

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN:

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Teoria Constitucional I reuniu no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Porto Alegre, de 15 a 16 de novembro de 2018, interessantes e inovadores artigos os quais abordam questões que dão conta do atual quadro da Teoria Constitucional não somente no contexto nacional como também internacional. Todos os artigos selecionados para integrar a coletânea contribuem para uma adequada reflexão a respeito papel que vem desempenhando o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual, não raras vezes, tem exorbitado dos poderes a ele conferidos pelo próprio texto constitucional de 1988, colocando em risco, com esse comportamento, a sistemática de equilíbrio delicado que deve haver entre os chamados poderes da República. Por outro lado, há ainda artigos que abordam a questão da tributação e a necessidade de uma reengenharia desse sistema, de modo que o Estado brasileiro tenha sintonia com determinadas transformações ocorridas no sistema tributário não somente no âmbito global, por meio da atuação de agências internacionais de controle, como também em outros países considerados mais desenvolvidos, inclusive pela adoção de sistemas tributários mais equitativos. Não se pode deixar de registrar que integram também a coletânea artigos que trazem experiências passadas, a exemplo da atuação da Suprema Corte americana, a qual, em larga medida, contribuiu para o desenvolvimento da nação considerada ainda a mais poderosa do planeta: EUA, como recentes, como é o caso da elaboração da constituição de cubana. Por fim, há leituras que apontam para contribuições esquecidas pela doutrina tradicional do constitucionalismo, considerando as experiências de autonomia e liberdade dos negros.

Somente a leitura dos textos dará conta da qualidade das pesquisas desenvolvidas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS LIMITES DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS (OTIMIZAÇÃO E SOPESAMENTO) E A OBRIGATÓRIA OBSERVÂNCIA ÀS REGRAS.

THE LIMITS OF APPLICATION OF THE PRINCIPLES (OPTIMIZATION AND BALANCING) AND MANDATORY OBSERVANCE OF THE RULES.

Ana Maria Pedreira ¹

Resumo

Este artigo se propõe a analisar a aplicação das regras no campo da teoria dos princípios, bem como o conflito existente entre princípios e regras, que é o ponto mais complexo e menos explorado da teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy (GER), cuja sustentação é a dicotomia entre princípios e regras. Porém, é acachapante a desproporção no tratamento dado a esses dois tipos de normas tanto na difusão quanto no manejo pelos juristas, situação com a qual não se pode pactuar, e que exige a atenção do estudioso do Direito.

Palavras-chave: Palavras-chaves: hermenêutica, Normas jurídicas, Princípios e regras

Abstract/Resumen/Résumé

Abstract: This article aims to analyze the application of the rules in the field of theory of principles as well as the conflict between principles and rules, which is the point more complex and least explored of the principles theory developed by Robert Alexy (GER), whose support is the dichotomy between principles and rules. However, there is a disproportion in the treatment given to these two types of norms, both in the diffusion and in the handling by the jurists, a situation with which it can not be agreed, and which requires the attention of the lawyer.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keys-words: hermeneutics, Legal norms, Principles and rules

¹ Doutora e Mestre em Direito de Estado(USP), Especialista em Direito e Processo do Trabalho (PUCSP), MBA em Direito e Gestão Educacional (EPD), Advogada, Professora, autora de livros e artigos. .

Introdução

Hodiernamente, a sociedade brasileira experimenta a crescente escalada da polarização entre defensores da aplicação ampla, geral e irrestrita dos princípios constitucionais na solução dos conflitos subsistentes, como verdadeira efetivação da Carta Magna. Por outro lado, os opositores dessa prática, cuja expressão atribuída por estes seria de “euforia principiológica”, que subtrai a competência decisória dos Poderes Legislativos e Executivo (LIMA, 2014). As regras desempenham um papel fundamental na teoria dos princípios, não podendo ser desprezadas ou colocadas em segundo plano.

Segundo Carlos Ari Sundfeld “Vive-se hoje em dia um ambiente de geieia geral no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”. A perspectiva apresentada por esse doutrinador aponta para o fato de que o julgador livrar-se-ia da tarefa interpretativa, esvaziando completamente o conteúdo de regulação prevista pelos órgãos competentes. O *pomo da discórdia* não seria a natureza autoaplicável dos princípios em si, “mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos”. (SUNDFELD, 2014)

Nas décadas mais recentes, que marcaram o início do século XXI, no Brasil, o Judiciário tem desempenhado papel cada vez mais proeminente no cenário político e institucional. O destaque dos órgãos judiciais, fundamentalmente do Supremo Tribunal Federal, não atrai a atenção apenas no âmbito acadêmico, judicial ou nas ciências sociais (sociologia e política), mas também pelos cidadãos comuns, invariavelmente, leigos em matéria jurídica.

As justificativas para a ocorrência desse fenômeno são diversificadas, e entre elas está a defesa de uma postura mais ativista do Poder Judiciário, principalmente no Brasil, tanto pela sua aplicação contumaz como também pela naturalidade com que parte expressiva dos operadores do direito comungam a ideia da necessidade de efetivação dos princípios constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal tem realizado uma interpretação da Constituição à luz de sua densa principiologia, considerando-se autorizado pelo parágrafo 2º do artigo 5º, que autoriza o Judiciário a resolver controvérsias a partir de direitos e garantias implícitos, nos seguintes termos:

Art. 5º [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Tema que merece especial atenção é aquele onde se questiona os limites do papel efetivo desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal e até que ponto os julgados desta Corte Constitucional perdem seu caráter jurídico, passando às vestes de uma decisão política.

Em certas situações, o Tribunal Constitucional brasileiro, exorbita de suas atribuições legitimamente conferidas pela Carta Magna, ferindo preceitos estabelecidos constitucionalmente e essa atuação deve ser analisada com rigor.

Como forma de garantir que os preceitos constitucionais permaneçam intactos é que surge o controle de constitucionalidade das leis perante a Constituição, visando apurar a compatibilidade material e formal de normas infralegais em face da Carta Magna, expurgando do sistema jurídico quaisquer regramentos que a desrespeite.

O controle de constitucionalidade surge como consequência lógica da ideia de supremacia e posição hierárquica superior atrelada à Constituição. Por se encontrar em uma posição de superioridade em relação a toda e qualquer norma, é de curial importância que sua integridade permaneça inviolável em todas as suas disposições. Nesse sentido, Carl Schmitt já afirmava que “a lei fundamental é uma norma absolutamente inviolável e suas regulamentações não podem ser desobedecidas pelo legislador infraconstitucional”. (SCHMITT, 1992).

Definição e Classificação de Princípios

A origem da palavra “princípio” reside no vernáculo grego; na língua latina *principium*, pode ser traduzido como aquilo que ocupa o primeiro lugar. Todas as áreas do saber estão baseadas e permeadas por princípios próprios, porque se referem às proposições

básicas, fundamentais e típicas, que vinculam as edificações subsequentes de determinada ciência.

Nicola Abbagnano adverte que, em Matemática e Lógica, esse termo está em desuso quando se trata de indicar as premissas de um discurso, tendo sido substituído por *axioma* ou *postulado*. Nestas áreas do saber, é comum denominar de princípios, teoremas particulares cuja importância para o desenvolvimento posterior de um sistema se queira ressaltar (ABBAGNANO, 2007).

O significado de *princípio* no sentido de ponto de partida, fundamento ou causa foi introduzido por Anaximandro¹. Platão² também recorria ao conceito de princípio quando se referia à causa do movimento ou, ainda, ao fundamento da demonstração (ABBAGNANO, 2007).

Aristóteles³, tido como o fundador da lógica formal, foi o primeiro a sistematizar os significados para *princípio*, conforme se observa:

- i) Ponto de partida de um movimento, por exemplo, de uma linha ou de um caminho;
- ii) O melhor ponto de partida, ou aquilo que facilita aprender uma coisa;
- iii) Ponto de partida efetivo de uma produção, como a quilha de um navio ou os alicerces de uma casa;
- iv) Causa externa de um processo ou de um movimento, como um insulto que provoca uma briga;
- v) O que, com a decisão, determina movimentos ou mudanças, como o governo ou as magistraturas de uma cidade;

¹ ANAXIMANDRO foi um filósofo grego pré-Socrático que, seguindo a escola jônica, viveu entre 610 a.C. e 547 a.C. Além de filósofo, era também geógrafo, matemático, astrônomo, político e discípulo de Tales. Seguiu a escola jônica.

² PLATÃO era filósofo em Atenas, cidade onde nasceu e viveu entre 428 a.C. e 348 a.C., e também onde fundou a *Academia*, a primeira instituição de ensino superior do ocidente. Era discípulo de Sócrates e teve como pupilo Aristóteles. Platão possuía grande capacidade intelectual, para tratar de temas como ética, política, metafísica e teoria do conhecimento.

³ ARISTÓTELES foi um filósofo grego, aluno de Platão e professor de Alexandre, o Grande, nascido em Estagira, 384 a.C. Faleceu em Atenas em 322 a.C. Seus escritos abrangem diversos assuntos, como a física, a metafísica, as leis da poesia e do drama, a música, a lógica, a retórica, o governo, a ética, a biologia e a zoologia. Juntamente com Platão e Sócrates, Aristóteles é visto como um dos fundadores da filosofia ocidental. Em 343 a.C. tornou-se tutor de Alexandre da Macedônia, na época com 13 anos de idade, que foi o mais célebre conquistador do mundo antigo. Em 335 a.C. Alexandre assume o trono e Aristóteles volta para Atenas, onde funda o Liceu (lyceum) em 335 a.C.

vi) Aquilo de que parte um processo de conhecimento, como por exemplo as premissas de uma demonstração.

O Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa ensina que:

Princípio. s.m. 1. o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início [...]. 2. O que serve de base a alguma coisa; a causa primeira, raiz, razão. 3. Ditame moral; regra, lei, preceito. 5. Proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimento.

A definição adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello informa que:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para 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. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, pg. 54).

De acordo com Luis-Diez Picazo, a noção de princípio deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras” e, precisamente por essa razão, são “princípios”, isto é, “porque estão ao princípio”, são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade. (PICAZO, 2003).

Paulo Bonavides, referindo-se ao conceito de *principio* suscitado pela Corte Constitucional Italiana, cita a sentença proferida em 1.956, nos seguintes termos:

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar, assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico. (BONAVIDES, 2003, pg. 256).

O estudo dos princípios é objeto da principiologia, ciência que identifica, conceitua e classifica os princípios e estende minuciosa investigação acerca do tema, ou seja, sistematiza racionalmente os princípios. De modo genérico, princípio é o ponto inicial, a pedra angular ou aquilo que serve de base a partir da qual se ergue ou edifica um estudo que segue evoluindo, ou ainda, premissa utilizada como base a uma ordem de conhecimentos.

Todas as áreas do conhecimento estão sedimentadas sobre “princípios” próprios, que servem de alicerce na construção daquela área específica. Assim, há vários critérios para classificá-los, e de acordo com o que se busque destacar, como por exemplo, o aspecto temporal, lógico, ético, sociológico, religioso, e assim por diante.

Para a análise aqui desenvolvida, elegemos a classificação baseada no critério da abrangência, utilizada por José Cretella Neto em obra sobre a *Principiologia do Processo Civil*, mas que pode perfeitamente ser aplicada à análise aqui proposta. Pelo critério da abrangência, os princípios podem ser classificados como *onivalentes* ou *universais*, *plurivalentes* e *setoriais*. (CRETELLA NETO, 2002).

Onivalentes ou *universais* são aqueles que podem ser aplicados, indistintamente, a todas as ciências, pois se constituem em princípios racionais do pensamento. As modalidades de princípios onivalentes são:

- *princípio da identidade*, segundo o qual, no decorrer do raciocínio, um termo somente pode representar um conceito único e específico, não se confundindo com nenhum outro. Ex.: A Terra é redonda.

- *princípio da não-contradição*, aquele que estabelece que duas ideias contraditórias não podem ser, ao mesmo tempo, verdadeiras, nem simultaneamente falsas. Dois atributos diametralmente opostos são mutuamente excludentes. Ex.: O mar é azul e verde.

- *princípio do terceiro excluído* - estabelece que havendo duas proposições conflitantes, se uma delas for verdadeira, a outra será, necessariamente, falsa, e reciprocamente, inexistindo uma terceira solução.

- *princípio da razão suficiente* - apregoa que nada existe sem uma causa, ou seja, sem uma razão que explique o porquê dessa existência ou acontecimento.

Plurivalentes são aqueles princípios comuns a mais de uma ciência, ou a um grupo de ciências, orientando-as apenas nos aspectos em que se interpenetrem (*alterum non laedere*).

Setoriais são princípios considerados como proposições básicas nos quais repousam os diversos setores em que se baseia determinada ciência. No Direito Administrativo, um exemplo claro de princípio setorial é o *princípio da especialidade*, segundo o qual toda pessoa jurídica pública descentralizada, como as autarquias, deve

desempenhar suas atividades, perseguindo o objeto específico para o qual foi constituída. Ou seja, as pessoas jurídicas públicas administrativas devem empregar os recursos humanos, materiais e técnicos para a consecução do fim específico, em virtude do qual foram criadas.

Princípios Gerais de Direito

Princípios gerais de direito são premissas básicas, normas de caráter geral com papel fundamental no desenvolvimento de uma teoria e das quais outras normas podem ser derivadas. Têm por finalidade nortear a marcha investigativa do estudioso do Direito. Além disso, servem, ainda, como fonte para o julgador direcionar a solução das demandas submetidas à sua apreciação, quando a lei ou a jurisprudência não conseguem dar conta dessa empreitada.

De acordo com Irene Patrícia Nohara, “Princípios são normas jurídicas de caráter geral e elevada carga valorativa” (NOHARA, 2011,pg. 53). Até a metade do século XX, os princípios foram tidos como pertencentes ao mais baixo grau de hierarquização das fontes de direito, ou seja, *fontes secundárias* e meramente *supletivas* das situações de lacuna normativa.

Os princípios gerais de direito são fontes de aplicação da ciência jurídica que, como normas, têm caráter vinculante, cogente ou obrigatório, na proporção em que se configuram em destacada expressão do consenso social acerca de valores básicos a serem assegurados no Estado Democrático.

Em posição contrária, Osvaldo Aranha Bandeira de Mello considerava os princípios gerais de direito ladeados à analogia, à doutrina e à equidade como “*modos*” e aplicação do direito. (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

Clóvis Beviláqua entendia que:

[...] *princípios gerais de Direito* são os elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias.

Dentre esses princípios, podem ser citados os seguintes:

- . ninguém pode transferir mais direitos do que possui;
- . ninguém deve ser condenado sem ser ouvido
- . ninguém pode invocar a própria malícia, para beneficiar-se;
- . quem exercita o próprio direito não causa prejuízo a ninguém;
- . o contrato faz lei entre as partes;

. ato praticado com vício de origem, não se convalida com o decorrer do tempo. (BEVILAQUA,2002, pg. 14).

Os Princípios Gerais do Direito são as bases fundamentais da ciência jurídica, que lhe servem de apoio e coerência, sustentando o ideal de Justiça que permeia o Direito. São premissas fundantes de caráter geral dentro de cada área de atuação do Direito.

Convém destacar que, embora a expressão “Princípios Gerais do Direito” conduza à ideia de postulados genéricos, essa mesma expressão vai abranger tanto os princípios gerais quanto os específicos relativos a um determinado ramo da ciência jurídica. Tais princípios têm dupla função, uma vez que orientam tanto o legislador na elaboração das normas, quanto o aplicador do direito, diante de uma lacuna ou omissão legal. Por possuir caráter essencialmente amplo, o aplicador do Direito, bem como o legislador, que neles se baseiam, devem ter cautela e limites para a atuação, sob pena de cometer qualquer incoerência na solução para uma determinada situação.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º, recomenda ao juiz que no caso de omissão da lei, este recorra à analogia. Caso essa não resolva a questão, que sejam verificados os usos e costumes do local. Entretanto, se mesmo assim, a situação não for solucionada, o juiz lançará mão dos *Princípios Gerais do Direito*.

Para Genaro Carrió há diversos sentidos possíveis para o conceito de princípios, dentre os quais: a) parte ou ingrediente importante de algo, núcleo básico ou, ainda, característica central; b) regra, guia, orientação ou indicações gerais; c) fonte geradora, causa ou origem; d) finalidade, objetivo, propósito ou meta; e) premissa, ponto de partida, verdade teórica postulada como evidente ou essência; f) regra prática de conteúdo evidente e verdade ética inquestionável; e ainda g) uma máxima. (CARRIÓ, 1970, pg.34-38)

Robert Alexy e Ronald Dworkin, em estudo sobre a configuração das *normas jurídicas*, admitem a divisão em duas categorias: os *princípios* e as *regras*. A contribuição destes notáveis pós-positivistas proporcionou a reaproximação da ética com o Direito. Superando as doutrinas positivistas, Alexy e Dworkin defenderam a inclusão de um novo tipo de norma no ordenamento jurídico, as chamadas normas princípio, que juntamente com as normas regras regulariam as condutas. (CARVALHO FILHO, 2012).

Distinção entre Normas, Princípios e Regras

Tanto *regras* quanto *princípios* são espécies do gênero *normas*, e ambos dizem o que deve ser formulado por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão ou da proibição. Há diversos critérios para estabelecer diferenças entre regras e princípios. De acordo com Robert Alexy, o critério mais utilizado para estabelecer a diferença entre *regra* e *princípio* é o critério da *generalidade*, segundo o qual *regras* são normas com grau de generalidade mais baixo, enquanto *princípios* são normas com grau de generalidade mais alto. (CARVALHO FILHO, 2012).

Ronald Dworkin afirmava que regras, sendo válidas, devem ser aplicadas de forma *tudo-ou-nada*; por outro lado os princípios somente conteriam elementos que indicam uma direção, mas não têm como consequências necessárias uma determinada decisão. (ALEXY, 2011).

Alexy, por suas reflexões, demonstra que princípios e regras são *razões* de naturezas distintas. Ambos podem ser considerados como razões para as ações ou razões para as normas; Princípios são sempre *razões prima facie*, e estão intimamente ligados ao conceito de valores, e Regras são, se não houver estabelecimento de alguma exceção, *razões definitivas*.(ALEXY, 2011).

Atualmente, os princípios, cuja observância é obrigatória e vinculante, ocupam lugar de grande destaque no cenário jurídico, mas não foi sempre assim. Durante a vigência da teoria positivista, os princípios estavam adstritos à aplicação supletiva e ocupavam o papel de meros coadjuvantes.

A teoria normativa dos princípios é tema que guarda íntima relação com o pós-positivismo. A distinção entre *princípios* e *regras* é o ponto principal do pós-positivismo, fruto da influência exercida por Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujos pensamentos encontram-se amplamente divulgados no Brasil por Paulo Bonavides, Luis Roberto Barroso entre outros. Ao analisarmos o contexto jurídico brasileiro atual, conforme o já citado artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, encontramos a tradicional hierarquia das fontes do

direito: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Por aí, se observa que os princípios se posicionam em último lugar, na categoria de fonte subsidiária do direito, cuja aplicação só se justifica na falta de lei ou de costume, assim como na impossibilidade de aplicação da analogia. Entretanto, com o surgimento do pós-positivismo, os princípios assumiram o posto de fonte de alta envergadura.

Segundo Paulo Bonavides, a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases:

- i) a *jusnaturalista*: cuida-se da fase mais antiga, na qual os princípios habitavam ainda em uma esfera por inteiro abstrata e detinham normatividade por demais duvidosa, mais se ajustando, em verdade, a uma dimensão meramente ético-valorativa que inspirava postulados de justiça; ii) a *juspositivista*: aqui os princípios adentram nos Códigos, tornando-se inequivocamente jurídicos, porém apenas como fonte normativa subsidiária, o que lhe castrou a normatividade; iii) *pós-positivista*: corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, onde se acentua a hegemonia axiológica dos princípios, tratados verdadeiramente como direito, com força vinculante e tudo, convertidos que foram em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. (BONAVIDES, 2006, pg. 259-266).

O fenômeno do pós-positivismo surge, na modernidade, conforme assevera Luís Roberto Barroso, como um novo caminho que se descortina, no momento em que “o direito está em crise” e o positivismo vive uma crise existencial. Na sua percepção, “a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era”, e declara com segurança que:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele

reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito⁴.(BARROSO, 2006, pg. 26)

As reflexões feitas por Paulo Bonavides nos mostram com clareza a complexidade do tema em questão, conforme se depreende do seguinte trecho:

É na idade do pós-positivismo que tanto a Doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. [...] A construção doutrinária da normatividade dos princípios provém, em grande parte, do empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito em buscarem um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo. [...] Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. (BONAVIDES, 2006, pg. 294).

Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre “direito positivo” e “direito natural”.

Segundo Norberto Bobbio, a expressão “positivismo jurídico” não deriva de “positivismo” em sentido filosófico, embora tenha havido uma ligação entre ambas, posto que alguns positivistas jurídicos eram, também, positivistas no sentido filosófico. Tanto é assim que enquanto o positivismo jurídico surgiu na Alemanha, o positivismo filosófico surgiu na França. O juspositivismo está ligado à crença exacerbada no poder do conhecimento científico (BOBBIO, 1999).

Ao contrário, para Paulo Nader, “o positivismo jurídico é fiel aos princípios do positivismo filosófico, rejeita todos os elementos de abstração na área do Direito, a começar pela ideia de Direito Natural, por julgá-la metafísica e anticientífica”. (NADER, 2000, pg.

374) O positivismo jurídico se omite em relação a valores, e o direito repousa exclusivamente na lei. Para o positivista, a lei assume a condição de único valor. Há que se destacar que o princípio da obediência incondicional à lei foi responsável pelo surgimento de regimes totalitários como o fascismo, o nazismo e o stalinismo, e deu causa a sua decadência.

A Teoria Pura de Hans Kelsen situou o Direito na área do dever-ser. Segundo essa percepção, a ordem jurídica estaria disposta em uma estrutura normativa em forma de pirâmide, na qual uma norma está vinculada a outra norma, sucessivamente, e a denominada Norma Fundamental legitimaria toda esta estrutura normativa, que se apresenta de maneira hierarquizada. As normas jurídicas formam uma pirâmide, na qual se tem pela ordem: a Constituição, a lei, a sentença de execução. A Constituição estaria no topo da pirâmide e acima dela encontra-se a Norma Fundamental, ou Grande Norma, ou ainda Norma Hipotética, que poderia ser uma Constituição anterior ou uma revolução triunfante. O objeto da ciência do Direito seria apenas o estudo da norma jurídica. (KELSEN, 2002).

Kelsen admitia como conceito de justiça, a aplicação da norma jurídica ao caso concreto; a sua ideia era de que considerações de ordem valorativa estariam fora da ciência do direito.

Miguel Reale, em 1.968, lançou a teoria de que o fenômeno jurídico só faz sentido com a participação dialética do *fato*, *valor* e da *norma*. Todo *fato* (evento) possui um *valor* (aspecto axiológico) e para tal uma determinada *norma*. Essa teoria ficou mundialmente conhecida como “Teoria Tridimensional”, segundo a qual o Direito se define como “*realidade histórico-cultural tridimensional, ordenada de forma bilateral atributiva, segundo valores de convivência.*” (REALE, 1994).

Violação dos princípios

Cabe destacar a importância da observância dos princípios nos dias de hoje, pois a atuação contrária aos seus preceitos acarreta a invalidade dos efeitos almejados pela Administração ou pelos seus prepostos.

Há que se enfatizar, ainda, que *princípios* são o esteio de todo ordenamento jurídico, dotado de normatividade; o norte interpretativo e o fundamento de validade da norma, representando a estrutura na qual se sustenta toda a pirâmide de leis e normas

regulamentadoras do exercício funcional da Administração e cuja violação representa a negação do próprio Direito.

Muito embora os *princípios* constitucionais gozem de força normativa e aplicabilidade imediata, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, em regra, a alegação de violação a *princípio* não enseja a admissibilidade do Recurso Extraordinário; a um só tempo, está se negando sua força normativa, quanto à aplicação da técnica da interpretação, conforme se verifica pelo julgado a seguir:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CADERNETA DE POUPANÇA. CISÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ALEGADA OFENSA AO ART. 5º, II, XXXVI, LIV E LV, DA CF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 e 356 DO STF. INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO [...] II - O Tribunal entende não ser cabível a interposição de RE por contrariedade ao art. 5º,II, da Constituição Federal, quando a verificação da ofensa envolva a reapreciação de interpretação dada a normas infraconstitucionais pelo Tribunal a quo (Súmula 636 do STF). III - A orientação desta Corte, por meio de remansosa jurisprudência, é a de que a alegada violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição, pode configurar, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário. [...]. V - Agravo regimental improvido. Processo AI 749925 AgR / SP , STF, relator Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgamento: 15.09.2009.

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. - As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da plenitude de defesa e da motivação dos atos decisórios, por dependerem de exame prévio e necessário da legislação comum, podem configurar, quando muito, situações caracterizadoras de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, o que não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes. - O procedimento hermenêutico do Tribunal de jurisdição inferior - quando examina o quadro normativo positivado pelo Estado e dele extrai, para resolução do litígio, a interpretação dos diversos diplomas de natureza infraconstitucional que o compõem - não transgride, diretamente, o princípio da legalidade. Precedentes. Processo RE 197825 / SP, relator Min. Marco Aurélio, 2ª turma, julgamento 14.03.2006.

Há vetusto entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal de que só cabe Recurso Extraordinário por violação direta à Constituição. Compreende-se por violação não reflexa aquela que, para análise da questão constitucional, não dependa da interpretação pelo STF de matéria infraconstitucional. Ao se concluir que, em regra, a alegação de violação à

princípio não enseja a admissibilidade do Recurso Extraordinário, a um só tempo, está se negando sua força normativa, quanto à aplicação da técnica da interpretação conforme (LIMA, 2010).

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, é o órgão competente para apreciar e dar a última palavra acerca do conteúdo constitucional. Portanto, ainda que haja a alegada violação reflexa, a corte superior deve apreciar os fundamentos do recurso para que analise se foi dada interpretação conforme a Constituição, impedindo que seus dispositivos sejam vilipendiados. Nessa linha de raciocínio, percebe-se claramente que a Corte Suprema brasileira tem por finalidade a proteção dos dispositivos previstos na Carta Constitucional de 1988.

Observe-se que as prerrogativas outorgadas ao STF, bem como seu modo de atuação, só são possíveis em virtude de expressa previsão constitucional que atribui hipóteses para que o Supremo Tribunal Federal possa intervir tanto na vida social quanto nos demais Poderes instituídos. Tais atribuições, entretanto não lhe conferem *um documento em branco* para atuar livremente, sem freios ou limitações para as suas decisões.

Atualmente os juristas brasileiros pouco se importam com a justiça das decisões emanadas pelo STF, sem se preocupar com o fato de que aquela Corte possa estar atuando de maneira ilegítima, posto que nem sempre são proferidas decisões baseadas no texto constitucional, mas em convicções subjetivas dos ministros que compõe aquele Tribunal.

Parâmetros constitucionais devem ser observados por qualquer órgão ou setor público, independentemente da esfera de Poder ou instância hierárquica a que esteja vinculado, pois agindo de maneira adversa estar-se-ia ferindo de morte a teoria da tripartição de Poderes difundida historicamente por Montesquieu.

O que se espera minimamente de um órgão da envergadura do Supremo Tribunal Federal é que ele zele pela proteção e fiscalização do pleno cumprimento da Constituição, uma vez que se trata de documento estruturante do Estado, assim, não poderá afrontar seus preceitos.

Note-se que os Tribunais podem exceder suas respectivas competências atreladas ao controle de constitucionalidade das normas, bem como assumir os riscos que essa atuação pode acarretar para o sistema tripartido de Poderes instituídos pela Constituição Federal. Entretanto, é necessário fiquemos alerta para sua ocorrência, conservando os limites necessários, com o objetivo de promover a convivência harmônica entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

É de curial importância ter-se consciência de que nem sempre os julgados da Corte Suprema brasileira são pautados na ordem jurídica, posto alguns possuem fundamentos inovadores, incompatíveis com a legislação pertinente ao controle de constitucionalidade. Trata-se, assim, de uma ampliação ilegítima do âmbito das atribuições do STF. Por isso, vale

a pena debruçar sobre os julgados recentes e confrontá-lo com a ordem jurídica, para daí extrair-se qualquer solução coerente.

Conclusão

Por derradeiro, importa destacar que cada norma alberga uma estrutura particular e que tem alcance prático diversificado em cada caso concreto, interferindo no campo da discricionariedade do operador do Direito. A teoria dos princípios elaborada por Robert Alexy e Ronald Dworkin é uma teoria estrutural, que não permite que decisões judiciais desprezem as regras para prestigiar os princípios, pois naquela que seria a maior medida possível em uma situação real, mas também não incentiva o descaso com relação à atividade normativa pelos órgãos judiciais.

Regras possuem uma inclinação no sentido de restringir a discricionariedade do hermeneuta e favorecer as definições prévias e abstratas escolhidas por órgãos normativos, os princípios, por sua vez, guardam a tendência de outorgar mais liberdade ao aplicador do Direito, favorecendo a atuação dos órgãos judiciais que decidem fundamentados nas circunstâncias dos casos concretos. (LIMA, 2014)

Nesse diapasão, é coerente afirmar que o Direito experimenta uma nova era, na qual conceitos e institutos inovadores despontam com vigor e firmeza mostrando que não se trata de meras hipóteses que dependem da epistemologia para se tornarem reais, pois sua concretude se intensifica dia após dia, por isso os operadores do Direito precisam ficar atentos para tais mudanças, evitando que se cometa impropérios ou desvios.

Referências Bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria ed. Francisco Alves, 1944. p. 16 apud CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARRIÓ, Genaro. *Princípios Jurídicos e Positivismo Jurídico*. Buenos Aires,:Abeledo-Perrot, 1970. p. 34-38 apud ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade Patrimonial do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 85.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. revista, ampliada até a Lei nº 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. p. 24 e 26. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. revista da tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Isan Almeida. *Do cabimento de recurso extraordinário por violação a princípio. Aplicação do neoconstitucionalismo e neoprocessualismo na teoria dos recursos*. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2507, 13 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14843>>. Acesso em: 9 jan. 2013.

LIMA, Rafael Bellem. *Regras na Teoria dos Princípios*. São Paulo. Malheiros Editores, 2014.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NOHARA, Irene Patricia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

PICAZO, Luis-Diez. *Los principios generales del derecho em el pensamiento de F. de Castro*. In: Anuario de Derecho Civil, t. XXXVI, fasc.3º, out/dez 1983, pp. 1267-1268, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 255-256.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. 2. ed. Madrid: Alianza. 1992.

SUNDFELD. Carlos Ari. *Princípio é Preguiça?*. In *Direito Administrativo para Céticos*. Cap. 8. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.