e quanto factos construtivos e modificativos do sistema desenvolveram-se: o princípio do risco, na responsabilidade objectiva, o princípio da confiança, na responsabilidade pela aparência jurídica e na doutrina da *culpa in contrahendo* e o princípio da equivalência material no instituto da alteração das circunstâncias; de modo semelhante, o princípio da boa fé demonstrou, na *exceptio doli*, na doutrina da *supressio* ou na multiplicidade dos deveres de comportamento desenvolvidos a partir dela, uma inegável força de alteração do sistema.

Eros Roberto Grau (2014, p. 23-24) disserta que o sistema jurídico é aberto, evolui e se modifica, supondo uma ordenação e unidade por ser estruturado por princípios jurídicos, conforme declara:

Um sistema supõe ordenação e unidade (ordenação interior e unidade de sentido).

No direito, dominado pelos sentidos axiológico e teleológico a ideia de ordenação conduz à de adequação: tanto o legislador como o juiz devem tomar adequadamente os dados, axiológicos, do direito [Canaris 1989/18]. Daí cuidar-se, no caso do direito, de adequação valorativa.

Podemos definir sistema jurídico (cada sistema jurídico) como uma ordem teleológica de princípios gerais do direito [Canaris 1989/77]. Não se trata, note-se bem, de ordem de normas, conceitos, institutos, valores ou axiomas, mas de ordem de princípios gerais.

A conexão aglutinadora das normas que compõem o sistema jurídico – daí sua unidade – encontra-se nos princípios gerais do direito (de cada direito).

[...]

O sistema jurídico é um sistema aberto, não fechado. Aberto no sentido de que é incompleto, evolui e se modifica.

A abertura do sistema científico decorre da incompletude e da provisoriade do conhecimento científico.

O sistema jurídico composto por valores positivados como princípios é um sistema aberto. A respeito do tema, especificamente sobre a abertura do sistema constitucional, importante trazer a contribuição de Glauber Salomão Leite e Glauco Salomão Leite (2008, p. 28-29) sobre o assunto:

Conforme já ressaltado, a Constituição se apresenta como um conjunto de normas jurídicas que dispõe sobre o modo e a forma de existência de uma dada unidade política.

Este conjunto de normas jurídicas, cujas espécies são os princípios jurídicos e as regras constitucionais, assumem a forma sistemática, é dizer, a Constituição é também um sistema normativo. Mais ainda, é um sistema normativo aberto composto por regras e princípios.

[...]

A abertura constitucional permite a realizabilidade do Direito Constitucional Material, por parte daqueles encarregados de aplicar a Norma Maior. Certamente, não podemos olvidar do fato de esta estrutura aberta do texto constitucional ser devida em grande parte em razão da presença dos princípios na constituição. A presença de normas principiológicas na Lei Maior conduz a uma flexibilidade da Constituição. Ora, se a Lei Fundamental tem a pretensão de durabilidade, de perenidade, além de ela própria conceber mecanismos para atualização de suas normas quando do momento adequado e portanto, necessário, faz-se mister, também, que os intérpretes (Ciência do Direito Constitucional, Jurisdição Constitucional etc.) da Constituição criem instrumentos outros para contínua persecução da finalidade já mencionada.

Conforme ensina Willis Santiago Guerra (2008, p. 226), a abertura do sistema jurídico, por meio dos princípios, proporciona a solução de casos concretos com a finalidade de alcançar a pretensão de justiça, de forma distinta da lógica vinculativa hipótese-consequência, de acordo com sua afirmação:

Os valores jurídicos perdem sua conotação subjetiva e pessoal na medida em que se expressam em normas, dentro de um ordenamento objetivo, passíveis de serem harmonizadas em um sistema coerente que, apesar de abstrato, volta-se para a resolução dos problemas práticos da vida jurídica. O sistema normativo, portanto, não é mais concebido como um conjunto fechado de regras, que, para cada fato, apresentaria a consequência jurídica decorrente, mas sim, com um sistema aberto, para dar conta das peculiaridades de cada caso concreto. Isso significa uma abertura para, em certas hipóteses, tomar decisões sobre problemas jurídicos lançando mão de recursos outros, que não o das proposições normativas (Rechtssätze), com seu esquema limitado ao estabelecimento de uma relação vinculativa entre uma hipótese legal (Tatbestand) e sua consequência (Rechtsfolge), como são os princípios fundamentais (Reschtsgrundsätze) e as máximas universais de justiça (topoi), os quais, apesar de terem uma carga valorativa muito maior, são dotados da necessária existência objetiva e independente da vontade individual.

Os princípios, além de serem concebidos como normas tendentes a concretizar direitos, propiciando uma abertura do sistema jurídico, o que pode ser feito por meio de um método adequado, como a ponderação de princípios, explicitada anteriormente, também estruturam o ordenamento jurídico. São mandamentos nucleares do sistema jurídico, como pondera Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 54):

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Nesse caso os princípios não são concebidos como normas, mas como vetores de interpretação que orientam a aplicação de outras normas, tornando, assim, o conjunto normativo unitário, um todo ordenado, como pondera Ricardo Marcondes Martins (2012, p. 25-26) na seguinte preleção:

Perceba-se: na segunda fase, princípio não é norma jurídica, é vetor de interpretação de normas, critério ordenador de normas, é, enfim, o que faz do conjunto normativo um todo unitário, um sistema. Não é norma, insiste-se, não tem a estrutura lógica: H → C. Princípio é uma ideia chave para interpretar normas, para entendê-las, para compreendê-las.

[...]

Deveras: na segunda fase, princípio jurídico é enunciado lógico e não uma norma jurídica; sua função é possibilitar a compreensão das normas ou permitir a avaliação de sua validade e não disciplinar a conduta. Por isso: exige uma norma a ser compreendida, interpretada ou avaliada. Toda ideia nuclear do Direito, toda noção de suma importância, sem a qual o sistema jurídico muda substancialmente, é um princípio jurídico.

Perceba-se: o conceito é fundamental e indispensável para que haja Ciência, sem princípio não há sistema e sem sistema não há Ciência. Sem embargo, os princípios jurídicos, na segunda fase, para surtirem efeitos no mundo fenomênico dependiam da prévia elaboração das normas jurídicas.

Desta forma, além de atuarem como normas, os princípios servem para conferir unidade ao sistema jurídico, fazendo com que esse sistema deixe de ser um amontoado de normas e passe a ter coerência, como pondera Ricardo Marcondes Martins (2012, p. 21-22):

No momento em que o Direito começou a ser tratado como Ciência, os juristas passaram a procurar critérios racionais por trás do conjunto das normas jurídicas, critérios que dão estrutura a esse conjunto, que dão às normas uma ordem, estabelecem uma ordenação, um ordenamento, que estabelecem, enfim, relações de coordenação e de subordinação entre as normas. Estudar o Direito passou a ser, mais do que conhecer o conjunto de normas, conhecer esses critérios de ordenação. Os elementos que fazem do Direito um sistema tornam o conjunto de normas mais do que um amontoado de normas, mais do que uma simples soma, tornam-no um verdadeiro ordenamento, um todo coerente: são os princípios jurídicos, idéias-chave, fundamentais que estão por trás do conjunto das normas jurídicas vigentes.

Como bem observam Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior (2014, p. 461), trata-se de um sistema aberto que evolui com o objetivo de acompanhar as mudanças sociais:

Nesse contexto, ou o Juiz acha a solução adequada para um caso dentro do conjunto de respostas oferecidas pelo sistema, ou volta atrás e reformula o sistema. O que importa é que ele assuma o mecanismo de decisão sempre em funcionamento para novas alternativas dentro do sistema; que ele assuma o sistema que ofereça melhor possibilidade de reformulação da regra de adaptação social.

Por isso se entende que o Direito não pode prescindir, na atualidade, de direcionar-se para o denominado sistema aberto, sob pena de não poder acompanhar as mudanças que se desenvolvem a cada minuto no meio social. É possível que o jurista possa superar a crise do envelhecimento do Direito posto sem que faça uso de método de trabalho que supere o anacronismo da lei, desde que se comprometa com o procedimento decisório e o trabalho de resolver conflitos, participando diretamente do poder criador do Direito e exercendo parcela do Poder.

Os princípios podem ser concebidos como normas, que concretizam direitos, na maior medida do possível, ou, então, como mandamentos nucleares desse sistema, os quais servem para estruturá-lo e, ainda, funcionam como vetores de interpretação, orientando a aplicação de regras. Propiciam, ainda, uma abertura do sistema jurídico a valores e, com isso, permitem a evolução deste sistema como se fosse um organismo vivo.

### 3. Princípios ainda concebidos como normas de colmatação no Brasil Contemporâneo

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.<sup>25</sup> A regra que se pode extrair do referido texto legal indica que os princípios funcionarão como normas de colmatação, aplicada de forma subsidiária à lei, da mesma forma como concebidos pelo positivismo (item 2.2.2.), ou seja, no caso de lacunas na lei, os princípios serão utilizados para resolver o caso concreto. A esse respeito, torna-se importante pontuarmos o entendimento de Silvio Salvo Venosa (2003, p. 50) sobre o tema:

Conceituar princípios gerais de direito é uma tarefa árdua que se perde em um sem-número de teorias de ordem filosófica, incompatíveis com os propósitos do presente livro.

O legislador, enfim, coloca os princípios gerais do direito como fonte subsidiária, no decantado art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Por esses princípios, o intérprete investiga o pensamento mais alto da cultura jurídica universal, buscando uma orientação geral do pensamento jurídico.

[...]

Viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um aquilo que é seu. A invocação desses princípios pelo julgador, na lacuna da lei, ou mesmo em sua interpretação, constitui um ideal da mais alta justiça.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2012, p. 212) ressalta que a legislação pátria ainda prevê que os princípios são meios supletivos de colmatação de lacunas, conforme atesta:

À razão jurídica pertencem as questões referentes à analogia e aos princípios gerais do direito. Ambos são expressamente mencionados pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil como meios supletivos em caso de lacuna da lei. A analogia, que examinaremos quando tratarmos do modelo hermenêutico, é forma típica de raciocínio jurídico pelo qual se estende a *facti species* de uma norma a situações semelhantes para as quais, em princípio, não havia sido estabelecida. Não é propriamente, fonte do direito, mas instrumento técnico de que se vale o juiz para suprir lacuna. A norma dele resultante é, então, norma jurisprudencial *praeter legem*.

No mesmo sentido preleciona Renato Poltronieri (2012, p. 42-43):

---

<sup>25</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 4 nov 2015.

Confira-se o disposto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que assim estabelece: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Assim, o ordenamento brasileiro já previu a solução para casos de omissão da lei. Uma norma deve ser aplicada com vistas ao ordenamento e essa integração é fator importante para torná-lo mais harmônico e coeso.

No entanto, a fonte do direito é a lei e a própria lei prevê a conduta que obriga o juiz a recorrer-se de métodos de integração. Desse modo, não há, a rigor, a necessidade de se retomar o conceito de “fonte”, pois, sendo a norma (lei) aplicada, todo o resto é mero desdobramento da efetiva aplicação.

Assim, analogia, costumes e princípios gerais do direito, citados no dispositivo legal, devem ser entendidos como ferramentas ou instrumentos (métodos integrativos) que permitem a completude do ordenamento jurídico e não como fontes do direito no mesmo sentido de lei, já que não concorrem com ela e, sim, foram previstos por ela.

A concepção dos princípios jurídicos como normas de colmatação, ainda hoje existente, remonta à promulgação da lei 4.657, de 4 de setembro de 1942<sup>26</sup>, então denominada Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Aliás, a redação do artigo 4º do referido texto legal, que se refere aos princípios, continua a mesma, motivo pelo qual o entendimento sobre a sua função também não poderia deixar de ser outro, qual seja, devem ser utilizados subsidiariamente à lei, como podemos observar a partir da lição de Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho (1943, p. 150):

Quando a lei ou o costume, convenientemente interpretados, não forneçam uma disposição que possa disciplinar a espécie de fato submetida a exame, e não haja possibilidade de, naturalmente, sem qualquer expediente lógico, que force a adaptação, dar aplicação a preceito de lei, regulador de caso análogo, o intérprete, não podendo deixar a questão sem solução, é levado a desenvolver a atividade indispensável, para fixar a regra, com que a decidirá.

Para isso terá de buscá-la noutra fonte; e, sendo certo que a analogia não pode ser considerada fonte do direito, com caráter próprio, pois não é possível desconhecer que a fonte é, em última análise, a lei, de onde se tirou a regra, que vai aplicada analogicamente, outro tanto não acontece, se se tem precisão de recorrer a elementos absolutamente estranhos [sic]<sup>27</sup> às duas fontes formais, para obter o preceito disciplinador; e, já que, nessa contingência, serão os princípios gerais do direito o elemento fornecedor da regra, podem ser considerados verdadeira fonte supletiva.

---

<sup>26</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De14657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm)>. Acesso em: 4 nov 2015

<sup>27</sup> Linguagem escrita que prevalecia à época da redação do texto, qual seja, 1943.

O artigo 108 da Lei 5.172/66<sup>28</sup>, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional, também dispõe que na ausência de disposição normativa expressa, a autoridade tributária poderá lançar mão dos princípios gerais do direito como meio de suprir a referida lacuna:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

A jurisprudência vem admitindo a utilização dos princípios como meios adequados a suprir lacunas legislativas, conforme se pode concluir a partir da decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>29</sup> sobre o tema:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS PARLAMENTARES – IPC. EXTINÇÃO. RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES. DIREITO DOS ANTIGOS E ATUAIS CONGRESSISTAS.

1. O Direito Tributário contém regras de hermenêutica para as hipóteses de lacunas legais, determinando, em seu art. 108, verbis: Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade. §§ 1º e 2º [...].

A Consolidação das Leis do Trabalho<sup>30</sup> também admite que os princípios sejam utilizados como meios subsidiários de solução do caso concreto, se a resposta para o conflito não for encontrada na lei:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o

---

<sup>28</sup> BRASIL. Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm) >. Acesso em: 15 nov 2015.

<sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1122387, Primeira Seção. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200901217514&dt\\_publicacao=10/09/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901217514&dt_publicacao=10/09/2010) >. Acesso em: 15 nov 2015.

<sup>30</sup> BRASIL. Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm) >. Acesso em: 15 nov 2015.

caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

A jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região<sup>31</sup>, da mesma forma, prestigia a utilização de princípios como forma de suprir lacunas legislativas, conforme se observa no aresto abaixo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. C. VÁLE COOPERATIVA AGROINDUSTRIAL. TRANSPORTE COLETIVO CONTRATADO POR SINDICATOS, MUNICÍPIOS E ASSOCIAÇÕES NO INTERESSE PÚBLICO DE TODA UMA REGIÃO, DE VÁRIAS CENTENAS DE TRABALHADORES, E CUSTEADO PELA EMPREGADORA. LICITUDE.

Não há dúvidas de que efetiva forma de oposição aos atos contrários ao direito se faz através do instituto da tutela inibitória, exercitado com o intuito de imputar ao demandado obrigações de fazer e não-fazer que impeçam condutas futuras írritas ao direito, ao invés de aguardar eventual dano para postular a tutela reparatória. "In casu", inegável que é interesse dos Municípios e, sobretudo, dos trabalhadores residentes em cada um deles, propiciar o pleno emprego e todos os benefícios que o acompanham, agregados ao crescimento econômico e social de cada localidade. Evidente, ainda, que é interesse da C. Vale angariar a mão-de-obra que não lhe é suficientemente disponível em Palotina; mas, ao seu proveito privado sobrepõe-se o interesse público de toda uma região, de várias centenas de trabalhadores. A LICC enuncia um princípio geral: "Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum." A CLT é expressa: "Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público." O provimento da pretensão importaria autorizar, a pretexto de uma pseudoproteção, um retrocesso econômico e social de prejuízo imensurável aos municípios e, em última análise, aos próprios trabalhadores. Primordialmente, porque não há base legal para impor à C. Vale que faça, diretamente e por conta própria, o transporte de seus empregados (art. 5.º, II, da Constituição Federal). A ausência desta obrigação legal autoriza reconhecer que ela não fornece a condução - tampouco tenta simular este fornecimento. São as entidades que, licitamente e por interesse social, contratam o transporte, sem se

---

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 7722009655906 PR 772-2009-655-9-0-6, Primeira Turma. Relator: Ubirajara Carlos Mendes. Disponível em < <http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18886891/7722009655906-pr-772-2009-655-9-0-6-trt-9> >. Acesso em: 15 nov 2015.

observar ofensa ao art. 9º da CLT. Se o empregador custeia o transporte coletivo público que está disponível ao empregado, lícito à C. Vale custear o transporte coletivo fretado que os municípios, associações, agências e sindicatos, por inegável interesse próprio, disponibilizam aos seus munícipes, sendo autorizado o desconto, a teor dos arts. 4º e 8º da Lei n.º 7.418/85. Recurso do Ministério Público a que se nega provimento.

Com base no que foi exposto neste tópico, pode-se concluir que ainda hoje, no Brasil, os princípios são utilizados como normas de colmatação, de forma subsidiária a lei e com o objetivo de suprir lacunas, por força do disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no artigo 108 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) e no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, da mesma forma como deveriam ser utilizados para a escola do pensamento positivista (item 2.2.2.). Esclarece-se, ainda, que são normas porque extraídos do ordenamento jurídico, possuindo a mesma natureza, ainda que não sejam normas expressas.

#### 4. Princípios extraídos de textos das fontes expressos ou não

Conforme preleciona Ricardo Guastini (2005, p.24), a atribuição de sentido a um texto normativo é uma atividade mental, uma atividade do espírito; não é suscetível de análise lógica, mas de investigação psicológica; trata-se do discurso do intérprete. Um texto normativo é qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa, identificável como fonte do direito, dentro de um determinado sistema jurídico.

Para o mesmo autor, enunciados interpretativos são atribuições de sentido construídas a partir de um texto normativo e podem ser representadas no seguinte esquema estrutural figurativo: T significa S (GUASTINI, 2005, p. 24). Disposição é qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes. Norma é todo enunciado que constitua o sentido atribuído por qualquer uma disposição. A disposição é um texto por ser interpretado. A norma é um texto interpretado (GUASTINI, 2005, p. 25).

Quando distinguem disposição de norma, os juristas têm o hábito de fazer uma correspondência bi-unívoca de disposição e norma, ou seja, cada disposição corresponderia a uma norma e cada norma corresponderia a uma disposição. Esta postura pressupõe uma doutrina normativista do direito e formalística e interpretação (GUASTINI, 2005, p. 34).

Ainda para Guastini (2005, p.34), não existe correspondência bi-unívoca entre norma e disposição, ou seja, nem sempre uma disposição tem o potencial de produzir uma norma e nem sempre uma norma é extraída de uma disposição. Toda disposição é mais ou menos vaga, de forma que se pode extrair dela uma ou outra norma, conforme as diversas interpretações possíveis e aplicadas a esta disposição. Uma disposição é um enunciado complexo e, por vezes, exprime não uma única norma, mas sim uma multiplicidade de normas associadas.

Esse também é o entendimento de Humberto Ávila (2012, p. 33):

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no

sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico.

Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.

Em outras hipóteses há apenas dispositivo, a partir de qual se constrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa.

Com base no exposto acima, podemos chegar a algumas pré-conclusões. A primeira é a de que, segundo o referido autor, norma é o texto ou dispositivo interpretado. A segunda inferência que se faz é a de que não há correspondência lógica, linear e bí-unívoca entre um texto e uma norma, pois de um texto pode-se extrair várias normas, uma norma, ou nenhuma norma. Estas considerações se aplicam aos princípios jurídicos, objeto do presente trabalho. Os princípios jurídicos podem ser extraídos de vários textos das fontes. Um ou vários princípios podem ser extraídos de um texto e, depois de interpretados, se traduzem em normas. São valores positivados em textos das fontes.

A formulação desse raciocínio parece clara. Por outro lado, um aspecto é tormentoso ao intérprete do direito: existem princípios, ou seja, valores com caráter deontológico, sem correspondência com qualquer texto das fontes? Arrisca-se a dizer que a resposta é positiva, com base na doutrina de Eros Roberto Grau (2014, p. 71), que argumenta que os “princípios gerais de direito” se encontram pressupostos no ordenamento jurídico, conforme afirmação abaixo:

Os princípios jurídicos, princípios de direito, não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior.

Para que possamos conscientemente falar de um direito – o direito aplicado em um determinado Estado -, previamente haveremos de nos conscientizar do quanto observei linhas acima: em cada sociedade manifesta-se um determinado direito.

Importa observarmos, pois, que os princípios que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios deste ordenamento jurídico, deste direito. Por isso não reconheço a existência de

princípios gerais do direito, senão apenas de princípios gerais de direito

Pois bem: os princípios gerais de um determinado direito são encontrados no direito pressuposto que a ele corresponda. Neste direito pressuposto os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem.

Por certo, há princípios de épocas históricas, princípios que se reproduzem de modo razoavelmente uniforme em múltiplos direitos pressupostos. Isso não invalida, contudo, a verificação de que mesmo esses princípios históricos se manifestam – ou não se manifestam – nos direitos pressupostos que a cada direito positivo correspondam.

Exemplifico com o princípio do Estado de Direito. A sua construção certamente pode ser identificada como projeto comum às sociedades que transitam do autoritarismo à democracia. Mas é certo, também, que, a menos que pensemos a ideia de direito natural racional – o que recuso -, em cada direito pressuposto se manifesta, como seu, o princípio do Estado de Direito.

Guastini (2005) também admite que os princípios podem ser extraídos do ordenamento jurídico, habitualmente de uma norma expressa, ou, ainda, de um conjunto ou subconjunto de normas, ou seja, não decorrem necessariamente de uma norma expressa, conforme pontua:

Uma norma não expressa habitualmente é deduzida de uma outra norma expressa (por exemplo, mediante analogia), ou do ordenamento jurídico no seu conjunto, ou de algum subconjunto de normas considerado unitariamente (o sistema de direito civil, o sistema do direito administrativo, etc.).

Típico, nesse sentido, é o exemplo de grande parte dos assim chamados “princípios gerais” do ordenamento jurídico (art. 12 das disposições sobre a lei em geral). Implícitos ou não expressos são também muitos dos “princípios fundamentais” (art. 117, da Constituição) de uma ou outra matéria confiada à competência legislativa das regiões (veja-se, a propósito, o art. 9º, par. I, lei n. 62, de 10 de fevereiro de 1953).

Pelo que se expos até aqui, concebe-se que os princípios jurídicos são valores positivados nos textos das fontes e deles devem ser extraídos, num primeiro momento. Isso não impede, contudo, que os princípios sejam abstraídos do sistema jurídico. Não há relação lógica entre texto/dispositivo e normas, desta forma, um texto pode expressar vários princípios, um princípio ou nenhum princípio. Analogamente, pode-se extrair princípios jurídicos de um texto, de um sistema jurídico ou de um conjunto de textos das fontes.

## 5. O abuso na aplicação dos princípios na atualidade

Discorreu-se sobre a linha de pensamento pós-positivista, que admite que os princípios são normas, assim como as regras, e podem ser utilizados para resolução de casos concretos, principalmente a partir do exercício do método de ponderação, desenvolvido por Robert Alexy (2009). No entanto, observa-se, atualmente, uma disseminação indiscriminada e falha da teoria da ponderação no manejo dos princípios jurídicos para resolução dos casos concretos. Nesse contexto, algumas perguntas se fazem relevantes:

- a. Aos juízes é lícito decidir, aprioristicamente, com base em princípios, afastando a incidência das regras emanadas do legislativo, a partir do procedimento próprio estabelecido pelo Estado Democrático de Direito?
- b. As decisões judiciais tomadas com base, exclusivamente, em princípios, afastando a incidência das regras, sem a adequada interpretação hermenêutica ou método decisório – no caso, a teoria da ponderação, lastreada na argumentação -, não estariam incidindo no mesmo erro cometido pelo jusnaturalismo, que interpretava e aplicava princípios a partir de conceitos lógicos da razão, indeterminados, ou pelo positivismo, neste último caso, quando admite a interpretação autêntica do magistrado, ou seja, a aplicação do direito mesmo fora da moldura da norma?
- c. A decisão baseada na utilização de princípios, descolada de um critério hermenêutico sólido, como o da ponderação, não representaria verdadeira discricionariedade e colocaria em *xequê* um dos pilares do estado democrático de direito, ou seja, a segurança jurídica?

A despeito de que as decisões não se apoiem exclusivamente na lei e sejam taxadas de positivistas, o intérprete da norma e executor do ato decisório – juiz – em alguns casos vem manifestando uma discricionariedade exacerbada, colocando em *xequê* a segurança jurídica necessária à estabilização do direito. Esta prática, ao

contrário de afastar o declarado positivismo – às vezes não interpretado corretamente –, acaba por exercê-lo na sua plenitude, na medida em que, sob a justificativa de atribuir sentido ao texto das fontes, o juiz acaba por decidir a questão que lhe é posta por meio da aplicação de supostos princípios, os quais, não raramente, são utilizados sem qualquer critério hermenêutico ou método e disfarçam um conteúdo ideológico, imanente ao sujeito interpretante, incompatível com o Estado Democrático de Direito e à revelia do que Ronald Dworkin (2002, p. 60) denominou princípio “da supremacia do Legislativo”:

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com a importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada.

Na segunda maneira de considerar o problema, um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios. Esses padrões incluem a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo”, um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo. Eles incluem também a doutrina do precedente, outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que derivam da consistência. As doutrinas da supremacia do Poder Legislativo e do precedente inclinam em favor do *status quo*, cada uma delas na sua própria esfera, mas não o impõe. Os juizes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e as políticas que constituem essas doutrinas – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória.

A partir da preleção acima, pode-se afirmar que: a) estando presentes os requisitos para incidência de uma regra jurídica, uma lei, não cabe ao juiz decidir, por mera conveniência, afastá-la; b) o juiz deve ser fiel ao seu dever de integridade, colocando-se como um autor e, ao mesmo tempo, como um crítico “de um romance em cadeia, escrito por diversos autores”. O “capítulo seguinte de cada romance” deve necessariamente “guardar correlação com o capítulo anterior”. Um rompimento

total entre similaridade das decisões somente é possível, mediante uma carga de argumentação extrema que se justifique, com base nas peculiaridades do caso concreto. Assim explica Ronald Dworkin (2003, p. 275-277):

Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas com o crítico literário que destrinça as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo. Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos.

[...]

Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”.

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.

[...]

Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.

[...]

Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte.

O direito deve ser considerado como bem mais do que o produto da consciência do sujeito pensante em relação ao objeto – norma jurídica – pensado. Ponderar o contrário seria admitir que esse mesmo sujeito se apoderasse do objeto em si e o tratasse da forma que melhor lhe aprouvesse, o que, neste quadro absurdo, justificaria que as diferentes experiências pessoais de vários juízes aplicadas à interpretação normativa, caso a caso, culminassem na formulação de decisões judiciais distintas acerca de uma mesma situação, ao seu mero arbítrio.

Deve-se evitar a armadilha em que alguns intérpretes das normas têm caído, ao ponderar, mesmo de forma velada, que a inexistência de um método cartesiano para se distinguir as decisões corretas das erradas tornaria o raciocínio jurídico uma perda de tempo. O direito não pode ser aquilo que o intérprete almeja que ele seja. O jurisdicionado, que busca no estado democrático, além da justiça, o valor da segurança, tem direito a uma decisão fundamentada, que seja exarada a partir de

uma regra hermenêutica coerente. Em primeira análise, este significado deve ser extraído do texto das regras jurídicas, formuladas pelo legislativo como a manifestação da vontade do povo, lançando mão dos princípios somente com critérios solidamente justificados, a partir de uma coerência lógica e interpretação científica.

A exigência de que o ato decisório deve ser praticado levando em consideração um dever de exaustiva motivação, decorrente da aplicação estrita do artigo 93, IX da Constituição Federal, norma na qual fica claro que, conforme consta na Constituição Federal da República Federativa do Brasil<sup>32</sup>:

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Imaginar o contrário seria fazer *tabula rasa* à Constituição Federal e, ao mesmo tempo, descartar centenas de anos de evolução da ciência hermenêutica, a qual jamais permitiu qualquer uso de relativismo ou prática meramente discricionária no ato decisório e de interpretação da norma jurídica. Observa-se, atualmente, que o princípio da segurança jurídica vem sendo tangenciado, em detrimento do protagonismo e da discricionariedade de alguns atos decisórios que, sob o equivocado pretexto de se apoiarem em outros “princípios” do sistema jurídico, ocultam verdadeiras posturas ideológicas, que violam regras democraticamente validadas pelo legislativo, como bem alerta Lenio Streck (2011, p. 538-539), ao denunciar um fenômeno que denomina *panprincipiologismo*:

Numa palavra final, não podemos admitir que ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta “superação” da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo a “dobra da linguagem”, vale dizer, o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar!

---

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.51ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 75.

Problema esse que argumentos despistadores, como o da “superação” da literalidade da lei, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático.

[...]

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses “princípios”) é transformada em discursos com pretensões de correção

[...]Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “panprincipiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou o século XX: na “ausência de leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo.

A aplicação dos referidos princípios duvidosos, ou a aplicação duvidosa dos princípios jurídicos, de forma indiscriminada, descolada de um processo argumentativo minimamente razoável, desencadeia a criação de nova norma aplicada ao caso concreto, usurpando, de forma escancarada, a competência legalmente reservada ao Poder Legislativo.

Sobre a gravidade de descumprimento das regras emanadas pelo Poder Legislativo, em função da aplicação de princípios, disserta Humberto Ávila (2012, p.97):

Conexa a essa questão está a concepção doutrinária largamente difundida no sentido de que descumprir um princípio é mais grave que descumprir uma regra. Em geral, o correto é o contrário: descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio. E isso porque as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm: enquanto as regras têm pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável.

Muitas vezes a aplicação de princípios duvidosos para dar soluções a alguns casos é justificada pelo intérprete/julgador a partir de seu objetivo de promover o amplo acesso à justiça, de forma ágil, o que não pode ser aceito, já que o mencionado acesso não pode implicar uma queda da qualidade da decisão judicial, com retrocesso a um tipo de jusnaturalismo moderno, sob pena de se criar também

um paradoxo, entendimento fundamentado a partir da análise da doutrina de Mauro Cappelletti (2002, p. 163-164) :

O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório. Embora esse perigo seja reduzido pelo fato de que a submissão a determinado mecanismo de solução dos litígios é facultativa tanto antes quanto depois do surgimento do conflito, e que os valores envolvidos são de certa forma flexíveis, é necessário reconhecer os problemas potenciais. Por mais importante que possa ser a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. E, embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar os “novos” direitos, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas.

Uma vez que grande e crescente número de indivíduos, grupos e interesses, antes não representados, agora têm acesso aos tribunais e a mecanismos semelhantes, através das reformas que apresentamos ao longo do trabalho, a pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos, cresce dramaticamente.

[...]

Em nenhuma circunstância devemos estar dispostos a “vender nossa alma”.

Neste contexto, parece fundamental a observância de critérios hermenêuticos, lastreados na lógica do razoável, com o objetivo de estabilizar a aplicação de regras e princípios, como se conclui a partir da preleção de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2012, p. 284):

A ideia de que a língua dos deuses é inacessível aos homens é antiga. Moisés era capaz de falar com Deus, mas precisava de Aarão para se comunicar como povo. Hermes, na mitologia grega, era um intermediário entre os deuses e os homens, de onde vem a palavra hermenêutica.

A hermenêutica jurídica é uma forma de pensar dogmaticamente o direito que permite um controle das consequências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram. O sentido das normas vem, assim, desde o seu aparecimento, “domesticado”. Mesmo quando, no caso de lacunas, integramos o ordenamento (por equidade, por analogia etc.) dando a impressão de que o intérprete está guiando-se pelas próprias avaliações do sistema interpretado. Essa astúcia da razão dogmática põe-se, assim, a serviço do enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos. E o faz, ao torná-los conflitos

abstratos, isto é, definidos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis.

E a hermenêutica funciona como uma “blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes” (STRECK, 2013, p.486). A utilização de estruturas hermenêuticas razoáveis para interpretação dos sentidos normativos decorre da aplicação direta de uma norma-princípio estabelecida na Constituição – segurança jurídica – como pondera Humberto Ávila (2011, p.109-110):

A segurança jurídica ainda pode consubstanciar uma norma jurídica, isto é, uma prescrição normativa por meio da qual se estabeleça direta ou indiretamente algo como permitido, proibido ou obrigatório. [...]

Trata-se, assim, de uma concepção juspositivista de segurança jurídica. Essa concepção, no entanto – e como ficará mais claro adiante –, é uma concepção juspositivista argumentativa (por isso, pós-positivista), pois, se, de um lado, defende a segurança jurídica como dever decorrente do Direito posto, de outro, sustenta que a sua realização depende de reconstrução de sentidos normativos por meio de estruturas argumentativas e hermenêuticas, não advindo da mera descrição imparcial de significados externos ao sujeito cognoscente.

A criação da regra do caso concreto, a partir do desenvolvimento da técnica da ponderação de princípios, exige uma carga argumentativa maior do que a simples subsunção do fato à norma. Desenvolver esta argumentação racional não significa estabelecer um consenso absoluto sobre a decisão mais adequada a ser tomada no caso concreto, mas a argumentação pode auxiliar que as decisões judiciais não sejam tomadas a partir de critérios irracionais e arbitrários.<sup>33</sup>

A ponderação de princípios jurídicos, assim considerados como valores positivados como normas jurídicas, concretizados na maior medida do possível, é fundamental para que a interpretação do direito se dê com o objetivo de concretizar uma pretensão de justiça, o que seria impossível, em alguns casos, a partir de uma concepção exclusivamente positivista da ciência jurídica e, por outro lado, de forma absolutamente indeterminada, de acordo com a escola jusnaturalista. No entanto, a

---

<sup>33</sup> “Simplesmente significan que los principios más que resolver problemas práctico-morales, los plantean, es decir, reclaman del juez constitucional, no ya una labor simplemente subsuntiva, sino el desarrollo de toda una argumentación racional que muestre las consideraciones de deber y de valor que fundamentan su decisión”. (ABELLÁN apud LAPORTA, 2003, p. 186).

interpretação e aplicação dos princípios se torna mais confiável, quando exercida numa técnica coesa, como a ponderação, lastreada na argumentação jurídica.

## **6. Impossibilidade de uma única resposta e indeterminação na aplicação dos princípios jurídicos**

A resolução de casos concretos a partir da ponderação de princípios ou de qualquer critério que destoe da lógica clássica traz inúmeros problemas para o intérprete, que deixa a certeza do pensamento lógico e silogístico para adentrar aos domínios da indeterminação, em prol da concretização da pretensão de justiça, situação angustiante para o jurista.

Desde os primórdios do despertar da consciência, o ser humano tenta dominar e determinar a realidade e os fenômenos que o cercam. Como bem esclarece Edgard Morin (2011, p. 5), pedimos

[...] ao pensamento que dissipe as brumas e as trevas, que ponha ordem e clareza no real, que revele as leis que o governam. A palavra complexidade só pode exprimir nosso incômodo, nossa confusão, nossa incapacidade para definir de modo simples, para nomear de modo claro, para ordenar nossas ideais.

No entanto, ainda em consonância com Morin (2011, p. 5), podemos afirmar que estes modos simplificadores do pensamento, com vistas a tudo determinar, mutilam mais do que exprimem as realidades ou fenômenos de que tratam, às vezes produzindo mais cegueira do que elucidação.

Ultrapassando os limites da lógica clássica, que no passado era utilizada como balizadora do processo de tomada de decisão jurídica, surge a lógica do razoável, que não se limitará à retórica clássica, mas se interessará pelo diálogo socrático, pela dialética, pela tópica, ou seja, todo campo da argumentação, complementar à inferência, característico à lógica clássica (PERELMAN, 2004, p. 152).

E, com esse novo paradigma, uma zona nebulosa e tormentosa se apresenta ao intérprete do direito, do qual se passa a exigir uma visão interdisciplinar do fenômeno jurídico, já que as questões de fato de um país são decisivas para interpretação do direito, como ressalta expressamente Friedrich Müller (2013, p. 250), em uma de suas entrevistas:

Deste modo, a interdisciplinaridade, sobre a qual você me questionou, aparece como um elemento que se mostra incontornável

na concretização do direito. Ela é de tal forma incontornável, que, na prática, ela é sempre realizada e continua a se realizar, mesmo se não é feita de maneira refletida, não só pelos juízes, procuradores e advogados, já que esta reflexão não faz parte de suas tarefas, mas pela teoria tradicional, ainda que esta reflexão fosse seu dever, embora a reflexão tradicional não tenha chegado a nenhum dos pontos de partida do novo paradigma.

Por isto, sua última questão sobre o papel desta interdisciplinaridade no controle de constitucionalidade já encontrou uma resposta implícita: as condições factuais de um país, como por exemplo o Brasil, jogam, em conjunto com os textos normativos respectivos, um papel decisivo na prática do direito. Certamente, não todas as condições em cada caso, mas aquelas que são, pelos textos normativos dos quais deve ser controlada a constitucionalidade, empiricamente concernentes (eu chamo isso de “âmbito material”). Enfim, quando um tribunal “aplica”, em um caso concreto, estes textos normativos, pode-se dizer que eles foram concretizados: interpretados de acordo com o programa da norma e produzido, a partir dele e em conjunto com o âmbito material – via o âmbito da norma – uma norma jurídica geral (o teor da sentença). Isto é, atualmente, o que se pode examinar, se uma parte do processo teve seus direitos violados por esta norma de decisão porque a norma jurídica geral, que foi produzida neste caso, é inconstitucional.

Este novo paradigma, por admitir a indeterminação como um fato da vida, e também da ciência, não raras vezes provoca um sentimento de insegurança nos intérpretes do direito, que passam a trabalhar com estruturas complexas de interpretação, como a ponderação e a metódica estruturante.

A indeterminação e a complexidade está ligada a certa mistura de ordem e desordem (MORIN, 2011, p. 13-34). O que propõe o pensamento complexo não é um médium entre o tudo e o nada, ou algo intermediário entre o holismo e o reducionismo, mas sim o reconhecimento desta própria complexidade como um elemento essencial e necessário à própria evolução. Nas palavras de Edgard Morin (2011, p. 35-64), significa aceitar a existência da contradição:

Aqui, a dificuldade não está apenas na renovação da concepção de objeto, está na reversão das perspectivas epistemológicas do sujeito, isto é, do observador científico: era próprio da ciência, até o momento, eliminar a imprecisão, a ambiguidade, a contradição. Ora, é preciso aceitar certa imprecisão e uma imprecisão certa, não apenas nos fenômenos, mas também nos conceitos, e um dos grandes progressos da matemática de hoje é a consideração dos *fuzzi sets*, os conjuntos imprecisos (cf. Abraham A. Moles, *As ciências do impreciso*, Le Seuil, 1990).

Sob certos aspectos, a física atual descobre que alguma coisa escapa ao tempo e ao espaço, mas isso não anula o fato de que ao mesmo tempo estejamos incontestavelmente no tempo e no espaço. [...]

A aceitação da complexidade é a aceitação de uma contradição, e a ideia de que não se pode escamotear as contradições numa visão eufórica do mundo.

Claro, nosso mundo comporta harmonia, mas essa harmonia está ligada à desarmonia. É exatamente o que dizia Heráclito: há harmonia na desarmonia, e vice-versa.

Não há como superar certa dose de indeterminação da interpretação e aplicação do direito, mormente quando se trabalha com normas que propiciam a abertura do sistema jurídico, como é o caso dos princípios, que atuam para solucionar casos que não podem ser resolvidos de forma lógica, com base no texto normativo. Sobre a indeterminação da aplicação do direito, interessante a preleção de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior (2014, p. 461):

Como o texto normativo não tem condições de abranger todas as hipóteses com absoluta precisão e certeza, o legislador utiliza-se de mecanismos de indeterminação que deixam em aberto, ao decididor – quando da aplicação do texto normativo ao fato -, um vasto campo de pesquisa e investigação que resulta na atividade criativa do Juiz. Essa técnica faz com que o agente da interpretação tenha seu âmbito de atuação aumentado. Isto, também, proporciona ao interessado na decisão, que ele atente o momento em que o Juiz, o decididor, posiciona-se para proferir decisão. Se o trabalho do jurista decididor é concebido como uma permanente discussão de problemas, é natural que, juntamente com a decisão que virá, existam influências psicológicas e sociais fundando a decisão.

A consideração a fazer e ressaltar é a de que o Juiz é, também, criador do Direito.

Faz-se necessário chamar a atenção, no entanto, que essa indeterminação sempre existiu na aplicação do direito, notoriamente da fase jusnaturalista, mas, ainda, na fase juspositivista. Como se observou anteriormente (item 2.2.1.), o paradigma lógico, de adequação do fato à norma, que tem o seu nascedouro na Teoria Pura do Direito, preconizada por Hans Kelsen, preconizava que a interpretação seria um processo mental que acompanha o método de aplicação do direito do seu escalão superior para seu escalão inferior. A relação da norma de escalão superior com a norma de escalão inferior é uma relação de determinação ou vinculação. A norma funcionaria como uma espécie de premissa maior e os fatos verificados no caso concreto a premissa menor. Adequado o fato à norma, adviria a decisão judicial como síntese (KELSEN, 2009, p. 387).

No entanto, admite Kelsen (2009, p. 388) que esta relação de vinculação nunca é exaustiva, ou seja, sempre haveria espaço para interpretação do caso

concreto perante o dispositivo de lei, o que se denominaria a moldura da norma. Referido espaço pode ser intencional, quando a lei o prevê, ou, ainda, não intencional, ou seja, quando o sentido verbal do texto não é unívoco. Neste caso, na operação de adequação da situação concreta à moldura da norma, poderiam surgir várias soluções e não uma resposta correta. A questão de saber qual seria a resposta correta não seria problema da teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.

Fato que muitos ignoram é que o próprio Kelsen defendia que o juiz seria um criador de direito, relativamente livre, já que a norma individual a ser alcançada é sempre buscada por meio do preenchimento da moldura da norma, numa função voluntária. Admite, ainda, Kelsen que a produção de uma norma fora da moldura da norma cria um direito novo. A interpretação realizada pelos órgãos aplicadores do Direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito. Desta forma, a própria Teoria Pura do Direito ressalta que se deve evitar a busca de uma única resposta correta ao se interpretar o Direito, o que se trata de uma utopia ou ficção, em busca da total segurança jurídica. Este ideal somente seria possível aproximativamente. Vejamos as afirmações, ainda, do próprio Kelsen (2009, p. 389-394), sobre o que aqui se chama indeterminação do direito ou insuficiência de qualquer modelo de interpretação viável a assegurar a plena segurança jurídica:

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de inteligência, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.

[...]

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objetivamente válida.

[...]

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

Alguns dos intérpretes declarados positivistas, que buscam a segurança jurídica como valor máximo do ordenamento jurídico, ignoram o fato de que o próprio baluarte do positivismo, Hans Kelsen, admitia a complexidade e certa indeterminação na aplicação do direito, principalmente quando se referia à impossibilidade da existência de uma única resposta correta para o caso concreto, e, por outro lado, quando também entendia ser possível uma decisão jurídica *fora da moldura da norma*. Desta forma, a indeterminação e a complexidade da interpretação do direito também são fatos da vida, reconhecidos pelo maior expoente do positivismo jurídico de todos os tempos.

Se a complexidade e a indeterminação da interpretação do direito são admitidas no paradigma positivista, como fatos impossíveis de serem mudados, mas com os quais o intérprete deve conviver diuturnamente, não há motivos para se taxar os métodos não ortodoxos de interpretação como a teoria da ponderação – que lida acentuadamente com a colisão de princípios - e a teoria e metódica estruturantes - como um caminho para a tomada de decisão arbitrária. Por outro lado, há que se considerar, ainda, que uma decisão tomada com base em critérios heterodoxos de interpretação exige uma carga argumentativa maior do que àquela empregada na decisão diretamente tomada por subsunção.

Não há uma zona de conforto absoluta, totalmente determinável, capaz de trazer segurança plena no ato de interpretar o direito. Sempre existirá um espaço para indeterminação, que deve ser admitido pelo intérprete, o qual, por sua vez, deve tomar o cuidado de fundamentar a sua tomada de posição pela argumentação e lógica do razoável, principalmente quando está ponderando princípios, o que requer uma carga argumentativa maior, com fim de apascentar a pretensão de justiça dos envolvidos, norteando, assim, o sistema jurídico.

O ônus argumentativo é ainda maior quando se trata do intérprete-juiz, que, ao decidir, não pode seguir uma opinião estritamente pessoal, mas deve respeitar à tradição como fator de estabilidade do direito, o que demonstrará uma decisão com caráter intersubjetivo. A motivação da decisão guarda relação direta com a sua não arbitrariedade. Não basta que a decisão seja equitativa e aceitável, mas também deve estar de acordo com o direito em vigor (PERELMAN, 2004, p. 222-223).

Tomemos um exemplo: a decisão que concede direito ao locatário inadimplente a permanecer num imóvel porque é idoso e pobre pode ser equitativa e na ocasião aceitável, mas é manifestamente contra o direito em vigor. A interpretação, dessa forma, do direito, por exigir aceitação e razoabilidade, não pode ser reduzida ao procedimento lógico silogístico, como estabelecido na lógica clássica. As regras aberrantemente inaceitáveis devem ser preteridas em detrimento de valores ou princípios, mesmo que este procedimento requeira uma enorme justificativa argumentativa, aceitável pelo auditório a que se destina – partes, profissionais do direito, opinião pública (PERELMAN, 2004, p. 230-238).

A construção do que é direito envolve uma dupla exigência: sistemática, na elaboração de uma ordem jurídica coerente; pragmática, já que busca decisões aceitáveis pelo meio e, portanto, razoáveis, envolvendo um conceito de adesão e não de verdade (PERELMAN, 2004, p. 238).

Observa-se, por fim, que, dentre as teorias avaliadas neste trabalho, quais sejam, a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-positivista, admitindo a existência e aplicação de princípios jurídicos ou não, todas apresentam certo grau de indeterminação na interpretação do direito, como exposto anteriormente. Referida interpretação ou complexidade é nítida ao se tomar uma decisão num caso concreto, pois a situação de fato fará toda diferença para que um dos princípios envolvidos na ponderação prevaleça e, o outro, apenas naquele caso, seja relegado.

## 7. Conclusões

Inicialmente se ponderou, neste trabalho, que o termo “princípios” é um signo e o seu significado é resultante de um processo de semiose indeterminado, dependente do objeto que está se referindo, e, no qual, ao entrar em contato com o signo, culminará na geração de um interpretante (e não intérprete), que é um novo signo, mais refinado. Esse resultado será diferente para cada pessoa que efetua o processo de semiose, já que variável conforme o seu repertório.

Princípio é, no sentido utilizado neste trabalho, um termo jurídico. Os termos jurídicos são constituídos a partir de uma linguagem artificial, que se refere a alguns fatos da vida e tendo valor para o direito. Não há um sentido único para cada palavra, pois a linguagem é ambígua, o que implica dizer também que não há um único sentido para uma palavra utilizada para tentar determinar um conceito de uma ordem jurídica, como no caso do termo princípios.

A lógica clássica é insuficiente para estabelecer o conceito de determinada palavra, sendo necessária a argumentação para que esta finalidade seja cumprida o mais adequadamente possível. O intérprete (juiz, advogado, jurista, etc.) tem a função de traduzir essa linguagem artificial, e, ao fazê-lo, nem sempre atua de forma isenta e científica, mas de acordo com os jogos de poder que estão envolvidos no caso, inclusive de acordo com o seu interesse pessoal.

O caminho mais seguro para prosseguir na empreitada de se desvendar o que seriam princípios jurídicos e a sua função foi analisar o que seriam princípios para as três principais escolas ou fases do pensamento jurídico: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista, confiando no rigor científico das principais doutrinas desenvolvidas por essas linhas de pensamento sobre o direito.

O pensamento jusnaturalista interessante ao presente trabalho foi aquele predominante na Modernidade, Idade da Razão, na qual os princípios apresentam-se com as seguintes características: a) são normas de conduta inspiradas na natureza, que se aplicariam, a partir da lógica, às relações humanas; b) existem independentemente de textos dogmáticos positivados. Referidos textos, na verdade, são um reflexo da existência dos princípios de Direito Natural; c) servem para colmatar lacunas existentes no direito positivo ou na lei. Como o Direito Positivo

derivaria do Direito Natural, para o pensamento jusnaturalista haveria um desvelamento dos princípios de Direito Natural, verdadeira fonte do direito, que seriam utilizados para solucionar um caso concreto.

Os princípios, conforme uma visão positivista, podem ser analisados a partir de duas concepções: a) o ordenamento jurídico é completo, sem lacunas e avalorativo, motivo pelo qual esta concepção do pensamento jurídico não dá atenção aos princípios; b) os princípios são válvulas de segurança inseridas nas codificações e não podem se opor à lei. Funcionam como regras de colmatação, prestando-se, exclusivamente, a auxiliar na aplicação da lei, de forma subsidiária, com o objetivo de preencher lacunas, e, ao mesmo tempo, trazer maior segurança ao sistema jurídico.

A escola positivista concebia o sistema jurídico como um sistema fechado, avalorativo e que encontra fundamento em si mesmo. Todo conteúdo da norma poderia ser direito, sem questionamentos sobre sua moralidade ou imoralidade, justiça e injustiça, desde que a referida norma jurídica estivesse lastreada noutra norma do sistema jurídico, e, assim sucessivamente, até que a norma hierarquicamente superior do ordenamento encontrasse seu fundamento de validade numa norma fundamental, que é pressuposta e não expressa. Neste sistema fechado não há espaço para valores, expressados, estes, como princípios jurídicos.

A concepção positivista acabou por legitimar vários regimes arbitrários e autoritários, mostrando-se insuficiente para atender os anseios de justiça da humanidade, principalmente depois do segundo pós-guerra. Nessa quadra da história se fez necessário o surgimento de uma escola do pensamento que admitisse uma abertura do sistema a valores, como o valor justiça.

Surge, assim, a concepção pós-positivista de princípios, segundo a qual os princípios são reconhecidos como normas, mandamentos de otimização, que devem ser aplicadas para atingir determinado fim, na maior medida possível. Incidem como dever ser no caso concreto, ainda que de forma muito distinta das regras.

Os princípios podem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades jurídicas, mas também das possibilidades fáticas. Referida limitação existe porque existem

princípios que estão em rota de colisão com outros. Uma maneira de se resolver conflitos entre princípios é a ponderação, realizada a partir da colisão destes mandados de otimização.

Se dois princípios colidem no caso concreto, resguardando interesses opostos, um deles deve ceder. Isso não significa a invalidação do princípio relegado no caso concreto, mas somente a prevalência momentânea do outro naquela situação. Referido método de colisão deve levar em consideração se ambos os princípios conflitantes estão no mesmo nível de valoração.

A título de explanação, foi citado como um exemplo de colisão de princípios, que podem ser resolvidos por meio da ponderação, o conflito entre liberdade de expressão e intimidade, que tem suscitado acalorados debates nos dias de hoje, principalmente num momento em que a tecnologia facilita os meios de divulgação de diversos conteúdos.

Observou-se que liberdade de expressão é um valor positivado como princípio na Constituição Federal, uma espécie de norma, que indica que as pessoas são capazes de formar a sua própria opinião, tendo o direito de fazê-lo, independentemente de proibição pelas autoridades públicas, observado que, se fosse lícito ao Estado estabelecer o conceito de uma ideia certa ou errada, obviamente prevaleceria sua inclinação natural de tentar calar aquelas manifestações de pensamento contrárias aos ideais dos governantes.

A manifestação do pensamento é fundamental para superação de velhos paradigmas, superação de dogmas e, por conseguinte, para evolução do ser humano e da sociedade.

Intimidade também é um valor positivado como princípio na Constituição Federal. Referida norma impede que as pessoas em geral e mesmo as personalidades públicas tenham determinados fatos de sua intimidade descortinados, desde que referidas informações não tenham conexão com assuntos de interesse público. O objetivo a ser alcançado é o da preservação da paz íntima da pessoa e de seu sossego.

Liberdade de expressão e intimidade são princípios que, não raros, estão em rota de colisão, problema que pode ser resolvido pela teoria da ponderação, prelecionada por Robert Alexy. Conforme a referida teoria, alguns princípios podem ter uma tendência a prevalecer sobre outros, abstratamente, o que se denominou “*precedência geral*”. No presente trabalho pondera-se que o princípio da liberdade de expressão pode ter *precedência geral* em relação ao princípio da intimidade. No entanto, pode o princípio da intimidade prevalecer sobre o princípio da liberdade de expressão, dependendo sempre da situação fática.

Ao exercer a ponderação entre liberdade de expressão e intimidade, nos moldes preconizados por Alexy, o intérprete trilhará o seguinte caminho: atribuirá maior dimensão de peso em abstrato ao princípio da liberdade de expressão, em detrimento da intimidade; observará as peculiaridades do caso concreto, que conformam sua decisão; aplicará o princípio da proporcionalidade, constatando, sucessivamente, se a medida é adequada; se é necessária e se atende a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, de vedação de excesso. Realizada essa operação técnica, se constrói uma regra, incidente ao caso concreto e que pode ser aplicada a outros casos, se similares sob o ponto de vista das condições fáticas e jurídicas.

Os princípios ainda são concebidos atualmente como mandamentos nucleares do sistema jurídico. Neste papel, possuem duas funções: unificam e estruturam o sistema jurídico, para que ele não seja simplesmente um emaranhado de normas, mas que tenha coesão; funcionam como vetores de interpretação, ou seja, indicam como determinadas regras devem ser aplicadas.

Atualmente, no Brasil, os princípios também são reconhecidos pela ciência jurídica e pela legislação como meios subsidiários de suprir lacunas, que não podem se opor à lei, da mesma forma como eram concebidos pela escola positivista. Referido entendimento é resultado da interpretação do texto do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que prevê que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, do artigo 108 da Lei 5.172/66 e artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Neste caso, os princípios funcionam como normas de colmatação, nos mesmos termos preconizados pela escola positivista.

Num primeiro momento, os princípios jurídicos são reconhecidos em textos das fontes e, por isso, podem ser concebidos como valores positivados nas codificações. No entanto, os princípios também podem ser pressupostos do sistema jurídico, abstraídos deste sistema, sem que seja necessária uma correspondência entre um princípio e um texto legal ou dispositivo.

Existe hodiernamente um abuso na utilização dos princípios como meios de interpretação e aplicação do direito. Alguns princípios duvidosos ou métodos de aplicação dos princípios inconsistentes são frequentemente utilizados para afastar a incidência de regras, criadas pelo Poder Legislativo, o que caracteriza uma violação grave ao Estado Democrático de Direito, principalmente considerando o fato de que as leis foram criadas para serem cumpridas. As decisões lastreadas em princípios jurídicos exigem maior carga de argumentação do que aquelas tomadas com base em regras, aplicadas de forma lógica.

A complexidade do ato de interpretar o direito coloca o ser humano, no caso o intérprete, em face do indeterminado, o que lhe desperta um sentimento de insegurança, que se busca combater - muitas vezes em vão - com recurso aos antigos paradigmas da física mecânica e da lógica formal. Tenta-se explicar o inexplicável e determinar o indeterminável, quando se poderia admitir o complexo/indeterminado.

O mais notório paradigma positivista-normativista de interpretação do direito que deita raízes na doutrina de Hans Kelsen, admite a indeterminação e complexidade como fator inerente à tomada de decisão, reconhecendo Kelsen que uma decisão poderia se dar fora dos limites da moldura da norma, quando trata da interpretação autêntica.

Ora, se mesmo os métodos ortodoxos de interpretação admitem o indeterminado, não se pode desqualificar os métodos heterodoxos de interpretação do direito – a exemplo da aplicação da ponderação de princípios. Não há uma zona de conforto absoluta, totalmente determinável, capaz de trazer segurança plena no ato de interpretar o direito, principalmente quando se deixa os domínios a lógica clássica, para se adentrar aos domínios da lógica do discurso, em busca da pretensão de justiça do ordenamento jurídico.

Sempre existirá um espaço para indeterminação, que deve ser admitido pelo intérprete, o qual deve tomar o cuidado de fundamentar a sua tomada de posição pela argumentação e pela lógica do razoável, principalmente quando está ponderando princípios, o que requer uma carga argumentativa maior, com fim de apascentar, de forma razoável, a pretensão de justiça das partes, no caso, de seus advogados e da sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Los limites de la justicia constitucional: el Tribunal Constitucional entre jurisdicción y legislación. In: LAPORTA, Francisco J.. *Constitución: problemas filosóficos*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

ALEXY, Robert. *O conceito e validade de direito*. In: VALDÉS, Ernesto Garzón Valdés (Org). Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

\_\_\_\_\_. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação de secretarias municipais: Inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo". In:\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. In:\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_.; BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e papel dos princípios*. Dos princípios constitucionais:

Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. e notas Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6 ed. Trad Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27 ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 51 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 4 nov 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei Nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)>. Acesso em: 15 2015.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635659*, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 14 nov 2015.

BVerGE [Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão] 23, 98 (106). In: ALEXY, Robert. *O conceito e validade de direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Biografia não autorizada versus liberdade de expressão*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 2002.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, *Ronald*. *Levando os Direitos a Sério*. Trad Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Trad Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2012.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem dos seus artigos*. Vol 1º. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1943.

FARALLI, Carla. *A Filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Trad Candice Premaor Gullo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6 ed.. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madri, 1990.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Coord.) *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa & Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. São Paulo, Cultrix, s/d.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LAPORTA, Francisco J. *Constitución: problemas filosóficos*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. A Abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

LOPEZ, Teresa Ancona. Dano Existencial. In: STOCO, Rui (Org). *Teoria do dano moral e direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Berlim: Kohlhammer, 1974.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. Direito e Justiça. In: \_\_\_\_\_; PIRES, Luiz Manuel Fonseca. *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deôntica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MENDES, Antônio Carlos. *Direito de resposta e retificação na comunicação social*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Trad Eliane Lisboa. 4 ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. VOI I, Tomo I: teoria geral do direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Rodrigo Santos. A privacidade como direito da personalidade. In: STOCO, Rui. *Teoria do dano moral e direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POLTRONIERI, Renato. *Conceitos jurídicos e teoria do ordenamento: introdução ao estudo do direito e da norma jurídica, segundo a teoria da unicidade conceitual*. São Paulo: Ed. do Autor, 2012.

POPPER, Karl R. *A lógica das ciências sociais*. 3 ed. Trad. Estevão Rezende Martins. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 5º, inciso X. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SALET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SANTOS, Marcelo Paiva dos. *A democracia brasileira no contexto da periferia latino-americana: o problema da jurisdição e o contributo possível da reflexão metodológica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

SÃO PAULO. *Tribunal de Justiça*. Apelação Cível nº 556.090.4/4-00. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator: Ênio Santarelli Zuliani. São Paulo, 12 de junho de 2008.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso IV. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SALET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. *Curso de Semiótica Geral*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STOCCO, Rui. Responsabilidade civil decorrente da violação da intimidade e da vida privada. In:\_\_\_\_\_. (Org) *Teoria do dano moral e direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

TURIN, Roti Nielba. *Aulas: introdução ao estudo das linguagens*. São Paulo, Annablume, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 3 ed.. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos científicos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

VILLAS BOAS, R. V.; FERNANDES, Francis Ted. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade: prática da ponderação de princípios, realizando a dignidade da condição humana. In: *Revista de Direito Privado* (São Paulo), v. 60, 2014, p. 57-81.

\_\_\_\_\_. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade. In: STOCO, Rui (Org.). *Teoria do dano moral e direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 329-356.