

CONTRIBUIÇÃO A GRADUANDOS DE DIREITO A PARTIR DO CONHECIMENTO DO RELATIVISMO DA APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS NORMATIVOS NA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA

CONTRIBUTION TO LAW STUDENTS BASED ON THE KNOWLEDGE OF THE RELATIVITY ON THE APPLICATION OF NORMATIVE PRINCIPLES FOR THE REALIZATION OF BRASILIAN JUSTICE

FAFINA VILELA DE SOUZA¹

RODRIGO PEDROSO BARBOSA²

RESUMO: O presente artigo apresenta uma visão analítica sobre a problemática do aprendizado do relativismo da aplicação dos princípios normativos, dentro de uma busca pela justiça, dentro do sistema jurídico Brasil, em sua realidade pós-positivista pós 1988. Para tal, apresenta uma breve análise de diversas correntes hermenêuticas, uma rápida visita a realidade neoconstitucional democrática brasileira e estudo de casos onde a aplicação dos mesmos princípios levaram a decisões diferentes. Assim, busca-se municiar o graduando de direito com uma visão mais ampla que ajuda a compreensão destas questões.

Palavras-chave: Princípios Normativos. Relativismo. Colisão de princípios. Aperfeiçoamento da aplicação.

ABSTRACT: The present article presents an analytical view about the difficulties on learning about the relativist on the application of normative principles, in the search for justice, within Brasil's juridic system, given its current post-positivistic reality. For that, this article presents a brief analysis of several hermeneutics lines, and case studies where the application of the same principles lead to different deci-

1 Mestra pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. E-mail: fvilela@fdsm.edu.br

2 Graduando pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. E-mail: rodrigob@fdsm.edu.br

sions. Thus, we try to arm the law student with an ample view that helps comprehend these questions.

Keywords: Normative Principles. Relativism of the normative principles. Collision of normative principles. Perfecting of the application process.

INTRODUÇÃO

Todo julgamento é um julgamento de valor. Esta talvez seja uma das primeiras coisas que um estudante de direito aprende, antes mesmo de saber o que é justiça, estado, democracia ou mesmo valor, algo que em uma visão jurídica, tem significado bastante distinto do popular “coisas que me são importantes”. Valores são a base de qualquer sistema, sejam estes valores do grupo, da família, religiosos, sociais ou constitucionais e normativos. Este conceito é talvez o mais difícil para um estudante compreender. Porém, apenas julgar não é sinônimo de distribuir justiça. Nas palavras de Frank Herbert, “Aqueles sobre quem se passa julgamento devem sentir a justiça do mesmo” (HERBERT, 2008, tradução do autor)³. Isto é muito mais do que simplesmente se seguir leis positivadas de forma fria, e uma busca muito mais ampla, do justo.

Mesmo no antigo sistema de estado, positivista e legal, os valores já tinham influência. Afinal, é somente a partir dos valores – sejam individuais, nos sistemas monárquicos e autocráticos, sejam coletivos, na república e democracia – que sistemas jurídicos nascem. Porém, antes estes apenas possuíam papel secundário. Eram uma forma de melhor compreender, quando tudo mais falhasse. Válidos, porém subsidiários. Com o advento da nova ordem constitucional, instaurada em 1988 no Brasil, e a influência do modelo pós-positivista, neoconstitucional, estes valores, antes apenas Princípios Gerais do Direito, assumiram *status* normativo, tornando-se Princípios Constitucionais (BONAVIDES, 2004, pp. 289-294). Esta mudança, onde é mantida a base do modelo romano-germânico, *civil law*, mas com a quebra do império legal da regra positivada e codificada, aplicando diretamente valores fundamentais, de eficácia imediata, trouxe de volta a influência preponderante do Direito justo sobre o Direito posto. Não mais temos a ideia de “*dura lex, sed lex*”, e passa-se a aplicar o direito

3 Escolheu-se traduzir “fairness” como justiça (no sentido de equidade), de maneira separada da palavra “justice”, também utilizada no texto, para indicar o sentido legal.

com ênfase primeira na realização da justiça dentro de um Estado Democrático de Direito. Este novo paradigma, num formato de “relativização absoluta”, com valores absolutos mas sem aplicação relativa, representou um marco democrático importante, porém de difícil compreensão para os estudantes de direito. Isto acontece, antes de mais nada, com uma busca por uma maior justiça pontual, para aquela pessoa, naquele caso específico. Uma decisão proferida em um caso, se utilizada em outro, por mais semelhante que seja, pode acarretar ao mesmo tempo um cumprimento legal estrito, e uma injustiça. Ou seja, cumpre-se a lei, mas não se realiza a justiça, dando aquela pessoa o que lhe é devido. Muda-se o foco da lei para cada caso concreto.

O antigo modelo positivista era de relativamente fácil compreensão. A lei está escrita: aplica-se. Se não está escrita, procura-se algo próximo, análogo (ou alguma outra fonte secundária), e aplica-se. Compreende-se o direito estudando os códigos. Mesmo ao sair do modelo de *civil law*, e olhar para o funcionamento do *common law*, ainda a compreensão é facilitada. Tem-se um caso concreto, e decide-se baseado em “como foi decidido antes”, adaptado para a circunstância atual. Ou, em alguns casos, distorcendo a circunstância para se encaixar em um modelo histórico. Neste caso, compreendemo o direito estudando as decisões anteriores, os precedentes legais e históricos. Porém, o neoconstitucionalismo cria uma situação distinta, de mais difícil compreensão. As regras jurídicas positivadas ainda existem, porém não devem ser aplicadas diretamente. Antes, devem ser vistas através das lentes dos princípios normativos e, caso a aplicação de uma lei não esteja de acordo com esses princípios, esta deve ser pontualmente desconsiderada. Pois princípios são agora norma jurídica, vinculantes, com hierarquia superior às demais normas. Isto, conseqüentemente, leva a um sem número de interpretações, do que se aplica ou não. Tem-se um caso ainda mais complexo quando, em vez de se ter um princípio e uma regra em conflito, tem-se dois princípios, por definição hierarquicamente iguais, em colisão. Os modelos básico de hierarquia, conforme perpetuados por Kelsen (2000) em sua pirâmide, não mais se aplicam. Tem então, o magistrado, que buscar novas formas, fontes e metodologias para decidir, algo extremamente desafiador para tal jurista, imagine-se para estudantes de direito.

REGRAS, PRINCÍPIOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E HIERARQUIA

Hans Kelsen

Hans Kelsen talvez seja um dos doutrinadores mais importantes, tanto entre os estruturalistas, como em toda a ciência do direito. Apesar de suas teorias não serem aplicáveis aos princípios normativos, elas ajudam a compreender melhor o fundamento de validade dos mesmos. Portanto, é esse o lugar natural para o começo desta análise.

Kelsen apresenta uma ordem jurídica estruturada de forma hierárquica, onde um sistema de normas só é válido devido a uma autoridade superior, uma personalidade legiferante autorizada para estatuir normas. Toda norma deve ser afirmada por uma premissa maior, sendo esta o fundamento de validade. E no sistema de constitucionalidade do estado existente no Brasil, todas as normas têm como seu fundamento de validade a constituição da república, a Lei Maior.

De acordo com o novo status dos Princípios Normativos, eles são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo (ALEXY, 2008, p. 87). Esta generalidade, ou abstratividade, é talvez a principal característica dos princípios. Assim, se for feita uma análise simples de especialidade (qual norma é mais específica), um princípio sempre será inferior a uma regra positivada, uma vez que esta última possui alta densidade semântica e baixa abstratividade, o que significa que, por sua própria natureza, deve ser mais específica (ou então não poderia ser caracterizada como regra). Ora, uma vez que em um sistema de constitucionalidade do estado o conceito de hierarquia de normas jurídicas de Kelsen deve estar necessariamente presente – caso contrário não se poderia falar da supremacia da constituição – segue que princípios, para serem válidos e efetivos, só podem existir no plano constitucional, onde não podem ser superados por regras ordinárias. Isto pode ser facilmente comprovado se for observada a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que se inicia com o Título I: “Dos Princípios Fundamentais”.

Estando, portanto, os princípios normativos no ápice da pirâmide hierárquica normativa, quando de um conflito entre um princípio e uma regra infraconstitucional, haverá sempre a prevalência do princípio, diretamente por uma análise puramente estruturalista: princípios são cons-

titucionais, e portanto hierarquicamente superior a normas dos demais escalões do ordenamento jurídico. Devem ser utilizadas “prima facie”, na linguagem de Alexy (2008, p. 103). Porém, é possível que ocorra um choque entre um princípio e uma outra norma constitucional, seja esta uma regra ou um outro princípio. Assim sendo, qualquer tentativa de resolução de tal conflito por uma visão estruturalista é impossível, pois nenhum dos critérios de resolução pode ser aplicado. São normas de mesma hierarquia, uma vez que existem na constituição. Também não se pode falar em norma mais antiga, pois ambas fazem parte da mesma carta, promulgada de maneira única. Deve-se então recorrer a outras metodologias e doutrinas.

Assim, enquanto Kelsen não nos fornece ferramentas para resolver choques de princípios, choques entre princípios e regras, ou sequer um parâmetro de aplicação do mesmo, a compreensão de sua doutrina e modelo hierárquico estruturalista é importante para a visualização de onde o princípio se situa em relação as demais normas, estando estes no plano constitucional e devendo, já por este motivo, ter influência e soberania sobre as regras infraconstitucionais.

H. L.A. Hart

H. L. A. Hart foi um dos grandes filósofos legais do século 20, defensor da filosofia do positivismo legal, conceito desenvolvido em grande parte por Jeremy Bentham e John Austin nos séculos XVIII e XIX. Porém, mesmo assim, Hart talvez seja o nome mais proeminente desse movimento, destacado em sua obra *O Conceito da Lei*. Hart continua com uma visão fortemente estruturalista e, enquanto positivista, seu foco novamente é nas regras positivadas. Hart é mencionado neste artigo devido a grande importância de sua obra e devido a importância do chamado “Debate Hart-Dworkin”. Antes, porém, de analisar-se o debate, é fundamental apresentar a visão de Dworkin.

Ronald Dworkin

Qualquer leitura de Ronald Dworkin por acadêmicos do direito Brasileiro deve sempre ser feita com extrema cautela. Dworkin escreve com base no sistema jurídico dos Estados Unidos da América, pouco positivado e baseado em grande parte em decisões e precedentes judiciais. Ou seja, o sistema de *Common Law*. E, ainda, em um sistema de baixa densidade semântica constitucional, extremamente liberal, e descentralizado.

Cuidado extra deve ser tomado pois a cultura popular tende a fornecer uma visão americanizada do direito, devido à grande infiltração cultural, seja por livros ou programas de televisão. Assim, um estudante de direito frequentemente visualiza um tribunal ou um julgamento, como um tribunal americano. Tomadas as devidas ressalvas, muito se pode aprender deste doutrinador sobre princípios, mesmo que, para a realidade do mesmo, estes não possuam força normativa.

Fugindo dos moldes estruturalistas observados anteriormente, Dworkin oferece um modelo interpretativo do direito. O direito passa a ser influenciado fortemente por seu aplicador e convicções políticas e de princípios passam a fazer parte deste processo. Alerta, entretanto, que estas convicções não podem ser aplicadas de maneira arbitrária. “Os juízes devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade.” (DWORKIN, 2005, p. IX). Para o caso Brasileiro, grande parte destes princípios já se encontra na Constituição da República. Porém, devido ao fato dos princípios possuírem alta abstratividade, sua aplicação só é possível através de processos de interpretação diferentes da interpretação sistemática, tradicional. Assim, o alerta de Dworkin ainda se faz válido.

Dworkin ainda demonstra que a ligação entre a política e o direito é inevitável. O direito não existe em um plano ideal, mas sim enquanto uma manifestação da vontade política que o cria e, posteriormente, o interpreta e aplica. Esta separação, enquanto inevitável, é de importância primária, pois alerta para a necessidade da compreensão do contexto em que as leis são criadas. Tem-se, assim, que olhar para o contexto em que dada norma foi criada, a intenção do legislador, e não apenas a interpretação literal da mesma. Novamente, para a realidade brasileira, os princípios normativos ajudam, pois demonstram de maneira mais clara tal intenção. Quando a constituição diz que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, restam poucos questionamentos sobre se a dignidade da pessoa humana faz parte das intenções do legislador durante o restante do texto constitucional. Porém, característico do sistema de supremacia constitucional – e por isso foi importante notar-se anteriormente o modelo de hierarquia das leis, estruturalista – estes princípios normativos também imperarão sobre as leis infraconstitucionais. Tem-se assim, também, além de uma hierarquia de leis, uma hierarquia de intenções. Se os princípios normativos demonstram a intenção do legislador constitucional e têm força normativa, então em posição hie-

rarquicamente superior à legislação infraconstitucional. Pode-se dizer que a intenção do legislador constitucional impera, da mesma forma, sobre a intenção do legislador infraconstitucional. Em outras palavras, quando seguindo o modelo interpretativo de Dworkin em que a intenção do legislador deve ser considerada, e analisar-se uma norma infraconstitucional, deve-se levar em conta não apenas a intenção para a criação da norma específica sob análise, mas também a intenção constitucional, manifesta através dos princípios normativos, que pode (e deve) ser aplicada durante este processo interpretativo. Esta posituação de intenções, se assim se puder chamar tal fenômeno, ao mesmo tempo facilita e dificulta o processo interpretativo, como se verá a seguir.

Dworkin ainda separa o argumento político em dois tipos: princípios políticos e procedimentos políticos (DWORKIN, 2005, p. 6). Este último é aquele que visa promover uma concepção de bem-estar geral ou interesse público, enquanto princípios políticos recorrem aos direitos políticos dos cidadãos individuais. Segundo Dworkin, somente princípios políticos devem ser aplicados. Novamente verifica-se que pode ser aplicada diretamente ao caso brasileiro, uma vez que os princípios estão positivados. Porém, é importante salientar tal distinção, uma vez que ela oferece uma primeira pista de como fazer a separação entre a discricionariedade (algo potencialmente positivo), e a arbitrariedade ou decisionismo (algo sempre negativo).

Talvez o conceito mais importante, no contexto deste artigo, que se poder tirar das obras de Dworkin é a necessidade de se ter uma abordagem interpretativa do direito, e não apenas ler as leis literalmente, de maneira positivista. Leis são criadas e existem dentro de um contexto político e social, e a intenção dos legisladores e o respeito ao indivíduo na criação das mesmas não podem ser desconsiderados.

O debate Hart-Dworkin

Antes de outras análises, deve-se levar em conta que tanto Hart como Dworkin trabalham com base no sistema norte-americano, *common law*. Porém, mesmo dentro deste conceito, a argumentação dos dois, o contraponto entre o positivismo de Hart, e a teoria da interpretação de Dworkin, são importantes, uma vez que o mesmo acontece, de forma análoga, entre o positivismo e o pós-positivismo. Compreender esta dualidade ajuda a compreender o papel dos princípios normativos no direito Brasileiro.

O chamado “debate Hart-Dworkin” é definido, basicamente, pelos comentários que Dworkin fez em seu artigo “The Model of Rules” (DWORKIN, 1967) e pela resposta de Hart (póstuma), no adendo da segunda edição de sua obra “O Conceito de Direito” (HART, 2012, pp. 307-356). Dworkin atacou de maneira seminal o conceito de positivismo legal de Hart e isto levou a publicação de diversos artigos e livros sobre a questão, ora defendendo Dworkin, ora defendendo Hart. A resposta póstuma de Hart também não foi sem controvérsias, pois muitos acreditavam que estivesse em responder da maneira como o fez. Porém, para o presente artigo, o foco é a dualidade de argumentos deste debate, e o ponto principal passa, assim, a ser sobre a validade da versão do positivismo legal de Hart.

Quando da crítica de Dworkin, este expõe três teses as quais ele acredita que Hart e a maioria dos positivistas legais estão comprometidos:

“A lei da comunidade pode ser identificada e distinguida por critérios específicos, por testes tendo a ver não com seu conteúdo, mas com o pedigree e a maneira na qual ela foi adotada ou desenvolvida”

“A relação das regras legais válidas é exaustiva ‘na lei,’ de tal forma que se um caso não é claramente coberto por tal regra (pois esta não parece apropriada, ou aquelas que parecem ser apropriadas são vagas, ou por outra razão) então tal caso não poderá ser decidido utilizando-se “a lei”. Este deve ser decidido por algum oficial, como um juiz, ‘exercendo sua discricção”.

“Dizer que alguém tem uma ‘obrigação legal’ é como dizer que o caso cai sob uma regra legal válida que requer que ele faça ou seja proibido de fazer algo” (SHAPIRO, 2007, tradução do autor)

Apesar de um pouco simplista e idiossincrática, Dworkin oferece uma visão direta, mesmo que controversa, sobre a teoria do positivismo legal de Hart. Note-se que a qualificação de Dworkin para o pedigree de uma lei é, aproximadamente, uma mistura dos conceitos de hierarquia apresentado pelos estruturalistas de maneira geral, aqui usado de forma quase pejorativa, e a formalização das leis (versus costumes), que novamente é representativo da visão estruturalista de Hart.

Em sua segunda tese, Dworkin aponta para a visão positivista de que as leis são unicamente as regras e que, se estas não se encaixam, tudo que resta ao juiz é decidir baseado em sua discricionariedade, sua decisão pessoal. Na terceira tese, Dworkin indica a visão de que obrigações só podem ser criadas por regras, e nada mais, descartando qualquer outro conjunto de valores ou, como chama Dworkin, “princípios”. Segundo o professor Rafael Simioni, para Dworkin, “[a] aplicação das regras são uma questão de tudo ou nada. Ou se viola ou não se viola uma regra. A regra

ou se aplica ou não se aplica, é válida ou não é, é cumprida ou é descumprida” (SIMIONI, 2014, p. 334).

A alternativa proposta por Dworkin, então, são os princípios, que não seguem a medida de “tudo ou nada”, e devem ser interpretados conforma a situação. Dworkin alega que o positivismo não tem como considerar a existência de princípios legais, sendo apenas um modelo de regras, e diz que tal deve ser rejeitado (DWORKIN, 1967, p. 24). A própria existência ampla de princípios legais são prova de que se basear em um sistema puro de regras não é possível, bem como desqualifica a ideia de demanda de pedigree.

Muitos criticam Dworkin, dizendo que a visão que ele apresenta sobre as teorias de Hart são implausíveis, de que a lei se consistiria apenas de regras, e nunca de princípios, e que quando Hart falava de leis, ele se referia aos padrões que regem um sistema legal em particular. Porém, ressalta-se que Dworkin apresentou comentários sobre a visão de Hart, e não comentários sobre coisas específicas que este tenha dito. Notadamente, a crença de Hart é que juízes não podem ser limitados pela lei em casos complexos, pois a lei não é suficiente para tais casos, e que devem portanto utilizar apenas sua discricção. “Se a lei é composta de regras, e tais regras ‘acabam’, então também deve a lei” (SHAPIRO, 2007, p. 24, tradução do autor). Tem-se então, de maneira simplificada, uma doutrina positivista que inevitavelmente leva a um decisionismo, monocrático e no mínimo discricionário, senão arbitrário. E mesmo, no caso extremo de arbitrariedade, este estaria amparado pela teoria positivista, pois é o dever do juiz decidir, ainda que “de acordo com a sua consciência” (STRECK, 2013, p. 18)

Porém, é importante perceber que a perspectiva de Hart jamais defendeu um “modelo de regras”, de maneira pura, ao contrário do que indica Dworkin. Hart, outrossim, defende que juízes devem ter um forte poder discricionário, pois estes são autoridades maiores sobre o que consistem as leis em um ambiente social centralizado. Assim, para Dworkin isto não é válido, pois ele nega precisamente tal centralidade do conteúdo guia social para determinar a existência ou conteúdo das regras legais. Porém, para o presente artigo, o foco é unicamente no contexto interno do próprio debate, no sentido de facilitar a compreensão da questão dos princípios normativos brasileiros e evitar análises intermináveis sobre as respectivas teorias tanto de Hart quando de Dworkin, pois tal análise foge do escopo deste artigo.

Basicamente, a visão de Dworkin, contrapondo a de Hart, pode ser resumida em 5 posições: 1. o modelo de regras não consegue levar em conta as necessidades dos juízes em casos complexos; 2. princípios e políticas também são partes da lei, e juízes devem respeitá-los; 3. juízes devem decidir casos não cobertos pelas leis de acordo com os princípios das leis, e não pela discricionariedade pessoal; 4. se princípios não são considerados como parte das leis, então há poucas regras vinculantes nas leis, pois leis podem ser alteradas ou rescindidas; não há nenhum outro teste para princípios além da aceitação; 5. assim, não há um teste supremo na lei na forma de uma regra de reconhecimento.

HABERMAS E PERELMAN: ARGUMENTAÇÃO

Habermas e Perelman, apesar de ambos defenderem a argumentação como método construtor do direito, não possuem uma teoria única. Habermas em particular é um crítico ferrenho de Perelman. Porém, uma vez que o presente artigo não tem por objetivo um estudo detalhado das teorias argumentativas ou foco em uma análise hermenêutica, trabalhe-se ambos de forma conjunta, sem implicar uma concordância entre os mesmos.

A teoria argumentativa do direito indica que o direito é criado, ou recriado, segundo a argumentação de seus operadores ou “de influenciar, por meio do discurso, a intensidade de adesão de um auditório a certas teses” (PERELMAN, 2005, p. 16). Devido à alta abstratividade dos princípios normativos, este método argumentativo se torna bastante atrativo, se não inevitável. Princípios são passíveis de diversas interpretações, e assim em vez de se ter uma razão prática pura, uma pragmática formal, tem-se uma razão comunicativa sendo aplicada. Independente da escola argumentativa que se analise, seja Perelman, Habermas, ou até mesmo Foucault – com sua teoria do discurso – a argumentação será ai sempre utilizada para o mesmo fim: obter a adesão de um auditório.

Uma visão argumentativa não é sem problemas, ou perigos:

Como se vê, Habermas, utilizando-se da universalidade da paragnomática-formal das teorias da ação comunicativa e do discurso, pode submeter qualquer teoria às suas pretensões de validade universais, tornando-as problemáticas e, assim, exigindo justificações. (SIMIONI, 2014, p. 580)

ALEXY: VALORES E PONDERAÇÃO

A visão hermenêutica de Robert Alexy é uma das mais citadas em decisões lidando com princípios normativos no Brasil. Sua importância e ampla adoção, não pode ser minimizada. Em uma análise simplista, baseado no que aponta o Professor Rafael Simioni, pode-se dizer que Alexy defende uma visão de ponderação na aplicação dos princípios (SIMIONI, 2014, p. 313), derivados dos valores, e, ainda, que os mesmos funcionam sempre como mandamentos de otimização. Assim, princípios sempre serão aplicados, de maneira a otimizar a aplicação das regras existentes:

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90)

Sobre a ideia de juízo de ponderação, Alexy nos resume esta visão de forma bastante simples:

Se dois princípios colidem [...] um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que o princípio com o maior peso tem precedência. (ALEXY, 2008, p. 93)

Alexy nos apresenta então diversas técnicas e fórmulas matemáticas para a realização do juízo de ponderação, que vão além do escopo do presente artigo. Porém, é importante ressaltar que esta metodologia lógica informal, mas racional visa, principalmente, estabelecer parâmetros reais para a tomada de decisões impessoais, segundo uma rigorosa metodologia científica.

LENIO STRECK: HERMENEUTICA FILOSÓFICA E DECISIONISMO

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, afirma que:

[...] Lenio Streck, um dos mais insígnies representantes do “novo constitucionalismo nacional”. Essa corrente tem recebido inúmeras designações, mas preferimos a denominação de “constitucionalismo da efetividade”, que, entre outros elementos, postula um ativismo judicial favorável à inclusão social dos milhões de brasileiros deserdados por um modelo capitalista periférico. Para tanto, utiliza-se do instrumental trazido pela viragem linguística de Gadamer e Heidegger, supondo ainda a possibilidade de que a ponderação racional de princípios seja o caminho mais adequado para esse papel político do Judiciário, cerne do Estado Democrático de Direito. (CRUZ, 2008, p. 247)

Lênio Streck se vale da Hermenêutica Filosófica e, apesar desta não se valer apenas para os princípios normativos, é particularmente adequada para o mesmo, por tratar a interpretação do direito de uma forma mais ampla, saindo do plano epistêmico e trazendo-o para o mundo prático, “[...] o mundo da pré-compreensão, em que já sempre somos no mundo e nos compreendemos como ser-no-mundo a partir e na estrutura prévia de sentido.” (STRECK, 2014, p. 8) Esta visão se apresenta como um rompimento não apenas com o positivismo tradicional, mas também com o neoconstitucionalismo contemporâneo, baseado na consciência. “[O] problema da verdade – e, portanto, da manifestação da verdade no próprio ato de julgar – não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), *como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva*” (STRECK, 2013, p. 19).

NEOCONSTITUCIONALISMO, A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A BUSCA PELA JUSTIÇA

Após o fim do regime militar e com a nova constituição de 1988, o Brasil aderiu a influência neoconstitucionalista, até então predominantemente europeia. Esta mudança, alavancada pela ruptura com o modelo totalitário e arbitrário do regime militar, trouxe grandes possibilidades para uma maior busca pela justiça, muitas das quais até hoje não foram realizadas, seja por questões regulamentares, como o imposto sobre grandes fortunas, segura por questões operacionais, onde muitos magistrados ainda se agarram ao antigo modelo positivista.

A busca pela justiça é algo complexo. É um caminho muito tentado, mas jamais totalmente descoberto. Assim, não se pode descartar as lições do passado. Kelsen e Hart tem muito a ensinar, apesar de ainda estarem abertos à arbitrariedade (nos chamados casos difíceis) e, assim, até mesmo, parcialmente em conflito com uma das bases do estado constitucional, a vedação ao arbítrio. Porém estes casos são minoria. Ao tentar-se aplicar metodologia mais complexas a casos “simples”, o que se pode conseguir é uma maior morosidade, o que move em sentido contrário à busca pela justiça. Outros modelos também apostam fortemente na interpretação e na consciência. Seja a hermenêutica política de Dworkin, seja o procedimentalismo de Alexy, ainda temos um forte elemento decisório baseado em critérios, em última análise, arbitrários. Principalmente, no caso de Alexy, se não implementado em sua totalidade. O uso da “ponderação” é muito atraente, porém também muito perigoso. Tem-se no eixo Perelman/Alexy uma visão cientificista, uma aposta na interpretação quase lógica, baseada em critérios pré-estabelecidos, uma aposta na técnica. Ao mesmo tempo, principalmente dentro do direito civil, vê-se uma grande influência do discurso e da argumentação.

Como fazer, então, para se buscar efetivamente a justiça? Se se sair do positivismo, não se pode apostar em fórmulas jurídicas prontas, mas ao mesmo tempo, não se pode ter um grau tal de relatividade a ponto de se destruir a segurança jurídica. Princípios de discricionariedade, livre convencimento e livre apreciação são importantes para a justiça se utilizados adequadamente, porém facilmente corrompidos para o campo da arbitrariedade e do decisionismo.

Não se pode escapar de um certo grau de flexibilidade. Direitos fundamentais e princípios normativos são abstratos porque o devem ser, para garantir o máximo grau possível de justiça. Negar esta relatividade e flexibilidade é negar toda a evolução do campo legislativo dos direitos fundamentais. Porém, a aplicação dos mesmos deve ser fundamentada em um estudo cuidadoso, criterioso e de base doutrinária, visando preservar não apenas a justiça do caso, mas o sendo de justiça no direito e a segurança jurídica.

ESTUDOS DE CASO

Para melhor compreensão e visualização do uso dos princípios normativos no direito brasileiro, faz-se aqui uma análise de casos concretos e jurisprudências. Pode-se observar, em linhas gerais, 3 situações de

aplicação de princípios. Na primeira, tem-se uma base legal positivada, perfeitamente aplicável sem a interferência dos princípios. Porém, o uso de princípios permite otimizar esta legislação, provendo uma maior justiça e preservação dos valores constitucionais. Para tal caso, exemplifica-se com o uso de algemas.

Por último, observa-se situação mais complexa, onde tem-se a presença de dois princípios diferentes, em choque e no qual uma decisão deve ser tomada preservando ambos, porém aplicada no caso específico de maneira a permitir a realização máxima da justiça. Para tal caso, analisa-se uma questão trabalhista. E, para complementar, analisa-se, dentro da mesma situação de choque de princípios, três cenários análogos, relativos à transfusão de sangue, em caso de risco de vida, em choque com valores religiosos do paciente e/ou sua família.

Uso de algemas

O uso de algemas é previsto nos artigos 284 e 292 do Código de Processo Penal, que estabelece as exceções onde o uso da força é permitido. Porém, os termos de tal uso são abstratos o suficiente para permitir diferentes interpretações. Questiona-se, afinal: o uso de algemas representa ou não o uso de força? É um uso proporcional ou não, segundo o artigo 3º do referido código? Esta ambiguidade levou a diversos casos de abuso, com a impetração de *Habeas Corpus* até que, durante o julgamento do HC 91.952, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula Vinculante 11:

SÓ É LÍCITO O USO DE ALGEMAS EM CASOS DE RESISTÊNCIA E DE FUNDADO RECEIO DE FUGA OU DE PERIGO À INTEGRIDADE FÍSICA PRÓPRIA OU ALHEIA, POR PARTE DO PRESO OU DE TERCEIROS, JUSTIFICADA A EXCEPCIONALIDADE POR ESCRITO, SOB PENA DE RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR, CIVIL E PENAL DO AGENTE OU DA AUTORIDADE E DE NULIDADE DA PRISÃO OU DO ATO PROCESSUAL A QUE SE REFERE, SEM PREJUÍZO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. (BRASIL, 2008b)

A decisão do STF se deu pelo fato de repetidos abusos, como o relatado no HC 91.952, onde o réu foi mantido algemado durante todo o seu julgamento, sem que a juíza-presidente daquele tribunal apresentasse justificativa convincente para o caso. Assim, a condenação foi revertida.

Observa-se a aplicação pelo STF do princípio da não-culpabilidade⁴, o que por si só já é suficiente para que se exija uma fundamentação para o uso de algemas. Além disso, declarou sobre a “necessidade de lhe ser preservada a dignidade” (BRASIL, 2008c).

Verifica-se aqui caso típico onde a aplicação de princípios normativos é feita de maneira a assegurar a justiça, mesmo em caso já positivado em legislação específica, como no Código de Processo Penal. Porém, o uso de princípios permite que esta seja otimizada, indo além do mero cumprimento legal, buscando realizar justiça sob o enfoque de uma dogmática jurídica crítica que demanda uma fundamentação, sem a qual o direito perde suas finalidades (FERRAZ JR., 2003, pp. 348-356).

Hope do Nordeste LTDA vs. Linneia Rodrigues Cordeiro

Analisando aqui o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho (TST), no caso em questão (BRASIL, 2014), tem-se dois princípios conflitantes, da Propriedade Privada e o da Dignidade Humana (Intimidade). O caso se refere a uma ex-funcionária da empresa Hope do Nordeste Ltda, que se via obrigada a se submeter a revistas íntimas, destinadas a coibir furtos de produtos. Do acórdão, tem-se:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. A revista pessoal - íntima ou não -, viola a dignidade da pessoa humana e a intimidade do trabalhador, direitos fundamentais de primeira geração que, numa ponderação de valores, têm maior intensidade sobre os direitos de propriedade e de autonomia da vontade empresarial. Além disso, é evidente a opção axiológica adotada pelo constituinte de 1988 da primazia do SER sobre o TER; da pessoa sobre o patrimônio; do homem sobre a coisa. No caso, o Tribunal Regional registrou que havia na reclamada a prática de revista íntima de seus empregados, consignando, expressamente, que “a revista consistia em verificar as bolsas das funcionárias, bem como levantar a blusa para verificar o sutiã, bem como verificar a marca da calcinha que a funcionária estava usando” (fl. 518). Configurado, portanto, o direito à indenização por dano moral, decorrente

4 O princípio da não-culpabilidade, ou da presunção da inocência, presente no artigo 5, LVII da CF/88, na forma “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. No caso, para o STF, o uso das algemas representaria uma presunção de que o réu cometerá violência ou tentará fuga, mesmo sem evidência para tal. Portanto, o uso deve ser justificado e fundamentado.

da realização de revista íntima. Recurso de revista de que não se conhece. (BRASIL, 2014)

Observa-se claramente a presença dos princípios envolvidos, conforme identificado pelo julgador. Ainda, uma clara tendência alexyana no julgamento, facilmente identificado pela expressão “ponderação de valores”, típica da teoria de Alexy. O acórdão segue para fazer diversas análises relativas ao mérito, em detalhada ponderação. Porém, nessa perspectiva, verifica-se que a ideia apresentada é a da “ponderação de valores”, parte da máxima da proporcionalidade. Segundo Simioni, para Alexy a máxima da proporcionalidade é uma regra, e não princípio. “A máxima da proporcionalidade contém regras que devem ser cumpridas e que só podem ser cumpridas ou descumpridas. Não são como os princípios, que podem ser cumpridos satisfatoriamente ou insatisfatoriamente.” (SIMIONI, 2014, pp. 283-284) Esta adesão estrita ao procedimento não se encontra presente em nenhum lugar do acórdão. Esta é uma situação comum na jurisprudência atual brasileira. Observa-se uma forte tendência alexyana, porém superficial, baseada nas ideias apresentadas, mas não em sua metodologia. E isso é algo que pode abrir caminho para decisões de cunho pessoal e até mesmo arbitrárias.

Direitos a vida versus Direito a crença

Dois princípios normativos altamente fundados em direitos humanos fundamentais são os de direito a vida e o direito de crença. Estes direitos ainda se desdobram no direito à dignidade humana e o direito religioso. Porém, tais direitos, e portanto os princípios embasados nestes, podem entrar em conflito, como tem ocorrido ultimamente, notadamente vinculados a membros da religião Testemunhas de Jeová. Para eles a transfusão de sangue é algo que vai contra seus preceitos religiosos, mesmo que tal transfusão seja necessária para salvar a vida da pessoa ou familiar.

Em diversos casos, temos visto argumentações bastante fortes sobre os dois pontos. Afinal, como sabemos, o direito a vida não é livremente disponível. Suicídio e eutanásia não são permitidos, mesmo em casos extremos. Por outro lado, há uma diferença, talvez sutil, mas não menos importante: o suicídio ou eutanásia é um ato positivo, demandando uma ação, enquanto a não transfusão é um fato negativo, demandando uma não ação, que pode ser argumentada como não violação a princípio normativo no curso natural dos eventos. Apesar de medicamente a dife-

rença ser irrelevante, uma vez que médicos prestam juramento de protegerem a vida, juridicamente e, principalmente, em termos de princípios normativos que garantem os Direitos Fundamentais, esta diferença não pode ser ignorada. Afinal, o ato de transfusão de sangue é uma violação ativa de um direito fundamental, de um princípio normativo, da liberdade de crença e prática religiosa, definida no inciso VI do art 5º da Constituição Federal. Neste sentido, o voto (vencido) de um desembargador:

O direito à vida não se resume ao viver...O Direito à vida diz respeito ao modo de viver, a dignidade do viver. Só mesmo a prepotência dos médicos e a insensibilidade dos juristas pode desprezar a vontade de um ser humano dirigida a seu próprio corpo. Sem considerar os aspectos morais, religiosos, psicológicos e, especialmente, filosóficos que tão grave questão encerra. A liberdade de alguém admitir, ou não, receber sangue, um tecido vivo, de outra (e desconhecida) pessoa.” (BRASIL, 2008d)

O voto citado, do Desembargador Marcos Antônio Ibrahim, não deixa dúvidas quando a existência de choque de princípios, bem como a valoração relativa destes, característica da abstratividade dos mesmos, e mesmo a dificuldade de se definir a linha limítrofe entre diferentes direitos, como o direito à vida, e o direito à dignidade da pessoa humana, ou o direito à crença e, novamente, o direito à dignidade. Esta linha tênue que separa tais direitos, e por conseguinte os princípios baseados neles, é somente esperado.

Observa-se na jurisprudência três tendências principais. A primeira é uma tendência de equilíbrio entre os princípios, onde se determina que todos os outros métodos possíveis, independente de probabilidade de sucesso, sejam primeiro tentados, de maneira a tentar preservar ambos os princípios. Porém, tais métodos alternativos muitas vezes não são suficientes, voltando a questão original do choque entre os princípios, e nestes casos existe jurisprudência em ambos os sentidos.

Faz-se notar, antes de mais nada, uma diferença subjetiva grande, quando o paciente é maior de idade, com capacidade civil plena, e quando é menor. Observa-se que, quando o paciente é menor, tem-se um terceiro princípio, que é o da proteção do menor incapaz, também dever do Estado. Neste caso, notável ainda pela entrada de um terceiro princípio como fator decisório na resolução do conflito, observa-se uma tendência do judiciário em decidir em prol da transfusão, embasado no Estatuto da Criança e do Adolescente, salvaguardando a vida da criança (BRASIL, 2001). Observa-se claramente, nesta decisão, a ponderação de valores na

aplicação dá máxima da proporcionalidade de Alexy, especificamente o juízo de proporcionalidade no sentido estrito⁵, no voto dos desembargadores, julgando a decisão liminar original:

Como bem afirmado pela MMª. Juíza “...certamente, se não houvesse tamanho risco e possibilidade de reversão do quadro grave, sem a transfusão de sangue, o corpo clínico hospitalar teria dotado outra conduta médica (...). O método escolhido foi aquele que asseguraria com maior probabilidade, salvar a vida da criança”.

Já no caso de maiores, com capacidade civil plena, a decisão se torna mais complexa. Pois assim como o direito à vida, como direito fundamental, não é disponível, também o direito à crença religiosa é direito fundamental. Apesar de existirem decisões em ambos os sentidos, tem-se observado uma predominância da decisão de que, enquanto maior capaz, o paciente é competente para tomar a decisão por si mesmo e forçar tal procedimento seria uma violação injustificável de seus direitos:

O direito à vida está assegurado de modo que não é lícito à parte atentar contra a própria vida. As autoridades públicas e o médico têm o poder/dever de agir para evitar essa violação, podendo ser utilizados todos os meios necessários para que isso seja resguardado.

Entretanto, diversa é a situação quando o paciente possui enfermidade que não tenha provocado voluntária ou involuntariamente e nessa condição, por razões de consciência religiosa, recusa-se ao tratamento, deixando que prevaleçam as leis da natureza.

Portanto, estando o paciente consciente, e apresentando de forma lúcida a recusa de se submeter a determinado tratamento terapêutico não pode o Estado impor-lhe a sua sujeição, já que isso poderia violar o seu estado de consciência e a própria dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

5 A máxima da proporcionalidade de Alexy, ou regras de ponderação, inclui Juízo de Adequação, Juízo de Necessidade e Juízo de Proporcionalidade (sentido estrito). Na análise de adequação, verifica-se se o meio empregado, que origina o choque de princípios, é o mais adequado para a realização direito e/ou princípio que busca salvaguardar. No caso, não houve tal substituição. No Juízo de Necessidade se busca uma modulação dos princípios envolvidos, aplicação maior ou menor, enquanto mandados de otimização. Por último, se não é possível uma solução através da adequação ou necessidade, aplicados nesta ordem, e tão somente uma análise destas regras de ponderação, deve-se aplicar o Juízo de Proporcionalidade, que se observa neste julgamento, onde se observa que “quanto maior é o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância do outro”. Cabe também a ressalva de que, segundo a teoria de Alexy, o Direito à Vida é uma regra, e não princípio, uma vez que não permite gradações. cf. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. pp. 283-304

[...]

Diante do exposto e considerando o mais que dos autos consta INDEFIRO o pedido de alvará formulado pelo HOSPITAL MUNICIPAL ODILON BEHRENS a fim de obter autorização judicial para realizar transfusão de sangue em Maria da Silva Souza. (BRASIL, 2008a)

Como se vê, esta situação de choque de princípios ainda é recorrente, e está longe de ser pacificada. Mas também indica claramente a necessidade de um mecanismo além das regras positivadas, demonstrando claramente a importância da aplicação (seus métodos e técnicas) dos princípios normativos na solução de conflitos de princípios normativos, em busca da justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pode perceber no presente artigo é uma parte da teoria por trás dos princípios normativos, doutrinas sobre sua aplicação e casos concretos relacionados ao uso dos mesmos no direito brasileiro. Apesar de não ser o intuito deste artigo realizar uma análise detalhada sobre cada metodologia e seu valor, observam-se algumas tendências, bem como fatos-chaves no foco de tal estudo: a realização da justiça.

A presença de princípios normativos é, talvez, a mais importante concretização das ideias pós-positivistas, onde a letra da lei, pura e simples, deixa de ser suficiente e conceitos como a justiça do direito passam a tomar proeminência. O antigo modelo positivista, embora ainda importante, se provou insuficiente para acompanhar as mudanças na própria linguagem, o ritmo frenético das mudanças sociais, tecnológicas, e mesmo nos conceitos de moralidade. Isso levou ao confronto entre os textos legais e realidades para as quais a sociedade jurídica não estava preparada, ocasionando situações judiciais polêmicas, baseadas na necessidade de proferir julgamento. Magistrados julgavam baseados em seus valores pessoais, assumindo decisões arbitrárias, conforme indicado por Dworkin em sua crítica a Hart. Ou, ainda, a tentativa de deduzir ou inferir a vontade do legislador, interpretando mais que o próprio texto da lei, como o contexto e intenções, manifestas ou não, de sua criação, um processo que, novamente, acabava sendo influenciado pelos próprios valores pessoais do magistrado. Esta interpretação pessoal, ainda que não estritamente arbitrária, novamente atentava contra qualquer pretensão de segurança jurídica e iniciavam uma cadeia de precedentes legais que serviram de fundamento para novos julgamentos, atribuindo ao judiciário a função de legislador.

A existência de princípios normativos, consagrados na Constituição brasileira de 1988, fornece uma base única para o julgamento dos chamados casos difíceis, ao mesmo tempo em que fornecem um mecanismo para a solução de casos não previstos, não positivados, sem que para isso se tenha que recorrer unicamente a decisões pessoais. Porém, são de difícil uso, pois possuem alta abstratividade, algo que é, ao mesmo tempo, sua maior vantagem e seu maior perigo. O uso desregrado de tais princípios pode levar ao fenômeno do ativismo judicial, extrapolando os limites de atuação do judiciário. Porém, se utilizados com a cautela necessária, devidamente fundamentados e sustentados na experiência dos doutrinadores, tais princípios se tornam uma ferramenta extremamente eficiente para garantir a justiça no direito, o valor-princípio guia dos ideais pós-positivistas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. COMARCA DE BELO HORIZONTE 4ª Vara da Fazenda Pública Municipal. Feito nº 0024 08 997938-9 Alvará judicial. Juiz de Direito: Renato Luís Dresch. Belo Horizonte, 16/05/2008a.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Recurso de Revista. Processo Nº TST-RR-991-40.2012.5.07.0032. Recorrente: Hope do Nordeste LTDA. Recorrido: Linnea Rodrigues Cordeiro. Relator: Min. Cláudio Brandão. Brasília, 12/02/2014. Publicado em 14/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 11*. In: _____. Súmulas. Brasília, 07/06/2008. Publicado em 13/06/2008b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus*. Algemas – Utilização. Habeas-corpus nº 91.952, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 07/08/2008. Publicado em 19/12/2008c.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ação Cautelar. TJ-MG 1903541 MG 1.0000.00.190354-1/000(1), Relator: CÉLIO CÉSAR PADUANI, Data de Julgamento: 16/11/2000, Data de Publicação: 06/02/2001

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento. Transfusão de Sangue – Crença Religiosa. Agravo de Instrumento 2004.002.13229.

Relator: Des. Celso Peres, 02/12/2008d.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 247

DWORKIN, Ronald M. “The Model of Rules” (1967). *Faculty Scholarship Series*. Paper 3609. Available from: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609>. Cited: Jan 25th, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 6. ed. 2000.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, U. of Michigan Law School, Working Paper No. 77, March 2007. Available from: <<http://ssrn.com/abstract=968657>>. Cited: Jan 2nd, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

RECEBIDO EM: 01/11/2014

APROVADO EM: 15/03/2015

