

INTRODUÇÃO

“O presente pertence aos pragmáticos. O futuro é dos utopistas.”

João Baptista Herkenhoff

Direito e Utopia

As ideias a serem aqui explicitadas foram, em grande parte, frutos de sementes gestadas ainda quando nos umbrais da academia, de modo que, só agora, adquiriram alguma maturação e valor próprio, a ponto de julgarmos possam, então, serem analisadas, lidas e, até mesmo, submetidas à avaliação, como é o caso.

Antes de mais nada, cumpre-nos desanuviar alguns dos termos apostos, já no título, e outros que concernem à abordagem, a fim de aclarar os lindes em que se delimita a presente proposta.

Pois bem, dizer que a abordagem se centra na dimensão ontológica da Dignidade da Pessoa Humana é dizer, por si só, que consubstancia perquirição jus-filosófica. Óbvio, aventaremos outras dimensões da Dignidade ao longo da presente exposição, contudo, senão mesmo, para dar contornos e evidenciar os limites desta última. E ontológico¹ não seria, senão, a busca pela essência, pelo fundamento, pela base, fulcro e solidez no espectro de dada área; aquilo que, dentro do âmbito da análise, tenha cunho [ou pendor] absoluto² — e, igualmente, universal, por via de consequência. Bem assim, ontologia não perquire coisa

¹ Miguel Reale adota a adjetivação ontológica como *pertinente ao ser* (sentido lato), no sentido de perquirir sua essência, em contraposição à ôntico – *relativo ao ente* (sentido estrito), a dizer se refira aos objetos considerados em sua *relação* com o ser cognoscente. Cfr. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed., São Paulo: SARAIVA, 1999. p. 32. Outrossim, perquirir a dimensão ontológica da Dignidade da Pessoa Humana não seria diverso de, divisando sua suma importância para o Jurídico, questioná-la como fundamento de solidez para o Jurídico, aquilo que o define, que secunda o ser do Direito, sua essência e seu norte. Ontologia seria basicamente a perquirição da essência, daquilo que, mais que caracteriza, define o objeto ou o ser, sua base, alicerce, razão, fundamento, etc.

² “[...] Que significa absoluto? A palavra latina é muito expressiva: – *ab solutus*. *Solutus* vem do verbo *solvere*, que quer dizer desfazer, desunir, desatar, separar. A palavra “solução” é interessante para compreender-se bem o sentido daquele termo: – *solver* uma dificuldade é desfazê-la. *Ab* é uma preposição que indica “afastamento de”. Por conseguinte, conhecimento absoluto é o totalmente livre de laços que o prendam a outros elementos. É o que vale por si, não pela conexão que tenha com outros conhecimentos. [...] Que significa conhecimento relativo? É o conhecimento que vale porque se relaciona a um outro que lhe serve de fundamento. Conhecimento relativo, portanto, é aquele que se opera no plano das relações. Quando se diz que a ciência é conhecimento do relativo, estamos dizendo que se trata de conhecimento de tal natureza que seus juízos possuem validade nos limites do estrato de realidade explicado, e em função dos princípios aos quais dito sistema se refere. O conhecimento científico, por conseguinte, é conhecimento “relacional”, e como tal, relativo. [...] A diferença entre Filosofia e Ciência consistiria propriamente, no seu objeto. A ciência, segundo esta maneira de ver, não vai além daquilo que é relativo, enquanto que a Filosofia atinge o conhecimento do absoluto. [...] A Filosofia seria, antes de mais nada, uma teoria do ser enquanto ser, uma Ontologia, tomada a palavra na sua acepção mais ampla, como sinônimo de Metafísica, único estudo capaz de nos oferecer os fundamentos dos conhecimentos particulares, tanto no plano especulativo como no da prática, isto é, das ciências e da Ética, da Estética e da História. Todas as ciências estariam condicionadas à Metafísica, como sua explicação primeira.” REALE, Miguel. *Op. Cit.* p. 78 e 79.

diversa senão princípio³, aquilo que é por essência, que caracteriza um dado objeto e que o define, donde intentamos averiguar possa assumir contornos absolutos, ou tendentes a isto. Neste diapasão, preferimos o uso do termo pendor, tendo em vista tratar-se de busca, de análise, de pesquisa, obviamente; doutro modo, figuraria como afirmação prévia e não-sujeita à investigação. E, se a presente análise prima pela sustentação do caráter ontológico da Dignidade da Pessoa Humana, assim o faz por meio da crítica levantada contra a corrente, o pensamento e a escola cuja teoria culmina numa relativização, advinda da normatização, como melhor delinearemos em linhas a seguir. No mesmo mote, optamos por usar aqui *normatização* ao invés do tradicional *normatividade*. Este último também partiria do pressuposto, como é proposição do próprio cerne do pensamento pós-positivista / neoconstitucionalista (contra o qual se soergue a presente análise, enquanto crítica), de que seja natural a princípios a característica normativa (deontológica), quando estamos, aqui, exatamente, a investigá-la, sendo a-científico, e mesmo avesso às pretensões da presente pesquisa, partirmos desse dado como pressuposto, quando se pretende exatamente questioná-lo. E, a despeito mesmo do uso de tal ou qual termo — normatização ou normatividade — é fato (admitido mesmo, aberta e explicitamente, pelos cultores da nova teorização) que culmina com a relativização de princípios (seja através da ponderação, sopesamento, balanceamento, resiliência, etc.), donde, em contrapartida, argumentamos a Dignidade da Pessoa Humana, em seu substrato mínimo (em seu núcleo) e provável não apenas em tal expressão, a sustentar-se enquanto se sustente um dado Ordenamento, possua pendor absoluto. E — neste contexto — indagamos se passível de detração quando em conflito com um outro princípio, qualquer que seja ele, ou mesmo se possa um tal outro elemento, inda que alcunhado princípio, com ela conflitar.

Ora, Robert Alexy, o principal corifeu do pensamento pós-positivista⁴ (neoconstitucionalista / pragmatista) na atualidade (ou pelo menos da visão que ganha ares de

³ Jose María Díaz Couselo, reportando-se a Jaime M. Mans Puigarnau, assevera princípio demande ideia de fundamento, de origem, de começo, de razão, de condição e de causa (Cfr. Jaime M. Mans Puigarnau *Los Principios Generales del Derecho: Repertorio de Reglas, Maximas y Aforismos Juridicos con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. 1ª ed., Bosch, Casa Editorial: Barcelona, 1979 *apud*. COUSELO, Jose María Díaz. *Los Principios Generales del Derecho*. Plus Ultra, Buenos Aires, 1971. p. 20.), sendo — exato — fundamento, alicerce, base, origem, começo, razão e causa aquilo que perquire a ontologia, mais que justificando seu trato, primazia e aposição na presente análise.

⁴ Sobre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo nos manifestaremos em oportuno em capítulo próprio (Capítulo – I), bastando, por hora, em sede de introdução ao tema, a sua simples menção, como nomenclaturas dadas ao paradigma dominante acerca do trato corrente ofertado aos princípios no Direito, e, em linhas gerais, que moldes isso se dá, sendo a relação entre um e outro a de movimento (neoconstitucionalismo) e de ambiente filosófico (pós-positivismo) em que o movimento floresceu. Cfr. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*.

majoritária), e, por conseguinte, da normatização de princípios (e, igualmente, por via de consequência, de sua relativização), afirma que, se há princípios absolutos, devemos conferir-lhes outra denominação, que não a de princípios⁵ (como fosse pressuposto inarredável, seja do termo ou — mais percucientemente — da ideia que o subjaz, uma sua natural relatividade, e não o contrário). Reconhece, muito embora, a dificuldade de se vislumbrar qualquer situação fática possível em que a Dignidade da Pessoa Humana recue ante qualquer eventual conflito com um outro princípio, seja ele qual for⁶. Admite, ademais, exista toda uma série de condições (a que não faz remissão, nem chega a elucidar em nenhuma de suas obras ou artigos publicados), com base nas quais, com um alto grau de certeza, a Dignidade da Pessoa Humana sempre prevalecerá⁷ — isto, alheando-se de delinear se tal prevalência se dará a nível abstrato ou quando de um caso concreto. Contudo, e a despeito mesmo disto, nega seja ela [a Dignidade da Pessoa Humana] um argumento absoluto (ou tendente a isto), do qual dependa mesmo a vitória do modelo democrático ou a derrotabilidade⁸ de todo o Direito. Ora, vejamos, se, segundo Alexy, não pode haver princípio absoluto, e ele próprio admite a Dignidade da Pessoa Humana, inda que em lindes gerais, tenda a prevalecer sobre os demais, presumimos haver encontrado, senão o *calcanhar de Aquiles* de toda a sua teorização, ao menos um ponto falho bastante evidente, eis que se descortinam diante de nós as seguintes percepções: **a)** ou a Dignidade da Pessoa Humana é absoluta, sendo igualmente princípio, donde se relegaria aos demais, que não o sejam, ou que não dotados de tal pendor, a uma categorização (nomenclatura) diversa; **b)** ou, seguindo tal qual propõe Alexy, a Dignidade da Pessoa Humana seja absoluta, ou mesmo tenha este pendor, já não possa figurar como princípio, posto não haver princípio absoluto, merecendo, então, ela sim, uma nova nomenclatura a melhor alocá-la. Neste sentido, seria forçoso reconhecermos mais acerto na primeira assertiva. Defendê-la, de todo, porém, seria tarefa de envergadura que excede à

Revista Brasileira de Direito Constitucional Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 3, n.º 11, p. 21-65, out./dez. 2005.

⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 106.

⁶ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 109.

⁷ Idem. *Ibidem*.

⁸ Sobre derrotabilidade, melhor palavra nos oferta Eugenio Bulygin, a que nos reportaremos e minudenciaremos, igualmente, em momento oportuno (Capítulo – III), bastando dizer, por hora, demonstra não haver significativa diferença entre uma exigência de conduta sem lastro, uma imposição (coação) sem nexos objetivo ou racionalidade qualquer e uma norma jurídica, no contexto da aproximação que se diz feita pelo pós-positivismo / neoconstitucionalismo entre Direito e Moral, donde se resume na mera crença de que se tomou a decisão justa (justiça como correção), como bem defende R. Alexy (Cfr. ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Tradução de José Antônio Seone, et. al. Granada: Cornares, 2005. p. 31-54) em contraposição com a única resposta correta de R. Dworkin. Vide também: BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*. Serie: Derrotabilidad de las normas y conocimiento del Derecho. Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 13 (Octubre 2000), pp. 87-117.

presente pretensão, mas que não impede de apontarmos argumentos em seu favor, coisa que o fazemos aqui e acolá em toda a presente perquirição. E embora nos pareça devido argumentar no sentido da primeira opção, a qual, se nos afigura de maior solidez, o âmbito da presente análise, de um lado, restringe-se ao princípio da Dignidade da Pessoa humana, nosso objeto de estudo, no tocante específico de demonstrá-lo diverso das demais categorias alcinçadas princípios, acaso sujeitas à relativização; e de outro, assim o faz, por meio da crítica e do desanuviar dos pontos falhos mais evidentes na proposta neoconstitucionalista [e, por via de consequência, ao pós-positivismo]. Ora, dizer que a Dignidade Humana tem uma dimensão ontológica não é outra coisa senão dizer que tem uma esfera irreduzível, uma esfera não-relativizável, quiçá com pendor absoluto⁹.

Em tais termos, divisado este contexto, desnecessário — eis que evidente — minudenciar, em demasia além, a importância da problemática ora levantada, seja em âmbito teórico, como no prático, no tocante à compreensão conceitual de princípios jurídicos¹⁰, compreensão esta que figura em posição de destaque dentre as razões precípuas da presente empresa, como a base para que se possa tecer ilações, em específico, acerca da Dignidade da Pessoa Humana, eis que o princípio em destaque *sub oculi*.

Diante da abrangência da abordagem, optamos dividi-la em cinco capítulos, quais sejam: NEO-CONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO COMO FULCRO PARA O DELINEAMENTO DO PROBLEMA E PERGUNTAS-NORTEADORAS, como o primeiro capítulo; ANTINOMIA DWORKIN-HART E DIFERENCIAÇÃO ENTRE AS PROPOSTAS DE DWORKIN E ALEXY, consubstanciando o segundo capítulo; FALSEANDO A

⁹ Neste sentido, por todos: NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2009; SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: uma análise do inciso III, do art. 1.º da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: CELSO BASTOS EDITOR – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1999; e NUNES, Rizzatto. *Manual de Filosofia do Direito*. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2009.

¹⁰ “PRINCÍPIO: Um conceito tão elementar e tão auto-evidente que chega a tornar duvidosa a necessidade de se perguntar por ele. Mas sua elementariedade e auto-evidência, olhadas mais de perto, não passam de uma espécie de aparência encobridora que se torna problemática no momento em que tentamos dar uma resposta à questão: o que é princípio? Mas não se trata de uma pergunta pelo conceito de princípios em geral, mas do uso que dele fazem aqueles que lidam com o Direito. Portanto, a questão pode ser melhor colocada da seguinte forma: o que são *princípios jurídicos*? De plano, a resposta não se apresenta. Parecemos saber o que sejam princípios jurídicos, mas não conseguimos dizê-lo. A dificuldade da resposta serve de indício para aquilo que, neste estudo, estamos preparando, ou seja, a necessidade de se colocar, filosoficamente, a pergunta pelos princípios jurídicos. É evidente que todos aqueles que se ocupam do Direito — seja no âmbito acadêmico, seja no âmbito da operacionalidade — possuem uma compreensão vaga do que significa um princípio jurídico. Mas, no momento em que se vêem diante da tarefa de explicitar tal compreensão, o sentido compreendido parece se esvaír, desaparecer e a pergunta, *o que são princípios jurídicos?*, permanece sem uma resposta adequada.” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O Conceito de Princípio entre a Otimização e a Resposta Correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica*. 2007. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS), Brasil, 2007. p. 28.

DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS; o quarto capítulo tem por título PERSPECTIVA SISTÊMICA E PRINCÍPIOS COMO JUÍZOS DE CONSTATAÇÃO (DESCOBERTAS) PERTENCENTES AO PLANO ONTOLÓGICO; e, finalizando com o quinto capítulo: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CERNE DOS SISTEMAS JURÍDICOS NA CONTEMPORANEIDADE.

Outrossim, fiados no próprio quadro de referências (ideias) que o termo encerra (etimologia e conceito), [a que delinearemos no Capítulo IV], além do entender quase que uníssono, neste sentido, de outras ciências mais (sejam elas sociais ou não — empíricas, naturais, etc., o que também é objeto de análise no Capítulo IV), é passível de sustentação que princípios, já que fundamentos e alicerces, tenham (quicá ao menos alguma dimensão) pendor absoluto (e universal, por via de consequência), e que, os dispositivos eventualmente não-conformes a isto, eles sim, é que devam alocar-se em nova categoria, abraçando uma outra indumentária vocabular a caracterizá-los, não mais a de princípios, mas uma categoria outra, diversa e provavelmente nova. Explicamos: o termo princípio é usado, de há muito, por todas as ciências mais. Cunhado no seio da Geometria como baliza inamovível, parâmetro de solidez, certeza primeira e assim por diante, sendo vislumbrado neste prisma até mesmo no seio das chamadas ciências sociais e humanas¹¹. O princípio de um saber seria aquele conhecimento basilar que não apenas sustém os demais dentro do sistema, como se apõe como sendo aquele que não possui nada que lhe anteceda, eis que princípio, início, começo¹², etc. Pois bem, o Direito se assenhoreou do termo e deu-lhe conotações próprias. Contudo, causa estranheza, apenas para citar uma das muitas que elucidaremos em momento propício, que o direcionamento intrajurídico seja diametralmente oposto a toda a propugnação extrajurídica acerca do que sejam princípios e do trato a ser ofertado aos mesmos. Pertencendo ao gênero norma, apõe-se aquilo que é primeiro [início, começo], em local secundário — eis que primeiro viria a norma, porque gênero; e somente depois princípio, enquanto espécie.

Noutro prisma, lidamos aqui com duas implicações, a do conceito e a de sua ausência. Conceitos são benéficos, sem dúvida, alijam e deixam fora de uma dada esfera aquilo que não

¹¹ A despeito das divergências Rousseauianas-Hobbesianas acerca das razões que motivam a sociabilidade humana, sua natureza gregária, se advinda do inatismo ou do egocentrismo, sem a sociabilidade, ambos concordam, não haveria sequer falar-se em sociedade, provável tampouco em ente humano. Sociabilidade é, pois, um princípio dos saberes sociais, uma vez que, demovido, demove-se, com ele, todo o sistema de que se constitui princípio, porque base, alicerce, fundamento — não-relativizável, portanto. A sociabilidade seria *arché* (*arkhé*), enquanto elemento que confere ordem, estrutura e fundamento ao sistema.

¹² Princípio, derivado do latim *principium* significa início, começo. Cfr. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17ª ed., Rio de Janeiro: EDITORA FORENSE. 2000. p. 639.

se enquadre a ela. Mas conceito pode também já ser um preconceito. Um exemplo pueril até, mas bastante elucidativo, nos é ofertado pelo pós-doutor em Filosofia, prof. Paulo Ghiraldelli Jr., ao dizer que pré-escola é o lugar em que as crianças estudam, a apontar-nos os riscos que corremos ao conceituarmos assim¹³. Na fábula do *Pinóquio*, ele nos alerta, para que o boneco pudesse ingressar na escola, *Gepetto*, seu criador e pai, só precisou comprar-lhe a apostila. Ou seja, a escola da fábula não possuía “conceito de escola”, e, por isso, não foi preconceituosa com *Pinóquio*. O conceito pode ser já um pré-conceito, uma noção apressada, irrefletida e indevida¹⁴. E, aqui, partimos, exato, do questionamento da correção no conceito de princípio ofertado pela proposta neoconstitucionalista / pós-positivista. Todavia, o contrário, a ausência de conceitos adequados, sobretudo no tocante à questão principiológica, é que nos parece mais perigosa ainda. A leitura que comumente se faz (e que no Brasil grassa sensível espaço) admite que quase tudo, quase todos os institutos com que se lida no Direito, possam — em última análise — serem reduzidos à dimensão principiológica. Virou coqueluche: tudo é princípio ou pode ser reduzido a princípio, o que só contribui para o esvaziamento da proposta. E isto se dá, entendemos, pela ausência de delimitação conceitual mais precisa.

Já o dissemos, a par de que a abordagem deva se centrar no Jurídico, aqui ela se fia na específica esfera jus-filosófica, muito embora as consequências para o viés estritamente jurídico sejam mais que evidentes. O propósito é de analisar a normatização, não para dissecá-la e desvendar-lhe os contornos apenas (como já o fazem os manuais), mas para, tomando-se isto como fulcro, emitir juízo crítico, em face da constatação (lugar-comum até) de que normatizar, por si só, não garante aplicabilidade, cogência ou força a princípios, como diversamente apregoa o cerne da proposta neoconstitucionalista / pós-positivista, enquanto solução que se julgou devida em face do trato antes ofertado a princípios pela lógica do constitucionalismo tradicional (Velha Hermenêutica), e em cujo seio, princípios constituíam meras balizas interpretativas e de supressão de lacunas. Ora, normas há de sobejo, em sentido estrito [regras], que não são aplicáveis pelo simples fato de serem normas, e a despeito de que o sejam. E haver o neoconstitucionalismo / pós-positivismo guindado princípios ao patamar de norma, entendemos e argumentamos, não é (nem nunca será) suficiente para garantir-lhes força, cogência, aplicabilidade, etc. Noutros termos, não soluciona convenientemente o problema apresentado. Se era este o objetivo, mostra-se pouco eficaz, senão mesmo inócuo. E assim se o fez, é de sabença geral, com o fito de conferir a princípios (antes meros elementos

¹³ Cfr. GHIRALDELLI, Jr., Paulo. *A Filosofia como Medicina da Alma*. São Paulo: Manole, 2011, *passim*. Disponível também em: GHIRALDELLI, Jr., Paulo. *Contra o Conceito*. Disponível em: <<http://ghiraldelli.pro.br/2011/01/03/contra-o-conceito/>> Acesso em: 20 de novembro de 2010.

¹⁴ Idem. *Ibidem*.

supressores de lacunas ou balizas interpretativas) seu uso como fundamento objetivo (e autônomo) de decisões. Entendemos, tal proceder seja, até mesmo, pouco pragmático, já que parte da noção subjacente de que um mero realocar nominal, uma modificação teórica, o dizer que princípio é norma, possa conferir maior aplicabilidade a um instituto jurídico qualquer, quando isto perpassa por vontade, decisão política, efetividade e eficácia social. Isto vale até mesmo para as ditas normas *strictu sensu* — a mera condição de normas não lhes garantindo força, tampouco a força aplicativa se confunde com força normativa ou é necessariamente advinda da condição de norma. É neste diapasão que se centra a presente demanda. É que não se vislumbra poder questionar a relativização de princípios, sem que o mesmo se o faça quanto à normatização — tendo em vista se apresentam como dois lados de uma mesma moeda — eis que, no seio da proposta, princípios colidiriam uns com os outros, dando azo a que, no caso concreto, um ceda espaço a outro [através da ponderação], um retroceda sua esfera, sua fronteira, em favor de outro. Ora, aqueles elementos que constituem a base e o fundamento do sistema como um todo, que são os alicerces da edificação sistêmica, não apenas colidiriam, como retrocederiam em sua dimensão, a depender do caso concreto.¹⁵ Inda que se diga haver todo um aparato técnico a poder guiar a ponderação, o próprio Alexy deixa transparecer a decisão seja tomada *a priori* pelo julgador, para só posteriormente buscar os fundamentos; e, por fim, iludir-se-ia com a ideia de que tomou uma decisão correta (justiça como correção), sendo esta toda a fina capa da dita aproximação procedida entre Direito e Moral pela proposta Neoconstitucionalista / Pós-positivista.

O que se tem observado é que a dita normatividade de princípios tornou-se bastião abertamente comemorado [e bem-pouco (ou nada) questionado, diga-se], ganhando ares de verdade incontestes. Fiados, então, no sábio entender de Sir. Karl Raimund Popper, que aponta a *falseabilidade (refutabilidade)* como requisito essencial para que um conhecimento se possa arvorar científico, é que firmamos posição diversa. Um conhecimento, afirma Popper, só se enquadraria no gênero científico, se contra o mesmo se pudesse elaborar tese contrária; do contrário, se trataria de *dogma*, mera imposição de opinião, *doxa*, portanto¹⁶. ‘Blindar’ a

¹⁵ “Podemos, aqui, fazer uma comparação que, até certo ponto, esclarecerá o problema. Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de *princípios*, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.” REALE, Miguel. *Op. Cit.* p. 61. Ora, se se demove um fundamento, um alicerce, tomando-se correta a analogia feita pelo saudoso prof. Miguel Reale, a relativização culminaria com uma perda para o sistema, sobretudo naquilo que o caracterizaria, naquilo que nele seria inamovível.

¹⁶ Cfr. POPPER, Karl. *O realismo e o objetivo da ciência: acerca da inexistência do método científico*. Publicações Dom Quixote. Lisboa, 1987. *passim*.

normatividade de princípios, como algo avesso à perquirição, como algo inquestionado e inquestionável, é proceder avesso ao científico, sendo justo isto o que se constata que, hoje, na ambiência jurídica, vem tomando exato tais ares.¹⁷

Por outro lado, ousado, e mesmo a-científico, seria afirmar peremptoriamente que a Dignidade da Pessoa Humana seja talvez o único princípio no Direito, ou o único elemento passível de ser alcunhado como tal, já que os demais, conforme a teorização neoconstitucionalista (ou pós-positivista) são passíveis de relativização (em decorrência da ponderação). Contudo, podemos afirmar Dignidade da Pessoa Humana se adeque melhor à ideia de princípio assente em todos os saberes mais; ideia esta a que o Direito assimilou, para dar-lhe contornos próprios — e, a mais das vezes, diametralmente opostos [ao menos na roupagem que o deram o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo]. Bem assim, a proposta é demonstrar a Dignidade da Pessoa Humana possua maior aproximação desta conceituação de princípios acorde ao que pressupõem as demais esferas do saber. Nada poderíamos afirmar acerca dos demais, o que fugiria ao objeto da presente abordagem.

Vejamos, submeter a Dignidade da Pessoa Humana à ponderação é relativizá-la, obviedade com que concordam os principais teóricos da proposta pós-positivista / neoconstitucionalista. Encarar princípios de tal modo, é o argumento que ora defendemos e intentamos demonstrar, seria o mesmo que ver cair à bancarrota todas as lutas e tornar estéril todo o sangue derramado nas conquistas que nos possibilitaram descobrir tivéssemos inerente tal direito, sendo a Dignidade da Pessoa Humana a própria pedra de toque de todo o edifício Democrático. Ronald Dworkin chega a afirmar sejam princípios aquela porção do Direito que não é criação (*nomos*), mas descoberta (*physis*)¹⁸, sendo mais ousado ainda ao dizer que o que mutável com o evoluir das sociedades é indigno¹⁹, aproximando princípios dos juízos sintéticos *a priori* kantianos, como verdades universais que dependem de um fato (*posteriori*)

¹⁷ “A distinção entre regras e princípios virou moda. (...) A separação entre as espécies normativas como que ganha fotos de unanimidade. E a unanimidade termina por semear não mais o conhecimento crítico das espécies normativas, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto.” ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 18.

¹⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. [s.l.]. No mesmo sentido Canotilho, citando Dworkin: “...direito – e, desde logo, o Direito Constitucional – descobre-se, mas não se inventa.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Portugal. Livraria Almedina, 2000. p. 191. O que se observa, de pronto, é que a proposta de Dworkin teria sido fazer um ataque ao positivismo, o que ele deixa claro em sua obra [“Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H.L.A.Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário” DWORKIN, Ronald. *Op. Cit*, p.35], e sua concepção de princípio leva em consideração a fundamentalidade destes, ao passo que a distinção de Alexy prioriza a normatividade [normatização], desconsiderando o caráter fundamental de princípios, abdicando de uma forma de positivismo em prol de outra, mais elaborada e singular.

¹⁹ Idem. *Ibidem*.

para que se descubra sua condição universal (por via de consequência, ontológica)²⁰, o que descortina, exato, o método precípua a que a presente empresa abraça, qual seja, o fenomenológico-hermenêutico, a que delinearemos melhor em sede de Capítulo I, ladeando-o à pormenorização das premissas metodológicas.

Pois bem, o fato de o Direito, o mundo jurídico, assenhorear-se de um termo (*in casu*: princípio), fazendo-o, em seu âmbito, de modo diverso ao que os demais saberes fazem, é uma coisa. Todavia, conferir ao termo princípio (aqui o jurídico) linha diametralmente oposta é que nos parece o ponto fulcral a se tratar. Daí a abordagem inicial acerca da conceituação (em plano geral) e noutro em plano estritamente jurídico, objeto do Capítulo IV.

Assim, cabe dizer, a presente análise trata de tentativa, fulcrada em mínima lógica, de encontrar sólida base em que se assente o mundo Jurídico, seu elemento (causa) de justificação, para além das fundamentações dadas e aceitas, muitas vezes inquestionadas ou tidas como inquestionáveis. E julgamos possa o Direito encontrar assento em raízes principiológicas, indiferentemente de que se diga sejam tais princípios afeitos estritamente ao campo do Direito (normativos ou normatizados, como se ao Direito só pertencesse o que fosse afeito à moldura de norma, no que se observa se há assimilado, sub-reptícia e indevidamente, a verve kelseniana) ou que pertença a alguma outra ordem, ramo ou secção do saber, qualquer que seja.

É de sabença geral não haver ramo do conhecimento, seja ele filosófico ou científico, que não se haja calcado em princípios. O Douto professor, Miguel Reale, bem assim preleciona: “o Direito também possui ‘princípios’, porque não é possível haver Ciência não fundada em pressupostos.”²¹ Ora, não há como haver dissociação possível entre cientificidade e teoria dos princípios (principiologia), uma vez que não há ciência desprovida de princípios e saber algum se pode considerar científico sem um arcabouço principiológico a secundá-lo, e ao qual possa dizer seu, como elemento fundante da lógica interna do próprio sistema²², consubstanciando mesmo estes princípios seus fundamentos mais intrínsecos e seus

²⁰ De se observar, infelizmente, foram necessários os horrores da guerra para que percebêssemos, constatássemos, reconhecêssemos que o Homem é dotado de Dignidade e que tal deve ser protegida. Não se criou um direito ali, tão-somente o percebemos.

²¹ REALE, Miguel. *Op. Cit.*, p. 59.

²² “é ainda determinante a visão clássica de KANT, que caracterizou o sistema como ‘a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos variados’ (...) ‘um conjunto de conhecimentos **ordenado segundo princípios**’ (...) uma multiplicidade de conhecimentos, **unificada** e prosseguida **através de um princípio** (...) segundo SAVIGNY, o sistema é a ‘concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade’, segundo STAMMLER, ‘uma unidade totalmente coordenada’ ” (...) CANARIS, Klaus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. p. 9, 10, 11 e 12 [destaques nossos].

pressupostos basilares²³. Pois bem, eis a noção primeira que temos da ideia que subjaz ao termo princípio: pressuposto e fundamento²⁴, aquele elemento que, quando presente, confere cientificidade a um dado ramo do saber²⁵ e que se impõe pela força irrefragável de sua evidência. E costuma-se dizer (à exceção de princípios) não haver saber (ou juízo) que não se haja firmado em um outro precedente, e este noutro que igualmente lhe preceda, e assim por diante até culminar num do qual não se possa tecer consideração anterior²⁶. Eis o que, basicamente, consubstancia a ideia princípio — um saber primeiro, sem pressupostos anteriores, desprovido de outro qualquer que lhe anteceda, um saber sem pressupostos, um conhecimento *a priori*. Ora, ciência nada mais é que *um sistema de conhecimentos*²⁷ *ordenado e enfeixado segundo princípios*²⁸. Destarte, se não é possível uma dissociação entre princípio e sistema, igualmente não o é entre ciência e sistema, tampouco entre ciência e princípio, sendo, pois, indissociáveis os temas que gravitam em torno do trinômio: Princípio — Sistema — Ciência. Vejamos, princípio se delineia exatamente como elemento ordenador²⁹ de um sistema, sua base, seu fundamento; e só se diz ciência o sistema de conhecimentos ordenado e enfeixado segundo princípios, sendo mesmo imprescindível a existência de princípios para conferir-se cientificidade a um dado ramo do saber. Princípio, Sistema e Ciência figuram, pois, entre os termos-chave da presente perquirição, afora o ente humano e o valor que lhe é

²³ Ciência é “todo conjunto de conhecimentos **ordenados** coerentemente **segundo princípios**.” In: LALANDI, Vocabulaire de la Philosophie, Paris, 1932, 4ª ed., t. 11, págs. 735 e segs. [destaques nossos] *apud*. REALE, Miguel. *Op. Cit.* p. 73. E assevera: “toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica na existência de *princípios*” REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 299.

²⁴ “A ideia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma *necessidade ativa*, de uma força eficaz e determinante que atua tudo que nela se baseia, *fazendo-a assim e não de outro modo*.” LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 10. [destaques presentes nos originais]. Ora, se princípio é fundamento — já o vimos — não é cousa diversa o que nos alerta Lassale quanto a fundamento, eis que dotado de força por si, independentemente disto de rotulação normativa para tanto. Apenas para fins elucidativos, não se diz o Estado Brasileiro ‘deva ser’ uma República, se diz que o é; como não se diz os homens ‘devam ser’ iguais em Dignidade, se diz os homens são. A própria construção frasal revela não se tratar de proposição deontológica, mas ontológica, sendo desnecessária a transposição normativa para que se o diga pertencente ao Direito, como ainda mais para que se veja dotada de força para se impor, para se fazer valer, sob pena de — como fundamentos que são — acaso relativizados, fazerem soçobrar todo o ordenamento que alicerces.

²⁵ “Toda e qualquer ciência está alicerçada em princípios, que são proposições básicas, fundamentais e típicas, as quais condicionam as estruturas e desenvolvimentos subseqüentes dessa ciência.” CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 5.

²⁶ Cfr. REALE, Miguel. *Op. Cit.* p. 60.

²⁷ Conjunto de teorizações sobre objeto próprio fulcradas em método específico.

²⁸ Cfr. LALANDI, Vocabulaire de la Philosophie, Paris, 1932, 4ª ed., t. 11, págs. 735 e segs. *apud*. REALE, Miguel. *Op. Cit.* p. 73.

²⁹ “a dignidade permeia e **orienta** o ordenamento que a concebe como fundamento [...] prevalece como condição da **essência** humana” ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. Interesse Público. v. 1, n.º 4, p. 23-48. Out./dez. 1999. *apud*. DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. *O Princípio da Dignidade Humana e o Contraditório*. In: TAVARES, Fernando Horta (coord.). *Constituição, Direito e Processo – Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá. 2007. p. 293. [destaques nossos]

inerente, sua Dignidade. Princípio, sistema e ciência serão objetos de abordagem no Capítulo — III, ao passo que a Dignidade da Pessoa Humana enfocaremos no Capítulo — V, porque o trato se dará com abordagens e os métodos apropriados a cada análise.

É, pois, nosso intento (ainda que mediato, frente às pretensões da presente análise) o de perquirir o Direito a fim de constataremos a existência, ou não, de categoria a que possamos chamar reais princípios de Direito, ou princípios realmente de Direito (aqui tomado em sentido estrito); em melhor palavra, princípios propriamente ditos de Direito, no leque de sentidos a que se pode emprestar ao termo, e averiguar em que fronteira se delimita, em que área do universo-sistema jurídico, se é que os há, eles realmente se encontram — se afeitos à moldura normativa, se elencados dentre os elementos de plano valorativo, se proposições advindas do plano ontológico. E mais: se a categoria princípio (seja ela no Direito ou em qualquer outro ramo do saber) admite possam uns colidirem com outros, estando sujeitos, assim, por via de consequência, a alguma sorte de relativização. Ou, ainda, se um sistema de conhecimentos pode sustentar-se ante tal proposição — a de que seja possível haver conflito entre seus princípios (aquilo mesmo que os fundamenta e lhes constitui a base e o alicerce); noutras palavras, a plausibilidade de que princípios estejam sujeitos à ponderação ou resiliência, como prediz a doutrina correntemente majoritária (pós-positivismo / neoconstitucionalismo). E, com mais propriedade, se tudo aquilo que apressadamente convencionamos ou rotulamos sejam princípios dentro do âmbito do Direito, se toda a gama (ou que porção dela) que na esfera do Direito tomamos como tais, realmente se subsumem ao amplo (mas limitado) quadro de ideias (referências) que o termo (etimologia e conceito) encerra.

Uma proposta complexa, sem dúvida; contudo, uma afirmação positiva da existência de princípios (estrita e propriamente) do Direito (estritamente pertencentes ao âmbito do Direito e não a uma outra esfera ou faceta do Jurídico — Moral, Valorativa, Factual, etc.); uma aceitação passiva dos limites de seu campo a que, hodierna e majoritariamente, são ofertados pelo pensamento pós-positivista, e da pretensão de que princípios estejam sujeitos a eventual possibilidade de ponderação ou resiliência (noutras palavras, de relativização); ou ainda de que dependam de uma ‘natureza’ deontológica como *condictio sine qua non* para sua aplicabilidade ou efetividade (ou mesmo para seu adendo ao mundo jurídico), seria, decerto, mera aceitação do que está posto, antes mesmo de se ter mínima e qualquer “ciência” do que realmente seja aquilo que chamamos princípio. Não fosse apenas isto, o sábio ensinamento de Descartes — científico por excelência, eis que fora a base do próprio método e o guante de

toda a Ciência Moderna — nos exorta a, antes de qualquer coisa, duvidarmos (e partirmos mesmo desta dúvida) de todo e qualquer conhecimento assentado, se desejamos conhecer, conscienciosa e verdadeiramente, um dado tema³⁰.

Neste prisma, constitui ainda objetivo mediato desta perquirição, consecutório mesmo dos acima já lançados, investigar, através de uma explanação fulcrada, de um lado, em corolários de lógica, e, de outro, nas inferições que se pode extrair da própria evolução histórica do termo princípio e da ideia que o subjaz — desde o contexto em que foram erigidos (termo e ideia), e no evolver das concepções ofertadas até as modernas construções hodiernas — se princípios seriam realmente criações de um dado ramo científico ou apenas descobertas (juízos de constatação, categorias pertencentes ao plano ontológico), como algo que preexiste e que é próprio de dado saber, sendo apenas constatado, percebido, descoberto (não-criado). Bem assim, intentamos perquirir qual seria a natureza destas ideias que rotulamos por princípios, e, se aqueles (ou todos aqueles) que adjetivamos ‘do Direito’, ao lado dos quais apostamos igual nomenclatura (princípio), poderiam realmente figurar como tais. Ora, vejamos, sustentar, por exemplo, que princípios em Direito tenham natureza normogenética³¹, ou seja, que a natureza de princípios jurídicos se reduziria à mera possibilidade de criar normas seria, certamente, tomar o efeito pela causa, uma característica pela própria essência, uma vez que ‘criar normas’ é apenas uma das atribuições dos princípios (sequer a única ou de maior destaque), que caracterizaria, numa analogia ao campo humano, a um seu fazer, e não o que eles realmente são — não desanuviava a natureza de princípio.

Como se vê, a análise a que pretendemos pôr termo inicial, então, se revela num tema extremamente usual nos meios acadêmicos; contudo, e paradoxalmente, não lhe tem sido dada a devida importância, ante a gravidade das implicações que ele pode oferecer e que evidentemente oferece. Ora, se de um lado não é incomum ver neófitos nos saberes jurídicos tomarem o Direito por ciência sem sequer haverem questionado uma sua tal condição, de outro também é corriqueiro que aceitem a existência de princípios propriamente de Direito no âmbito e nos moldes que hoje lhes é dado pelo chamado pensamento pós-positivista (sujeitos à ponderação, resiliência, relativização, etc.), como verdade posta e inquestionável, com a pretensão de poder secundar seu subsidiário *status* científico. E bem pior que a simples aceitação das concepções, ideologias e conceitos que lhes forem repassados é o não questionamento dos mesmos, a não racionalização das informações e a falta de juízo crítico-

³⁰ Cfr. DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Coleção: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 49 e 50.

³¹ Neste sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p. 167.

valorativo, tão útil — em melhor palavra: imprescindível — a quem pretenda labutar com o Direito. E se há uma virtude e um mérito desta análise é o de se prestar como instrumental apto — guardadas as devidas proporções — a despertar o leitor a pensar e a refletir de modo mais libertário acerca do tema ora proposto.

Em tais termos, queremos saber se a categoria princípio pertence ao plano ontológico ou deontológico, se admite alguma modalidade de relativização (ponderação ou resiliência) seja na esfera do Direito ou em qualquer outra área do conhecimento humano, estabelecendo-se análise comparativa entre um e outros neste sentido; se haveria princípios absolutos (ou tendentes a isso) no âmbito do Direito; e, por fim, se a Dignidade da Pessoa Humana se enquadraria como tal, consubstanciando mesmo o sustentáculo de maior solidez para o universo Jurídico, seu substrato mínimo intangível³² e cerne teleológico e da própria Ordenação Político-Jurídica do ente humano. Consubstancia mesmo o objetivo mais intrínseco e específico da presente perquirição (e sustentáculo prático de todas as ilações mediatas já expostas) demonstrar seja a Dignidade da Pessoa Humana, em seu substrato mínimo — que, na feliz expressão do prof. Ingo Wolfgang Sarlet, estribado em Günter Dürig³³ (o qual, por sua vez, teve lastro mais remoto em Kant), consiste na *não-coisificação* do homem, na sua não redução à condição de coisa (*res*), à condição de meio, instrumento, objeto, senão tomando-o como um fim em si mesmo (e, portanto, um fim do próprio Direito) — constitua princípio inarredável, no contexto do sistema que consubstancia o Estado de Direito (seja ele Social, Democrático, Social e Democrático ou mesmo indiferentemente de qualquer outra adjetivação que lhe queiram apor).

O que se observa é que o pensamento pós-positivista, encimado pela jurisprudência de valores (ponderação de interesses, bens e valores - *Wertensjurisprudenz*), a qual, por seu turno, preconiza o trato de princípios (categoria pertencentes ao plano ontológico) como se se tratassem de valores (plano axiológico) — sujeitando-os, em tais termos, à ponderação — vem padecendo severas críticas e das mais diversas ordens.

As críticas sociológicas, apenas para citar exemplo, centram-se, sobretudo, no tocante à discricionariedade, que invariavelmente confere ao julgador (intérprete autêntico, na expressão de Kelsen) uma esfera tal que torna inda mais tênue a fronteira entre interpretar e

³² É o que se depreende do dizer literal disposto na Lei Fundamental alemã de 1959, constituindo doutrina e jurisprudência majoritárias, muito embora não absolutas, havendo plausibilidade de conclusão similar entre nossos patrícios portugueses, o que será objeto de digressão mais pormenorizada em oportuno (vide Capítulo V).

³³ Cfr. DÜRIG, Günter. In: AÖR, n.º 81 (1956), p. 127. *apud*. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 8a ed., 2007, p. 107. Neste sentido, entre nós: SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. Cit. passim*.

legislar. Mitiga-se, assim, a ‘separação dos poderes’, concedendo-se desmedida esfera ao Judiciário, quando preconiza norma seja resultado deste processo interpretativo, afastando-o sobremaneira do contido no produto da ação legiferante³⁴. Não haveria, ademais, meios de controle racional, a permitir, em caso de conflito, se indique que princípio tenha prevalência sobre outro, facultando ao julgador o incurso no vício racionalizante, de buscar fundamentação que, apenas e tão-somente, corrobore as ideias pré-concebidas e o *decisum* cujo interesse queira ver prevalecer. Tal proceder evidencia, exatamente e em última análise, que o posicionamento ofertado no sentido de um interesse A, B ou C, provavelmente já tenha sido tomado de forma prévia à ponderação de que eventualmente se valha para fins de mera fundamentação *a posteriori*³⁵. Eis a noção de *justiça como correção (argumento de correção)* proposto por Robert Alexy, reduzindo a dita [re-]aproximação entre Direito e Moral, em última análise, a uma mera noção, por parte de quem julga, de que esteja tomando a decisão correta (ignorando mesmo possa o julgador mentir, falsear ou agir sem convicção).

As críticas teórico-doutrinárias, por sua vez — bem como aquela que se propõe erigir a partir da presente perquirição — atêm-se, precipuamente, à plausibilidade de aplicação do teorema da colisão (ponderação) face ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Defende-se haja um conteúdo mínimo daqueles direitos, mormente da Dignidade da Pessoa Humana, que constituem a base e o alicerce do edifício sistêmico que é o Ordenamento, que não podem ser suprimidos por qualquer instância ou esfera³⁶, em que situação seja (vislumbrada,

³⁴ Há mais de um século, mundo afora, e então, mais sensivelmente, no Brasil, já graça espaço excessiva ‘judicialização da política’ [bem como, ‘politização do judiciário’], consubstanciando, exato, a intromissão, em demasia, do Poder Judiciário nas esferas dos Poderes Executivo e Legislativo, fragilizando o equilíbrio dos poderes. Neste sentido: MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *O Dilema da Liberdade: alternativas republicanas para a crise paradigmática no Direito (o caso da judicialização da política no Brasil)*. 2008. Tese (Doutoramento em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Brasil, (2008). *passim*. Vide ainda: MACIEL, Déborah Alves, et. al. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>> Acesso em: 05.06.2010. CASTRO, Marcos de Faro. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm> Acesso em: 05.06.2010. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>> Acesso em: 05.06.2010. MACHADO, Clara Cardoso. *Judicialização da política. Uma reflexão a partir das tendências atuais da teoria do direito*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2462, 29 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14585>>. Acesso em: 5 jun. 2010.

³⁵ Neste sentido: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro* – Estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002., *passim*; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. Vol. I, tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. p. 316 a 317 e 321; BULYGIN, Eugenio. *Alexy’s Thesis of the Necessary connection between Law and Morality*, *Ratio Juris*, vol. 13, N. 2, 2000, p. 133-137, conforme ainda ROVER, A. J; SERBENA Cesar Antonio e CELLA, José Renato Graziero. *Conexões entre moral e direito sob um ponto de vista lógico*. In: Revista Brasileira de Filosofia, Volume: 232, 2009, p. 247-256.

³⁶ Cfr. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2002.. *passim*

cogitável ou fáctica), sob pena de, com isso, fazer tombar todo o edifício sistêmico que pretenda alicerçar. Este núcleo essencial consubstanciaria o limite derradeiro e intransponível, protegido contra toda e qualquer espécie de intromissão em seus limites³⁷, (relativização - ponderação), não admitindo violações, sob pena de fazer soçobrar toda a ideia subjacente aos Direitos Fundamentais, maculando-lhes o gênero inteiro, e não mais a simples espécie — o direito fundamental especificamente violado. Assim, a Dignidade da Pessoa Humana, entendida como a densificação máxima de todos os direitos fundamentais e o fim último da organização político-jurídica humana, não admitiria ponderação alguma a impingir uma diminuição qualquer em seu substrato *minimum*³⁸, não sendo o homem (o valor inerente ao ente humano) um qualquer dos interesses que a ordem constitucional visaria proteger, mas seu cerne teleológico e seu valor supremo, consubstanciando mesmo o fim último desta ordem, e a razão de ser do próprio direito — reger a vida humana com o fito de possibilitar ao homem possa desenvolver-se de forma integral (individualmente) e integrada (socialmente). Noutras palavras, como a Dignidade da Pessoa Humana foi traduzida nos ordenamentos jurídicos [mister nos Estados Democráticos de Direito] como síntese última dos direitos fundamentais, sua supressão, em tais moldes, deve ser rechaçada, de modo a não permitir se macule o escopo último de toda ordem jurídica — o ente humano.³⁹

Entre nós, a Dignidade da Pessoa Humana foi plasmada na Constituição Federal de 1988, no título — I, “dos Princípios Fundamentais”, em seu art. 1.º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito. Inobstante nossa análise se pretenda pautar e espargir a partir deste ponto de convergência, do contexto jurídico-positivo brasileiro e de sua comparação com dispositivos reconhecedores da dignidade e valor do ente humano em textos constitucionais outros (dentre os quais elencamos, exemplificativamente, e por maior aproximação, o português e o espanhol), nos perfilhamos entre aqueles que defendem a ideia de que tal direito prescindia mesmo de positivação, que a previsão contida nas grandes Cartas de Direitos e nos textos constitucionais erigidos após, nada mais é — como se deduz literalmente do modo como ali

³⁷ “La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales. En los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. **La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites.** En ese sentido tiene un carácter de regla. **Toda intromisión en la dignidad humana implica su lesión.** Pero también aquí las cosas no son tan simples. Tras la estructura de reglas de la dignidad humana se encuentran desde luego estructuras de ponderación.” In: ATIENZA, Manuel. *Entrevista a Robert Alexy*. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf> Acesso em: 19 de junho de 2007. in: Revista Doxa n.º 24. Alicante, 2001. p. 678. **[destaques nossos]**.

³⁸ Cfr. SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. Cit.* pp. 94 a 113.

³⁹ Idem, *Ibidem*.

se expressam praticamente todas — que um simples reconhecer da existência de tais Direitos Fundamentais, nunca uma sua criação; que a Dignidade da Pessoa Humana seja intangível, no que é o entendimento jurisprudencial majoritário na Alemanha (a despeito da teorização de Alexy), fulcrado no disposto literal da própria Lei Fundamental da República Federal da Alemanha⁴⁰ de 1942⁴¹.

⁴⁰ Cabe dizer aqui, para além da mera ilustração, (análise também constante do Capítulo – V) que a Alemanha, antiga Alemanha Ocidental [RFA], ora Alemanha unificada, não possuía Constituição, a despeito de possuir Tribunal Constitucional [*Verfassungsgericht*]. A princípio, pode parecer contraditório, mas, vejamos: a dita Constituição Alemã, então chamada Lei Fundamental Alemã [*Grundgesetz*], foi promulgada por Assembleia Constituinte em 1949, batizada de Conselho Parlamentar, com o fim do Estado Nazista. Tal Assembleia era composta por 65 representantes das assembleias estaduais da Alemanha Ocidental, além de observadores de Berlim e dos “três aliados” (EUA, França e Inglaterra). Cfr. [s.n.] 1949: *promulgada a Lei Fundamental Alemã*. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,525432,00.html>> Acesso em: 14 de setembro de 2011. Ora, em sendo e consubstanciando um Estatuto tutelado pelos invasores (os aliados), inda que justificada a tutela ante a real e plausível ameaça de um retorno do ideário nazista, entenderam os alemães, para além do mero preciosismo da terminologia, que não seria plena de legitimidade, portanto, não se configura como sendo propriamente Constituição; e isto por dois motivos: um, a presença de observadores a impedir “excessos” (impedindo, aí também, a plena legitimidade, o pleno exercício da autodeterminação [*self-determination*] do povo alemão, tamanho era o temor de retorno do ideário nazista; dois, a Lei Fundamental Alemã teria um caráter provisório, imaginando-se não tardasse a unificação das Alemanhas). Ora, o receio dos aliados era mais que justificável: se consagassem ao povo alemão, à época, o pleno direito a promulgar, livremente, uma Constituição, provável fizessem prevalecer ali ideias não muito diversas daquelas defendidas por Hitler até então. Bem assim, justifica-se a necessidade de uma instância interpretativa, independente e desatrelada dos demais poderes instituídos, como representativa do povo Alemão, para que tutele os chamados Direitos Fundamentais, sendo em decorrência disto que se erigiu o Tribunal Constitucional Alemão [*Verfassungsgericht*]. Neste contexto, não seria necessário um esforço interpretativo muito grande para ver que, sob indelével lume, existe aí uma justificativa cultural mais que aceitável para a cisão mais forte que queiram apor entre o que seja *letra* e o que seja *norma*, e para que façam tudo dependa do olhar do intérprete (autêntico) para ter força, validade ou cogência, e que tais proposições tenham advindo (ou sido melhor difundidas) por teóricos, filósofos e doutrinadores alemães, a saber: Friedrich Müller, com seu concretismo / estruturalismo, ou Robert Alexy, com a propugnação de princípios como mandados de otimização e espécies do gênero norma – apenas para citar exemplos. Bem assim, não é de se estranhar que a chamada Jurisprudência dos Valores tenha surgido dos problemas com que se teve de se confrontar o Tribunal Constitucional Alemão [*Verfassungsgericht*], e isto muito antes das razões pelas quais levaram Ronald Dworkin a perquirir questões de ordem similar, mas seguindo caminho em todo diverso e com propostas de soluções (como se verá) diametralmente opostas. Todavia, o que não se compreende é que se queira aplicar as mesmas proposições, de pronto e sem mais, a outras realidades e/ou ordenamentos jurídicos diversos, qual, constata-se, vem acontecendo no Brasil, sem a necessária adaptação ao contexto, cultura e realidade em todo diversa, sobretudo quando é da tradição jurídica brasileira o trato de princípios em razão de sua fundamentalidade, o que é sobremaneira diverso do enfoque de Alexy, priorizando a normatividade (normatização). Neste mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva, orientando de Alexy quando de sua tese de doutoramento e tradutor de seus livros no Brasil, nos oferta melhor palavra, ao dizer: “o conceito de princípio usado por Robert Alexy, como mandados de otimização, espécies de norma contrapostas à regra jurídica, é bastante diferente do conceito de princípio tradicionalmente usado na literatura jurídica brasileira. ‘Princípios’ são, tradicionalmente, definidos como ‘mandamentos nucleares’ ou ‘disposições fundamentais’ de um sistema, ou ainda como ‘núcleos de condensações’. A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor – e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil – mas a ideia costuma ser a mesma: *princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema*, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental. [...] O conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que *nada* diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade. Essa diferença entre os conceitos de princípio tem consequências importantes na relação entre ambas as concepções. SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*.” In: Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, vol. 1, 2003, págs. 607 a 630. Para melhor

Vejamos, se ao menos um só dos dispositivos a que, no âmbito do Direito, apresentamos com a indumentária vocabular ‘princípio’ apresentar características diversas dos demais (*in casu*, assumindo compleição tendente ao absoluto — ontologização, como parece ser o caso da Dignidade da Pessoa Humana), é que estamos a falar de categorias diversas, e que, ou aquilo que convencionalmente chamamos princípios no Direito não o é, ou aquela proposição que apresenta características novas (no caso, absolutória) merece nova indumentária vocabular a rotulá-la, por tratar-se de coisa diversa, que não princípio. Assim, demonstrando-se o pendor de caráter absoluto da Dignidade da Pessoa Humana no contexto do Estado de Direito, igualmente estaríamos demonstrando a necessidade de que se crie novo termo, seja ele para referir-se à Dignidade da Pessoa Humana ou para fazer face a toda a categoria que, por convenção, temos rotulado — na esfera do Direito — sejam princípios. De um lado permanecendo aquela categoria que se sujeita à relativização (ponderação); de outro, os elementos que constituam base, alicerce, saber sem pressupostos, mandamento nuclear e irradiador de todo o sistema.

A bem da verdade, tal proposta não é nova. Há autores em todo o mundo que já sustentam haver princípios jurídicos com pendor absoluto (ou uma esfera destes — núcleo mínimo), eventualmente elencando-os⁴², mesmo que de forma não-taxativa; alguns dos quais propõem ainda que os elementos passíveis de relativização (seja nas modalidades de ponderação, resiliência ou outra qualquer) recebam a alcunha de *diretrizes, proposições normativas, etc.*, ao passo que aqueles que se comportam com pendor absolutório

contorno acerca da Lei Fundamental Alemã indica-se a leitura de: [s.n.] *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Com um ensaio e anotações de Nuno Rogeiro. Coimbra: Coimbra Editora. 1996.

⁴¹ Cfr. [s.n.] *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Com um ensaio e anotações de Nuno Rogeiro. Coimbra: Coimbra Editora. 1996. pp. 78, 79 e 123-127. Neste sentido, vide ainda: SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* p. 111.

⁴² Ver: RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Derechos Liberales e Derechos Sociales*. in: Revista Doxa n.º 15-16. Alicante, 1994; ANDRADE, Anderson Pereira de. *Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/Direito_Constitucional/DOCTRINA/Os_direitos_economicos_sociais_e_culturais_no_cinquentenario_da_declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.htm> Acesso em: 19 de junho de 2007; ATIENZA, Manuel. *Entrevista a Robert Alexy*. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf> Acesso em: 19 de junho de 2007. in: Revista Doxa n.º 24. Alicante, 2001; ALEXY, Robert. *Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal – La Doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_09.pdf> Acesso em: 19 de junho de 2007. in: Revista Doxa n.º 23. Alicante, 2000; SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. Cit.*; SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Disponível em: <<http://www.apriori.com.br/artigos/publico/199.htm>> e <[BuscaLegis.ccj.ufsc.br](http://buscalegis.ccj.ufsc.br)> Acesso em: 30 de junho de 2001; NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva. 2008.

(indiferentemente mesmo de seu reduzido número) devam continuar a serem denominados *princípios*.

O leitor atento notará termos feito centrar a presente análise na visão de Alexy (porque majoritária) e na de Dworkin (por tomarmos mais adequada, sendo aquela em que Alexy se inspirou como ponto de partida), bem como na contraposição entre estas, deixando os precursores em posição secundária, tão-somente pincelando, aqui e acolá, suas propostas e proposições, eis que — concordando com o entender do professor pós-doutor, Virgílio Afonso da Silva, ele mesmo orientando de Alexy, quando de sua tese de doutoramento e tradutor de suas obras no Brasil — não há nestes precursores rigor sistêmico, pouco se dedicaram a construir uma teoria sistemática sobre princípios constitucionais, a despeito da inegável importância histórica de suas obras⁴³ (muitos dos quais pioneiros na proposta de princípios serem normas, mas tão-só).

E, a despeito de qualquer pretensão conclusiva para então, abraçamos exatamente a hipótese de que, decorrência mesmo de perquirição lógica e contextual-histórica acerca do termo e da ideia que o subjaz, seja princípio aquilo que, parcela mínima que seja, sobrevive à mudança (*devir*), e que mantém a identidade sistêmica (unidade mínima mantenedora do padrão organizacional, e não da mera estrutura,⁴⁴ de tal ou qual secção do saber, *in casu*: de tal ou qual sistema, e mais apropriadamente do Direito⁴⁵), a fim de que a mesmo não deixe de ser o que é passando a ser outro (diverso), por não conservar nada do que fora outrora — se é que admitimos possa haver uma mudança categórica nestes termos, afora as que, no caso de um dado Ordenamento Jurídico, se dão por via revolucionária ou por meio de uma nova

⁴³ Cfr. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, nota 60.

⁴⁴ “O discurso do texto tem um «segredo» escondido. Esse segredo deve, porém, revelar-se aos que pretendam ir ao fundo das coisas: pretende-se construir o direito constitucional com base numa perspectiva “principlista” (baseado em princípios), perspectiva esta inspirada em DWORKIN e ALEXY, mas com aberturas para as concepções sistêmicas e estruturantes (sentido de LUHMANN e de MÜLLER). Desta forma, fazemos também sugestões para uma visão estruturante do direito constitucional com suficientes suportes em esquemas funcionais e institucionais (W. KRAWIETZ). Cfr. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, p. 45; ALEXY, *Theorie der Grundrechte; Rechtssystem und Praktische Vernunft*, Rth, 18 (1987), p. 405; W. KRAWIETZ, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, 1984; «Juridisch-institutionelle Rationalität des Rechts versus Rationalität der Wissenschaft», in Rth 15 (1984), p. 423; ZAGREBELSKY, // *sistema costituzionale*, cit., p. 108.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. p. 70. Vide ainda tópico “a metódica juridical normativo-estruturante”, in: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p. 215. Neste sentido, assevera o prof. Edilson Farias: “Tal é o significado dos princípios estruturantes ou fundamentais para a identidade da constituição que uma modificação dos mesmos não implica a reforma ou a revisão da constituição, porém a destruição desta.” FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed., atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2000. p. 41.

⁴⁵ “A ideia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a **estruturação de um sistema** de ideias, pensamentos ou normas, por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.” Genaro R. Carrió. *Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. pp. 33-34. *apud*. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 47-49. [destaque nosso].

Assembléia Constituinte (mas que culminam fatalmente com a sua extinção e o surgimento de um outro, novo e diverso Sistema). E, só então, fulcrados em todos os corolários supra-expostos, julgamos seja possível perquirir a plausibilidade de conflitos entre (reais) princípios e as culminâncias disto (do conflito entre ideias que no Direito rotulamos por princípio) para a cientificidade do próprio Direito, sobretudo do Direito Constitucional, enquanto repositório maior dos princípios do Sistema de Direito como um todo. E, assim, pretende-se fazê-lo, contrapondo à tendência doutrinária à normatização de princípios no Direito (preconizada pelo chamado pensamento pós-positivista) — e à relativização daí decorrente — ao pendor de cunho absoluto e universal dos Princípios Fundamentais do Estado (Social e Democrático) de Direito⁴⁶; e, mais apropriada e percucientemente, como objeto central da perquirição em apreço, da Dignidade da Pessoa Humana, que consubstancia mesmo o substrato mínimo intangível e o cerne teleológico da própria Ordenação Político-Jurídica do ente humano⁴⁷ [senão, ao menos na perspectiva do Ocidente]. Pretende-se demonstrar aqui, exatamente isto: que a Dignidade da Pessoa Humana, em seu substrato mínimo (quiçá em amplitude maior), — que, como já dito, consiste na não-coisificação do homem, na sua não redução à condição de *res* (coisa), à condição de meio, de instrumento, de objeto, senão como um fim em si mesmo — constitua princípio inarredável, no contexto do Estado de Direito (seja ele social, democrático, ou social e democrático ou ainda indiferentemente de qualquer outra adjetivação que lhe queiramos apor). O valor da pessoa humana se traduzindo como uma faceta do agir/pensar democrático, não havendo como se dissociar um e outro, não havendo falar-se em Democracia que atente, expressa ou tacitamente, contra o valor intrínseco do ente humano.

Neste sentido, e para cumprir o afã ora proposto, recorreremos a métodos teóricos (fenomenológico-hermenêutico, a que, particularmente, daremos contornos no Capítulo - I) e práticos (crítico-dialético e comparativo — mais adequados aos propósitos do Capítulo - IV), cujos resultados se verificarão, nas Considerações Finais, por meio da antinomia (ou compatibilidade) entre a dimensão relativa ofertada à categoria princípio pela mais recente doutrina sobre o tema e o seu caráter tendentemente absoluto, universal e imutável (ontológico). Estruturalmente, optamos pela metodologia positiva, seja em virtude da uniformidade ou da convenção, como pelo louro que lhe é meritório, tendo em vista que facilita sensivelmente a análise dos dados auferidos. Primamos por análises de cunho dedutivo, na esteira de Gustav Radbruch, para quem a indução é pouco afeita aos raciocínios

⁴⁶ Ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* p. 95 a 120.

⁴⁷ Ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* p. 111.

jurídicos,⁴⁸ mais conforme, por via de consequência, às ciências naturais. E, dada a impossibilidade (impropriedade material) de se pretender abraçar, ao menos para fins conclusivos, toda a gama de princípios constitucionais (historicamente reconhecidos e validados como fundamentos principiológicos, sobretudo nas Cartas de Direitos Humanos), nos restringiremos à Dignidade da Pessoa Humana, em seu substrato mínimo, como estamento principiológico (e já bastante amplo por sinal), cuja proteção pelo aparato do Direito consiste e consubstancia *conditio sine qua non* da legitimação do Direito como instrumento coativo socialmente aceito, bem como de sua própria existência. Assim, neste sentido, não abdicamos da indução, o que também será a abordagem do Capítulo — V, aglutinando então os métodos já elencados.

Assim, afora as ilações acerca da Dignidade em seu substrato mínimo, abordaremos, quando das aferições conclusivas, enfocaremos também a plausibilidade de que seja adotada pena de morte por Estados e Ordenamentos, para os quais, dentre suas finalidades precípuas, consta a proteção da vida dos cidadãos, de quem pretensamente teriam recebido legitimação para tal, e a quem não se reconhece possam atentar contra a vida uns dos outros, donde, assim, por imperativo lógico, tais Estados e Ordenamentos estariam fazendo uso, portanto, de “direitos” (se é que a palavra direito se adequa à adjetivação ‘de matar’, que eventualmente lhe seja posposta) ou de poderes que não receberam, uma vez que não admitem seus cidadãos o tenham — ou em algum tempo tenham tido — tal direito e cuja pretensa prerrogativa (seja de que Estado ou Ordenamento for), dentro de tais moldes, não parece ser legítima. Isto também, objeto do Capítulo — IV.

Por fim, para cumprir os intentos ora propostos, utilizaremos obviamente o procedimento monográfico, uma vez que serão analisados textos doutrinários, textos de filósofos da Ciência e de cientistas, além de artigos colhidos de revistas e internet. A análise será desenvolvida a partir da técnica de pesquisa bibliográfica e documental no ramo do conhecimento da Filosofia do Direito, da Filosofia da Ciência, além, é claro, do Direito Constitucional, e — em última análise e bem menor proporção — de Direito Penal, naquilo que seja restrito ao chamado campo Penal-Constitucional.

Julgamos por bem inverter a ordem da apresentação, alocando os Capítulos III e IV — com corolários, fundamentos e premissas da presente análise — antes dos capítulos I e II — que contém a base dos argumentos propostos, para fins de facilitar a fluência e a

⁴⁸ O conceito de Direito deve ser universal, geral e necessário, sujeito ao raciocínio dedutivo e não à indução, como é o mote das ciências naturais. Cfr. Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010. pp. 86 a 93.

compreensão, expondo os caminhos e a história por traz dos elementos em apreço antes da apreensão conceitual. No primeiro capítulo, abordaremos a evolução histórica da normatividade (normatização) de princípios, desde o constitucionalismo primevo até a perspectiva neoconstitucionalista, minudenciando aí as premissas metodológicas e as perguntas-guia da presente perquirição, bem como apondo argumentos e proposições a serem testados em contraste com os fundamentos ofertados. Bem assim, no capítulo IV, trataremos da questão da natureza de princípios e do embate entre as percepções das demais ciências e a jurídica, no cotejar da evolução paradigmática, afora ainda enfocando a perspectiva sistêmica (ainda no Capítulo — IV); para, só então, no capítulo V, e a partir de todas as exposições anteriores, poderemos apreender os meios necessários para inferir quaisquer afirmações a respeito do Direito e da Dignidade da Pessoa Humana, em que nos centraremos então.

CAPÍTULO – I

NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO COMO FULCRO PARA O DELINEAMENTO DO PROBLEMA E PERGUNTAS- NORTEADORAS

“A distinção entre regras e princípios virou moda. (...) A separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade. E a unanimidade termina por semear não mais o conhecimento crítico das espécies normativas, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto.”

Humberto Ávila

Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. p. 18.

1.1 Antecedentes do Normativismo:

Como o chamado neoconstitucionalismo se adere fácil ao rótulo do pós-positivismo, uma vez julgando-se precisa a ruptura com o positivismo, e possui, como elemento uniforme, [dos poucos, mas certamente não o único] a normatização de princípios; e como este labor centra-se, exato, numa crítica à normatização de princípios, bem como, por via de consequência, ao neoconstitucionalismo e à ideia de que tenha havido, aí, uma ruptura com o positivismo [e não um mascaramento, uma nova faceta sua], é que principiamos com o descortinar de termos como: constitucionalismo, neoconstitucionalismo e pós-positivismo. E, neste mesmo contexto, descortinamos as bases metodológicas adotadas, corolários necessários a se poder demonstrar a incompatibilidade entre a Dignidade da Pessoa Humana e os demais princípios jurídicos, aos quais se faz ladearem, como se elementos pertencentes a uma mesma sorte de categorização.

Neste sentido, necessário se esclareça uma vez mais, apresentaremos, então, primeiramente os argumentos (explicitados então) e depois os corolários que os secundam e fundamentam (em capítulos adiante), invertendo, propositadamente, a ordem que convencionalmente se esperaria da explanação, com o fito claro de facilitar-lhe a compreensão, para depois dar-lhe sustentáculo.

1.1.2 Do Constitucionalismo à Matriz Teórica do Neoconstitucionalismo:

Pois bem, pensar o Constitucionalismo é ter em mente, antes de mais nada, um processo político, social, jurídico e ideológico, uma vivência jurídico-social e político-ideológica; muito mais que uma percepção teórica, trata-se de um movimento histórico [de

caráter político e jurídico] que se principiou na chamada Idade Moderna, inda que insistamos, com nosso olhar de hoje, mirar o passado e ali divisar elementos esparsos daquilo que hoje entendemos seja constitucionalismo. Daí o corriqueiro falar-se em constitucionalismo grego, constitucionalismo medieval, constitucionalismo hebraico, etc.⁴⁹. Filiamo-nos, porém, ao entendimento de que, aí, não haveria real constitucionalismo, assim alcunhado apenas para fins didáticos, quando muito. Constitucionalismo, *strictu sensu*, teria surgido em momento histórico específico e dotado de características ímpares para a precisa compreensão de seus contornos.⁵⁰

Difícil tarefa a de apreender os significados possíveis de Constitucionalismo senão caracterizando-o, a saber: assenhoreia-se de um número taxativo, reduzido e bastante específico de características. Basicamente, é um movimento que não se deve apenas ao advento das Constituições escritas, mas à paulatina assunção e supremacia das mesmas — cujo ápice se dá, [hodiernamente], justo com o primado da principiologia, em matéria de hermenêutica constitucional — bem como este alçar da Constituição à condição de destaque, significando, sob outro prisma, uma priorização e um advento das limitações ao poder [das leis, do Estado e de quem governa — poder público, pois], erigidas sob a indumentária dos chamados Direitos [e Garantias] Fundamentais [no afã de proteger os cidadãos do poder arbitrário, sob a égide das leis, sempre sujeitas à Constituição].

1.1.2.1 Significados Possíveis para o Constitucionalismo: Perspectivas e Acepções

Para darmos continuidade, abordando, de pronto, os possíveis significados e acepções para o termo Constitucionalismo e as ideias a que ele se reporta, convém lançar mão das definições de alguns autores consagrados como balizas; e, a partir delas, destacar e capitular os principais significados e acepções em destaque. Assim, temos que, para o prof. Gomes Canotilho, o constitucionalismo moderno:

⁴⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1986. p. 154, 155 e *passim*.

⁵⁰ O termo constitucionalismo teria pelo menos dois significados diferentes: em sentido amplo, estaria relacionado ao fato de todo Estado possuir, teoricamente, uma Constituição, em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que lhe seja atribuído ou que adote; em sentido estrito, significaria a técnica jurídica de tutela das liberdades e limitação dos poderes constituídos, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos, primeiramente a proteção, e depois o exercício, com base em Constituições escritas, dos seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força ou do arbítrio (direitos de primeira geração, negativos), bem como tivesse o dever de assegurar-lhes proteções e direitos (direitos de segunda geração, positivos). Cfr. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2001. *passim*.

[...] representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo [...] é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. [...] Numa outra acepção — histórico-descritiva — fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII. Questiona nos planos políticos, filosóficos e jurídicos os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.⁵¹

Michel Rosenfeld, em contrapartida, destaca:

O constitucionalismo não faz sentido na ausência de qualquer pluralismo. Em uma comunidade completamente homogênea, com um objetivo coletivo único e sem uma concepção de que o indivíduo tem algum direito legítimo ou interesse distinto daqueles da comunidade como um todo, o constitucionalismo [...] seria supérfluo [...] o constitucionalismo depende do pluralismo e pode, em última instância, ser visto como aquele que outorga os meios para institucionalizar o pluralismo [...] é um ideal do qual as diferentes constituições podem se aproximar mais ou menos.⁵²

Ora, depreende-se dos conceitos ofertados que o Constitucionalismo não prescinde de pelo menos dois elementos: a) existência de uma Constituição escrita e b) limitações ao poder [governo]. Louis Henkin, por seu turno, destacaria ainda: 1.º — soberania popular; 2.º — supremacia e imperatividade da Constituição; 3.º — sistema democrático que proteja as liberdades; 4.º- governo limitado; 5.º — respeito e proteção aos direitos; 6.º — instituições de monitoramento [*in casu*, o Judiciário] dotadas de força real; 7.º — autodeterminação dos povos [*self-determination*], enquanto fonte do poder constituinte originário e garantidora de legitimidade.⁵³

Historicamente, o surgimento das Constituições, tal qual as conhecemos hodiernamente, as fazia *ab initio* sujeitas ao poder do soberano ou das leis [parlamento]. Nas monarquias constitucionais europeias, entre os sécs. XVII e XVIII, ainda havia uma estreita ligação ao codicismo letrista e ao legicentrismo [supremacia do Parlamento], herança provável do advento e ideologia própria do Código Civil Napoleônico. Neste contexto, havia um império das leis, mas as leis, tanto o soberano quanto o parlamento, poderiam modificar a qualquer momento, não havendo segurança ao cidadão. Propunham que o Direito estaria contido na Lei, e às Constituições era relegado um papel meramente secundário, rareando as proteções ao cidadão, tampouco facultando o exercício de direitos e garantias. Como se depreende disto, não há falar-se em Constitucionalismo propriamente dito sem limites aos

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.* p. 51-52.

⁵² ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*, Trd. Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 21, nota 13, p. 36 e *passim*.

⁵³ Cfr. HENKIN, Louis. *The Age Of Rights*. Columbia University Press: Columbia. 1996. *passim*.

poderes, com o consequente favorecimento aos direitos e garantias protetivas [supremacia da Constituição], o que só se deu como resultado das Revoluções deflagradas entre o final do século XVIII e o término da Primeira Guerra Mundial, culminando com o advento do Estado de Direito. O Estado de Direito só surge com o advento da proteção do cidadão, e mais: com a proteção do ente humano, enquanto sujeito dotado de dignidade tal, que tampouco o ordenamento tenha o condão de lhe conferir, mas que, decerto, tem por obrigação proteger.

Pois bem, podemos enumerar e destacar das proposições acima explicitadas: **1.º** - a existência de um significado **sociológico**, para o constitucionalismo, enfocando seja um movimento social que clamou pela limitação do poder, inviabilizando os governantes fizessem prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado, movimento intimamente imbricado às correntes filosóficas, ideológicas, políticas e sociais dos séculos XVIII e XIX, no contexto das Revoluções Burguesas e da queda dos Estados Absolutistas [Europa Ocidental e América do Norte]; **2.º** - a existência de um significado **técnico-jurídico**, a que nos reporta o prof. Gomes Canotilho, como técnica-jurídica de limitação do poder; **3.º** - a existência de um significado **sociocultural e histórico-político**, face à ligação estrita do Constitucionalismo a um contexto histórico, social e cultural bastante específico, dependente de um conjunto de variáveis bem definidas para que surgisse.

A despeito da polissemia do termo e da pouca consolidação que possui, porque historicamente recente, o constitucionalismo se restringe a um conjunto específico de características que delineiam o que seja e bem explicitam o diapasão das acepções e significados possíveis. Em suma, trata-se de um movimento de caráter político e jurídico, advindo das Revoluções deflagradas entre o final do século XVIII e o término da Primeira Guerra Mundial, e que culminou com o estabelecimento de Estados de Direito, com fulcro, portanto, numa Constituição democrática, que delimita a atuação do Poder Público, mediante a separação dos poderes, e assegura ampla proteção aos direitos dos cidadãos contra o arbítrio do Estado e de quem governe.

Impera, contudo, que — desde então — os chamados Direitos Fundamentais careciam de força. Óbvio, estavam plasmados no seio das grandes cartas de direitos, bem como nas próprias constituições nelas inspiradas, mas isto não lhes garantia aplicabilidade, força, cogência. Encapsulados em sua roupagem principiológica, tais direitos ficavam relegados a instâncias interpretativas e de supressão de lacunas, ainda conforme a lógica codicista (civilista) napoleônica. O equívoco, evidenciamos, era a manutenção do ideário codicista e não a alocação de princípios, como elementos pertencentes ao plano ontológico, para o plano

deontológico. As Constituições, repositórios originários dos princípios, eram marcadas por excessiva abertura e indefinição semântica, sendo — a mais das vezes — meros elementos de inspiração ao legislador e ao julgador, sem força a poder se fazer valer ou cumprir. E é neste contexto que surge o chamado neoconstitucionalismo, como proposta salvadora da aplicabilidade constitucional, e, por via de consequência, da aplicabilidade dos princípios nas Constituições insertos. E a solução proposta foi de que princípios fossem (ou passassem a ser tratados como) elementos pertencentes ao gênero normativo. O processo que se sucede historicamente é o da Constitucionalização do Direito (e, por via de consequência, o da Constitucionalização de princípios)⁵⁴, o valor da pessoa humana passando a ocupar o palco central das discussões, e aquele elemento norteador do ato decisório.

1.1.2.2 Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo: Delineamentos

Ao contrário do que se possa cogitar à primeira vista, Neoconstitucionalismo e Pós-positivismo são gigantescos braços que enquadram, numa só esfera, teses as mais várias, por vezes contrárias, e até mesmo díspares⁵⁵ ou inconciliáveis⁵⁶, como se de um mesmo gênero

⁵⁴ Neste sentido: ALEXY, Robert. *Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada*. RT/Fasc. Civ., ano 91, v. 799, maio/2002 pp. 33-51.

⁵⁵ “Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. [O jurista argentino Carlos Santiago Nino, por exemplo, faleceu em 1993, quando ainda nem se empregava esta denominação.] Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito [Cfr. Robert Alexy. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005; Luis Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008. p. 306-350.] e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, [Lênio Luiz Streck. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 197-246.] adeptos do liberalismo político, [Ronald Dworkin e Carlos Santiago Nino são, sem sombra de dúvida, autores liberais, não no sentido que se atribui ao termo no Brasil - de adeptos de doutrina econômica favorável ao Estado mínimo e ao mercado - mas sim no sentido corrente na Filosofia Política, que associa o liberalismo à defesa dos direitos individuais e da neutralidade do Estado em relação às diversas concepções sobre a "vida boa" existentes na sociedade. Veja-se, neste sentido, Ronald Dworkin. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 181-236; Carlos Santiago Nino. *La constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 70-100.] comunitaristas [Cfr. Lênio Luiz Streck, que se alinha ao neoconstitucionalismo, defende posturas tipicamente comunitaristas, como o papel da Constituição na definição de modelos de "vida boa" para orientação da vida social e da ação individual. Cfr. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 95-288.] e procedimentalistas. [Antonio Cavalcanti Maia, um dos mais ardorosos defensores do neoconstitucionalismo no país, é também procedimentalista e adepto das teorias jurídicas de Jürgen Habermas. Veja-se, neste sentido, o seu denso texto "Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo". In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binbenbom (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 117-168, em que esta sua dupla filiação intelectual é explicitada.] Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque [...] não exista um único

fossem ou pudessem ser — sendo exato isto o que abraçam os defensores mais apaixonados, desconsiderando os riscos de uma acolhida teórica imponderada e acrítica. Não fosse tudo, o termo Neoconstitucionalismo é relativamente recente e não é empregado no debate constitucional norte-americano, tampouco naquele que se trava na Alemanha — conceito este forjado, sobretudo, na Espanha e na Itália.⁵⁷

Nestes termos, arvorar-se poder criticar o pós-positivismo como um todo ou mesmo o neoconstitucionalismo em toda a extensão é correr o risco de intentar alvejar a mosca e atingir o elefante. Assim, cabe uma palavra prévia quanto àquilo que de específico se pretende levantar crítica dentro do quadro maior do pós-positivismo e do chamado neoconstitucionalismo. Após isto, perscrutaremos as principais e majoritárias visões da proposta na atualidade.

O leitor pode estar a se questionar o porquê de a explanação seguir sem prévia conceituação do termo princípio, objeto de toda a celeuma havida. É que nossa opção metodológica, como explícito nos prolegômenos, é de que, antes mesmo de empenharmos um esforço mais direcionado no sentido de definir e/ou conceituar⁵⁸ princípio, coubesse alguma

neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa”. [Segundo Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo desdobra-se em três planos de análise que se conjugam: o dos textos constitucionais, que se tornaram mais substantivos e incorporaram amplos elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais, que passaram a recorrer a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área de direitos fundamentais; e o dos desenvolvimentos teóricos de autores que, com as suas ideias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participaram da sua própria criação. Cfr. Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: Eduardo Ribeiro Moreira; Mauricio Pugliesi. 20 anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2009, pp. 31/68.

⁵⁶ “Esse *sincretismo metodológico*, em termos simples, consiste na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem. Como exemplo desse fenômeno, pode ser mencionada [...] a recepção da distinção entre regras e princípios e a recepção da chamada teoria estruturante do direito, difundida no Brasil por meio da obra de Friedrich Muller. Um dos traços fundamentais da teoria de Muller é a separação entre *programa da norma* e *âmbito da norma*, separação que visa, nas palavras do próprio Muller, a superar a concepção positivista segundo a qual a aplicação do direito seria um mero processo de subsunção do fato a uma norma preexistente a esse mesmo fato. Segundo o autor, isso não passa de uma ilusão, já que a norma não existe antes do confronto com os fatos. Mais do que descer a detalhes da teoria estruturante do direito, o que aqui interessa é salientar uma de suas principais consequências: a *rejeição expressa do sopesamento como método de aplicação do direito*. Segundo o próprio Muller, o sopesamento é um método irracional, uma mistura de “sugestionamento linguístico”, “pré-compreensões mal esclarecidas” e “envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos”, cujo resultado não passa de mera suposição.” SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit., Loc. Cit.* Encontramos também a associação do estruturalismo, na linha de Muller, e do sopesamento [ponderação], nos moldes de Alexy, presente na obra do prof. Gomes Canotilho. Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, p. 215.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit. Loc. Cit.*

⁵⁸ “Na Idade Antiga, os romanos afirmaram que o conceito era *aprehentio rei*, ou seja a apreensão mental, sensorial de determinado objeto, dessa forma o conceito, para os romanos era a imagem que temos de determinadas coisas. No entanto, é de notar-se que nós, seres humanos dotados de inúmeras diferenças, temos

palavra acerca, desde o contexto sociocultural e histórico em que se erigiu e da forma como foi concebido como instrumental jurídico, até sua corrente acepção contemporânea no Direito.⁵⁹ De tal modo, a definição eventualmente proposta apresentará maior solidez, eis que advinda da compreensão histórica prévia, do entendimento de como teriam surgido o objeto analisado (a ideia) e o termo de que normalmente se vale para representá-lo, razão pela qual nos resguardamos de fazê-lo somente nos capítulos adiante da presente perquirição.

Ora, como vimos, tradicionalmente, na lógica interna da visão paradigmática anterior (corriqueira — e muito convenientemente — alcunhada Velha Hermêutica), princípios sempre foram alocados como categorias supranormativas, ou, quando menos, como categoria diversa do gênero norma, eis que a própria etimologia (a qual, por razões já dadas, minudenciaremos melhor, *a posteriori*) designa, basicamente, *origem, causa, começo, base, alicerce, razão fundante; proposição, axioma ou verdade da qual nada se pode deduzir de anterior; mandamento nuclear de um sistema, aquilo que caracteriza sua essência, sua disposição fundamental, seu espírito* já desautorizava o apor qualquer categoria a lhe preceder, bem como sua relativização, que se oculta nas entrelinhas da tendência doutrinária à sua normatização. Ora, norma, segundo a redução positivista, que teve em Hans Kelsen seu maior corifeu, era o estrito objeto do Direito, donde, provável pelo peso dessa tradição purista e reducionista, se concluiu não se pudesse lidar convenientemente com princípios, senão recambiando-os ao universo normativo — normatizando-os, pois. A perspectiva anterior, de cunho eminentemente privatista, conferia a princípios de Direito apenas caráter subsidiário (como critério último a ser usado na supressão de lacunas — integração) ou meramente

apreensões individuais. Cada indivíduo possui um ângulo e uma maneira de enxergar próprias. (...) Assim sendo, depois se chegou à conclusão de que o conceito é a captação da imagem, no entanto, essa imagem trabalhada e transformada em uma ideia única. Concluiu-se que o conceito era a *aprehentio essentiae rei*, é a abstração do que não é essencial para construir-se uma identidade. Com isso, o conceito seria uma apreensão da essência de determinado objeto. (...) Já a definição é a delimitação dos elementos do conceito, ou seja, a exteriorização da apreensão mental, mediante palavras. Paulo Nader no seu livro *Filosofia do Direito* explica-nos que ‘*a definição é juízo externo, que se forma pela indicação de caracteres essenciais, conceito ou noção é juízo interno que revela apreensão mental*’ e continuando diz ‘*o Direito enquanto conceito é objeto em pensamento; enquanto definição é divulgação de pensamento mediante palavras*’ (...) De acordo com o que a Lógica nos ensina, uma boa definição deve estabelecer o gênero próximo e a diferença específica. Como exemplo, podemos citar a definição de Homem, seu gênero próximo é animal e a diferença específica é que o Homem é racional.” In: ERHARDT, André Cavalcanti. A realidade do Direito enquanto problema definitório. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10>>. Acesso em: 28 nov. 2006.

⁵⁹ Na dicção de Walter Vieira do Nascimento temos que: “o direito jamais poderá ser desvinculado de suas origens se o quisermos melhor compreendido no contexto da sociedade de nossos dias.” In: *Lições de História do Direito*. São Paulo: Ed. Forense, 10ª ed., Rio de Janeiro, 1998. p. 03. Acrescentemos, ainda, as palavras de J. Ortolan, segundo o qual: “*On ne peut connaître une législation sans bien connaître son histoire.*” — O bom conhecimento de uma legislação depende do bom conhecimento de sua história. In: *Histoire de la Législation Romaine*, t-I, p. 02. *apud* NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Op. Cit. Loc. Cit.*.

interpretativo, desprovido, portanto, de força efetiva e sem eficácia alguma, ou seja, conferindo-lhes ora caráter meta-jurídico, ora feições meramente programáticas.

O momento histórico do pós Segunda Guerra Mundial exigiu, com a vitória do constitucionalismo, um maior compromisso com a efetividade (cogência) de suas disposições, donde se cogitou, pela normatização de princípios constitucionais, tal se pudesse mais facilmente conseguir. Argumentamos, porém, com fulcro na lógica sistêmica e na contextualização história do surgimento do termo e da ideia que o subjaz, que isso contribua muito mais para fazer soçobrar as conquistas e ideais democráticos, dentre os quais a Dignidade da Pessoa Humana que se erige como horizonte finalístico, elemento legitimador mesmo da própria Ordenação Político-Jurídica do ente humano e substrato mínimo intangível do Direito e do Estado de Direito, se pretende sustentar-se com algo mais que o mero rótulo (adjetivo) de Democrático e Social, sob o guante de um relativismo em tais moldes.

A tendência atual (autointitulada hoje de neoconstitucionalismo, secundada filosoficamente pelo pós-positivismo), que teve como precursores Esser, Crisafulli, Boulanger, Guastini, entre outros⁶⁰, preconizada e sustentada com bases em Ronald Dworkin e vulgarizada na roupagem que conferiu Robert Alexy, no âmbito do sistema da *civil law*, propõe que princípios sejam postos como espécies de norma, sob os bons auspícios de, com isso, conferir-lhes maior força, efetividade, aplicabilidade e proteção, maculando, porém, não apenas a necessidade sistêmica de pautas estáveis e fundantes, senão mesmo inamovíveis, sob pena de o mesmo sistema soçobrar em sua própria diluição⁶¹, como também contrariando o entendimento que a própria etimologia do termo preconiza, postando princípios em caráter secundário ao que é normativo (como se dele mesmo decorrente) — inobstante signifiquem (no que é comum às mais diversas apreensões do termo) início, começo, essência, (sentido atinente à própria ontologia)⁶². E tal parece se dar apenas no campo do Direito, como se do próprio campo normativo é que princípios procedessem, impingindo-lhes, a partir de então, natureza deontológica e não mais ontológica, conquanto tal propugnação se erija em visível incongruência etimológica e sistêmica. E mesmo a tão alardeada multivocidade (plurivocidade) etimológica da ideia que subjaz o vocábulo princípio não alberga tal proposição: a de sua redução, relativização ou resiliência, derivada dessa normatividade

⁶⁰ Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª edição revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2003. pp. 243-244 e 255 a 259.

⁶¹ “...dispersão numa multitude de singularidades desconexas.” CANARIS, Klaus-Wilhelm. *Op. Cit* p. 12.

⁶² Cabe destacar a contribuição ímpar de Josef Esser no sentido de determinar comparação possível entre o conceito de princípio e de norma no direito anglo-saxão e continental, ou na tradição romano-germânica. Cfr. ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

forçada. Em linguagem simples, é como se intentassem possa aquilo que vem primeiro postar-se em posição secundária, sobretudo quando se considera isso uma evolução e não uma queda, como claramente se constata, um declínio da ideia a fim de que se ajuste a interesses de ordens outras, que não a estritamente científica e lógica; e — como veremos — tampouco a social. Ainda assim, e paradoxalmente, chamam princípio norma superior de todo o sistema, elemento basilar e informante de todo ele, seu mandamento nuclear e substrato mínimo por assim dizer, contudo fazendo princípios mutáveis, assim o fazem também ao sistema de Direito como um todo, tornando-o rarefeito, diluído e afeito a eventuais torções de ordem política (no sentido mais rude e pejorativo que se puder atribuir ao termo).

Para Ronald Dworkin, princípios seriam padrões passíveis de aplicação por meio da integração e unidade sistêmica quando do advento de “conflitos”; regras, por seu turno, se resolveriam através de considerações no sentido de tudo ou nada, (*all-or-nothing*), ou são plenamente aplicáveis ou não o são. Os princípios possuiriam a dimensão do peso ou da importância ausentes nas regras, que se revelaria quando dois ou mais princípios colidissem (colidência de princípios), porquanto a colisão será solucionada, levando-se em conta o peso ou a importância de cada princípio, a fim de escolher qual deles prevalecerá ou sofrerá menos restrição, sem que seja alijado do ordenamento. No caso do conflito de duas regras, apenas uma delas poderá ser válida, cabendo ao intérprete identificá-la.⁶³ Robert Alexy, por sua vez, propugna que princípios sejam normas que prescrevem algo para ser efetivado da melhor forma possível, tendo em conta as possibilidades fáticas, sociais e jurídicas. Seriam *standards*, mandados de otimização. Quando dois princípios eventualmente entrassem em colisão e prevalece um deles; isso, igualmente, não significando que o princípio preterido seja declarado inválido, senão que, sob determinadas circunstâncias, um princípio tem mais peso e importância que outros, podendo, perfeitamente, em condições diferentes ocorrer o inverso. O conflito de regras culminaria com sua supressão (revogação) do ordenamento.⁶⁴

Bem assim, poderia, segundo tais autores, haver ampliação, redução ou recrudescimento no âmbito de abrangência de um princípio, mas não sua total supressão e alijamento do sistema. A proteção à vida humana, por exemplo, poderia ter sua esfera de atuação alargada quando, v.g., se proíba o aborto em caso de estupro e teria sua atuação reduzida quando eventualmente um dado ordenamento adote a pena de morte.

⁶³ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. *passim*.

⁶⁴ Cfr. ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. *passim*.

Pois bem, o que se vê, em rápidas pinceladas, é que a crítica kelseniana em seu *Teoria Geral das Normas*⁶⁵ (e toda a construção teórica de seu *Teoria Pura do Direito*) parece ter plasmado no Espírito Jurídico a ideia — equívoca, a nosso ver — de que só pertenceria ao Mundo do Direito aquilo que seja normativo (não afeito à realidade social, tampouco ligado a um pretensão ideal de concreção do justo). Isto fez conferir um duplo incômodo (e um duplo equívoco daí decorrente) ao se pretender tratar de princípios desde então. O primeiro seria que, para que com eles se lidasse, dever-se-ia guindá-los ao campo normativo (negando, ainda que veladamente, o fato e o valor), como se tal fosse o campo estrito do Direito. A proposição de que só seria ‘do Direito’ aquilo que fosse normativo (ou cambiado ao campo normativo) é ideia claramente implícita (e tacitamente admitida) no seio das teorizações que pugnam pelo normativismo de princípios. O segundo ponto seria o de que a aplicabilidade de princípios dependesse (e procedesse mesmo) de pretensão normatividade, como não houvesse princípios implícitos (não normatizados, sequer positivados, a despeito que se diga comumente, e sem qualquer fundamento outro senão a palavra de quem o afirma, que provenham do Sistema). Confunde-se, assim, normatividade com força cogente, aplicabilidade, efetividade ou mesmo eficácia, como se leis não houvesse afeitas ao estrito campo normativo e desprovidas de força para se fazer valerem, donde, entendemos, depender a aplicabilidade mais de medidas estruturantes que do adendo de princípios (ainda que de mero rótulo) ao campo normativo.

O chamado pós-positivismo, que parece ter surgido com pretensão de ruptura (uma fuga do lugar-comum da tradicional disputa entre Direito Natural e Direito Positivo), já nasce, pois, viciado, mais do que pela aposição (e maior porção) do termo ‘positivismo’ em sua denominação, mas pela ideia sub-reptícia de que só caiba ao Direito o que é normado (atinente ao campo normativo, normatizado), de que princípios sejam, assim, espécies de normas, ou — no que entendemos um equívoco de muito maior gravame — a associação indevida entre normatização e aplicabilidade (efetividade, eficácia e cogência), donde só seria ‘do Direito’ o que fosse normatizado e só gozaria de força cogente (aplicabilidade, efetividade e eficácia) aquilo que se fizesse afeito aos estreitos limites do normativismo reducionista, quando regras há, e de sobejo, que, inobstante estritamente normativas, ora não gozam de aplicabilidade, ora não se fazem efetivas ou eficazes, ora não têm força para se fazerem cumprir, ora nenhuma das características acima elencadas. A aplicabilidade acaba guardando muito mais uma dependência de ação que lhe dê efetividade do que de um adendo, muito mais

⁶⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986.

ideológico que racional, como o é a difícil, incongruente e forçada sinonímia entre normativismo e aplicabilidade.

Em pleno século XXI, quando se constata (talvez pela força) a irrefragável unicidade dos saberes⁶⁶, quando cataclismos (e a iminência de tantos mais) de ordem global impelem o ente humano a observar a mais evidente interdependência (ou transdependência) entre os mais vários campos de atuação humana (o econômico sujeito ao jurídico e estes ao ambiental, entre outros tantos liames mais neste sentido), a figura do jurista continua preocupada em salvaguardar incólume o objeto com que labuta, intentando preservar sua alegada autenticidade (já não mais tanto a sua pureza) e não em perquirir as verdades sobre o mesmo e em desanuvialar seus contornos reais, de modo que a proposição de uma hierarquia entre princípios e normas ou mesmo sua simples diferenciação (como categorias lógicas diversas que são) e o consequente infirmar sejam princípios espécies de normas (como o fazemos então), tudo isso goza de uma severa pecha de anacronismo e ilogicidade, quando bem mais fácil é sustentar-se o contrário, como mais e mais veremos nas linhas que se seguem.

À primeira vista, parece ter sido um interesse eminentemente pragmático — e pouco científico, é o que se depreende — que levou ao deslocar de princípios à espécie do gênero norma, qual seja: conferir-lhes maior força e aplicabilidade, efetividade e eficácia, cogência no escorreito termo, como se o simples demover terminológico (e lógico) pudesse, por si só, alterar entraves inamovíveis (ou não movidos até então) pela própria vontade (jurídico-política) e pela prática corrente irreduzível: sempre encarar princípios, por sua maior generalidade e abstratividade, como meras diretrizes de orientação futura e de aplicabilidade diferida no tempo, a serem satisfeitas, tão-somente, conforme (e à medida que) as possibilidades fáticas e jurídicas assim o permitam (caso o permitam); ou pior, compreendendo-os como meras pautas interpretativas. Ora, há uma incoerência visível entre pretender uma mudança de cunho prático e proceder a uma mudança sob o prisma teórico — sim, porque dizer que princípios são normas em nada altera sua força aplicativa (a que se confundiu com força normativa, como se ser norma, por si só, conferisse força). Já o

⁶⁶ Dando alguma vazão aqui à verve poética, diríamos que a Flecha, cuja seta consiste na Cabeça do Vetor, diante do qual paira a Luz perene e imutável da Verdade, possui em sua outra extremidade muitas plumas. Tomando-se, aleatoriamente (e para fins tão-somente ilustrativos), as brancas por Religião, que as vermelhas caibam à Arte, simbolizem as azuis as da Filosofia, e sejam as da Ciência Verdes, teríamos, assim, as quatro porções delas que — até então — nos é dado perceber. A nosso ver, orgulhoso, dentre tantas mais, das mais várias cores, tamanhos e tipos, nossa opção religiosa teria especial destaque; o time de futebol para o qual torcemos seria sempre o melhor; a corrente filosófica ou política que abraçamos teria especial deferência em relação a todas mais, e (mais objetivamente) as plumas que na construção metafórica acima correspondessem estritamente ao Direito seriam sempre as mais belas e importantes de todas. Todavia, bem se sabe, é o conjunto das plumas todas (de todos os tipos, tamanhos e cores) que dá o equilíbrio necessário a que a flecha, por inteiro, atinja o seu Alvo. Demanda-se, pois, uma perspectiva holística para divisar o alvo ou um objeto com a precisão necessária.

dissemos, tal entender fere não apenas a lógica sistêmica e as exigências científicas daí decorrentes, maculando ainda a própria etimologia da palavra princípio, sua ideia subjacente, eis que pende para a dimensão ontológica e não deontológica, como mais demonstraremos em linhas a seguir. E, se assim se dá, é que para novas ideias devemos alocar novos termos, eis que ao tratar de categorias passíveis de relativização (ponderação, balanceamento, resiliência) provavelmente aí já não mais estejamos a falar de reais princípios de Direito. É o que pretendemos demonstrar, mais percucientemente ainda, em linhas a seguir.

Pois bem, atentemos, de antemão, ser o ponto crítico da teorização da colisão de princípios, o calcanhar de Aquiles da ponderação de bens e valores (e sua consequente relativização) exatamente o trato ofertado à Dignidade da Pessoa Humana. Robert Alexy, em sua obra, *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, afirma que ela (a Dignidade da Pessoa Humana) se comporta ora como princípio ora como regra, sem precisar ao certo quando tal ou qual situação se daria, sendo forçado a reconhecer, por outro lado, que — debaixo de uma série de condições (as quais sequer faz menção) — ela possa, com alto grau de certeza, prevalecer frente a todos os demais princípios, sem que, todavia, admita nisso um reflexo de seu caráter absoluto e de sua intangibilidade.⁶⁷

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana erige-se como cerne ontológico de toda a Principiologia Constitucional, constituindo o ponto de convergência das ilações todas que a partir de então serão levantadas. A escolha do princípio da Dignidade da Pessoa Humana para tais fins decorre exatamente de sua abrangência (e abstratividade), abraçando a proteção do ente humano em diversos níveis, dimensões e esferas, bem como, decorrência mesmo de sua própria natureza plural, por ser suficiente para levantar inferência de um raciocínio (desta feita indutivo) hábil a gerar conclusão que abarque o Direito como um todo, válida para todo ele. Todavia, só o tomamos, para fins da presente análise, em sua dimensão ontológica [fundante, padronizante, estruturante]⁶⁸, como um *minimum* inatacável, não-passível de supressão (positiva) por quaisquer outras disposições dentro de um Estado de Direito (ou mesmo em âmbito internacional).

⁶⁷ (...) “existe una serie de condiciones bajo de las cuales el principio de la dignidade de la persona, con un alto grado de certeza precede a todos los demás principios.” ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 109.

⁶⁸ Embora admitamos a dignidade também possa ser encarada com caráter absoluto em sua dimensão personalista. Cfr. SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. Cit.* p. 31.

1.2 Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo como Facetas Renovadas do Positivismo — Críticas e Argumentos:

Ora, a importância que a análise apresenta, assim podemos resumir para fins de mais justificá-la, uma dupla face: ora teórica, ora prática. Teórica porque se propõe a uma reavaliação e correção das ferramentas conceituais de que se vale o Direito, apropriadas que foram de outros saberes, mais precisamente da ideia de princípio e de sistema, as quais, porém, — é o nosso entender — estão sendo, no âmbito do Direito, paulatinamente desvirtuadas. E prática porque questiona que a mera proposição de princípios como norma (proposta normativista com raízes — ditas — pragmatistas) possa, por si só, ter o condão de guindar princípios a um maior patamar de aplicabilidade (cogência, força, efetividade, eficácia), eis que, no modelo paradigmático anterior (jusprivatista), princípios eram tidos, tão-somente, como parâmetros interpretativo-integrativos. Não vemos, porém, liame necessário e facilmente perceptível ou sequer dedutível entre a normatização e a desejável aplicabilidade de princípios como fundamentos autônomos de decisão e não mais como critérios interpretativo-integrativos.

A mais das vezes, os doutrinadores e educadores do Direito, mormente no Brasil, têm se comportado como meros repetidores do que está posto, fazendo ladear, incongruentemente, em suas explanações, conceitos que explicitam sejam princípios ‘alicerce, início, começo, causa primeira, essência, núcleo mínimo organizador, etc’ (o que demonstra pertençam princípios ao plano ontológico⁶⁹) à proposta normativista, que o relativiza, desprezando sua dimensão ontológica (essência, fundamento, base, etc.)⁷⁰, aquilo que garante mínima ordem e unidade ao sistema, que o faz rumar contra a natural tendência à desagregação (entropia) e contra a mudança (devir) no sentido de que deixe de ser o que é e passe a ser um outro ou a não-ser (inexistir). Ora, já vimos, não haveria falar-se em conhecimento científico sem a *falseabilidade* ou *refutabilidade*, ou seja, sem que haja a possibilidade de se tecer, contra o mesmo, tese contrária. Uma vez averiguada a inexistência de afirmação contrária a dado saber, consubstanciaria uma tal propugnação (científica que se diga) mero dogmatismo, e jamais ciência. E não é outra coisa o que vem ocorrendo com a proposta pós-positivista (normativista), ora por não ter sido convenientemente falseada, ora por soerguer-se como proposta majoritariamente aceita em âmbito mundial com pretensões quase que absolutórias,

⁶⁹ Ontologia seria, basicamente, o estudo do ser, do ente e daquilo que o caracteriza como tal, diferenciando-o de um outro (ou mesmo do não-ser, da inexistência), ou seja, perquire aquilo que confere ao ser o que ele é, a sua essência. Vide ainda nota n.º 1.

⁷⁰ Cfr. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, nota 56.

e ainda por pretender-se proposição teórica que traduz a realidade sócio-jurídica com precisão inatacável, tendo aplicação em todos os casos, para todo e qualquer princípio — inadmitindo exceções. Tal argumento, mais que qualquer outro, já torna a presente empresa plena de justificativas. E falarmos em Principiologia Constitucional numa abordagem de cunho quase que eminentemente jusfilosófico por ser de sabença geral que a Constituição consubstancia o cerne de um Sistema Jurídico-Positivo⁷¹, e, portanto, o arcabouço maior dos chamados princípios de Direito, o que, de *per si*, fornece justificativa ao entendimento quanto à necessidade de se bem definir uma Principiologia Constitucional e não qualquer outra. É este também o entendimento de Ronald Dworkin, segundo quem, em todo o sistema de ideias que é o Direito, o Direito Constitucional, e sobretudo ele, é descoberta e não invenção⁷². Bem assim, foi esta a razão que nos forçou a, somente então, expormos as justificativas para a presente empresa, (evitando minudência prévia maior em nossos prolegômenos) senão pelo fato de que se encontra sobremaneira imbricada na própria instigação da dúvida criadora que a move — útil sobremaneira, então, a fim de delinear-mos convenientemente as perguntas-guia e as premissas metodológicas da presente análise.

Pois bem, vimos, em todo o âmbito das discussões paradigmáticas quanto a princípios, dentro de cujo âmbito, figuram os Direitos Fundamentais, havia toda uma preocupação em fazê-los aplicáveis, em dotá-los de força — eis que, como já visto, a lógica civilista os relegava à posição secundária. Pensava-se princípios como meros elementos supridores de lacunas e de aplicabilidade analógica nos casos interpretativo-hermenêuticos, ora quando houvesse “brechas”, ora quando carecesse de “liga” interpretativa. Pois bem, cogitou-se, então, os princípios carecessem de normatividade [normatização], quando a necessidade imperiosa era força aplicativa — que não necessariamente se confunde, tampouco possui sinonímia fácil, com força normativa. Ora, tivessem princípios força de norma seriam aplicáveis, pensou-se. Na esteira de Dworkin, de Alexy e um sem-número de precursores da ideia, princípios foram tidos como espécie do gênero norma, afim de que se dotassem da referida força necessária, como se o guindar de tal nomenclatura bastasse para tanto. Ocorre que, o mero rótulo não teria este condão, e o equívoco maior seria o de supor ser norma bastasse para conferir cogência [força aplicativa], quando leis de sobejo há [normas em sentido estrito — regras, se assim se preferir] que nem por isso [apesar de serem normas] são aplicáveis de *per si*. A um problema de cunho pragmático, deu-se uma resposta teórica [aqui

⁷¹ “Constituição não é uma lei como as outras, é uma *lei fundamental da nação*.” LASSALE, Ferdinand. *Op. Cit.* p. 8.

⁷² Cfr. DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, *passim*.

em sentido pejorativo] e que — de fato — não soluciona a questão. Ao termo [e à ideia] princípio, cuja etimologia nos remete a começo, alicerce, base, fundamento, causa, relativizou-se, sujeitando-o ao alvedrio do intérprete autêntico [para usar a terminologia de Kelsen], o que fez sairmos de um positivismo da norma para um *positivismo do intérprete*⁷³, que se oculta sob a alcunha de pós-positivismo [e que grassa espaço no seio da proposta neoconstitucionalista].

Neste contexto, se grave é o risco do esvaziamento conceitual, mais grave se nos parece o da relativização. E muita preocupação tem havido em relação à ontologização de princípios, qual fosse este o problema mais evidente ou mais danoso, não focando os inconvenientes — bem mais graves, entendemos — da relativização dos mesmos, dentre os quais, apenas a título exemplificativo: a discricionariedade exacerbada e a derrotabilidade [para usar o termo de Eugênio Bulygin] de todo o Direito, daí decorrentes.

Para melhor compreensão da questão, devemos atentar para o que constitui a natureza de princípios, e por via de consequência, a natureza do próprio Direito, labor que a minudenciamos no capítulo a seguir (ou, noutras palavras, para as opções adotadas ao se definir princípio e Direito no seio de dado pensamento, *in casu* mais propriamente do neoconstitucionalismo e pós-positivismo). Vale, porém, este pequeno cotejar, para fins de prévia compreensão. Pois bem, o duelo entre as propostas-paradigmáticas da pré-modernidade e modernidade *versus* pós-modernidade traduziu-se no diapasão *physis* e *nomos*. Um pólo buscando o que é por natureza, aquilo que seria, ou tenderia a ser, imutável e absoluto — ou pelo menos mais estável — universal, ou pelo menos geral, noutros termos: buscando encontrar a “unidade na multiplicidade”, aquilo que é comum naquilo que é vário; ou, mais apropriadamente, o elemento que une as particularidades diversas, fazendo se divise aquilo que caracteriza o que é próprio do grupo, do gênero; mais apropriadamente, um polo ligado à proposta fundacionista, intentando encontrar o fundamento para as coisas — e buscar o fundamento nada mais é que buscar o princípio, a base, o alicerce fundante. O outro, por sua vez, perquire o que advém do pano de fundo cultural; aquilo que seria mutável, contingente, particular, diverso, plural, etc. — noutros termos: anti-fundacionista, ou seja, alheando-se de buscar fundamento para as coisas, e, quase sempre, apregoando o relativismo.⁷⁴ Ora, o que se observa, de pronto, é que se pode filiar a um polo ou outro, mas a ambos parece tarefa senão

⁷³ Falamos em ‘positivismo do intérprete’ ante a clara fragilidade dos meios de controle da atividade interpretativa, saindo da aceitação incontestada do que está posto pela letra da lei, para aceitação inafastável do que for posto pelo intérprete. Neste sentido, melhor palavra nos ofertam Friedrich Müller e Jürgen Habermas, como melhor delinearemos no tópico destinado às críticas à diferenciação princípios e regras.

⁷⁴ Neste sentido: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit.* p. VII em diante.

inconciliável, bastante dificultosa: ou se buscaria princípios [proposta fundacionista, ligada à ideia de *physis*] ou se propõe o relativismo [proposta anti-fundacionista, ligada ao *nomos*]. O que ocorre é que, a proposta neoconstitucionalista, que se arvora pós-positivista (ao menos na expressão a que deu Alexy), quis proceder a esta transposição por um viés que demonstraremos equivocado, fazendo daquilo que tinha pretensões de solidez, do que é fundamento [princípio], algo relativizável.

Que o Direito não seja de todo *prêt-a-porter* é uma coisa, que ele possua dimensão mutável, criativa, cultural até (obviamente) ou que tal dimensão se assenhoreie de sua maior porção, é uma coisa, e é mais que evidente, por certo; mas outra, seria afirmar que não haja dimensão de estabilidade no Direito, uma porção sua que seja descoberta, e que, portanto, pertença à *physis*⁷⁵ e não ao *nomos*⁷⁶, e mais, atribuir um relativismo extremado que secunde níveis de discricionariedade ao julgador em moldes pouco diversos dos apregoados pelo positivismo⁷⁷, fazendo-o, como se de bandeira nova se tratasse (pós-positivismo), e fazendo-o, ademais, justo na esfera principiológica, que é exato aquela em que, em todos os ramos mais dos saberes, impera estabilidade, ou pelo menos maior solidez, já configurando isto um suficiente indício de erro no trato atualmente ofertado a princípios no Direito, ou a podermos concluir que muito do que chamamos (rotulamos) princípio em Direito não se adequa a tal condição. A plurivocidade (multivocidade) do termo, ou mesmo sua equivocidade, parecem servir de argumento para que, de *per si*, se garanta o enquadramento torcido de toda e qualquer concepção em seus lindes, como se o quadro referencial linguístico a que o termo se reporta praticamente fosse infinito — e não é, sendo mesmo, com algum esforço, delimitável, determinável. Autores sem-conta, ao se depararem com elementos desta instância de maior precisão e imutabilidade no Direito, têm proposto uma nova nomenclatura para tal esfera, uns propõem *estatutos normativos*, *sobreprincípios*, *superprincípios*, *metaprincípios*, ou outras denominações mais, no que — entendemos — mais adequado reservar para tais o preciso rótulo princípio (seja pela própria etimologia da palavra, seja pelo quadro de referências taxativo à que se remete, como por todos os fatores mais de sobejo ora expostos). Pretende-se demonstrar nem tudo no Direito pertença ao mundo da cultura, do criado, do *nomos*, havendo esfera (restrita que seja) pertencendo ao plano da descoberta, da *physis*.

⁷⁵ Aqui tomada no sentido do que é natural, ao que é descoberta e não ‘criação’ humana.

⁷⁶ No sentido do que é criado pelo ente humano, do pano de fundo cultural;

⁷⁷ “Alexy construiu um procedimento artificial, um discurso justificador da decisão judicial que continua asseverando a tese da discricionariedade que já se encontrava presente em teorias positivistas, como a de Hans Kelsen.” (...) .. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit.* p. VII.

Como dito, não se pode, nem se ousaria pretender, tomar o pensamento dito pós-positivista (por alguns, tomado como sinônimo de neoconstitucionalismo) como uma seara uniforme, quando — lugar-comum — trata-se de um caldo de ideias por vezes contrapostas e algo díspares, mas no seio das quais se pode encontrar lineamentos comuns passíveis de explicitação⁷⁸. Contudo, e é o cerne mesmo da crítica aqui tecida, naquilo que há de comum entre seus profíctos, resta exato a ideia de ruptura com o positivismo, apresentando-se como algo novo, diverso, preferível e mais adequado; pretensão esta que, pode-se demonstrar, pouco sólida, senão descortinando-se mesmo como nova e elaborada roupagem do próprio positivismo.

De se constatar, ademais, que o discurso pragmático, senão mesmo o discurso prático, não garantiria solidez mínima aceitável, sendo maculado por irrefragável derrotabilidade, em virtude (em grande monta) da esfera discricionária que deixa em aberto. E não consegue, enfim, estabelecer haja suficiente diferença na relação de preferência entre a discricionariedade do julgador em detrimento, por exemplo, da mera e irracional imposição ofertada pelo totalitarismo, já que igualmente calcada na possibilidade de relativização da Dignidade da Pessoa Humana. Em melhor palavra, inda parecem prevalecer as mesmas indagações que — inda que pouco menos elaboradas — via de regra, se fazem os neófitos no saber jurídico: o que obrigaria o cumprimento de leis e decisões, tomando-as como justas ou pelo menos diversas de meras imposições vazias de sentido, sobretudo se se dizem avessas à ideia de que haja um fundamento último (fundacionismo) ou mesmo qualquer fundamento, e de que o que seja cultural descambe ao patamar do que é meramente diferente? Ou seja, partem da premissa de que as construções jurídicas (culturais que são) sejam meramente diferentes umas das outras, não se podendo precisar melhores ou piores, lançando-se, noutros

⁷⁸ “Esses pontos em comum, retirados de teorias cujas bases filosóficas são bastante ecléticas, podem ser sintetizados da seguinte maneira: a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação (sic) como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral.” VALE, André Rufino do. *A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. p. 40. Neste tocante, questionáramos, tão-só, o elencar da ponderação como elemento comum, como configurasse unanimidade no seio do novo paradigma constitucionalista, uma vez que, só para citar exemplo, a ideia de ponderação, proposta por R. Alexy, é via de regra, apressadamente tomada como sinônima do termo, em R. Dworkin, o que não condiz, o que deixaremos para explicitar em momento próprio da presente perquirição. De igual modo, se a diferenciação entre regras e princípios poderia figurar nesta lista de elementos comuns facilmente observáveis, a proposição de que princípios sejam espécies do gênero norma (pressupondo somente afeito ao Direito o que se configure numa roupagem deontológica, assimilando veladamente a velha e anacrônica crítica kelseniana) não o é — sendo este mesmo um dos pontos fulcrais da presente análise.

termos, em mesma e comum vala, a mais elevada e nobre concepção democrática que se haja concebido e, por exemplo, o nazismo — são visões e culturas diferentes, nada além. Eis o que se oculta nas entrelinhas do discurso jurídico (dito) pragmático e o perigo maior do relativismo que o secunda.

Vejamos, se de um lado o positivismo *latu sensu*, procedimentalista por excelência, abdicou de focar e confrontar questões de razão prática, como o é o problema interpretativo-hermenêutico da indeterminação (incerteza) do Direito, da possibilidade ou impossibilidade de se prever abstratamente todas as hipóteses de aplicação de uma norma aos casos concretos, e da discricionariedade do julgador, alijando-se de se preocupar com o resultado da decisão, mas, enfocando, sim, ‘*a abertura*’, ou seja: o procedimento, os caminhos e opções técnicas para se chegar à decisão (à despeito seja ela considerada justa ou não — e indiferente mesmo quanto a isto), bem como adotando o primado da lei (norma), como resposta reducionista àquilo que ao Direito caberia enfocar, isto culmina invariavelmente numa aceitação passiva do relativismo, sobretudo em face da incontornabilidade do resultado das decisões e mesmo indiferença quanto aos resultados a que se possa chegar. De outro lado, o pós-positivismo, focando o outro extremo, ‘*o fechamento*’, exato a questão hermenêutica da indeterminação do Direito e da larga esfera de discricionariedade do julgar⁷⁹, assim o faz acolhendo a mesma premissa (equivocada) de que só caiba ao Direito aquilo que for norma, normado ou normatizado (no que tomam normatividade e entendemos normatização), cambiando então princípios de natureza, a transitarem do ontológico para o deontológico, e, por fim, sequer solucionando o problema da indeterminação do Direito e da discricionariedade do julgar, sobretudo quando a técnica e o procedimento adotados (senão mesmo permitem) abrem larga margem a que — sendo exato o que expressa Alexy ao contrapor a tese de Dworkin da única resposta correta — o intérprete decida e, *a posteriori*, lance seus fundamentos para, por fim, simplesmente crer que tomou a decisão correta. Floreios à parte, não se vê diferença muito significativa entre positivismo e pós-positivismo: ambos partem do pressuposto de que só seja afeito ao jurídico o que for norma, o primeiro alijando princípios das considerações, com seu ‘modelo de regras’; o outro, sob a pretensão de recambiar princípios ao Direito, fazê-los transitar da dimensão ontológica (que entendemos lhes seja própria e devida) para a dimensão deontológica, como se só pertencentes ao jurídico aquilo que for dotado de normatividade⁸⁰.

⁷⁹ Cfr. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit.*, pp.146-152.

⁸⁰ A bem da verdade, Dworkin, como melhor explicitaremos em linhas a seguir, possui entendimento diametralmente oposto ao de Alexy — e não apenas no tocante de que (pretensamente) só pertença ao jurídico aquilo que se conforme a uma roupagem normativa (menos ainda no de que os princípios que afetam e fundamentam o Direito sejam tão-só e estritamente jurídicos).

Afora isto, nos lindes pós-positivistas (ao menos na feição a que nos ofertou Alexy), a dita aproximação com a Moral se resume ao subjetivismo do intérprete; e, por fim, culmina com o mesmo relativismo a que o positivismo já se conformava e era afeito há muito.

A chamada Era das Incertezas parece ter trazido consigo o sinal de sua própria ruína: a de que — contraditoriamente, diga-se — possamos fiar crédito à certeza de que em tudo impere incerteza. Se de um lado mesmo as ciências exatas e naturais admitem zonas incertas (nas quais, por exemplo, o olhar do observador-pesquisador afeta a experiência e influencia o objeto pesquisado), também as ciências ditas humanas e sociais deveriam em seu próprio bojo reconhecer o que nelas impera de certo, de preciso, de exato, de mais sólido, de geral, quiçá — ao menos — com pendor de cunho absoluto e imutável.

1.3 A Insustentável Leveza do Não-Ser: Riscos de um Relativismo Extremado — Ilações Lógicas e Filosóficas

A afirmação comum e apressada de que tudo seja relativo acaba sendo, ela mesma, uma afirmação absoluta, a posição extremada acaba por se tornar o próprio calcanhar de Aquiles de toda teorização no sentido de um relativismo exacerbado. Assim, assume importância ímpar divisar o quanto esta constatação abstrata [e provável óbvia] possa interferir no nosso ponto de vista Ocidental de encarar o mundo pragmático e cotidiano, sobretudo no tocante à presente empreitada, que enfoca, justo, a relativização, em âmbito Jurídico, daquela porção em que, nas demais esferas do conhecimento, reserva-se mais estabilidade, quiçá caráter absoluto.

É de sabença geral, Heráclito nos legou importante frase lapidar, ao professar o aforismo, segundo o qual, um homem não poderia banhar duas vezes no mesmo rio⁸¹, porque o homem não mais seria o mesmo, nem o rio. Analisando tão-somente esta frase descontextualizada do nobre pensador de Éfeso, poderíamos dizer que Heráclito teria feito uma exaltação ao *devenir* (uma exaltação à mudança), a querer dizer que, num eventual outro dia, quando o mesmo homem viesse a tomar banho no mesmo rio em que todos os dias ele banha, banhará em águas outras, não naquelas do dia anterior, porque elas já terão passado (elas, obviamente, já terão corrido rio abaixo), e que ele também — o homem — já não mais será o mesmo, já terá mudado no dia seguinte, já terá aprendido coisas novas, não mais sendo o mesmo homem do dia anterior.⁸²

⁸¹ Cfr. GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Direito Natural: visão metafísica e antropológica*. p. 22. Cfr. ainda Pré-Socráticos. Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 24.

⁸² Cfr. GAARDER, Jostein. *O Mundo de Sofia*. 25ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 47.

Protágoras⁸³, hábil sofista retratado por Platão, em diálogo de igual nome, negava, por sua vez, a existência (a possibilidade de existir) uma ciência objetiva, um conhecimento certo, preciso, desprovido de dúvidas⁸⁴. No entanto, é de se perguntar: não estaria ele — ao fazer isto (ao pressupor que não existe conhecimento exato) — dizendo, por outras palavras, que conhecia objetivamente (com exatidão) que não há possibilidade de haver conhecimento exato (ciência objetiva)? Ou seja: este seu conhecimento de que não há saber sólido, objetivo, válido, certo, exato, não seria — ele mesmo — um conhecimento sólido, objetivo, válido, certo e exato? Não estaria ele dizendo, com isso, conhecer objetivamente que não há possibilidade de se conhecer objetivamente? E, se o fez, não haveria uma contradição evidente nisto? Atentemos bem: ele não admite possibilidade em contrário para a proposição que levanta, ou seja, ele — ao defender a imprecisão, a impossibilidade de precisão (a impossibilidade de exatidão) — era preciso, certo, exato, taxativo. Em melhor palavra, ao dizer que nada se pode conhecer com objetividade, que não há, categoricamente, ciência objetiva, não seria isto (este seu dizer) um conhecimento objetivo, exato, preciso, uma ciência objetiva ele próprio?

No mesmo mote, Górgias Leôncio (Górgias de Leontini), outro sofista a que nos deu a conhecer Platão, chega ao cúmulo do absurdo ao proferir que "nada existe, e se existe, ninguém o pode conhecer"⁸⁵, conhecendo ele, e muito bem, que nada existiria, nem poderia ser conhecido, muito embora — para fazê-lo — ele afirme, contraditoriamente, ter ciência (conhecimento) disto; propondo, por outro lado, que o nada seria um ser, que existiria, que teria existência própria, então — por fim — algo acabaria existindo. Friedrich Nietzsche, na mesma esteira, diria não existirem fatos, tão-só interpretações⁸⁶, embora isto possa ser englobado, ele também, como uma interpretação, não um fato. Górgias chegou a ir mais longe ainda, ao sustentar que: “o ser nada é; se o é não podemos sabê-lo; se soubermos não podemos comunicá-lo.”⁸⁷

Vejamos: quando alguém afirma: "tudo é relativo!", quando este alguém professa que tudo varia, que tudo muda com o tempo, que tudo se altera, não estaria, este mesmo alguém, a dizer, por outro lado, que nada se mantém, que não há solidez em coisa alguma, tampouco no

⁸³ "Protágoras dizia que o homem é a medida de todas as coisas, o que significa que o que parece a cada um também o é para ele com certeza". Aristóteles. *Met.* XI, 6, 1062.

⁸⁴ Platão, *Teeteto*; Sêneca, *Cartas a Lucílio*; Cfr. ainda GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Op. Cit.* p. 22.

⁸⁵ Idem. *Ibidem*.

⁸⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *Aforismos*. 1ª ed., [s.l.]: Renascimento. 1999, p. 124. Cfr. ainda CUNHA, Mariana. *Sucedâneos à ética clássica: reflexões sobre o agir humano e o além do homem nietzschiano* in: *Trans/Form/Ação*, São Paulo, 2005, p. 54.

conhecimento, ou seja: que, se tudo é realmente relativo, o conhecimento também seria relativo (já que, obviamente, faz parte de tudo, de todas as coisas)? Agora, este relativismo em tais moldes não englobaria o conhecimento (certo, preciso, objetivo) de que tudo é relativo? Isto não o faria contraditório; contrário a si mesmo? Pois bem, se dizemos: "tudo é relativo!", estamos fazendo uma afirmação absoluta — uma afirmação que vale (ou pretende valer) para todas as coisas, mas que não pode nunca valer para si mesma, sob pena de fazer-se relativa, não sendo mais aplicável a todas as coisas, já que ela quer impor-se absolutamente a tudo, a todas as coisas, donde se presumiria, englobando até a si, embora não o possa sob pena de contradizer-se, qual o faz.

Tautologias e truísmos à parte, no mesmo contexto, acaso aquele que professasse o relativismo em tais bases, aquele que afirmasse que todas as coisas são relativas, não estaria ele a conhecer, e muito bem (ou seja: a conhecer absolutamente, com total grau de certeza), que todas as coisas são relativas? (à exceção — *mui* conveniente, é claro — deste seu conhecimento absoluto de que todas as coisas são relativas?!) Em melhor palavra, não estaria ele fazendo de seu conhecimento algo absoluto, embora professe, em seu cerne, exatamente o relativismo?!

Ora, querer impor o relativismo a todas as coisas é, noutros termos, querer “absolutizar” o relativo (inda quando no contexto de um dado sistema, área ou saber); é querer fazer do relativismo regra válida para todo e qualquer caso (uma regra absoluta, e, portanto, contrária a si mesma, uma exceção a si mesma, eis que absoluta ela, e somente ela). Isto faz do relativismo em tais moldes algo aplicável para todos os casos menos para o seu próprio quando afirma e sustenta: “tudo é relativo”, sendo esta sua afirmação mesma uma afirmação absoluta — e, portanto, contrária a si.

A pós-modernidade levou a sério (e ‘ao pé da letra’) a proposição de Nietzsche segundo a qual “não há fatos, só interpretações” (numa releitura no sentido de “não há texto, só interpretações”), quando isto também consubstancia uma interpretação; ou pior, quando o próprio dizer “não há fatos, só interpretações” se evola, porque ele mesmo é uma interpretação, não um fato incontestado, uma informação digna de solidez ou de que se dê crédito, pela própria contradita que encerra. Proposição similar, vimos, grassa espaço dentro da proposta neoconstitucionalista (pós-positivista).

Assim, se é para falar de algo absoluto, ou que se nos afigura aproximado disto [quando não, ao menos geral], basta observar que: não há quem, em seu juízo perfeito, não se ressinta diante de um ato ou fato injusto a ocorrer diante de si. Muito embora sequer possa

explicar a sensação e/ou conceituar o justo-em-si, o *homo-medijs* (o comum dos homens, o homem simples, o homem de poucas letras) — mesmo ele — se choca, se ressentido, é tocado por aquilo, pela injustiça que vê, e que causa comisseração em seu íntimo. Perguntássemos ao vulgo se sabe explicar o complexo mecanismo da visão, ele redarguiria que, muito embora não saiba explicá-lo, no entanto ele vê — e isto lhe basta. Assim, também, com a ideia de Justiça. Podemos até não saber explicá-la, mas todos a sentem e dela fazem geral noção. Não podemos negar, porém, que as apreensões desta noção sejam (ou pareçam ser) mais apuradas em uns indivíduos que em outros, e nuns povos mais aprimorada (mais evoluída) que noutros, mas vislumbramos que se pode — e os fatos o provam — remontar um traçado rumo a uma visão mais burilada da ideia, um paradigma de maior solidez para o Justo, como que galgando degraus rumo a um pendore tendente à perfectibilidade. Perfectibilidade esta que é (ou parece ser) inata ao gênero humano, qual igualmente ocorre com a ideia nebulosa, cinzenta e imprecisa (mas em todos presente) de Justiça, a paulatinamente aprimorar-se nos corações dos homens e nos seios das nações. Ora, é o mais rasteiro lugar-comum exemplificar que o simples fato de ver mesmo a um animal irracional sendo maltratado e açoitado por seu dono já causa alguma comoção no íntimo da mais indiferente e fria alma, embora sequer saibamos explicar tal sensação / sentimento. Parece haver algo de comum neste sentimento de choque pelo qual todos passamos quando diante de uma injustiça, embora não saibamos explicar bem o quê seja. Existe algo que torna similar a ideia de justiça que um indivíduo e outro fazem, independente talvez da etnia de ambos, de suas origens, do país de onde cada um adveio, das concepções filosóficas, políticas e religiosas de cada um, ou mesmo da época em que viveram. Algo tão óbvio deveria pasmar mesmo ao menos racional dos homens, a soerguer-se diante disto com um dizer que só do gênio shakespeariano poderia brotar com a precisão devida: há mais coisas entre o céu e a terra do que sonha nossa vã filosofia.⁸⁸

Bem assim, de se perguntar: poderíamos dizer que houve uma evolução na concepção do justo, ou na concreção desta ideia de justiça pelo Direito, analisando, por exemplo, as construções jurídico-legais de Roma, fulcradas na escravidão e dominação dos povos vencidos, passando pela Idade-Média europeia vista como um todo, com suas penas desproporcionais e crudelíssimas, até atingirmos as mais modernas e contemporâneas concepções?!⁸⁹ Poderíamos dizer, ainda, que hoje dispomos de um aparato legal mais justo que aqueles primeiros, que evoluímos neste tocante?! Com base em quê podemos dizê-lo?

⁸⁸ SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Editora Virtual Books On-line M&M Editores Ltda. 2000. Ato I, Cena V.

⁸⁹ Discussão profícua sobre o tema em: SICHES, Luís Recásens. *Filosofía del Derecho*. 2ª ed., Cidade do México: Porrúa. 1973, p. 51-53.

Quais os fundamentos que nos permitem dizer disponhamos, hodiernamente, de ordenamentos jurídicos mais justos? Podemos realmente dizê-lo? Ou o justo seria relativo e nossos ordenamentos modernos e contemporâneos nada mais seriam que diferentes — tão-somente diferentes, nem melhores nem piores — que os de uma concepção romana, medieval ou islâmica radical, por exemplo?

Assim sendo, atentemos para o fato de que professar que o justo seja relativo seria o mesmo que dizer: tanto faz o trato ofertado à mulher no Ocidente ou no Oriente (e convenhamos, mesmo a par da jornada tripla de trabalho, da opressão de toda a sorte sofrida pela mulher no Ocidente e dos alarmantes índices de violência doméstica — sobretudo porque consideravelmente inferiores à violência real, já que o número de denunciante é absurdamente menor que o de agredidas — ainda assim se afigura situação sobremaneira melhor que aquela que prima pela submissão total e irrestrita ao marido, que impõe o uso de ‘acessórios’ como o véu ou a “burca”, ou ainda que impossibilita as mulheres de frequentarem o ensino superior); e poderíamos ser indiferentes ainda em relação a um ordenamento que imponha a tortura ou a escravidão como prática livre e desimpedida, acaso professássemos seja o justo relativo nos termos ora levantados (muito embora saibamos, também, que os EUA, enquanto levarem o brasão da Democracia no mundo — ou digam fazê-lo —, sejam adeptos contumazes de práticas similares; que não nos deixem mentir Guantânamo ou Abu Ghraib); ou ainda o fato de a escravidão ser ou não protegida por disposições legais configuraria mera questão de opção (legal), não se podendo valorar sua eventual legalidade ou ilegalidade, sob a óptica de dado ordenamento jurídico, como sendo justa ou injusta, com base em nosso olhar de hoje, caso adotássemos o relativismo nos moldes propostos no tocante à questão ora analisada.

Assim, se houve evolução, se concordamos que há falar-se em evolução na questão da concepção do que seja justo para os povos, civilizações e épocas citados, não seria o mesmo que dizer que nem tudo seria relativo?! Ou seja, não seria dizer que há alguma solidez quando afirmamos que ‘as coisas’, neste tocante, mudaram para melhor? Que se fossem realmente relativas teria havido apenas uma mudança no sentido de se tornarem diferentes, nada mais, nada menos — nem melhores, nem piores que as opções precedentes — apenas diversas?

Vejamos: entre dois pontos, só podemos dizê-los diferentes, nada mais. Ou seja, a única afirmação possível de se levantar acerca de dois pontos comparados entre si é que um não é o outro, que são pontos diferentes. E só haveria falar-se em evolução se comparamos os dois pontos em comento em relação a um terceiro parâmetro (objetivamente melhor, ou

tomado como tal). Aquele ponto que, sob dada perspectiva, mais se aproximar do parâmetro-terceiro objetivamente melhor, seria o mais evoluído (no tocante específico à questão analisada). Noutros termos, é preciso um parâmetro objetivo (ainda que não dividido em inteireza ou com a precisão desejada, como parece ser o parâmetro do justo), para que possamos valorar determinada concepção como melhor (mais justa) que outra. E, objetivamente, parece que podemos afirmar, sim, no tocante específico de determinados institutos, como os ora elencados, que as construções Ocidentais (no estreito limite proposto, óbvio) são superiores às Orientais, por mais se aproximarem desta noção rudimentar que todos temos (imanente) — ou parecemos ter — do que seja justo e certo. Em contrapartida, se focarmos outros institutos, em situações diversas, como — para não fugir ao exemplo islâmico — é o caso da mendicância e do analfabetismo, observamos que países islâmicos sem-conta (a exemplo daqueles dentre os grandes produtores de petróleo) apresentam índices com patamares aproximados a zero. Ou seja, neste sentido, no tocante aos institutos então analisados, sem dúvida alguma as construções Orientais são objetivamente mais justas que a prática Ocidental, justo por mais se aproximarem do mencionado parâmetro-melhor no tocante às posições ora comparadas. E isto, segundo aferições e ilações — espera-se — algo objetivas, o mais gerais possível, perceptíveis em nível aferível até mesmo pelo senso comum, como acreditamos ter demonstrado, universais enfim, e, quiçá, — é o que parece ser — levando a conclusões que rumam para um paradigma mais estável, talvez até — quem sabe — absoluto.

Ora, se a Modernidade nos legou a ideia de um ilusório conforto, a ideia de controle e pretensa certeza plena, a Pós-Modernidade, por sua vez, trouxe consigo a apocalíptica chaga da total incerteza e da ausência de um mínimo e qualquer fundamento para todas as coisas, ignorando maculasse, com isto, até esta mesma proposição de que nada possa ter fundamento algum. É chegada a hora de que se perquirir uma síntese criadora que nos permita ver além dos polos estanques, isto sobretudo no campo do Direito, em que — e é o exato entendimento aqui encampado — a relativização extremada possa culminar com a lesão irreparável a conquistas e direitos cujo preço foi pago, não com o valor do mero ouro amodado, mas com o mais alto quinhão do sangue de muitos que lutaram ao longo de tempo breve da passagem do ente humano pela face deste orbe. Se esta sintética elucubração não constitui, de já e por si só, argumento forte o suficiente para que se possa sustentar que aquilo de absoluto (ou pelo menos de maior solidez) que há nos sistemas jurídicos sejam seus reais princípios, aqueles que consubstanciem seus alicerces, bases, fundamentos, seus horizontes finalísticos, ao menos

habilita a defesa de que nem tudo seja relativo, oferecendo a linha argumentativa primária para a defesa de que na esfera intra-sistêmica, como bem pretendemos lograr demonstrar em linhas adiante, haja algo com solidez suficiente a possibilitar a não-diluição do sistema nas partes isoladas que o compõem ou sua completa mutabilidade num outro diverso do que fora, porque se faria irreconhecível (e o reconhecemos, a despeito das mudanças), garantindo, por assim dizer, a manutenção de características básicas, elementares e mínimas que permitam reconheçamos os sistemas como tais e não como outros diversos.

Neste sentido, como melhor veremos na construção argumentativa adiante tecida no Capítulo a seguir, até então, a humanidade desempenhou, com louvor e esforço ímpares, notáveis tentativas de desabilitar a ideia da existência de algo — mínima abstração que seja — que fosse (ou tivesse a pretensão de ser) absoluto. Denodado esforço foi dirigido neste sentido, ainda que os que o fizessem⁹⁰ arvorassem (não se sabe por qual razão, mas diziam tê-la) poder fazê-lo com objetividade desapaixonada, lançando aos (igualmente) crentes (só que) em ideias contrárias a pecha de apaixonados pela tese que defendiam — e, portanto, de falsos. O ente humano parece trazer consigo um pessimismo primevo ancestral e arraigado, e o que o véu do oculto protege frequentemente só pode ser visto como algo ruim, negativo, feio, indesejado, ainda que no paulatino passo-a-passo das descobertas se anteveja ser mais sábio dizer que o que chamamos caos nada mais constitua que a ordem existente naquela esfera que desconhecemos (aquela que nosso atual estágio de desenvolvimento não nos permite ainda divisar) do que uma completa ausência de ordem, um pretenso acaso, como contrariamente nos revela a quase totalidade do pouco de tudo o que exista que nos foi dado desanuviar até então. E a despeito mesmo da fragilidade mais evidente que se possa encontrar em tentativa desta brevidade, como a ora lançada à questão — de que aquilo de absoluto que haja seja o que ora explicitamos como tal — não menos aberra a ideia contraposta, a propugnação mesma do extremo antinômico — aquela que pressuponha tudo seja relativo — culminando justamente com o descortinar de uma afirmação absoluta, fazendo deparar-se então com a descoberta mesma do exato extremo oposto, o do absoluto. E pela própria autocontradição contida na proposição em si de que tudo possa ser relativo, englobando absolutamente a todas as coisas e fazendo-se regra absoluta (não englobável, ela mesma, por seu relativismo), contrária, portanto, ao conteúdo mesmo que propõe — o de que tudo seja relativo, sendo ela própria uma exceção a si — é que desvela, com a beleza singela de um círculo, que os pontos

⁹⁰ Citar nomes se faria desnecessário, excedendo mesmo à proposta meramente introdutória ao tema em questão, mas vale lembrar, apenas a título de curiosidade: Nietzsche, Schopenhauer, Feyerabend, entre tantos outros.

mais extremos de uma reta, quando vergados em seu "extremismo", provam ser exatamente os mais aproximados.

Pois bem, ainda que sem a pretensão de se ser exaustivo no trato da questão, já podemos observar, então, que o aspecto ou a acepção de princípio como fundamento fica irremediavelmente maculada ante sua relativização, nos termos propostos pelo chamado Pós-positivismo. E é neste específico tocante que segue a presente explanação.

CAPÍTULO – II

ANTINOMIA DWORKIN E HART E DIFERENCIAÇÃO ENTRE AS PROPOSTAS DE DWORKIN E ALEXY

“Aqui estamos interessados em dados dessa espécie, brutalmente elementares e cuja indestrutibilidade tem sido admitida tacitamente até mesmo pelos seguidores mais extremados e rebuscados do historicismo.”

Hannah Arendt
Entre o Passado e o Futuro. p. 296

“Navegamos entre arquipélagos de certeza, em meio a oceanos de incerteza.”

Edgar Morin
Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro, [s.l.]

2.1 A Polêmica entre Hart e Dworkin: Discrecionalidade, Lacunas, Completude, Integridade e Unidade

Distante de toda a questão de conferir aplicabilidade a princípios (que, antes, repita-se, segundo a lógica Positivista, eram meros elementos supridores de lacunas ou balizas interpretativas), a discussão levantada por Dworkin⁹¹, quando de sua proposta no seu *Levando os Direitos à Sério* [*Taking Rights Seriously*], passava ao largo da questão principiológica como problema central a ser abordado. A principiologia, em Dworkin, entra como solução (fechamento), não como cerne — evidência que ganhou em discussões posteriores a seu advento.

A intenção de Dworkin era, explicitamente, proceder um ataque ao Positivismo Jurídico⁹², a partir de uma teoria, a um só tempo, política, jurídica, deontológica e sociológica (histórica), donde prima pela identificação de elementos de micro e macroestrutura e da interação entre política e Direito (judicialização da política e politização da justiça), fulcrada no ideário democrático⁹³. Alijando-nos de tais questões, e centrando naquilo que, de forma mais percuciente, interessa à presente abordagem, Dworkin intentava explicar como os juízes ofertam suas decisões — calcados naquilo que, para a tese dwokiniana, seria o problema central a ser combatido: a questão da discrecionalidade no ato de julgar, bem como a

⁹¹ Diversa, porém, no modo e nas razões, daquela levanta pela Jurisprudência dos Valores edificada pelo Tribunal Constitucional Alemão, como delinearemos adiante;

⁹² Cfr. DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.* p. 35. (No original: “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart’s version as a target, when a particular target is need.” DWORKIN, Ronald. *The Model of Rules I*, In: *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Havard University Press, 1977.)

⁹³ Tal entendimento ganha maior volume e encontra-se melhor explícito em: DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trd. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

indeterminação (incerteza e vaguidão) do Direito (insegurança jurídica) — propondo, assim, alternativas para prescrever como as decisões deveriam ser tomadas. Ora, preocupar-se com a indeterminação do Direito (sua esfera de incerteza) é preocupar-se com o relativismo jurídico e com as decisões lastreadas em tal forma de vislumbrar o Direito. Nas palavras do Prof. Lênio Streck, o enfoque de Dworkin era voltado para o “fechamento” interpretativo — ou seja, preocupado com as soluções ofertadas pelas decisões judiciais⁹⁴, se justas ou injustas.

O positivismo, nos modos explicitados por Dworkin, possuiria três vertentes predominantes: I) o Direito de uma comunidade é um direito de regras, diretas ou indiretas, que definem o que será punido ou estimulado pelo Estado. Estas regras podem ser apontadas por um teste (*de pedigree*) que avalia, não o seu conteúdo, mas sua forma (a maneira como foram formuladas). Erigidas em conformidade a um processo legislativo correto serão aceitas, porque formalmente conformes; II) o Direito seria limitado a este conjunto de regras, e, assim, uma pessoa cuja demanda não seja abraçada e acolhida por elas, não veria solução mediante a aplicação do Direito, ficando o juiz, em tais casos, livre para decidir *extra legem*, sendo-lhe facultado fazer uso de total discricionariedade, criando novas regras ou complementando as já existentes, naquilo que eventualmente não abarquem ao caso concreto (ainda que a lógica positivista e da Velha Hermenêutica faça menção à analogia, costumes e princípios gerais do direito); III) a obrigação jurídica existe quando o caso se enquadra em uma regra jurídica básica. Fora de tais casos, não há obrigação jurídica qualquer, o que implica que, quando um juiz resolve um caso mediante seu discernimento pessoal (editando novas regras em face das lacunas havidas), ele não está aplicando um dever jurídico correspondente ao caso, fechando-se a possibilidade de inovação por parte do julgador.⁹⁵

Neste contexto, a vertente positivista mais influente à época era, exato, a de H. L. A. Hart, a quem Dworkin viria a suceder na cátedra de Teoria do Direito, em Harvard. Hart adotava um ‘modelo de regras’ bastante singular e dividia as regras jurídicas em duas⁹⁶: basicamente, as chamadas *regras primárias* concederiam direitos ou obrigações; as *regras secundárias*, por seu turno, regeriam as condições em que as regras primárias são erigidas, modificadas ou revogadas. Hart adota, pois, um modelo bifásico.

⁹⁴ Cfr. STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 163 e segs.

⁹⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. pp. 27 e 28.

⁹⁶ Cfr. HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 2ª ed., Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBEKIAN. 1994. pp. 88-106 e *passim*.

Hart procede a uma substituição da ideia de Norma Hipotética Fundamental (*Grundnorm*), erigida por Kelsen, pela ideia de *Regra de Reconhecimento*⁹⁷, como fundamento para a obediência às leis (e, no nosso entender, formulação bem menos original, e solução consideravelmente menos elegante do ponto de vista da lógica, diga-se)⁹⁸.

⁹⁷ A aproximação simplista pode parecer grosseira, mas – analisando o efeito de ambas – é fato, os resultados práticos da opção pela *Grundnorm* é similar ao adotado pela Regra de Reconhecimento.

⁹⁸ Para Kelsen, uma norma teria o condão de obrigar, somente quando se tratasse de norma objetivamente válida; diversa, pois, da mera imposição advinda do simples poder de aplicar consequências a seu descumprimento (norma subjetivamente válida). Longe da zona gris, pode-se exemplificar que a imposição de um ladrão, quando, apontando uma arma, exige um bem de seu legítimo possuidor, é subjetivamente válida, eis que as consequências de seu descumprimento não estão previstas em rol taxativo e prévio, ilegal, portanto. Norma objetivamente válida seria aquela fundada em norma objetivamente válida anterior, e esta em sua anterior, e assim sucessivamente, até atingir o que Kelsen nomeou *Grundnorm*, a Norma Hipotética Fundamental, que, a despeito de não se fundar em nada que lhe seja anterior, é igualmente norma objetivamente válida, sendo, ademais, vazia de conteúdo, axiologicamente neutra (nem boa nem má, nem justa, nem injusta), existindo, apenas e tão-somente, para conferir fundamento ao edifício sistêmico do Direito (Cfr. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 8, 18-20, 23 e segs. No final da vida, Kelsen viria a reformular a ideia, transpondo a N.H.F. para a teoria de Vaihinger, adotando-a como uma ficção, '*Als Ob*' (como se), como algo que precisa existir para que o Direito se sustenha como força coativa diversa, por exemplo, da imposição de um *bando de salteadores*, o que figura presente em obra póstuma (Cfr. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. 1ª ed., Porto Alegre: SÉRGIO ANTÔNIO FABRIS. 1996, *passim*). Ora, antecipando-nos já à discussão de capítulo adiante, de se dizer que, fiados na própria etimologia do termo, aquilo que não se sustenha em elemento anterior, encontrando-se no início da cadeia, é princípio. Tomando-se a ilação tecida pelo prof. Miguel Reale em linhas logo abaixo, parece haver uma relação possível entre os dizeres do mestre brasileiro e a ideia de Norma Hipotética Fundamental (*Grundnorm*), proposta por Hans Kelsen, a qual – segundo ele [Kelsen] – é norma objetivamente válida sem se fundar em norma objetivamente válida anterior, mas que, inobstante isto, confere fundamento a todo o Sistema Normativo, constituindo mesmo um saber último do Direito, irredutível a outro qualquer que lhe preceda, pois nada há que lhe seja anterior, alocando-se precisamente no início da cadeia sistêmica jurídica – princípio, pois. Senão vejamos: “Para se formar noção clara do que seja princípio, é necessário recordar, previamente, o que se entende logicamente por *juízo*. Quando formulamos um juízo? Quando emitimos uma apreciação a respeito de algo, quer negando, quer afirmando uma qualidade. Se digo que uma parede é branca, estou atribuindo a um ente (a parede) determinada qualidade — a brancura — reconhecendo que esta qualidade lhe corresponde de maneira necessária. (...) Juízo é a ligação lógica de um predicado a algo, com o reconhecimento concomitante de que tal atributividade é necessária, implicando sempre uma “pretensão de verdade”. O juízo, portanto, é a molécula do conhecimento. Não podemos conhecer sem formular juízos, assim como também não podemos transmitir conhecimentos sem formular juízos. A expressão verbal, escrita ou oral, de um juízo, chama-se *proposição*. (...) Quando combinamos juízo entre si segundo um nexos lógico de consequência, dizemos que estamos raciocinando. *Raciocínio*, portanto, é um conjunto ordenado e coerente de juízos. (...) Se estamos dando uma aula, estamos raciocinando e, ao raciocinar, combinamos juízos, procurando investigar e revelar, de maneira congruente, relações entre conceitos. Não é possível haver ciência, é claro, sem esta operação elementar de enunciar juízos e de combinar juízos entre si. A ciência implica sempre uma coerência entre juízos que se enunciam. É necessário que os enunciados — e a enunciação é a essência do juízo — não se choquem nem se conflitem, mas se ordenem de tal maneira que entre eles exista um nexos comum que lhes assegure coerência e validade. [...] *Se todo juízo envolve uma pergunta sobre sua validade ou o seu fundamento, quando se enuncia um juízo, que não seja por si evidente, há sempre a possibilidade de reduzi-lo a outro juízo mais simples ainda, o qual, por sua vez, poderá permitir a busca de outro juízo que nos assegure a certeza do enunciado, por ser evidente, impondo-se como presença imediata ao espírito. (...) Quando o nosso pensamento opera essa redução certificadora, até atingir juízos que não possam mais ser reduzidos a outros, dizemos que atingimos princípios*. Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus **pressupostos necessários**.” (REALE, Miguel. *Op. Cit.* pp. 59 e 60. **destaques nossos**).

Para Hart, uma regra obriga ou porque é aceita pela comunidade de que se acerca, ou porque é promulgada em conformidade aos ditames de uma regra secundária — atendendo a parâmetros formais específicos e prévios, pois. Nas comunidades primitivas, haveria apenas regras primárias, ou seja, elas seriam decorrentes simplesmente das práticas de aceitação desses estatutos. Não haveria Direito, já que não seria possível diferenciar as obrigações jurídicas de outras instâncias obrigacionais de cunho social, religioso, moral, etc. Para se falar apropriadamente de Direito, Hart propõe deva haver uma *regra secundária fundamental* que permita identificar as obrigações jurídicas, eis a chamada *Regra de Reconhecimento*. Ora, seria necessária uma regra secundária tal que ditasse os modos pelos quais o Direito se erige, o que apresenta uma fraca diferença da proposta kelseniana quanto à N.H.F (*Grundnorm*). Pois bem, a Regra de Reconhecimento proposta por Hart pode ser simples (“aquilo que o rei ordena é a lei”) ou complexa (uma Constituição), mas todas se fiam ao fato de que as regras primárias só se dotarão de validade se puderem se vincular à Regra de Reconhecimento⁹⁹. Ora, a Regra de Reconhecimento mesma não se vincula a nenhuma outra, consubstanciando a única regra do sistema jurídico cuja aplicação depende de sua aceitação, tal qual a N.H.F. seria a única norma objetivamente válida sem se fundar em norma objetivamente válida anterior, conforme vimos (Vide novamente nota 76).¹⁰⁰

Pois bem, a preocupação excessiva com a “abertura” (para usar o termo do prof. Lênio Streck), o enfoque centrado no modo como as leis são feitas e a pouca preocupação com o plano decisional (“fechamento”), é que consistem o cerne da divergência entre Hart e Dworkin. No modelo proposto por Hart, temos que o Direito se resumiria a um sistema de regras, abrindo-se margem a que, nos chamados casos difíceis (*hard cases*) o julgador agisse com discricionariedade — por vezes, plena.

Para Hart, toda expressão linguística — jurídica ou não — possui um núcleo duro de significado e uma zona gris, uma zona cinzenta, indefinível, de difícil delineamento ou solução. O núcleo duro de significado abraça os casos de fácil interpretação, onde a subsunção é feita sem entraves, quase todos os intérpretes acordando sobre a expressão textual que se aplica ao caso em apreço, seja ele um objeto ou um fato social. Uma regra sempre possuirá um núcleo duro e uma zona gris, ante a qual o juiz deverá escolher qual o sentido que deve prevalecer. Hart lança mão do seguinte exemplo: se uma regra diz: “é proibida a circulação de veículos no parque”. Fica evidente que não se permite a circulação de automóveis ou caminhões. Haveria dúvida, porém, sobre a proibição da circulação de

⁹⁹ Cfr. DWORKIN, *Levando os Direitos à Sério*, pp. 31-35.

¹⁰⁰ Idem. *Ibidem*.

bicicletas, por exemplo. Neste caso, estaríamos — segundo Hart — diante de um ‘caso difícil’, e a solução demandaria o uso da analogia com casos de fácil aplicação da regra. Nesse contexto, os juízes possuiriam discricionariedade para escolher a melhor interpretação. É neste ponto que se encontra a decisiva discordância entre as posições de Hart e Dworkin: quando não houvesse margem senão para a aplicação de um nível de discricionariedade dita forte (alijando-se o juiz de atrelar-se a quaisquer bases quando do processo decisório). Para Dworkin, os juízes não possuiriam discricionariedade alguma, porque, mesmo nos chamados ‘casos difíceis’, eles estão vinculados a julgar conforme padrões prévios de conduta (intra e extrajurídicos). E é aí que entra a questão dos princípios jurídicos¹⁰¹, e Dworkin não faz exceção entre princípios jurídicos e extrajurídicos, admitindo-os todos. Os princípios, para Dworkin, teriam este condão vinculativo, afastando a chamada discricionariedade, afastando a incerteza, afastando o relativismo decisional.

Para melhor compreensão, quanto a existência ou não de discricionariedade do juiz nos chamados ‘casos difíceis’, Dworkin aponta três acepções para o termo, as duas primeiras consistindo na discricionariedade fraca e a terceira sendo a chamada discricionariedade forte, senão vejamos: 1º.) aplicação por funcionários de critérios estabelecidos por uma autoridade superior, ou na adoção pelo juiz entre critérios que um homem razoável (*homo medius*) poderia interpretar de maneiras diversas — fala-se aqui em capacidade de julgamento, no sentido de que as decisões pressupõem um juízo ou capacidade para dele se lançar mão; 2º.) a decisão tomada por uma autoridade superior não possa ser revista ou cancelada em qualquer instância, diz-se dela seja discricionária em sentido fraco, uma vez que, inobstante decida irrefragavelmente, há de decidir acorde a certos ditames que lhe são inarredáveis (inda que, por vezes, padrões puramente morais, mas vinculantes, a que o juiz, no ato de decidir, não se poderia afastar); 3º.) ausência de vinculação legal, no ato decisório, a padrões pré-determinados¹⁰². Ora, podemos dizer que um homem razoável erre em seu julgamento ou que uma autoridade superior, decidindo em última instância, cometa equívocos, o que não se pode dizer é que tenham decidido sem lastro prévio que lhes imponha um certo ‘percurso’ decisório e não outro qualquer, de seu livre alvedrio.¹⁰³

Em tais termos, temos que, para Dworkin, a correta aposição do poder discricionário é, justo, na terceira acepção, então delineada; ou seja, só há falar-se em poder discricionário, quando há a chamada discricionariedade forte, a qual — afirma Dworkin — o juiz não está

¹⁰¹ Cfr. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit.* nota 24.

¹⁰² DWORKIN, *Levando os Direitos à Sério*. p. 50-63.

¹⁰³ Idem. p. 54.

afeito, e não a possui em caso algum, eis que deva remeter-se a princípios que lhe informariam o norte devido para o *decisum*. Em melhor palavra, os casos chamados discricionariedade fraca não são, efetivamente, casos de discricionariedade, eis que afeitos a parâmetros prévios de conduta, donde discricionariedade só se daria quando o ato decisório fosse completamente livre, coisa que Dworkin entende incabível no ato de o juiz julgar.¹⁰⁴

Em Dworkin, a questão da discricionariedade se insere no contexto da integridade¹⁰⁵ e unidade, ou seja, da completude ou incompletude do ordenamento, e — mais percucientemente — de princípios e de regras. Hart admite possa o juiz decidir com base em parâmetros não-legais quando da ocorrência de lacunas; ou seja, para Hart, o juiz seria dotado de liberdade decisória plena (em melhor termo, de discricionariedade) quando diante de uma lacuna no sistema¹⁰⁶. E o que Dworkin contesta é, exato, a existência das lacunas, por via de consequência, a existência de discricionariedade. Assim, não haveria decisão, jurídica ou não, em que aquele que decide se veja livre de atender a padrões de racionalidade, equidade e eficácia¹⁰⁷. Em melhor entendimento, discricionariedade implicaria liberdade plena ao decidir, coisa que inexiste (em quaisquer dimensões que ousemos perscrutar), menos ainda no âmbito de um ordenamento jurídico. Daí Dworkin fazer a ousada afirmação de que é preferível garantir a igualdade que a liberdade (em ordem de peso e importância). E o que Hart chama de liberdade do juiz ao decidir casos (difíceis) em que haja lacunas (inovando no Direito, legislando, pois) é o que Dworkin contesta, afirmando haver padrões prévios (inclusive

¹⁰⁴ Idem. p. 50 e 51.

¹⁰⁵ “[...] a integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. [...] Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são **verdadeiras** se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.” DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 202 e 272 [destaques nossos]. De observar-se, por cautela, Dworkin, diversamente da vertente pragmática, labora com a verdade material e não formal. “Dworkin parece apontar, em sua teoria construtivista, que uma análise holística do sistema legal resulta em certos padrões objetivos, capazes de guiar juízes mesmo em casos difíceis. [...] Dworkin está efetivamente defendendo a existência de um conjunto de padrões legais a ser descoberto [...] A sua teoria construtivista está apenas reconstruindo, para o universo de percepção do juiz e das partes, uma rede legal pré-existente, ainda que essa rede seja infinita. [...] A ideia da lei como uma rede infinita pré-estabelecida pode, contudo, indicar outra interpretação, que melhor responderia ao ataque de Hart, concernente à possível inexistência de valores objetivos. Por essa nova interpretação, a ideia da rede infinita é apenas um estímulo à análise holística, uma análise que permite, mesmo quando imperfeita, que o juiz diminua os erros possíveis no que tange aos direitos das partes. Por esta segunda interpretação, o juiz tem o dever jurídico de buscar sempre, tomado o estudo das instituições existentes, a melhor justificação moral para sua decisão. A proposição quanto à existência de valores morais objetivos representa, nesse sentido, uma alternativa mais segura à proteção dos direitos que a alternativa positivista, que não proporciona qualquer norte em casos difíceis, advogando pela discricionariedade em sentido forte nesses casos.” IKAWA, Daniela R. *Hart Dworkin e Discricionariedade*. Lua Nova, nº 61, 2004. p. 108.

¹⁰⁶ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. p. 50-63.

¹⁰⁷ Idem. p. 53.

extralegais) que obrigam (ou seja, que dispõem de força vinculativa) e dos quais o julgador não se pode arredar: tais padrões, parâmetros e guias são, justamente, os princípios.¹⁰⁸ De lembrarmos, Dworkin não faz diferenciação entre princípios intra ou extra sistêmicos.

Ora, decidir de forma livre, sem lastros quaisquer, já não seria uma atividade interpretativa, mas de criação (legislação). E Direto, para Dworkin, é fundamentalmente interpretação. Haveria aí, nos moldes em que o concebe Hart o poder discricionário (forte), não o *jus dicere*, mas uma verdadeira atividade legiferante, o juiz convertendo-se em legislador, ao que Dworkin apôs dois argumentos: 1.º) como o juiz não foi eleito pela comunidade, não seria um legislador legítimo, não lhe prestando contas quaisquer; 2.º) se a atividade do ‘dizer o direito’ se confunde com uma atividade legiferante (nos chamados ‘casos difíceis’, noutros termos, quando haja lacunas), seria forçoso concluir pela impossibilidade de que se exija conduta prévia do cidadão, baseada em lei posterior (a lei nova, produzida pelo juiz-legislador estaria ferindo, assim, a legalidade e a anterioridade). É necessário que se diga tais objeções Dworkin aplica aos argumentos de política e não aos argumentos de Direito, o que só firma seu entendimento de que os juízes possam e devam tomar decisões lastreadas somente em argumentos de princípio como fundamentos autônomos.

Bem assim, em Dworkin, a diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica: ou bem um elemento se enquadra como regra ou bem é princípio. As regras seriam aplicáveis à maneira do todo-ou-nada [*all-or-nothing*], uma regra deixando de pertencer ao ordenamento quando suplantada por outra (utilizando-se aqui os critérios hermenêuticos da subsunção — especialidade, generalidade, revogação, etc); ao passo que os princípios possuiriam uma dimensão de peso (*weight*) ou importância, que as regras não possuem¹⁰⁹, donde se demandaria mais esforço para solucionar os chamados ‘conflitos’. Tanto mais importante seja um princípio no contexto do sistema, maior é sua tendência de prevalecer. Neste sentido, compreender adequadamente a proposta dworkiniana implica a compreensão

¹⁰⁸ No seio de um ordenamento – o brasileiro, por exemplo – aquele julga não pode decidir, ainda quando haja as chamadas “lacunas” (casos em que não se aplicam regras) de forma a confrontar os fundamentos inscritos no seio da Constituição, v.g., um juiz não poderia decidir de modo a modificar ou suprimir um fundamento da República, como a tripartição de poderes – independentes e harmônicos entre si (CF/88 art. 2.º) – ou atentar deliberadamente em seu *decisum* contra a Dignidade da Pessoa Humana (CF/88 art. 1.º, III), eis que o cerne teleológico do ordenamento, ou instituir pena de morte para além das situações que o Ordenamento preveja, e isto apenas para citar breves exemplos, de modo que está sempre obrigado a seguir parâmetros dados, inda quando não haja regra aplicável ao caso (lacuna?! *Hard case*?!), ou que tais parâmetros não estejam inscritos na Constituição, mas plasmados no Ordenamento.

¹⁰⁹ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. pp. 39-43. “Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. [...] As regras não têm essa dimensão.” DWORKIN, *Op. Cit.* p. 43.

das ideias de ‘unidade’ e ‘integridade’ do ordenamento, do sistema, de modo que não se pode restringir, tampouco ocorre na prática — é o que afirma Dworkin — o conflito de dois princípios isoladamente ou mesmo a averiguação de qual regra se aplica ao caso apenas contrapondo-a a uma outra — há, em todo e qualquer caso concreto a necessidade de se fazer uma apreciação sistêmica, holística, para se obter a chamada resposta correta. E Dworkin propõe atingir a resposta correta, não no sentido de pretensão utópica ou irrealizável, mas evidenciando mesmo os mecanismos desta unidade e integridade da comunidade (ou sociedade), face a existência de princípios superiores frente aos quais a desobediência implicaria em falta de coerência sistêmica¹¹⁰. É exato, neste contexto, que se enquadra a Dignidade da Pessoa Humana. Pois bem, neste sentido, o que Dworkin faz é atrelar o conceito de Direito (proposta Hartiana em obra homônima já citada) ao conceito de princípio. Direito não seria um sistema de regras, como propôs Hart, mas um sistema de regras e princípios. Afora tudo, a regra social de reconhecimento de Hart não se aplicaria a princípios, uma vez imbricada com a ideia de validade ou invalidade (*all-or-nothing*), inaplicável a princípios, sendo, portanto, um modelo a ser abandonado.

O que Dworkin propõe para os chamados ‘casos difíceis’ ou casos de “conflitos” entre princípios é a proposta de *integridade*¹¹¹ e *unidade*. Para Dworkin, a ideia de uma suposta colisão significa que o caso concreto não foi convenientemente reconstruído. A colisão é virtual, contingente a uma visão não-integral, nem unitária do sistema. Não há uma opção por um, entre dois princípios colidentes, qual aquele deva se realizar de forma otimizada e que o outro que deva ceder (inda que minorando os prejuízos sofridos pela sociedade com tal supressão — como é a proposta de Alexy, diga-se), há, sim, a determinação de qual princípio

¹¹⁰ “a unidade e irrepetibilidade que caracterizam todos os eventos históricos, ou seja, também qualquer caso concreto sobre o qual se pretenda tutela jurisdicional, exigem do juiz hercúleo esforço no sentido de encontrar no ordenamento considerado em sua inteireza a única decisão correta para este caso específico, irrepetível por definição.” CARVALHO NETO, Menelick de. *Requisitos Pragmáticos de Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Comparado. Belo horizonte. Curso de Pós-graduação em Direito da UFMG e Mandamentos. v. 3. mai. / 1999 p. 475. Para Dworkin, “ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, p. 238.

¹¹¹ “Dworkin, por outro lado, diferencia a integridade que fundamenta a legislação e a integridade que fundamenta as decisões judiciais [...] O Direito fundado na integridade, da mesma forma que a concepção pragmático-habermasiana de Günther, aborda dois planos interpretativos distintos: o da fundamentação ou justificação da legislação e o da aplicação do Direito.” MATOS, Aníbal Magalhães da Cruz. *Conflitos entre Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma compreensão adequada do Estado Democrático de Direito*. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Brasil, 2010. p. 28.

se adequa àquele caso concreto em específico,¹¹² em razão dos argumentos ofertados pelas partes e dos elementos de que se deve valer o juiz ao julgar, o que rechaça a ideia de relativização, presente (como melhor explanaremos adiante) na proposta de Alexy. Para elucidar e para fazermos uso, de já, do princípio objeto da presente perquirição, quando se deixa de aplicar, por exemplo, o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana em face de um caso concreto, é que, ante o referido caso concreto apresentado, e em face dos argumentos ofertados, não se logrou determinar houvesse aí lesão à dignidade — ora, não é porque uma parte alega haver sido lesada em princípio de ordem ‘a’, ‘b’ ou ‘c’ que o foi. As partes são livres para lançarem mão de seus argumentos, quaisquer que sejam, todos válidos no campo do discurso; todavia, somente aceitáveis se afeitos e enquadrados dentro de critérios de racionalidade, equidade, validade, etc. Para Dworkin, cada caso concreto (a despeito haja similares) é singular (único) e merecedor de uma resposta igualmente singular (única) e devida (correta), com pretensões universalizáveis (na esteira de Kant), eis que visa, tanto quanto possível, atingir um consenso de abrangência tal que supere e ultrapasse o entendimento de cada uma das partes isoladamente (como também rezam Gadamer e Habermas).¹¹³

Dworkin propõe a diferenciação de princípios e políticas (*policies*), sendo este o ponto fulcral de sua teorização, ladeando-se em importância à proposição de integridade e unidade, como elementos capazes de dirimir a discricionariedade. Senão vejamos: princípios conteriam exigências de justiça, equidade, devido processo legal, etc., exigências de moralidade universalizáveis (à maneira de Kant); ao passo que políticas enfocam objetivos a serem alcançados do ponto de vista econômico, político ou social no contexto da comunidade dada, exigíveis de todos da comunidade de maneira indistinta. Dworkin chama todos os atores ao palco decisório, não apenas a figura do juiz (Hércules — metáfora), mas a proposição de um *romance em cadeia*, onde todos os atores do discurso (sendo o juiz apenas um deles) integram elementos ao diálogo em condições de igualdade, diálogo este sujeito sempre à história institucional, à análise integral da Constituição, da legislação, dos precedentes, que possibilitará a resposta correta, no âmbito da leitura feita pela própria sociedade dos princípios que a norteiam — eis a melhor explicação para o entendimento de Dworkin do que

¹¹² Aqueles princípios eventualmente não-aplicáveis (ou não-aplicados), assim o seriam por não se acercarem da questão *sub oculi*, e não por haverem cedido espaço, em face de outro.

¹¹³ Neste sentido, diversamente de Alexy (como veremos), Dworkin aproxima sua compreensão da razão comunicativa de Habermas, donde a racionalidade e legitimidade dos argumentos de uma norma (verificáveis pelos destinatários) depende (inda que contribua para) de uma aceitação do entendimento a ser partilhado pelos participantes do discurso, que, para Dworkin, é a comunidade. Cfr. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro* – Estudos de teoria política.. p. 21 e segs.

seria integridade e unidade. Direito, para Dworkin, seria interpretação, e uma interpretação construtiva e holística. E não é tão-somente o juiz que alcança a resposta correta, são os membros de uma comunidade (o juiz aí incluso) que são guindados ao melhor argumento possível diante do caso (um ideal e não “a verdade”), em face de uma moral política *substantiva* (não-procedimental, pois — focada, assim, no “fechamento”, no resultado do *decisum*), sendo esta decisão dotada de um poder de convencimento advindo do consenso, que abraça e suplante os interesses particulares isoladamente¹¹⁴. O argumento moral, em Dworkin, é material e não forma, como o é (tal qual veremos nas linhas que se seguem) o de Alexy.

Noutra perspectiva, dizer que princípio é norma significa — para Dworkin — dizer que princípio pode ser usado como fundamento autônomo de uma decisão jurídica, o que fomenta algumas ressalvas à sua teorização, a saber: a) Inda que se preocupe com os mecanismos que determinam quais princípios devam ser levados em consideração num dado caso concreto, quais assumem maior peso e importância ante cada caso, não relegando isto ao alvedrio de quem julga (como o faz Alexy, silenciando sobre a questão, sob os auspícios de que ‘as circunstâncias políticas e o caso concreto o digam’), não esgota os referidos mecanismos, nem sua teorização parece dar conta da tarefa (hercúlea, ao que nos parece)¹¹⁵; b) A ideia de que princípios sejam normas parece assumir uma conformação secundária no quadro da teorização que propôs, como elemento usado, a mais das vezes, para garantir convencimento dos positivistas quanto ao uso de princípios como fundamentos autônomos de decisões jurídicas, no que se torna indiferente sejam normas ou não, já que o próprio Dworkin não faz diferenciação que interfiram no jurídico elementos intra ou extrajurídicos (em melhor termo: *intra* ou *extra legem*) — assim, observa-se secundário, no quadro da teorização proposta por Dworkin, dizer que princípios sejam normas, que possuam uma dimensão deontológica e não ontológica, sobretudo porque seu enfoque centra-se na importância e peso (fundamentalidade, pois), sendo a característica por ele elencada como a principal diferença entre princípios e normas, mais afeita à dimensão ontológica; c) Apesar de que Dworkin defina princípios sob uma perspectiva pragmático-semântica, como o delineamento do que seria princípio e do que não o seria. Em melhor palavra, não faz diferenciação precisa do que seria princípio e do que seria regra, donde dependem do caso concreto, ou seja, não há uma definição prévia do que seria ou não seria princípio (mas prevê o método hermenêutico com que se lida ora com regras, ora com princípios), no que Dworkin demonstra haver assimilado

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. p. 235-236 e segs.

¹¹⁵ Sendo necessárias “práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. p. 58.

o giro proposto por Gadamer e Heidegger, sendo que, em contrapartida, permite pairar indefinição neste tocante, donde o que definiria os elementos de um ou outro polo seria o caso concreto (indefinição salva apenas pelo critério do peso e importância (fundamentalidade) dos elementos que se definem pela indumentária vocabular de princípio; d) Que os juízes possam e devam tomar decisões lastreadas somente em argumentos de princípio como fundamentos autônomos, em nada deve à proposição de que princípios sejam normas (sobretudo se tivermos em mente que Dworkin aceita princípios *extra legem* como tendo força vinculativa e sendo igualmente aplicáveis), donde devem, isto sim, à assunção de princípios como elementos capazes de solucionar a questão da discricionariedade; e) Como o juiz deve construir uma teoria constitucional, a fim de tomar decisões coerentes (integridade e unidade), cotejando no seio da Constituição quais princípios são resguardados e quais possuem maior dimensão de peso e importância (fundamentalidade), tal proceder se dá *in concreto*, donde se levaria a crer não se possa definir princípio longe do *locus* do caso concreto e que tal demanda se faça necessária para compreender a lógica sistêmica proposta, contudo, Dworkin não é categórico a tal respeito¹¹⁶, como o é Alexy (entendendo haja impossibilidade cabal de se determinar a prevalência entre princípios *in abstracto*)¹¹⁷, sendo que Dworkin diz que isto se dá, em geral, na maioria dos casos, não vedando a possibilidade de definição do que seja princípio *in abstracto*, não vedando, pois, já que admite ser mesmo necessário existam princípios mais importantes que outros, haja um que assuma importância tal que possa (ou deva) prevalecer sobre os demais (qual se nos afigura ser o caso da Dignidade da Pessoa Humana), inda quando a análise se dê *in abstracto*, já que em conformidade às proposições de integridade e unidade, o conflito é aparente, bem como, o que se averigua no caso concreto é a aplicabilidade ou não de um dado princípio, seu afastamento se dando porque ele não era, de fato, aplicável ao caso, não porque houvesse aí real conflito.

Por derradeiro, cabe dizer que, do ponto de vista político, como Dworkin não admite diferenciação entre princípios jurídicos e não-jurídicos (morais, por exemplo), admite, por via de consequência, a desobediência civil, em contextos dados. Dworkin propõe existam direitos

¹¹⁶ É verdade que, **em geral**, não podemos demonstrar a autoridade ou o peso de um princípio particular, da mesma maneira que às vezes podemos demonstrar a validade de uma regra reportando-a a um ato do Congresso ou ao voto de um tribunal autorizado. [...] Não existe papel de tornassol para testar a consistência desse argumento – ele é matéria que depende de juízo e pessoas razoáveis podem discordar a respeito dela. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. p. 60.

¹¹⁷ “Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esses critérios não podem depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível.” DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.* p. 60.

morais contra o Estado, justificando a desobediência civil (em moldes de indubitável inspiração em Thoreau). A existência de tais direitos obsta a maioria de impor suas crenças morais a uma minoria. Para Dworkin, os direitos individuais assumiriam importância ímpar a ponto de não poderem ser ‘pesados’ em face das exigências da sociedade como um todo. Um direito só poderia ser “restringido” se verificado que na verdade não é afetado no caso concreto apreciado, resultando disso que o conflito seria meramente aparente (o que se dá com princípios); ou se demonstrado que o conflito se dá em face de um direito concorrente mais importante, donde o custo para a sociedade da realização do direito seria tão alto que justifique a supressão deste direito (o que se dá com as regras).¹¹⁸

Ponto a ponto, temos: 1.) Dworkin não distingue princípios jurídicos de princípios extra-jurídicos; 2.) distingue o plano descritivo (*in abstracto*) do plano da aplicação do Direito (*in concreto*) (vide nota 89), enfocando dois planos interpretativos diversos: o da fundamentação ou justificação da legislação e o da aplicação do Direito, acorde ao pensar de Habermas e Günther; 3.) para ele, ao contrário de Alexy, é possível uma resposta correta para o conflito de princípios, aquela que tem mais força de convicção, num contexto de integridade e unidade, sempre sob uma teoria que reconstrói o caso difícil, sob consideração, donde só persiste o conflito quando não se haja concluído à reconstrução do caso (noutros termos, o conflito seria aparente e não real); 4.) divide as normas jurídicas em regras e princípios, sendo que os princípios possuiriam aplicabilidade plena como alternativas viáveis (e inarredáveis) à utilização pelo juiz, o que torna desprezível, no contexto de sua teoria, a proposição da normatividade, de um lado confundindo o pertencimento ao jurídico como necessidade imperiosa de que seja norma, numa assimilação indevida da crítica kelseniana; de outro, valendo-se disto como argumento de convencimento para os contendores positivistas de sua teorização, contra os quais se opunha; 5.) divide princípios *stricto sensu* e diretrizes; 6.) o conflito entre as regras, é solucionado por critérios de subsunção, como: hierarquia, especialidade ou posterioridade. 6.) os princípios sempre terão prevalência sobre as regras no modelo de Dworkin; 7.) a prevalência sobre as regras pode possibilitar-lhes lancem exceções às próprias regras, culminando com a derrotabilidade¹¹⁹, no termos propostos por Bulgin (o que minudenciaremos em linhas adiante). 8.) é necessário que se diga também, e desde já, *integridade e unidade* guardam abissal distância da proposta de *sopesamento* (ponderação),

¹¹⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. pp. 153-171.

¹¹⁹ Cfr. ROVER, Aires José, et. al. *Conexões entre Direito e Moral sob um Ponto de Vista Lógico*. Revista Brasileira de Filosofia. Coord. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Ano. 58., Vol. 232, jan./jun. 2009. pp. 247-256 e BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho e Positivismo Jurídico*. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n.º 13 (Octubre 2000), pp. 87-117.

sendo abissal, também, a distância que separa *a resposta correta* e a *otimização*, sendo estes os pontos que passamos a abordar, enfocando a perspectiva de Alexy.

2.1.1 Entre a Resposta Correta e a Otimização: a Difícil Conciliação entre as Propostas de Dworkin e Alexy

Alexy adere à distinção entre regras e princípios, entendendo que toda norma ou bem é uma regra ou é um princípio¹²⁰, como forma de garantir a separação estrutural entre as categorias. A diferenciação entre regras e princípios, há muito antiga, recebera novas cores com a teoria de Dworkin. Neste contexto, Alexy adota a tese de que o critério para distinção entre regras e princípios não deva ser tão-somente o de grau, o de generalidade, mas também o de qualidade — muito embora sua concepção de qualidade não implique, como se poderia crer, numa distinção entre categorias diversas, já que, para ele, princípios e regras são espécies do gênero norma.¹²¹

Princípios seriam normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível (mandados de otimização), a medida de seu cumprimento devendo-se às possibilidades fáticas e jurídicas, sendo que a esfera do juridicamente possível ficaria restrita aos princípios e regras opostos. Princípios estariam sujeitos à colisão, ao passo que regras se sujeitariam ao conflito. Princípios, para Alexy, podem ser cumpridos em diferentes graus (dimensão de peso); as regras, por sua vez, atuam no âmbito de validade (dimensão de validade); ou se aplicam, ou não se aplicam; ou são válidas ou não o são, resolvendo-se pelas regras da subsunção (*lex posterior derogat priori*, *lex specialis derogat generali*). Há ainda (e nisto, mais uma vez, Alexy supõe inovar em relação à posição de Dworkin, olvidando aquele já tenha abordado a questão¹²², e o fazendo de maneira diversa de Alexy, que abre flancos a mais críticas, como veremos) a possibilidade de se estabelecer cláusulas de exceção às regras. Quando dois princípios estão em conflito, um deve ceder em relação ao outro, prevalecendo aquele de maior peso.¹²³ Diversamente de Dworkin, Alexy propõe se possa analisar a colisão ou o conflito de dois elementos isolados (colisão de princípios ou conflito de regras), donde — em virtude disso — não apõe solução adequada para o problema da discricionariedade¹²⁴,

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 87.

¹²¹ Idem. p. 86-89.

¹²² “Todas as exceções devem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. p. 40.

¹²³ Idem. p. 86-89.

¹²⁴ “[...] a pré-compreensão paradigmática do direito em geral só pode colocar limites à indeterminação do processo de decisão iniciado teoricamente e garantir uma medida suficiente de segurança jurídica, se for

senão mesmo admite-a e a aceita em certa medida. Para Alexy, o elemento discricionário no ato de julgar seria, portanto, inarredável. É o que se depreende de seu conceito de princípios como *mandados de otimização* — funcionando como cláusulas de abertura para o julgador ao decidir.

Para sua teoria da argumentação, as regras não produzem qualquer tipo de discricionariedade, pois continuam a operar a partir do modelo da subsunção. Já os princípios, devido ao seu largo espectro de aplicação, merecem outro tipo de procedimento metodológico-aplicativo. Isto porque, no mais das vezes, os princípios colidem no momento de sua aplicação. Para resolver este conflito, Alexy estrutura um método alternativo à subsunção (inadequada para os princípios), que é a ponderação. [...] Na teoria dworkiana, os princípios assumem exatamente um caráter anti-discricional e estão na base de sua concepção da *resposta correta*. [...] É preciso ter claro, contudo, que, no caso da questão do conceito de princípio — principalmente naquele seu terceiro significado — o que se coloca como ponto de estofo de todo o problema é certamente a questão da decisão judicial e da necessidade de se criar anteparos para a atividade do juiz, para que seja coibida ao máximo a chamada *discricionariedade judicial*. Isso, por si só, já é um argumento de democracia, pois a discricionariedade implica poderes normativo-regulatórios para o juiz, o que traz consigo toda questão envolvendo a legitimidade da judicatura. Uma vez que a questão envolvendo o conceito de princípio sempre aparece como uma tentativa de minorar os efeitos desta discricionariedade, não há como desconsiderarmos o contexto político-social no qual nosso objeto temático está imerso. Há, portanto, uma íntima relação entre *princípios* e *discricionariedade* [...]. (p.44-45)

Alexy propõe, a ponderação determinaria qual dos interesses, *abstratamente em mesmo nível*, prevalecerá, por ter maior peso, quando do confronto ante um caso concreto. A proposta de Alexy despreza, senão mesmo veda, a possibilidade de que se determine um interesse possa prevalecer sobre outro *in abstracto*.¹²⁵ Tendo em vista as circunstâncias concretas do caso, deve ser estabelecida uma relação de precedência condicionada, ou seja, um princípio que preceda a outro num determinado caso, pode vir a ceder ante o mesmo outro, num caso diverso (a depender das condições, portanto)¹²⁶, donde, para Alexy, não haveria um rol formal abstrato, porque, aduz Alexy, é impossível quantificar os casos

compartilhada intersubjetivamente por todos os parceiros de direito e expressar uma autocompreensão constitutiva para a identidade da comunidade jurídica.” HABERMAS, *A Inclusão do Outro*. p. 278.

¹²⁵ Idem. p. 90.

¹²⁶ “Alexy não indica critérios, segundo os quais fosse possível avaliar a adequação de um enunciado de preferência... O motivo pelo qual esse tipo de argumentação de adequação seria exigência da estrutura dos princípios continua nebuloso. Somente se ‘evidenciará’ que determinadas normas exigem argumentações de adequação em situações de aplicação.” GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 318. “Sucedee inexistir no sistema qualquer regra ou princípio a orientar o intérprete a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual o que deve ser desprezado. Isso somente se pode saber no contexto de cada caso, no âmbito do qual se verifique o conflito.” GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 198.

possíveis¹²⁷, como fosse esta a proposta de Dworkin e não a de que os juízes atuem tendendo a isto, afim de minorar os erros e equívocos no seio do sistema. As regras, já dissemos, se resolveriam pelo modelo do tudo-ou-nada, contudo, para Alexy, haveria possibilidade de introdução de uma cláusula de exceção — ocasião em que as regras perderiam seu caráter definitivo, assumindo caráter *prima facie* similar, mas não igual, ao dos princípios.¹²⁸ E a possibilidade de princípios introduzirem exceções às regras é justo uma crítica que Bulygin irá fazer à teorização de Alexy, como veremos. Assim, para Alexy, princípios são sempre razões *prima facie* e regras, a não ser que se introduzam cláusulas de exceção, são razões definitivas.¹²⁹

Além da dimensão de princípios e regras, Alexy opera o adendo de outro elemento, procedimental por excelência, qual seja: a razão prática; de modo que, assim o fazendo, aproxima-se, inda mais, das teorizações positivistas a que pretende criticar. Neste contexto, a argumentação jurídica seria um caso especial da argumentação prática (argumentação moral). Dela se valeria a fim de garantir um maior grau de racionalidade na aplicação do Direito. Princípios e regras seriam elementos passivos, cuja aplicação seria regulada pela razão prática, como elemento ativo.¹³⁰ A pretensão de correção e a de que o discurso jurídico seja caso especial do discurso prático (moral) geral, faz guindar princípios a uma dupla dimensão, ora jurídica, ora moral. Neste prisma, o Direito não possuiria autonomia, sempre sujeito à moral, subordinado mesmo a ela; e tampouco a colação de um terceiro elemento, como o é, a razão prática, em Alexy, serve para procedimentalizar a aplicação de princípio, como era seu intento, uma vez não explica, nem indica elementos sobre como o juiz deva decidir, senão abrindo larga margem à discricionariedade — o que o faz de forma mais elaborada, mas tal qual, e em nada diverso, de outras proposições que critica.

Em Alexy, as regras do discurso enfocam, tão-somente, a necessidade de que haja um *minimum* de racionalidade no discurso jurídico, não enfoca o resultado, mas o procedimento, alheia-se de preocupar-se com o resultado, exceto aquele que for sumamente injusto, como se um equívoco, erro ou injustiça menor não gerasse prejuízo a que a sociedade deva suportar em igual medida. Afora isto, alija do palco argumentativo aqueles a quem se destina a decisão, silenciando-os, como bem denuncia Habermas.¹³¹ Afora isto, afirma Alexy que, “quanto mais alto o grau de descumprimento ou de desprestígio de um princípio, tanto maior

¹²⁷ Idem. p. 92-93.

¹²⁸ Idem. p. 98.

¹²⁹ Idem. p.98-101.

¹³⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. 2ª ed., Barcelona: Gedisa, 1997, p. 173.

¹³¹ Cfr. HABERMAS, *A Inclusão do Outro*. p. 278 e segs.

deve ser a importância do cumprimento de outro”¹³² e o faz, uma vez mais, sem delimitar quem dite qual deva ser o critério para se auferir a importância ou quem guie tal procedimento — decerto que, ficando fora aqueles a quem se destina, relega, mais uma vez, em tal contexto, ao caráter discricionário do decidir.

Alexy faz ainda uma leitura equivocada da proposta de Dworkin, supondo este último tenha adotado o juiz Hércules como teoria (desejável) e não como metáfora, para secundar sua verdadeira e mais delineada proposta, supondo Dworkin exija, o que não exige, para que seja fundada a proposta da resposta correta.

Ora, dizer que princípios podem ser equiparados a valores, faz equiparar direitos a bens, que possam ser transacionados no contexto do proceder jurídico ou usados como moeda de troca no jogo democrático. Valores apontam para o que pode ser considerado melhor, enquanto normas apontam para o devido. E Alexy não precisa em que direção aponte este melhor valorativo a que as normas principiológicas se equiparariam: se o melhor individual, o melhor para as partes, o melhor sob a perspectiva do julgador, etc — permeando sua teorização de caráter vago. A diferença entre princípios e regras propostas por Alexy é uma diferença na estrutura morfológica e tampouco se consegue depreender disto seja uma diferença de qualidade entre as categorias.

Sem nos excedermos muito, antecipando-nos às críticas do capítulo seguinte, de trazermos à baila Alexy haver demonstrado que:

[...] é possível precisar o modelo de ponderação metodicamente, tornando-o uma lei de colisão e uma lei de ponderação que corresponda a esta lei de colisão. Não obstante, não foi possível, dessa forma, eliminar completamente o problema de critério. Além disso, ele pressupunha uma reinterpretação teleológica de princípios e reduziu o problema de fundamentação à fundamentação de decisões de preferência.¹³³

¹³² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. De Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 16.

¹³³ GÜNTHER, Klaus. *Op. Cit.* p. 332.

CAPÍTULO — III

FALSEANDO A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

“Dizer-nos que tudo é dotado de uma qualidade específica oculta através da qual agem e se produzem os efeitos manifestos, é nada dizer. Mas derivar dois ou três princípios gerais de movimento do fenômeno, e em seguida dizer-nos como as propriedades e ações de todas as coisas corpóreas decorrem destes princípios manifestos, seria um grande avanço.”

Isaac Newton
Optics

3.1 Críticas à Distinção entre Regras e Princípios:

3.1.1 Paradoxo da distinção entre regras e princípios: derrotabilidade e proposição da dimensão ontológica como solução

O professor argentino Eugênio Bulygin publicou inúmeros artigos em que apresenta respostas às críticas ao positivismo jurídico, em especial àquelas baseadas na distinção entre regras e princípios, proposta por Dworkin em sua famosa polêmica com Hart, e que veio a ser encampada pela sofisticada teoria de Robert Alexy, a despeito de que Alexy o faça de forma diversa a ponto de tornar as teorias inconciliáveis. Bulygin aduz que a distinção entre regras e princípios só seria uma genuína crítica ao positivismo se não se pressupusesse nenhum caráter moral ligado aos princípios, uma vez que a postulação desse caráter moral requeriria que a caracterização dos princípios seja tal que a sua diferença com as regras resulte qualitativa e não meramente de grau ou de peso. Ou seja, ou princípios e regras pertenceriam a planos diversos, distintos, ou — pertencendo ambos à dimensão deontológica — isto culminaria com a derrotabilidade de todo o Direito.¹³⁴ Assim, a proposição de que princípios pertençam à dimensão ontológica parece-nos inda mais acorde, sendo mesmo a solução para a questão.¹³⁵

¹³⁴ Cfr. BULYGIN, Eugenio. *Alexy's Thesis of the Necessary connection between Law and Morality*, *Ratio Juris*, vol. 13, N. 2, 2000, p. 133-137; ROVER, Aires José, *et. al. Op. Cit.* pp. 247-256 e BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho e Positivismo Jurídico*. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n.º 13 (Octubre 2000), pp. 87-117.

¹³⁵ Em defesa da dimensão ontológica da Dignidade da Pessoa Humana: MATTE, Luiza. *Considerações Acerca do Caráter Absoluto do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. *Direito & Justiça*, v. 28, ano XXV, 2003/2, pp. 147-153 e FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Sentido Ontológico do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Trabalhador*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região*, jan./dez. 2005, pp. 17-25. Discussão interessante em: BULYGIN, Eugenio. *Sobre el Status Ontologico de los Derecho Humano* *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 4 (1987), pp. 79-84; BULYGIN, Eugenio. *Sobre Observadores e Participantes*. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n.º 21, vol-I (1998), pp. 41-48; e BULYGIN, Eugenio. *El Papel de la Verdad em el Discurso Normativo*. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n.º 26 (2003), , pp. 79-85. NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e*

Senão vejamos: se a diferença entre regras e princípios consiste em que as regras são entendidas como normas concludentes [*all-or-nothing fashion*], enquanto os princípios se interpretam como normas não-concludentes [otimizáveis conforme as possibilidades e circunstâncias, segundo Alexy], nada obsta que os princípios possam introduzir exceções nas regras, disso resultaria que tampouco as regras sejam concludentes. Essa objeção parece levar à conclusão de que todas as normas jurídicas são derrotáveis em virtude de considerações de tipo valorativo, o que seria inaceitável, inclusive para os críticos e para os representantes e/ou defensores do neoconstitucionalismo (seja em que vertentes).¹³⁶

Alexy pressupõe se dê de forma simples a relação entre o campo moral e o jurídico, a valer-se de um argumento de correção, tentando ainda responder à pergunta lançada por Kelsen sobre a diferença entre as regras promanadas de um sistema jurídico e aquelas advindas de uma quadrilha de ladrões¹³⁷. A correção consistiria num equilíbrios entre necessidades, meios e justificações. Segundo o argumento de correção (justiça como correção), uma norma sumamente injusta seria também não-jurídica¹³⁸, resumindo nisto a aproximação entre Direito e Moral, uma pretensão de correção. O argumento de correção seria necessário para caracterizar um sistema como jurídico, residindo aí sua conexão necessária com a moral. E não bastaria a formulação da correção, demanda-se a pretensão de satisfazê-la: a correção seria um ideal a nortear o sistema (agir intentando atingir o máximo de acerto, ou o acerto em medida máxima). E haveria, segundo o argumento de correção, a crença de que se está agindo de forma correta, justa, devida, etc., eis que agir, descrendo no acerto do agir, implicaria numa contradição¹³⁹. Tal argumento, porém, não inibe possa o “legislador” do bando de salteadores creia (ou suponha) estar agindo com acuidade e acerto [dentro de sua própria concepção de acerto ou do contexto do bando de salteadores, do que o grupo creia seja acerto], afora ainda se possa agir fundado no engano quanto ao acerto para aqueles a quem se destina a disposição normativa.

Mas Bulygin vai além: contesta os argumentos de Alexy, mormente quando pressupõe duas formas de conexão entre Direito e Moral: uma conexão qualificadora e uma conexão

jurisprudência. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2009; SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*: uma análise do inciso III, do art. 1.º da Constituição Federal de 1988. São Paulo: CELSO BASTOS EDITOR – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1999; e NUNES, Rizzatto. *Manual de Filosofia do Direito*. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2009.

¹³⁶ Cfr. ROVER, Aires José, *et. al. Op. Cit. Loc. Cit.* e BAYÓN, Juan Carlos. *Op. Cit. Loc. Cit.*

¹³⁷ Cfr. ALEXY, Robert. *Justicia como Corrección*. Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 26 (2003), pp. 161-173.

¹³⁸ Cfr. também ALEXY, Robert. *Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal*. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín.

¹³⁹ Cfr. ROVER, Aires José, *et. al. Op. Cit. Loc. Cit.*

classificatória. Senão vejamos, Alexy classifica os sistemas entre jurídicos e não-jurídicos (diversamente da aceitação de ambos, como prevê a proposta holística de que lança mão Dworkin); contudo, afirma que aqueles sistemas que não possuam a pretensão de correção não são jurídicos, donde propõe haja uma *contradição performativa*. Bulygin argumenta que uma conexão qualificadora é falha, porque é falar de uma conexão contingente, fática, política e não de uma conexão necessária. Ora, se a conexão é contingente não é apta para definir algo, tampouco a relação entre Direito e Moral. A qualidade de uma mulher ser bonita ou feia não pode ser suficiente para definir uma mulher¹⁴⁰, como a qualidade de um sistema jurídico ser justo ou injusto não lhe priva da condição de jurídico — é o que defende Bulygin. Trata-se de qualidade accidental, falha, e não-necessária. O fato de satisfazerem, ou não, essa pretensão é contingente, não define o que o sistema seja. Não fosse tudo, parece fugaz a proposição de que a mera crença de se estar agindo (legislando ou julgando) com acerto, incorrendo num solipsismo frágil e perigoso. O relativismo da proposta de Alexy, acaba maculando e fragilizando seu próprio argumento, ante a necessidade de um parâmetro de maior solidez.¹⁴¹

Alexy exemplifica, que se ‘x’ é uma república soberana, federal e injusta, tal sistema é não-jurídico, porque patentemente injusto. Para Bulygin, o injusta, aí contido, não macula o sistema jurídico, senão sob um ponto de vista especificamente político, mas não jurídico; não haveria uma deficiência lógica, mas política¹⁴², o que só advoga contra Alexy, já que desprezou, no seio de sua teorização, a dimensão e a abordagem política feita por Dworkin com sua diferenciação entre *policies* e princípios.

3.1.2 A ideia de uma lógica deôntica e o alcance lógico da distinção entre norma e proposição normativa: o paradoxo de Jørgensen e a proposição do caráter ontológico de princípios como solução

Dworkin, por seu turno, propõe a diferença entre princípios e regras como uma diferença lógica (lógico-argumentativa e pragmático-semântica). Neste sentido, há que se considerar também o alcance lógico da distinção entre norma e proposição normativa, nos termos levantados pelo paradoxo de Jørgensen. Tomemos as seguintes premissas, para fins de explanar o paradoxo referido: (I) na linguagem natural usa-se, em contextos normativos, os

¹⁴⁰ Idem. Ibidem.

¹⁴¹ Para a postulação de sistemas jurídicos dissociados de sistemas morais, melhor palavra em Roberto J. Vernengo, *et al. Normative logics, Morality and Law*. In: *Expert System in Law*. Antonio Anselmo Martino Editor., Elsevier, Sc. Pv. 1992. pp. 345-365.

¹⁴² Cfr. ROVER, Aires José, *et. al. Op. Cit. Loc. Cit.*

termos lógicos típicos tais como “não”, “e”, “ou”, “se-então”, “se, e somente se”, “para todo”, “existe ao menos um”, etc. (caracterizando a chamada lógica modal), da mesma maneira que na linguagem descritiva (ou ao menos de uma maneira similar), o que sugere a ideia de considera-los como conectivos proposicionais. Ademais, faz-se inferências nas quais as normas figuram como premissas e conclusões e tais inferências têm todo o aspecto de ser logicamente válidas. Portanto, haveria uma lógica de normas subjacente à linguagem natural. (II) na tradição lógica, desde Aristóteles até nossos dias, as relações lógicas de implicação (consequências lógicas) e contradição foram definidas em termos de “verdade”, tal qual os conectivos proposicionais. Em consequência, somente expressões verdadeiras ou falsas poderiam ser objeto do estudo da lógica. (III) as normas carecem de valores de verdade, atendo-se, tão-só, à perspectiva do obrigacional, proibitivo ou permissivo. (IV) não há relações lógicas entre normas e, por conseguinte, não há uma lógica das normas, nega-se, pois, a lógica deôntica.¹⁴³

Ora, se somente expressões verdadeiras ou falsas poderiam ser objeto do estudo da lógica e se as normas carecem de valores de verdade, atendo-se, tão-só, à perspectiva do obrigacional, proibitivo ou permissivo, logo não há relações lógicas entre normas e, por conseguinte, não há uma lógica das normas, nega-se, pois, a lógica deôntica (deontológica).

Vejamos, a tese (IV), a qual se infere de (II) e (III), contradiz a tese (I), que pode ser considerada como expressão de uma intuição pré-analítica (dispensável ou inverídica, pois). Se se quer evitar a tese (IV), deve-se abandonar a tese (II) ou a tese (III). Se, ao contrário, aceita-se a tese (IV), deve-se desenvolver uma teoria substituta capaz de recuperar a lógica de normas para que se dê conta, integralmente, do fato expressado em (I). Ao invés de propor uma teorização nova no tocante a princípios, advogamos, exato, se deva abandonar a proposição de que princípios sejam normas, aderindo à perspectiva ontológica, já que, embora se firmem com lineamentos lógicos (o que o próprio Jørgensen admite¹⁴⁴), inexistiria uma lógica normativa capaz de dar conta do problema.

Assim, tomada verdadeira a premissa levantada por Jørgensen, uma vez mais a adequação da proposta de Dworkin demandaria desprezar a normatividade de princípios, em prol da aplicabilidade (aceitação como juízos autônomos de decisão) que já o faz, e tão-somente. Ora, a dimensão ontológica opera em conformidade ao ‘necessário’¹⁴⁵, como bem

¹⁴³ Sobre lógica deôntica: COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: FORENSE, 1981. pp. 65-142; ROSS, Alf. *Lógica de las Normas*. Trd. Jose S. P. Hierro. Madrid: Tecnos, 1971, *passim*.

¹⁴⁴ Cfr. Jørgensen J. *Imperatives and Logic* Erkenntnis, n.º 7, pp. 288-296.

¹⁴⁵ O que nos remete à dimensão de peso e importância de Dworkin.

concluiu — tardiamente — Kelsen, ao pressupor para sua N.H.F [*grundnorm*] a condição de algo necessário para que o argumento seja válido (e para a própria existência do Ordenamento), como algo que se encontra no início da escala da perquirição de por qual norma objetivamente válida é sustida a validade do sistema como um todo (princípio, portanto). Segue, pois, a inferência de uma lógica modal, enquanto extensão da lógica elementar. Ontologia pressupõe, assim, a adoção do operador modal (alético) de necessidade, ao passo que uma lógica deôntica deve buscar ideias relativas a obrigações, proibições e permissões, o que não se aplicaria a princípios, quando não impõem um *dever ser* [“é permitido que...”; “é obrigatório que...”; “é proibido que...”], mas um *ser* [“é necessário que...”; ou, em melhor termo “é...”]. Há um abismo entre o que seja obrigatório e o que seja verdadeiro, de modo que não há aí um condicionante de verdade. Noutros termos, a lógica deôntica pressupõe o seu descumprimento, ou seja, ser-obrigatório não quer dizer, por si só, ser cumprido (ou verdadeiro).¹⁴⁶

3.1.3 A inutilidade da diferenciação entre princípios e regras em Joseph Raz

Não poucos autores propõem não haver diferença significativa ou útil (no contexto da compreensão do Direito) entre regras e princípios. Joseph Raz é um dos teóricos que expõe a inutilidade da distinção entre regras e princípios¹⁴⁷. Conforme a óptica defendida, o que interessa observar é se servem como guias de conduta (razões para a ação). Porém, há nesse pensamento alguns problemas, que derivam de algumas contradições que estão na base do pensamento do autor. Como um bom seguidor da tradição analítica, tem suas bases jusfilosóficas em Hart e epistemológicas nas teorias modernas da ciência. Segundo Raz, uma norma pode expressar uma razão valiosa (natureza moral) para sua obediência, mas não precisa, na sua configuração, do valor de suas considerações para ser tomada como razão. Isto quer dizer que a validade/justificação moral da norma é contingente, depende do conteúdo ou

¹⁴⁶ Sobre plausibilidade de uma lógica normativa e o dilema de Jørgensen: STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. 2005. Tese (Doutoramento em Filosofia) Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia. Brasil. 191 f. (2005).

¹⁴⁷ Ver: RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1975 e RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 1980 e RAZ, Joseph. *La Autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*. Trad Tamayo y Salmorán, Rolando. 2ª ed. México: UNAM, 1985.

da natureza do regime que a criou. A justificação moral depende sempre de um contexto específico¹⁴⁸.

A propósito, da distinção entre regras e princípios, o que conta, numa concepção raziana, é a tese das fontes, dito de modo simplificado, a força das regras, normas, princípios ou qualquer outro nome que se possa dar, reside no fato de pertencer a um sistema normativo institucionalizado, desprezando considerações de ordem moral, porque redundantes, quando as razões para ação se fiam em fazer o que provém de um sistema normativo (ou da autoridade). Neste sentido, um indivíduo ajustaria melhor a sua conduta ao conjunto de razões que efetivamente tem para agir, quando faz o que autoridade lhe ordena, em vez de seguir o seu próprio juízo acerca das razões aplicáveis ao caso, segundo a linha de raciocínio de Raz.

Neste contexto, a concepção raziana não nega alguma conexão necessária entre o Direito e a Moral, mas, sim, propondo a ideia de que as normas são considerações positivas cuja existência e conteúdo podem ser determinados sem o recurso a argumentos morais. Por exemplo, perante uma ordem judicial, ninguém precisa buscar a justificativa moral para entender (e cumprir) suas determinações. Como se vê, o entendimento de Raz é útil para o “núcleo duro”, mas valerá para a zona gris (os chamados ‘casos difíceis’)? Facilmente se demonstra que não. Dizer que se age de melhor maneira simplesmente seguindo o que a autoridade ordena é fácil, quando há uma estrutura normativa definida, o que não se dá no caso dos princípios.

Retornando ao tema proposto (regras x princípios), quais seriam as razões (peso e importância) que levariam ao seguimento de um em detrimento do outro: hierarquia fictícia (*in abstracto*) entre princípios? Conteúdo moral? Imposição legislativa? A proposição de *integridade* e *unidade* (nos moldes de Dworkin)? Sim, quando se constata que o trabalho hercúleo a ser exigido possa não ser concretizado em inteireza, ou seja, não se espera do juiz seja o juiz Hércules (aquele que fará todo o escalonamento, quando da assunção de um caso concreto), espera-se dele a disposição de agir conforme isto, o que não consiste num fazer, mas num integrar, num permitir que os atores do discurso tomem palco e em igualdade de condições (sem pretensões de completude, certamente, mas de ideal), o que — por si — só, é o que entende Dworkin, minora os erros, equívocos e, por que não dizer, injustiças (ou seus efeitos) no bojo do sistema, sobretudo porque só faz sentido com a ilação de consenso e convencimento.

¹⁴⁸ Cfr. RAZ, Joseph, *Reasoning with rules*, in: Current Legal Problems, Oxford: Oxford University Press, vol. 54, ano 2001

3.1.4 Habermas e a distinção entre dimensão axiológica e deontológica

Habermas, por seu turno, diferencia o plano axiológico do plano deontológico, ou seja, em sua tese ele propõe um princípio universal ‘U’ (princípio de universalização); este princípio seria um princípio moral, não-procedural, diferenciando ‘o que é preferível’ (axiologia) ‘do que é devido’ (deontologia), em moldes algo distantes daqueles elencados por Jørgensen ou pela análise já feita em termos da lógica modal, demonstrando ser afeita à ontologia (o universal há de ser também necessário, são características justapostas, complementares e não excludentes, tampouco passíveis de verificação isoladamente). Neste contexto, Habermas propõe, tal qual Dworkin também o faz, a possibilidade de universalização das normas de ação, aptas a transcender contextos culturais específicos, tornando-se, em decorrência mesmo disto, válidas para todos os destinatários, eis que, além de igualmente participantes do processo de se auferir a “resposta correta”, esta pugna pelo consenso — perspectiva que é ignorada por Alexy (seja no tocante à universalização (ou pretensão de universalização) do *decisum*, seja na atuação dos atores e do papel da história na obtenção da resposta correta (abrindo margem à discricionariedade)¹⁴⁹.

Como vimos, as relações de preferência se dão em relação a valores (ilações axiológicas), já as relações que primam pelo devido (ou indevido) se atrelam a deveres (ilações deontológicas). Tal diferenciação não é encontrada nas obras Alexy¹⁵⁰ (que procede ao trato de princípios como se de valores se tratasse¹⁵¹, não havendo diferença sensível no bojo de sua teorização entre princípios e o que pertença ao plano axiológico¹⁵²), o que faz com que as críticas tenham fundamento. Ora, dizer que princípios plasman valores é sobremaneira diverso de dizer que de princípios se podem extrair valores — a relação de prevalência parece invertida. Tanto Habermas quanto Dworkin advogam a impossibilidade de equiparação entre

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola. 2004. pp. 290-291.

¹⁵⁰ Ver: ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 138 e segs.

¹⁵¹ “Quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não se estão referindo à mesma coisa. Enquanto normas eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, eles formam, na configuração com outros valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre validade e facticidade*. Vol. I. pp. 317-118.

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 357.

princípios e valores, feita por Alexy, bem como entendem a diferenciação entre princípios e regras se dê pelo prisma lógico-argumentativo.¹⁵³

Ademais, princípios não poderiam regular os problemas de sua própria aplicação¹⁵⁴ para isso, pode-se dizer, precisariam das regras (se se toma como parâmetro a vedação à discricionariedade em sentido forte). Tanto a resposta afirmativa como a negativa provocariam o mesmo efeito da proposição feita por Bulygin, a culminar com a derrotabilidade do Direito, pondo igualmente em xeque a proposta de Alexy, em face do paradoxo levantado. Se as regras estipulariam o procedimento aplicativo de princípios e, pela lógica lançada, princípios possuem dimensão de peso e importância a sobressair sobre as regras, haveria aí uma contradição. Uma disposição contida em princípio pode prevalecer sobre uma regra, o contrário sendo vedado, observando-se que isto se dá no contexto dos ‘hard cases’, donde nos ‘easy cases’ deva haver, ainda que não-absoluta, uma prevalência das regras¹⁵⁵. Em tal medida não se pode aceitar uma regra tenha o condão estipular a aplicação de princípios. Eis o que Alexy propõe, entendendo que a racionalidade de um discurso prático demanda a satisfação de condições expressas por procedimentos, determinados pelas regras do discurso.¹⁵⁶ Alexy, como os positivistas criticados por Dworkin, enfoca a “abertura”, o elemento procedimental, não solucionando a questão da discricionariedade, tampouco enfocando o resultado das decisões.¹⁵⁷

¹⁵³ “Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. Vol. I. pp. 321-322.

¹⁵⁴ Quem decide que princípio deva ser aplicado, qual tenha mais peso ou qual deva ser otimizado em detrimento de outro que deva ceder espaço?

¹⁵⁵ “[...] La exigencia de tomar en serio las determinaciones establecidas por las disposiciones de derecho fundamental, es decir, el texto de la Constitución, es una parte del postulado de la sujeción a la Constitución. Es solo una parte de este postulado, entre otras cosas, porque tanto las reglas estatuidas por las disposiciones constitucionales como los principios estatuidos por ellas son normas constitucionales. Esto conduce a la cuestión de la relación de jerarquía entre ambos niveles. [...] La respuesta puede sólo rezar que, desde el punto de vista de la sujeción a la Constitución, existe una prioridad del nivel de la regla. [...] Ciertamente, también el nivel de los principios es el resultado de un acto de positivización, es decir, de una decisión. Pero, una decisión a nivel de principios que pueden entrar en colisión deja muchas cosas sin decidir, pues, un haz de principios tolera determinaciones muy diferentes de relaciones concretase-preferencia; es reglas totalmente diferentes. Así, pues, en la medida en que se adoptan determinaciones a nivel de las reglas, se decide más que a través de la decisión por principios. [...] Pero, la sujeción a la Constitución significa la sujeción a todas las decisiones del legislador constitucional. Por lo tanto, las determinaciones adoptadas a nivel de las reglas preceden a las determinaciones alternativas que, tomando sólo en cuenta los principios, son igualmente posibles.” ALEXY, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. p. 134.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. 2ª ed., México: Fontamara, 1998, p. 32.

¹⁵⁷ “Autores como Grunwald, Hassemer, Wolter ou Amelung, vêm pondo em evidência que a doutrina da ponderação, com o sentido e alcance sumariamente assinalados, para além de colidir com princípios balisares da organização e funcionamento do Estado de direito, só seria possível em nome duma compreensão do direito extremamente orientado para as consequências e, por isso, indiferente à legitimação material e à margem de todo o lastro ético-axiológico.” ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições da Prova em Processo Penal*.

Inobstante isto, Alexy propõe o discurso jurídico seja um caso especial do discurso moral (geral), propondo o discurso se comporte de maneira a haver diferenciação entre um e outro no contexto do discurso prático, o que também é objeto de crítica por Habermas.

3.2 Minudenciando as Premissas e Opções Metodológicas da Abordagem:

Ora, somente agora, após todo o delineamento traçado em linhas supra quanto ao neoconstitucionalismo e pós-positivismo, no contexto das teorizações que lhes são predominantes hodiernamente, é que podemos abarcar a tarefa, com adequação mínima, de minudenciar as premissas da presente análise, já lançadas desde nossos prolegômenos, mas sem os contornos que lhe dêem o colorido devido a que ora lançamos.

Vejamos, então, ponto-a-ponto, as seguintes ilações até então delineadas, a secundarem as perguntas-norteadoras [perguntas-guia], e que se sustêm como pontos-falhos mais evidentes do neoconstitucionalismo (naquilo em que as diversas facetas em seu bojo adotam de comum), diversas, porém, daquelas já explicitadas pelos críticos em linhas acima:

1.º - Dizer que princípio é norma não necessariamente lhe dá força, aplicabilidade, cogência, uma vez existirem normas em sentido estrito (regras) que, a despeito de tal condição, ‘não vingam’, não possuem força, não se aplicam, não têm efetividade, tampouco eficácia. Se o problema do constitucionalismo tradicional (Velha Hermenêutica) era tratar princípios como meras instâncias interpretativas e supletivas de lacunas, a mera mudança conceitual, a rotulação de princípio como espécie do gênero norma não constitui, por si só, solução viável para o problema em questão, inda quando se permita ladear das teorias elaboradas como as já explicitadas. Não fosse tudo, existe sensível abismo entre força aplicativa (aplicabilidade como fundamentos autônomos de decisão) e força normativa; não sendo condição natural das normas dotarem-se de força por si só, uma vez que, caso assim fosse, não haveria normas sem aplicabilidade, sem cogência, normas “que não vinguem”, o que sabemos é patentemente inverídico; 2.º - não bastasse a etimologia do termo remetendo-nos a início, começo, base, fundamento, alicerce e causa, princípio advém de *arkhé* / *arché*, significando aquele elemento com posição de primazia; assim sendo, tomar princípio como espécie do gênero norma é alocá-lo em patamar secundário (obviamente, após norma), inda que o termo se remeta sempre à primariedade, o que constitui, e não somente do ponto de

Coimbra: Coimbra, 1992. p. 34. *apud.* SILVA, Bruno César Gonçalves da. *Do Aproveitamento da Prova Obtida Por Meio Ilícito: a tese da ponderação versus senso de adequabilidade normativa*. Disponível em: <http://www.brunocesaradvocacia.com.br/do_aproveitamento_da_prova_obtida_por_meio_ilicito.pdf> Acesso em: 11.06.2011.

vista sintático (no tocante a etimologia e relações entre símbolo e ideia), senão mesmo semântico, uma visível contradição¹⁵⁸; 3.º - Diz-se do cerne da proposta neoconstitucionalista encontrar-se focado numa abordagem pragmática. Ora, dizendo-se pragmatistas operacionalizaram, tão-somente, uma mudança em âmbito teórico, eis que o mero transpor, o mero rotular de princípio como norma, não altera sua condição, nem demove coisa qualquer do ponto de vista prático; 4.º - Dizendo-se pós-positivistas, sendo a leitura óbvia que se faz do prefixo ‘pós’ como uma ruptura, uma superação [no presente caso, uma ruptura, uma superação do positivismo], assimilaram o cerne da crítica kelseniana (positivista por excelência), de que só pertença ao mundo jurídico aquilo que seja norma (daí o cambiar de princípios ao gênero normativo), donde se firma nada haver aí de ruptura, senão de mera mudança, de adequação (do mesmo positivismo) em moldes diversos do positivismo convencional — e nisto, entendemos, o neoconstitucionalismo, secundado pelo pós-positivismo, traduzir-se-ia numa nova (renovada e mais elaborada) faceta da proposta positivista (e não de uma ruptura), como melhor explicitaremos em tópico adiante; 5.º - quando se fala devidamente de mutação jurídica, fala-se de um processo natural, social, espontâneo, fruto da evolução das sociedades; neste contexto, a proposta de cambiar princípio como espécie do gênero norma é processo um artificial [neste sentido, vide nota 153], e, portanto, não se enquadra no quadro daquilo que se convencionou chamar mutação constitucional, a despeito mesmo das construções do Tribunal Constitucional Alemão (mesmo porque, em todo diversas da proposta dos teóricos). 6.º - por último, temos que, se o problema da chamada Velha Hermenêutica era a esfera de discricionariedade aberta, quando da supressão de lacunas (e o consequente uso de princípios apenas em tais casos, não constituindo fundamentos autônomos de decisão), tanto mais se nos afigura — vimos — ser a discricionariedade aberta pela proposta nova.

Pois bem, destas ilações embrionárias, erigiu-se os seguintes questionamentos:

a) Quais as consequências teóricas e práticas da redução de princípios à condição de espécie do gênero norma? **b)** A tendência doutrinária (pós-positivista) à normatização dos princípios no Direito e a relativização dela decorrente atende a que interesses? De ordem científica ou pragmática? Seja em qual das assertivas for, ela cumpre seu papel? **c)** O guindar de princípios

¹⁵⁸ Tal proposição consiste, exato, no objeto da abordagem do capítulo seguinte, quando da perquirição (*in abstracto*) da natureza de princípios e da comparação entre a abordagem jurídica e o trato ofertado em outras ciências e saberes mais.

ao campo normativo é elemento eficaz e suficiente para, por si só, garantir uma maior aplicabilidade (efetividade, força, cogência) dos mesmos? Ou, a contrário senso, concorre contra ela? Em caso afirmativo, em qual medida? E que consequências gera para a proteção à Segurança Jurídica? Noutros termos, que consequências gera para a discricionariedade e a indeterminação no Direito? **d)** Em sendo Ciência, ainda que numa visão primária ou mesmo simplista, *um sistema de conhecimentos (conjunto de teorizações sobre objeto próprio fulcradas em método específico) ordenado e enfeixado segundo princípios*, pode a normatização-relativização dos princípios de Direito comprometer o enquadramento do Direito, como um todo, dentro desse rol a que se convencionou denominar Ciência? **e)** Podem princípios, no sentido a que se pressupõe afeito o termo, como alicerces, fundamentos de validade, razões fundantes, núcleos mínimos e essenciais, bases dos sistemas (de conhecimento), aquilo que os fulcra e os ordena, serem relativizados, sem o ônus de que isso culmine com a destruição (diluição ou mutação) do próprio sistema, vindo a tornar-se outro, diverso do que era anteriormente? Tal processo de mutação é necessariamente natural, no sentido de espontâneo, ou pode ser conduzido por alterações artificiais e teórico-doutrinárias? **f)** Acaso princípios pertenceriam ao plano axiológico (juízos de valor), estando sujeitos, pois, à ponderação (sopesamento, balanceamento, resiliência, relativização), ou consubstanciam categoria pertencente ao plano ôntico (juízos de constatação), tratando-se de descobertas (históricas que sejam) e não de criações, moldáveis ao sabor dos jogos de interesses que movem aquilo que é atinente ao humano? **g)** Existe sinonímia possível entre *positivar* e *criar* no que se refere a princípios de Direito? **h)** Qual a validade do esforço reducionista para adequação do Direito a um paradigma científico moderno (ou pós-moderno)? **i)** Dizer que o pós-positivismo trouxe (recambiou) princípios ao campo do Direito, julgando — e só então — se tenha passado a tratá-los como Direito (ao preconizar sua normatividade-normatização, querendo, em verdade, conferir-lhes maior efetividade, eficácia, cogência, aplicabilidade, etc) não seria o mesmo que dizer que ao Direito só cabe o que é normativo (normado ou normatizado), alijando, sub-repticiamente, de seu bojo os aspectos social, valorativo, moral, etc., enquanto não-sujeitos à conformação da estrutura (moldura) de norma? Aliás, não seria isto o mesmo que dizer só tenha aplicabilidade aquilo que seja norma? — como se leis de sobejo (em sentido estrito) não houvesse desprovidas de aplicabilidade, a despeito de estritamente normativas. Não seria isto, ainda, o mesmo que abraçar, sob outra conformação (nova e mais bem elaborada) o reducionismo positivista, assimilando, ainda que tacitamente, o estigma de que só seria afeito ao Direito aquilo que assumia a compleição (ainda que formal)

de norma? — (como não houvessem princípios não-positivados, não-normados, implícitos aos Sistemas que constituem os Ordenamentos Positivos). **j)** No contexto dado, a que área do conhecimento a Dignidade da Pessoa Humana encontra-se afeita (ou mais afeita)? Pode-se dizê-la (ou adjetivá-la) estritamente “do Direito”? Acaso se pode afirmar, com pretensões fundamentadas, que se encontra em plano supranormativo, ou mesmo não-jurídico, a existir, independente do que disponham os Ordenamentos em contrário, por legítimos e/ou legais que sejam, ou que se digam, tendo sido, por eles, a mais das vezes, tão-somente positivada e reconhecida, mas nunca criada? **k)** Os Princípios Fundamentais do Estado (Social e Democrático) de Direito, dentre os quais figura a Dignidade da Pessoa Humana, sempre tidos como sustentáculos, alicerces, razões fundantes, elementos legitimadores e garantidores de validade do Sistema Jurídico como um todo, e valores máximos defendidos pelo Ordenamento, podem ser relativizados, sofrendo qualquer tipo de supressão, sem que isso culmine fatalmente com a destruição (diluição, dispersão de seus componentes ou mutação) do sistema referido, por nada lhe restar que o caracterize tal qual era antes? **l)** Quais as principais consequências históricas observáveis e as prováveis consequências porvindouras de uma relativização da Dignidade da Pessoa Humana e de sua eventual supressão ante outro princípio qualquer que tenha pretensões de sobre ela prevalecer? **m)** Acaso é possível haja princípio ante o qual, no contexto do Estado (Social e Democrático) de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana recrudesça e ceda, sobretudo em face do Ordenamento Jurídico brasileiro, que a prevê no rol dos princípios fundamentais, como fundamento mesmo da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado de Direito? Em tais termos, a Dignidade da Pessoa Humana não se constituiria num princípio absoluto, não sujeito ao teorema da colisão (ponderação), e fazendo frente a tudo o que pressupõe a teorização normativista, auto-alcunhada pós-positivista? A relativização de algo que, pela própria etimologia e conceito, constitui fundamento, alicerce, base, núcleo mínimo irradiante e elemento organizador do sistema, sua causa primeira e essência, não culminaria com a derrocada do sistema como um todo, por nada lhe restar — mínima parcela que seja — com pretensões de imutabilidade, universalidade e pendor absoluto? — Esta última consubstanciando mesmo o problema específico a ser perquirido.

A presente proposta mesma reside antes na denúncia das fragilidades da sustentação de que princípios sejam relativos ou relativizáveis, ou de que possamos convenientemente chamar princípios aquilo que esteja sujeito à ponderação e, portanto, ao conflito (senão aparente, como propõe Dworkin), e à relativização; ou, ainda, em última

análise, criticamos dizerem não haja porção de princípio, inda que diminuta, não sujeita às regras do jogo [democrático], imodificáveis, pois; que no simples erigir de argumento no sentido absolutório e sem mais — ainda que o façamos num prisma amplo [macro] e, em termos dados, num contexto determinado (qual seja, o do Estado Democrático de Direito¹⁵⁹), e tão-só no tocante específico à Dignidade da Pessoa Humana, ainda assim, restringindo-se a seu núcleo. Pois bem, não se quer, pois, na crítica ora tecida propor novas bases sistêmicas, erigir toda uma nova teorização que se sobreponha àquela ante a qual se evidencia as claras falhas e os pontos fracos mais explícitos, a despeito dos louros que lhe são inegáveis. É mesmo o cerne de todo o ora proposto trazer à baila algumas fragilidades havidas na compreensão de princípios do saber jurídico hodierno, sobretudo na roupagem que lhe deram o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, fragilidades estas para as quais, até então, não se tem atentado; ou que pelo menos — percebemos — não foram convenientemente observadas. Ao menos neste sentido, a análise ora procedida se pode dizer desconstrutivista e esta uma pesquisa, por assim dizer, exploratória — evidenciando e *pondo na berlinda* problemas que se afiguram não-tão-evidentes na teorização dita pós-positivista, minudenciando e evidenciando os referidos problemas antes de querer arvorar-se capaz de solucioná-los. E, por razões já dadas, somente julgamos producente minudenciar problema, perguntas-guia e bases metodológicas então.

É neste contexto que adotamos, como opção metodológica, a fenomenologia-hermenêutica. Neste sentido, Kant, em seu *Crítica da Razão Pura*¹⁶⁰, propõe existam juízos analíticos, no seio dos quais o predicado está contido no sujeito, sendo mesmo desnecessária sua menção, constituindo, pois, os juízos analíticos noções a que ele chamou *a priori*, como as ideias de *ponto* e *infinito*, a que não se demanda explicação à compreensão e que todos, embora nenhum dado da experiência tenha sido necessário para explicitar, delas fazem geral noção. Ora, em a natureza não há exemplo de algo infinito ou de algo pontual, mas nutrimos tais noções, porque evidentes. E dizer: círculo é uma figura geométrica em que todos os pontos distam uma mesma medida (raio) do centro ou que quadrado é uma figura com quatro lados iguais e quatro ângulos de 90° é igualmente desnecessário, uma vez que, para se pensar círculo e quadrado, tais noções estão subjacentes (muito embora não exista um círculo ou um

¹⁵⁹ “O Estado Democrático de Direito somente pode ser legitimado e sustentado quando promove a assunção e subsequente permanência das garantias constitucionais de uma ordem jurídica estabelecida. *Mutatis, mutandis*, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais devem pautar o escopo de toda uma sociedade democrática.” DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. *Op. Cit.* p. 297.

¹⁶⁰ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 3ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2009, *passim*.

quadrado na natureza, constituindo noção puramente eidética). Pois bem, além dos juízos analíticos, Kant propôs houvesse juízos sintéticos, em cujo contexto o predicado encontra-se “fora” do sujeito, ou seja, para se chegar ao predicado, dependemos de um dado da experiência, de um dado empírico. Ora, para que eu saiba que a tela é azul, é preciso que eu a veja antes, daí juízos sintéticos *a posteriori*. Contudo, Kant nos aporta a um tipo outro de juízo sintético, o juízo sintético *a priori*, referindo-se àqueles em que, embora o predicado esteja contido no sujeito, sendo *a priori* — inerente ao sujeito, portanto — demanda-se um dado empírico, um dado da experiência, para que o divisemos a contento¹⁶¹. Eis o contexto em que Heidegger irá elaborar o método fenomenológico-hermenêutico¹⁶², ao qual presentemente adotamos, para a perquirição dos juízos sintéticos *a priori*. Assim, as grandes guerras mundiais é que levaram os legisladores a ‘*solenemente reconhecer*’, para usar expressão cunhada pelo saudoso prof. Miguel Reale, todo e qualquer ente humano, em toda e qualquer época, fosse dotado de direitos tais, quais os que se infere como corolários e decorrências da Dignidade da Pessoa Humana. ‘Necessário’, pois, o horror da guerra (enquanto experiência), para que percebêssemos imanente e inerente o irrefragável Direito [*a priori*]: todos os homens são iguais, sem distinção de credo, sexo, raça, cor, etnia, opção política, religiosa, filosófica, etc. De observarmos, não se diz que *devam ser* (dimensão deontológica), mas que *são* (dimensão ontológica).

E pomos em dúvida, exatamente, se o dogma do relativismo é que conduz a uma maior salvaguarda e proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais, dos Direitos Humanos por excelência, todos plasmados no Ordenamento Jurídico sob conformação principiológica, com enfoque centrado na Dignidade da Pessoa Humana, por se constituir como síntese intelectual dos mesmos. Mediatemente, questionamos a validação do modelo de sistematização do saber (Ciência) modernamente (ou pós-modernamente, se se preferir) adotado pelo Homem, ou ao menos a construção Ocidental de até então. Intentamos averiguar a veracidade, ou não, de que princípios possam estar sujeitos a alguma sorte de relativização (ponderação, balanceamento, etc), se a categoria admite tal proposição, e — mais apropriadamente — se há falar-se em princípios relativos, enquanto alicerces, fundamentos,

¹⁶¹ “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado **preexistente a toda experiência especulativa**, tal como a própria **pessoa** humana.” SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*. Revista de Direito Administrativo. v. 212. abr./jun. 1998. p. 84-94. *apud*. DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. *Op. Cit.*. p. 292. [destaque nosso].

¹⁶² Cfr. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit. passim*.

elementos legitimadores, e garantidores de ordem e unidade dos sistemas¹⁶³, *in casu*, mais especificamente, o sistema jurídico. Fulcramos toda a proposta, mais específica e percucientemente, na averiguação (e proposição, enquanto hipótese) de que a Dignidade da Pessoa Humana apresente pretensões de universalidade e caráter absolutório no contexto do Estado de Direito, por tratar-se precisamente de uma descoberta (histórica que seja) e não de uma invenção jurídica.

A Dignidade da Pessoa Humana parece assumir esse papel aglutinador, como ponto de convergência adequado para a presente perquirição, como elemento que, a despeito das construções teóricas hodiernas, mais apresenta características destoantes daquilo que a lógica neoconstitucionalista / pós-positivista propõe.

E é preciso ter em mente, uma nova proposta paradigmática não tenha o condão de verdade ou possa substituir integralmente a anterior, senão devendo mesmo a ela (como a antítese deve à tese). O modo como a chamada pós-modernidade (o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo) se assenhorearam da temática principiológica, toma ares de verdade incontestes, como se os sistemas, paradigmas, “transparências” não tenham condão outro senão o de conferir uma perspectiva, uma visão e não tomar ares de verdade, como parece ser o caso. É neste sentido que expomos, então, uma visão que, a despeito de parecer anacrônica, guarda seus louros e méritos (sobretudo na evidência dos inegáveis pontos falhos da teorização nova).

Neste contexto, quando se pensa princípio [em gênero], dever-se-ia pensá-lo [ao menos *ab initio*] nas bases históricas que nos foram conferidas até então, para, e só posteriormente, ponderar acerca das redescritções e redefinições feitas por teorias e proposições de que ordens forem e provindas de quaisquer áreas do conhecimento, a fim de averiguar sejam plausíveis, lógicas, melhores, aceitáveis ou não. E, invariavelmente, quando se pensa princípio o que vem à mente são as ideias de começo, base, fundamento, alicerce, aquilo que se toma primeiro [*primu capere*]. Pois bem, se plausível a metáfora proposta por um Reale, não há de se ver alicerces digladiando entre si, tampouco há de se pôr “aquilo que deve vir primeiro” em posição secundária (espécie do gênero norma). Inobstante sejam estes apenas dois dos seis pontos de questionamento acima levantados, isto já se mostra suficiente a tornar a presente empresa válida ou, quando pouco, justificável. Afinal, perscrutar o que seja princípio [o que foi e o que se tornou], para depois questionar dignidade, dignidade humana e

¹⁶³ É o que se depreende do quadro de referências conceitual e etimológico, como melhor exposto está em nossa referência de base.

princípio da Dignidade da Pessoa Humana parece-nos o escalonamento melhor diante da proposta ora lançada.

A exata questão que impera saber é a se haja, em âmbito jurídico, alicerce em tais moldes e se a Dignidade da Pessoa Humana, em melhor palavra, o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, se encaixaria na proposta ora levantada, como elemento de cunho ontológico (não axiológico, como leva a crer Alexy), nem deontológico (como propõem Dworkin e Habermas).

Longe da perspectiva de mutação constitucional (que é espontânea), existe uma tendência doutrinária à normatização e consequente relativização dos princípios no Direito e isto vai de encontro ao pendor de caráter universal e absoluto da Dignidade da Pessoa Humana no contexto do Estado que se pretenda de Direito.

E a presente análise traz por hipótese, exato, tendo como fulcro explanação lógica e contextual-histórica, somente seja princípio aquilo que, parcela mínima que seja, sobreviva à mudança (*devir*), e que mantenha a identidade sistêmica (unidade mínima mantenedora do padrão organizacional, e não meramente da estrutura, de tal ou qual secção do saber, *in casu*: de tal ou qual sistema, e mais apropriadamente do Direito), a fim de que o mesmo não deixe de ser o que é passando a ser outro, por não conservar nada do que já fora outrora — se é que possa haver uma mudança categórica nestes termos, afora as que, no caso de um dado Ordenamento Jurídico, se dão por via revolucionária (mas que culminam fatalmente com a sua extinção e o surgimento de um novo).

Eis que, só então, com base nas conclusões advindas dos corolários supra-expostos e daqueles a serem lançados (acerca da natureza de princípios) no capítulo adiante, é que podemos perquirir a plausibilidade de reais conflitos entre princípios propriamente ditos, ante a propugnação doutrinária de sua relativização (ponderação, balanceamento, etc, decorrentes da proposta normativista) e as culminâncias disto para a cientificidade do Direito, sobretudo do Direito Constitucional, enquanto repositório maior (expresso ou tácito, implícita ou explicitamente) dos princípios do Sistema de Direito como um todo. E assim o fazemos, contrapondo à tendência doutrinária à normatização dos princípios de Direito — e à relativização daí decorrente — o pendor de cunho absoluto e universal de ideias catalogadas dentre aquelas que abraçamos como princípios de Direito, sobretudo os Princípios Fundamentais do Estado (Constitucional) Social e Democrático de Direito, com enfoque especificamente centrado na Dignidade da Pessoa Humana, a qual, entendemos — se se pretende erigir como princípio, no sentido estrito do termo — esteja apropriadamente alocada

no plano ontológico e não axiológico, tampouco deôntico, e que consubstancia mesmo o horizonte finalístico e o elemento legitimador da própria Ordenação Político-Jurídica do ente humano, substrato mínimo intangível do Direito e do Estado de Direito, se pretende sustentar-se como tal, bem como se almeja trazer apostos a si, e adequadamente, os adjetivos de Democrático e Social.

Não se trata de erigir explicação com presunção absoluta para o trato de tudo aquilo que, no Direito, rotulamos por princípio. Trata-se, sim, de, com a averiguação da existência de princípios absolutos, depor a Jurisprudência de valores da condição de explicação com pretensões absolutas, a querer acercar-se de todo e qualquer caso factível ou virtualmente vislumbrado quanto ao trato de princípios — propondo a dignidade humana campeie no sentido de aglutinar a necessária exceção. Ora, não propomos, tão-somente, que existam princípios absolutos, e que a Dignidade da Pessoa Humana figure entre tais. Defendemos haja princípios mais afeitos a consubstanciar categorias absolutas e universais, pertencentes ao plano ontológico, conhecimentos *a priori* de um dado ramo do saber, seus fundamentos, alicerces e pressupostos, e que, em tais termos, qualquer outra categoria do pensamento que se ache afeita a relativização é que mereça outra denominação, que não a de princípio — e não o contrário, como defende Robert Alexy¹⁶⁴, querendo, é o que parece *prima facie*, muito mais salvaguardar o teorema da colisão que ele próprio erigiu, que averiguar a real da condição da Dignidade da Pessoa Humana no contexto do Estado de Direito.

Neste mesmo afã, Alexy chega a afirmar poder haver, em algum caso não factível e meramente vislumbrado, supressão à Dignidade pela necessidade de se manter a ordem democrática e a existência do Estado¹⁶⁵, desconsiderando, como já se expôs aqui e de sobejo, esteja ela como fundamento mesmo e alicerce do próprio jogo democrático e do Estado de Direito, para depois, admitir, ainda que timidamente, o caráter preponderante da Dignidade da Pessoa Humana sobre todo e qualquer princípio¹⁶⁶, o que sustem, de já, com alguma razão fundada, as hipóteses lançadas.

¹⁶⁴ “En el caso de los principios absolutos, se trata de principios sumamente fuertes, es decir, de principios que, em ningún caso, pueden ser desplazados por otros. Si existen principios absolutos, hay que modificar la definición del concepto de principio, pues el hecho que exista un principio que, en caso de colisión, tiene que preceder a todos los otros principios, es decir, también que aquél que dice que las reglas estatuidas tienen que ser obedecidas, significa que su realización no conoce límites jurídicos. Sólo siguen existiendo límites fácticos. El teorema da colisión no es aplicable.” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1993. p. 106.

¹⁶⁵ Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1993. p. 107.

¹⁶⁶ (...) “existe una serie de condiciones bajo de las cuales el principio de la dignidade de la persona, con un alto grado de certeza precede a todos los demás principios.” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1993. p. 109.

CAPÍTULO — IV

PERSPECTIVA SISTÊMICA E PRINCÍPIOS COMO JUÍZOS DE CONSTATAÇÃO (DESCOBERTAS) PERTENCENTES AO PLANO ONTOLÓGICO

*“Omnia mutantur, nihil interit”**

Aforismo Romano

*(Tudo muda, nada por inteiro)

“É, contudo, necessário haver, além do princípio da mudança, um pormenor (detáil) do que muda, que produza, por assim dizer, a especificação e variedade [...] Este pormenor (detáil) deve envolver uma multiplicidade na unidade ou no simples porque, realizando-se toda mudança natural gradativamente, sempre alguma coisa muda e outra permanece.”

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm.

Os Princípios da Filosofia ditos a Monadologia. p. 108.

“Uma das ironias da ciência é que os pesquisadores em todos os campos parecem gostar de decidir quem de suas fileiras está transpondo os limites aceitáveis da invenção em busca do conhecimento científico — quem é culpado de inventar algo que pertença mais ao domínio da pseudociência ou mesmo da religião. Como o falecido filósofo Herbert Marcuse observou uma vez, a ciência não é isenta de juízos de valor, e embora desenvolver ‘teorias de panqueca’ para explicar a origem das galáxias e dividir em trilionésimos de trilionésimo de segundo da criação do universo possam ser aceitáveis, certas reflexões sobre outros assuntos não o são.”

John Brockman

*Einstein, Gertrude Stein, Wittgenstein e Frankenstein:
reinventando o universo.*

4.1 Considerações iniciais:

Desde Aristóteles, considerado o Pai da Ciência, tem se perpetuado a noção de que não há ciência sem pretensões de universalidade¹⁶⁷. Universalidade implica em apriorismo; e conhecimento “a priori” é aquele que não pode ser suficientemente fundamentado pela experiência¹⁶⁸, tratando-se de um saber primeiro (princípio) do qual não se pode tecer consideração anterior, uma disposição sem pressupostos anteriores, ou sem pressupostos passíveis de que os conheçamos com as condições da técnica e da ciência disponíveis até

¹⁶⁷ “A ciência é universal e procede por conexões necessárias, e o necessário não pode ser de outra maneira”. ARISTÓTELES, *Segundos Analíticos* I, 4, 73a21-23. Cfr., também, 33, 88b31-2 Cfr. ainda: Aristóteles: Vida e Obra. Coleção: *Os Pensadores*. p. 17.

¹⁶⁸ Cfr. MESQUITA FILHO, Alberto. *A Ciência e seus Princípios*. Disponível em: <<http://www.ecientificocultural.com/ECC2/FilCien/cap01.htm>> Acesso em: 10 de junho de 2006.

então. O professor e físico, Alberto Mesquita Filho, fulcrado no pensamento de Kant, com fundadas raízes na antiguidade clássica, afirma que “os princípios fundamentais da ciência são universais.”¹⁶⁹ E fundamental significa, exatamente, aquilo que é básico, essencial, necessário, o ponto de partida de uma ciência, seu alicerce, seu início, seu começo, aquilo que nela é aceito *a priori*, simplesmente reconhecido como tal, por não se poder dele tecer consideração que lhe seja anterior, algo que é descoberto, meramente reconhecido e não-criado. Ora, fosse doutro modo, a Ciência se dedicaria a teorizar sobre bolhas de sabão, que, inobstante sejam deveras belas, logo se desfariam em sua própria fugacidade.

“A ideia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma *necessidade ativa*, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, *fazendo-a assim e não de outro modo*.”¹⁷⁰ Já vimos que o modal lógico de ‘necessidade’ é afeito a proposições do plano ontológico. E é do cerne do idealismo transcendental kantiano que ciência seja conhecimento universal e necessário¹⁷¹, sendo suas raízes, seus princípios, seus fundamentos, seus alicerces, conhecimentos *a priori*, portanto. Algo em matéria científica é eminentemente descoberta e não criação humana¹⁷². E para além do campo criativo de suas teorias, dos sistemas, dos modelos e talvez até dos paradigmas¹⁷³, que ora se sucedem uns aos outros, há algo em matéria científica que tende a se perpetuar, algo que persiste ante os furacões de mudanças, sob pena de o sistema (científico que seja, ou que se diga) se torne outro — e que morra, portanto. Ora, a ideia primária de que já lançamos sobre princípios em nossos prolegômenos seria a de que constituiriam, exatamente, fundamento, causa, alicerce e base; o acima exposto já bastando para sustentar, de antemão, o caráter absoluto de princípios, como proposição necessária, fundamental e *a priori* de um dado sistema¹⁷⁴. Lançaremos, porém alicerce mais fundado quanto a isto.

¹⁶⁹ MESQUITA FILHO, Alberto. *Eletromagnetismo e Relatividade*. (htm) in: A Equação do Elétron e o Eletromagnetismo. Editora Ateniense: São Paulo. 1993.

¹⁷⁰ LASSALE, Ferdinand. *Op. Cit.* p. 10 [destaques originais].

¹⁷¹ Cfr. PORTA, Mário Ariel Gonzales. *Uma Aula sobre Kant*. in: Integração, São Paulo, v. XIX, 1999. p. 245-251

¹⁷² “Os princípios existem ainda que não se exprimam ou não se reflitam em textos de lei. Mas a jurisprudência se limita a *declará-los*; ela não os cria. O enunciado de um princípio não escrito é a manifestação do *espírito* de uma legislação.” J. Boulanger. *Principes généraux du Droit et Droit Positif*. In: *Le Droit Privé Français au Milieu du XXe, Siècle, Études Offertes à Georges Ripert*, t –I, p. 66 e 67 *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 268.

¹⁷³ Thomas S. Kuhn define paradigmas como: “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” In: *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Perspectiva. 2003. p. 13.

¹⁷⁴ “[...] princípio pode ser definido como aquilo, ideia *apriori* ou algo existente no mundo físico e ou construção conceitual abstraída da experiência relativa ao mundo, que é tomado como ponto de partida e base sobre que se estrutura um conhecimento teórico e ou sobre que se estrutura um conhecimento pragmático regulador de ações racionalmente voltadas para fins. Sob todos os aspectos aqui contemplados, princípio denota uma relação de

Os sistemas, as teorias, os modelos e até mesmo os paradigmas se comportam, a mais das vezes, como “transparências”, cujas divisões e campos ajudam a melhor visualizar os dados caóticos do real¹⁷⁵. Ora, tanto melhor o quadro fornecido pela “transparência”, melhor é também a visão que oferece dos dados analisados, daquilo que constitua “a realidade”, sem que, porém, os dados em si tenham sido engendrados pela visão fornecida pelo sistema ou paradigma, eis que já presentes no quadro das coisas (social, natural, empírico, ou qualquer outro).

Fulcrados num pensamento que encontra assento desde os chamados Filósofos Pré-socráticos, passando por Kant, até mesmo Einstein¹⁷⁶, nossa hipótese é exatamente esta: a de que princípios, ou hão de tender a serem absolutos e universais (ao menos de aplicação em irrestrita em toda a fronteira do sistema de que se acerca), e convenientemente alocados no ápice do sistema (ou em sua base, se assim preferirmos; a mera semântica não alterará sua importância no quadro ora fornecido), não podendo ser alijados, sob pena de derrocada do sistema como um todo (sua unidade e organização). Ou, em contrapartida, se tomarmos princípios (qual se fez em âmbito do Direito) como espécies do gênero norma (relativizando-os, pois), deixa de fazer sentido, não só a própria etimologia da palavra usada para se referir a estes pressupostos jurídicos, eis que nada poderia haver de anterior àquilo que se presume ser princípio (começo, início), sendo exato o mote da diferenciação mesma que se faz entre princípios e regras, o que implicaria, ainda, na possibilidade de conflito aberto e irrestrito entre as disposições de uma mesma categoria (sobretudo aquilo que constitui o fundamento, a base, o alicerce e a causa), bem como, em última análise (conforme a concepção adotada de ciência pelo paradigma dominante — a chamada ciência normal¹⁷⁷), culminando com a deposição do Direito do quadro daquilo que possamos chamar rigorosamente de Ciência, seja lá em que acepção for.

Pergunta-se ainda o leitor desavisado — por que, então, falar em Principiologia Constitucional numa abordagem de cunho quase que eminentemente jusfilosófico? Ora, é de

procedência ou de derivação entre elementos de uma totalidade ou sistema e é apresentado em uma formulação linguística bem-estruturada sintática, semântica e pragmaticamente.” MARÇAL, Antonio Cota. *Princípio – Estatuto, Função e Usos no Direito*. In: Constituição, Direito e Processo – Princípios Constitucionais do Processo. Curitiba: Juruá, 2007, p. 35.

¹⁷⁵ Cfr. COSTA, Newton Carneiro Affonso da. *O Conhecimento Científico*. São Paulo: Discurso Editorial. 1997, *passim*.

¹⁷⁶ Ver: NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – doutrina e jurisprudência*. *passim*.

¹⁷⁷ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Perspectiva. 2003, *passim*.

sabença geral que a Constituição consubstancia o cerne de um Sistema Jurídico-Positivo¹⁷⁸, e, portanto, o arcabouço maior (expresso ou implícito) dos chamados princípios de Direito, o que, de *per si*, fornece justificativa ao entendimento quanto à necessidade de se bem definir uma Principiologia Constitucional e não qualquer outra¹⁷⁹. Ademais, se se quer dar crédito, é este também o entendimento do eminente filósofo do Direito, Ronald Dworkin, segundo o qual, em todo o sistema de ideias que é o Direito, o Direito Constitucional, e sobretudo ele, é descoberta e não invenção¹⁸⁰.

Não se espera — tampouco constitui a pretensão — de um sistema, paradigma, modelo (enquanto transparência, moldura, visão) que traduza o real com exatidão, que seja “o real”, mas, sim, que se aproxime dele tanto quanto. Eis a razão precípua para que todos os sistemas interpretativos propostos quanto ao trato de princípios apresentem falhas, imprecisões, erros e brechas argumentativas, se assim nos podemos expressar — eis que eles não foram erigidos com pretensões de perfeição, para abraçarem todos os casos e possibilidades criativas da realidade, para serem perfeitos, para traduzirem o real (real sócio-jurídico) com exatidão incontestada, mas advieram, tão-somente, para traduzirem uma visão, a perspectiva de um dado autor sobre certo tema, os mais argutos erigindo verdadeiros sistemas acerca de dado problema ou objeto. Todavia, o que vemos é visão majoritária arvorar-se poder traduzir o modo como deva ser ofertado o trato de princípios no Direito, sobretudo quando o faz “blindada” a críticas. O erro consiste em dogmatizar essa visão da realidade, tomá-la por perfeita, não-sujeita a falhas; o equívoco está em fazer cambiar o orgulho pessoal daquele que pesquisa ao campo do saber com que se labuta, postura esta mesmo avessa à cientificidade, intentando seja perfeito o sistema, a teoria ou o saber erigido, como não-sujeito

¹⁷⁸ “Constituição não é uma lei como as outras, é uma *lei fundamental da nação*.” LASSALE, Ferdinand. *Op. Cit.* p. 8.

¹⁷⁹ “Quando se afirma que Filosofia é a ciência dos primeiros princípios, o que se quer dizer é que a Filosofia pretende elaborar uma redução conceitual progressiva, até atingir juízos com os quais se possa legitimar uma série de outros juízos integrados em um sistema de compreensão total. Assim, o sentido de *universalidade* revela-se inseparável da Filosofia (...) A pesquisa das razões últimas das coisas e dos primeiros princípios implica a possibilidade de soluções diversas e de teorias contrastantes, sem que isto signifique o desconhecimento de verdades universais que se imponham ao espírito com a força irrefragável da evidência. (...) Eis aí uma noção geral do que entendemos por Filosofia, como estudo das condições últimas, dos primeiros princípios que governam a realidade natural e o mundo moral, ou *compreensão crítico-sistemática do universo e da vida*. (...) A Filosofia busca, por conseguinte, atingir respostas de valor universal, não redutíveis a contingências de espaço e de tempo, porque relativas à essência mesma dos problemas. É isto que distingue, de certa forma, o saber científico do saber filosófico, o que não significa, é claro, que a Filosofia se desenvolva com abstração dos dados da experiência, que ela, ao contrário, necessariamente envolve e compreende: — a busca de *universalidade* não exclui, mas antes exige, a consciência da perfectibilidade ou da natureza inacabada e sempre provisória de todas as formas de conhecimento, filosófico ou científico.” REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, pp. 7, 8, 12 e 66. Cfr. também: MARTINS, José Salgado. *Preparação à Filosofia*. Porto Alegre: Editora Globo S.A., 1969. pp. 10, 11 e 12.

¹⁸⁰ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, *passim*.

ou não apresentando falhas. Karl Popper, já pisamos e repisamos, preleciona que todo saber que se erige como unânime, não se sujeitando à contradita, ou não-contestado convenientemente (não falseado, não-refutado, nas expressões de Popper), tema pacificado e sedimentado, não oferecendo espaço para dúvidas, tende a se caracterizar como dogma e nunca como ciência¹⁸¹. A possibilidade de que se teça considerações em contrário a uma dada teoria, sistema ou saber constitui mesmo condicionante de sua sustentação científica. Uma vez averiguada a inexistência de afirmação contrária a dado saber, sistema ou teoria, ou sua não-refutação, sua aposição majoritária e com pretensões de unanimidade, uma tal propugnação (científica que se diga) consubstanciaria — já o dissemos — mero dogmatismo, e jamais ciência. Tal argumento, mais que qualquer outro, torna já a presente empresa plena de justificativas.

Como vemos, o tema ora abordado é sobremaneira amplo e as conjecturas aqui levantadas primam, antes de tudo, apenas por fomentar a discussão, eis que apostamos, logo *ab initio*, tratar-se apenas de análise sem pretensões de construção de um sistema teórico substitutivo àqueles que critica, sem que isto obste a proposição de soluções evidentemente, a dizer claramente com isso o nosso intento, qual seja: o de que não nos arvoramos a querer erigir aqui uma explicação unívoca, última e inconteste, mas a aclarar os lineamentos gerais, a fim de que possamos, quiçá um dia, atingir contornos de uma aproximação da verdade sobre o tema. E, se há uma virtude e um mérito que possamos conferir a esta análise, seria o de que ela se presta (guardadas as devidas proporções) como instrumental apto a despertar o leitor a pensar e refletir de modo mais livre dos entraves sectaristas erigidos pela ciência dominante acerca do tema ora proposto.

Já explicitamos centrarmo-nos, sobretudo, na propugnação (posta e corrente) de que os princípios no Direito seriam espécies do gênero norma, bem como nas consequências de tal proposição para a cientificidade do Direito; em melhor palavra, as consequências epistemológicas da normatização e relativização daquilo que convencionalmente se chamou princípios jurídicos, para (e só então) podermos elaborar ilações possíveis sobre a Dignidade da Pessoa Humana em específico.

Doravante, centraremos toda a análise sob o fio condutor: *ciência — sistema — princípio*, donde fica claro partirmos, pois, quase que predominantemente, do mais amplo aspecto ao mais específico, num critério marcadamente dedutivo, na esteira — ao menos neste

¹⁸¹ POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. 2º vol. (Trad. Milton Amado). Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1971. p. 455.

tocante (e já o dissemos) — do pensamento de Gustav Radbruch¹⁸². A boa-lógica e o método mandariam encetarmos esta perquirição por uma tentativa prévia de conceituação e/ou definição dos termos chave já citados. Mas restaria, como sempre resta em tentativas apressadas do tipo, como que um vácuo, a ausência do caminho percorrido até o esforço conceitual e/ou a apreensão definitiva expostas. Os conceitos e definições previamente apresentados não viriam de corolários lógicos, eis que (como veremos) o mero apostar de rótulos sobre os objetos analisados bem pouco diz sobre os mesmos.¹⁸³

Bem assim, principiamos por uma explanação lógica e contextual-histórica, pontilhando toda uma trilha de raciocínios “percorrida pela humanidade”, que vai desde uma analogia-simbólica do primeiro contato do Homem com a Natureza (ou pelo menos da primeira percepção que o próprio ente racional teve desse contato) até as posturas calcadas numa percepção mais holística de mundo, a fim de galgarmos a pretensão aqui almejada: delinear os contornos de um fundamento principiológico (e científico) para o Direito, fulcrando esse proceder, em grande parte, numa visão sistêmica, não só do Mundo Natural (*physis*), mas também do Cultural, Humano e Social (*nomos*). E, a despeito de que se possa achar esta incursão, — e não sem razão — pouco jurídica, esse ensaio prévio cumpre um papel essencial numa análise que se pretende avessa ao paradigma assente de Ciência, uma vez intentamos estabelecer comparação entre a apreensão de princípio que se faz no Direito e aquela proposta por outros saberes.

E pode parecer ainda, ao observador apressado, uma impropriedade focarmos de forma tão central a Ciência numa reflexão que pretende desanuviar tema de enfoque eminentemente jus-filosófico e Constitucional. A razão é bem simples: a Ciência, como veremos, constitui exatamente o modelo adotado pelo homem hodierno para tentar explicar a Realidade e as Leis que regem o Mundo Natural, ou seja, é o sistema convencionalmente adotado pelo Homem para explicar a Natureza e o que o Homem entende por Real (realidade). E tem imperado em matéria científica a ilusão de que haja separação absoluta e possível entre o que é humano e o que é natural. Assim, é a tendência descortinada pelo paradigma científico emergente (holístico), não haver como falarmos em saberes humanos, sem falarmos nos ditos conhecimentos naturais, tampouco haveria como abordar a Natureza

¹⁸² Para Radbruch, o pensamento de caráter indutivo (rumando do particular ao geral) não conviria, ou conviria menos ao Direito que o pensamento de caráter dedutivo (do geral ao particular). Cfr. RADBRUCH, Gustav. *Op. Cit.* pp. 86 a 93.

¹⁸³ “As definições buscadas pelo conhecimento científico não devem ser simples esclarecimentos sobre o significado das palavras, mas sim enunciar a constituição essencial dos seres.” In: Aristóteles: Vida e Obra. Coleção: *Os Pensadores*. p. 19.

sem falar no modo como a vemos (a Ciência), até mesmo porque, por vezes, chegamos a confundir a imagem que temos dela (o espelho, a “transparência” que os modelos e sistemas científicos nos fornecem e consubstanciam), com o que ela efetivamente é, tomando uma coisa por outra. E por que, então, não falarmos em fundamentos filosóficos e, sim, principiologicos? Ora, nada mais busca a Filosofia que os fundamentos últimos e os princípios primeiros¹⁸⁴. Cause talvez mais estranheza ainda, como já mencionamos, abordarmos ideias das chamadas ciências naturais e exatas numa pesquisa de âmbito estritamente social e humano. É que comungamos das propostas do professor Boaventura de Sousa Santos e as tomamos como pressupostos do presente percurso analítico. Segundo o citado autor, “começa a deixar de fazer sentido a distinção entre ciências naturais e ciências sociais; (...) as ciências sociais terão de recusar todas as formas de positivismo lógico ou empírico ou de mecanicismo materialista ou idealista com a consequente revalorização do que se convencionou chamar humanidades ou estudos humanísticos.”¹⁸⁵

Por fim, de repetirmos que julgamos conveniente, após havermos focado mais centralmente a Principiologia Constitucional em capítulo anterior, expormos — e só então — desde as mudanças paradigmáticas, as mudanças nas formas de a Ciência ver a Realidade e a Natureza, entendendo-se esta última enquanto repositório maior dos objetos sobre os quais se debruça a Ciência, bem como o modo como essas mudanças afetariam a concepção que o Homem tem da Natureza, de si próprio, e do que seriam conhecimentos humano e natural. Nossa pretensão mediata seria demonstrar logicamente haver algo que resista à mudança, algo que se perpetue, como categoria do entendimento que garanta a manutenção do que dado sistema seja, sob pena de que ele venha a — em mudando plenamente — deixar de ser o que é (de ter a conformação que efetivamente tem), para ser outro (adotando nova conformação,

¹⁸⁴ “Quando se afirma que Filosofia é a ciência dos primeiros princípios, o que se quer dizer é que a Filosofia pretende elaborar uma redução conceitual progressiva, até atingir juízos com os quais se possa legitimar uma série de outros juízos integrados em um sistema de compreensão total. Assim, o sentido de *universalidade* revela-se inseparável da Filosofia (...) A pesquisa das razões últimas das coisas e dos primeiros princípios implica a possibilidade de soluções diversas e de teorias contrastantes, sem que isto signifique o desconhecimento de verdades universais que se imponham ao espírito com a força irrefragável da evidência. (...) Eis aí uma noção geral do que entendemos por Filosofia, como estudo das condições últimas, dos primeiros princípios que governam a realidade natural e o mundo moral, ou *compreensão crítico-sistemática do universo e da vida*. (...) A Filosofia busca, por conseguinte, atingir respostas de valor universal, não redutíveis a contingências de espaço e de tempo, porque relativas à essência mesma dos problemas. É isto que distingue, de certa forma, o saber científico do saber filosófico, o que não significa, é claro, que a Filosofia se desenvolva com abstração dos dados da experiência, que ela, ao contrário, necessariamente envolve e compreende: — a busca de *universalidade* não exclui, mas antes exige, a consciência da perfectibilidade ou da natureza inacabada e sempre provisória de todas as formas de conhecimento, filosófico ou científico.” REALE, Miguel. *Op. Cit.*, pp. 7, 8, 12 e 66. *Cfr.* também: MARTINS, José Salgado. *Op. Cit.*, pp. 10, 11 e 12.

¹⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. Coleção: Histórias e Ideias / 1 N°. de edição: 280. 12ª edição. Porto: Edições AFRONTAMENTO. 2001. pp. 09 e 10.

tornado-se, então, um novo sistema). Entendemos seja isso, esse juízo de constatação, essa descoberta, esse elemento caracterizador mesmo da própria essência estruturadora do sistema, ou melhor de seu padrão organizacional (categoria pertencente ao plano ontológico, não mais deontológico [como quer Habermas], tampouco axiológico [como ignora propor Alexy]), aquilo que historicamente entendemos por princípio¹⁸⁶. Tal raciocínio garantiria a solidez de nossa pretensão imediata: encontrar um fundamento de validade (existência), um fulcro lógico-racional para cientificidade do Direito, independente do móvel que atualmente faz os homens erigirem suas leis, partindo da hipótese prévia seja isso — e se fundamento basilar a que nos referimos — aquilo que, muitas vezes inapropriadamente, chamamos princípio.

4.2 Perspectiva Sistêmica:

Deixamos de lado — e não sem razão, dissemos *ab initio* — como que um vácuo argumentativo em nossa linha de raciocínio, sob pena de macularmos o encadeamento das ilações já feitas. Falamos que o Direito seria um subsistema Social, sem explicitarmos, senão ideia rudimentar e tácita, o que seria um sistema ou mesmo um subsistema. Falamos, em linhas gerais, sobre desagregação de sistemas, sem ao menos desanuviar o que viria a ser sistema, seguindo, porém, o esquema metodológico ora proposto, no sentido de partir dos aspectos mais amplos, vagos e meramente caracterizadores dos termos apresentados até atingirmos os mais específicos e percutientes, donde, então, apresentamos uma tentativa definitiva. E uma visão holística (de todo, total) de mundo pressupõe quase que naturalmente a noção de sistema, que lhe é basilar. “A palavra sistema nos remete a inúmeros conceitos em princípio bastante distintos: o sistema solar (sistema físico), o sistema nervoso (sistema biológico), o sistema computacional (sistema eletrônico), entre outros.”¹⁸⁷

¹⁸⁶ Entendemos, com fulcro em Aristóteles (ao abordar a mudança natural, falando em gênero próximo e diferença específica, como critérios definatório e/ou conceitual) e em Leibniz (ao discorrer sobre a Monadologia), que todas as coisas em a Natureza, todos os sistemas (inclusive os sociais, como é o caso do Direito) possuam um elemento caracterizador de mudança e um outro de permanência; este elemento caracterizador de permanência, mantenedor do padrão organizacional (e não somente da estrutura) — sustentamos — seja exatamente um princípio. Senão vejamos: “é contudo necessário haver, além do princípio da mudança, um *pormenor* (detal) *do que muda*, que produza, por assim dizer, a especificação e variedade (...) Este pormenor (*detal*) deve envolver uma multiplicidade na unidade ou no simples porque, **realizando-se toda mudança natural gradativamente, sempre alguma coisa muda e outra permanece.**” [grifo nosso]. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Os Princípios da Filosofia ditos a Monadologia*. Tradução: Marilena de Sousa Chauí. São Paulo: Abril S.A. Cultural. 1979. p. 108.

¹⁸⁷ VIANNA, Túlio Lima. *Da Ditadura dos Sistemas Sociais: uma crítica à concepção de Direito como sistema autopoietico*. Revista Crítica Jurídica, n.º 22, p. 67-78, jul./dez. 2003.

Um sistema é um conjunto (ou grupo) de elementos organizados, inter-relacionados ou interdependentes que forma um complexo ou todo unitário (coordenado) e diferente e (de certa forma) destacado do exterior que o cerca (ambiente).¹⁸⁸

Os elementos são os componentes do sistema e, ao contrário do que *a priori* poder-se-ia supor, não caracterizam o sistema. (...) O que caracteriza um sistema estelar não são o número de planetas, o tamanho dos corpos celestes, sua composição química ou mesmo sua temperatura. (...) O que caracteriza um sistema é sua organização. (...) A organização é a relação entre os elementos do sistema que permite ao observador isolar o sistema de seu ambiente. (...) Assim, a força de gravidade faz com que todos os corpos celestes de um sistema estelar girem em torno de um centro comum (no caso do sistema solar, o Sol). A organização de um sistema estelar é, pois, de inúmeros corpos celestes girando em torno de uma estrela. (...) Se, por hipótese, ocorre alguma alteração nesta **organização** (a gravidade deixa de existir, *verbi gratia*) o sistema deixa de existir ou torna-se um novo sistema com natureza absolutamente diversa do anterior.¹⁸⁹ [destaque nosso].

Não seriam, pois, as partes que caracterizam um sistema, mas aquilo que o mantém unido, aquilo que garante que dado sistema mantenha seu padrão organizacional, aquilo que faz com que seja um sistema, algo diverso da multidão dos elementos dispersos no ambiente (estrutura), muito embora possa ter composição exatamente idêntica à do próprio ‘exterior’, porém, numa conformação organizada. Quando o homem se percebeu diverso da Natureza, foi que notou haver fronteira entre si e ela, foi que teve noção (ainda que muito rudimentar) de ser, ele próprio, um (sub)sistema — diverso, pois, do ambiente em derredor. “Etimologicamente, ‘ambiente’ vem do latim *entis*, que significa rodear, envolver. É o meio em que vivemos.”¹⁹⁰ Algo muito similar à noção de *entorno*, no obscuro pensamento de Niklas Luhmann (1997). O ambiente (a natureza) seria, de fato, o mais amplo sistema com o qual interagimos, seja a nível coletivo ou individual; a ideia de ambiente tem mais a ver com um supra-sistema cósmico no qual nos inserimos¹⁹¹ que com uma criação cultural e terminológica humana, afeita a atender nossos interesses e necessidades, como pretensamente erigida para a satisfação humana (antropocentrismo).

Podemos perceber, ainda, haver algo de imutável em todo e qualquer sistema que se perpetua, sob pena de o próprio sistema deixar de ser o que é, passando a ser outro; algo se mantém, algo que o define e caracteriza, algo que constitui o cerne do que ele é (sua essência, por assim dizer). E, como vimos, o que se observa, *prima facie*, é que o que há de imutável

¹⁸⁸ Cfr. SACCONI, Luís Antônio. *Minidicionário Sacconi da Língua Portuguesa*. p. 613.

¹⁸⁹ VIANNA, Túlio Lima. *Op. Cit. Loc. Cit.*

¹⁹⁰ LINS, Charles de Andrade. *Direito Constitucional do Meio Ambiente*. Disponível em: <<http://www.faroljuridico.com.br/art-direitomeioambiente.htm>>. Acesso em: 29 de Agosto de 2006.

¹⁹¹ Cfr. LUHMANN, Niklas. *A Nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut./ICBA, 1997. *passim*.

não são os elementos, mas o padrão organizacional. No caso do sistema solar, por exemplo, seria a lei ou princípio da gravitação universal que garantiria a unidade sistêmica, muito embora suas partes componentes possam ser alteradas sem que isso afete o sistema, enquanto unidade organizacional, eis que tal lei permanece.¹⁹²

Aquilo que não participa da estrutura organizacional do sistema, aquilo que não constitui parte dele, tudo o que não é mantido por seu princípio organizador, estando, pois, fora do sistema, é denominado ambiente. Em verdade, podemos afirmar que existem sistemas concêntricos, como conjuntos que contém conjuntos menores, sendo que o sistema maior, aquele que engloba todos mais, seria o sistema primordial, donde todos os outros seriam apenas subsistemas seus. Assim, por preciosismo da linguagem, só haveria realmente Um Único Sistema Verdadeiro: O Sistema Universal — o Cosmos seria palavra mais adequada, tendo em vista que hodiernamente já se fala em pluralidade de universos.. Todos os demais sistemas nada mais seriam que subsistemas do Cosmos. Os subsistemas, ou sistemas isolados, só seriam admissíveis, enquanto simples tentativas didáticas de apreendermos a parte, por nossa impossibilidade atual de divisarmos (ou pelo menos não com a minúcia necessária) o Sistema Maior e suas inter-relações com suas subpartes.

Um sistema (subparte) está sempre inserido num sistema maior (subtodo), e com ele está em constante troca, bem como com os outros subsistemas, sem que, por isso, perca tal condição. A troca de um sistema (subsistema) com o ambiente ou com outros subsistemas, em regra, nada altera sua estrutura organizacional, ou seja, quer permute elementos, componentes seus (suas partes), quer troque matéria ou mesmo energia com o meio ou outros sistemas, se sua conformação organizacional não se altera, o sistema persiste¹⁹³. Não haveriam, pois, sistemas plenamente fechados, ou seja, todos os sistemas se encontram em constante troca, sendo, pois, abertos — o que não quer dizer que percam sua identidade. “Cada parte (ou subparte) é, pois, um possuidor de tendências auto-afirmativas (indivíduo) e integrativas (em relação a um subtodo que lhe está imediatamente acima na hierarquia do sistema [maior] a

¹⁹² Sistema seria “um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-normativo (...) uma multiplicidade de conhecimentos **unificada e prosseguida através de um princípio**, para um conhecimento conjunto ou para uma estrutura explicativa agrupada em si e unificada em termos interiores lógicos, como o correspondente, o mais possível fiel, de um sistema real de coisas, isto é, de um conjunto de relações das coisas entre si, que nós procuramos, no processo científico ‘reconstruir’ de modo aproximativo.” [destaque nosso]. In: EISLER, Rudolf. 4ª ed., *Wörterbuch der philosophischen Begriff*. Berlin. 1930. vol. III, palavra ‘System’ apud CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. Cit.* p. 10.

¹⁹³ “Os sistemas biológicos recebem a todo momento elementos novos que serão utilizados pela organização interna do sistema (ar, alimentos, bebidas, etc), da mesma forma que excreta uma série de substâncias (gás carbônico, fezes, urina, etc), mas a troca de elementos do sistema com seu ambiente não altera necessariamente sua organização.” VIANNA, Túlio Lima. *Op. Cit. Ibidem*.

que pertence).”¹⁹⁴ De todos os subtodos (ambientes) com os quais interagimos, seria exatamente a Natureza o maior sistema a que nos vemos atados.

4.2.1 Sistemas Alopoiéticos e Sistemas Autopoiéticos:

“A alopoiése é um processo pelo qual uma determinada organização produz algo diferente de sua própria organização. Um exemplo de sistema alopoiético seria uma linha de produção de uma indústria automobilística. (...) Uma linha de produção é capaz de produzir carros, mas não as máquinas usadas na própria linha de produção. (...) Por outro lado, sistemas autopoiéticos são literalmente aqueles que se autoproduzem.”¹⁹⁵ Um organismo vivo possui células que se autoreproduzem, a fim de manter o organismo, como um todo, vivo.

Antes de mais nada, cabe-nos referendar, uma vez mais, o seguinte argumento, e toda a presente análise está, de um certo modo, fulcrada nesta única ideia, a qual resolvemos retomar então, por motivo justificável: “se todo efeito tem uma causa, todo efeito inteligente há de ter tido uma causa igualmente inteligente”, ou seja, intentamos, com base no argumento supra-exposto, fundamentar coerentemente o Direito — digressão que será melhor abordada em tópico próprio¹⁹⁶.

A ideia de *autopoiesis* é a mesma que pressupõe tenham os ditos *coacervados* percorrido o caminho evolutivo até a condição humana, movidos pelo mero acaso e pelo caos, através de um sem-número de tentativas aleatórias, quando, como já concluímos, *primu conspectu*, se todo efeito tem uma causa, todo efeito inteligente tem uma causa inteligente. Em tais condições, portanto, o acaso não existiria, e esse rumar contra a tendência entrópica seria guindado por um princípio organizador. Anaxágoras chamava isso de ‘amor’; há quem chame ‘vida’; outros preferem o nome ‘alma’ (a fazer a matéria ‘cheia de deuses’, como pretendia a metáfora de Tales, a dizer que algo imperecível persistia); outros mais a isso denominam ‘razão’. Nós, porém, chamamos ‘princípio’ (organizador). O certo é que, como também já vimos, nomes são apenas nomes, pouco dizendo sobre os objetos por eles rotulados¹⁹⁷. Todavia, a importância da conclusão acima vai além do mero interesse filológico. Seria ‘isto’, independente da indumentária vocabular que adotemos, a propugnação mesma do fim do materialismo, eis que aquilo que garantiria a união e a organização das

¹⁹⁴ Jano: Arthur Koestler. Disponível em: <www.xenia.com.br/jano.htm>. Acesso em 12 de agosto de 2006.

¹⁹⁵ VIANNA, Túlio Lima. *Op. Cit. Loc. Cit.*

¹⁹⁶ Vide: Capítulo IV.

¹⁹⁷ De lembrarmos que “as definições buscadas pelo conhecimento científico não devem ser simples esclarecimentos sobre o significado das palavras, mas sim enunciar a constituição essencial dos seres.” Aristóteles – Vida e Obra. *Op. Cit.* p. 17.

células de um corpo, sua conformação como organismo vivo (mesmo o dos primitivos coacervados), aquilo que manteria a organização de todo e qualquer sistema, por assim dizer, seria uma força, imaterial e invisível (como a gravitação é para os corpos celestes), não sendo produto, pois, da mera soma das partes, como os corpos não são do mero amontoado de células, nada devendo à matéria em si (ou pelo menos não àquilo que chamamos de matéria). A ciência moderna tendo esquadrinhado a matéria, parcelado o todo em suas partes mais ínfimas, não logrou encontrar respostas para os sentimentos, para a vida ou mesmo para a inteligência; não na matéria, não no mero amontoado de átomos, células, etc.; mas naquilo que os mantém unidos sob dada conformação sistêmica, ou seja, naquilo que os faz serem — em conjunto — algo novo, algo diverso do meio que os cerca, dos elementos que os compõem, algo diverso dos mesmos átomos, muitas vezes similares e de elementos químicos iguais, que bailam no exterior, separando-os, pois, do ambiente (enquanto categoria diversa), mas não obstaculizando, de todo, as trocas com o ‘exterior’ ou mesmo com outros sistemas.

A característica mais peculiar de um sistema autopoietico é que ele se levanta por seus próprios cordões, e se constitui como diferente do meio por sua própria dinâmica, de tal maneira que ambas as coisas são inseparáveis. (...) O que lhes é peculiar é que sua organização é tal que seu único produto são eles mesmos. Donde se conclui que não há separação entre produtor e produto. O ser e o fazer de uma unidade autopoietica são inseparáveis, e isso constitui seu modo específico de organização.¹⁹⁸

O único objetivo de um sistema autopoietico seria, assim, nas entrelinhas, a manutenção da organização sistêmica, ou seja, evitar a morte do sistema e a dispersão de seus elementos. Duas situações poderiam culminar com o fim de um sistema (sua morte, por assim dizer): 1º - a perda de seu princípio organizacional (seu cerne, sua “alma”), com a consequente mudança completa do sistema, seguida de sua desagregação, ou seja, quando ele permute algo mais que seus simples elementos, perdendo sua capacidade organizacional, seu princípio, aquilo que o faz diferente do amontoado de elementos do ambiente em derredor; 2º - quando perca, pois, seu princípio organizador para adotar um outro, assumindo, assim, feições de uma nova ordem, tornando-se um novo e diverso sistema, organizado com novo padrão, nova base.

¹⁹⁸ Maturana, Humberto R. e Varela, Francisco J., *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2002, pp. 55 e 57 *apud*. Vianna, Túlio Lima. *Op. Cit. Loc. Cit.*

4.2.2 O Direito e a Sociedade como Sistemas: Luhmann e sua concepção Anti-humanista de Sistema e de Direito

Niklas Luhmann propõe sejam o Direito e a Sociedade qual sistemas autopoieticos, modelos organizacionais cuja única função seria, em última análise, manter-se, perpetuar-se; sistemas auto-nascidos (“incausados”?!), auto-mantidos e auto-organizados. Como vemos, atinge-se aqui um nível de aproximação entre as ciências naturais e as sociais nunca antes ousado ou pretendido. Nessa proposição, os elementos do sistema social não seriam mais o conjunto de indivíduos, mas a informação, a relação. Como só poderia haver noção qualquer de sociedade num grupamento de indivíduos, portanto, quando houvesse mais de um ser, o indivíduo, visto isoladamente, perderia o caráter de elemento da sociedade, eis que esta só haveria quando houvesse pelo menos dois. E, como entre dois indivíduos há troca de informações, comunicação, relação, pois, eis então o padrão organizacional da sociedade, para Luhmann, a comunicação.¹⁹⁹ A moeda do Universo seria a informação, informação que pode transitar entre os sistemas. Ora, o que viria a ser o DNA que não a informação para codificar um corpo inteiro, ou seja, a informação para erigir todo o sistema de que faz parte. Seria como numa visão repensada da sabedoria oriental aos moldes ocidentais: a parte conteria o todo, exatamente como o todo a contém, tal como propunha Sócrates, Heráclito e tantos outros. Vejamos: o todo corporal contém (é composto por) células; tais células, muito embora só reproduzam a si próprias, contêm informação (genética) para edificar todo o organismo (corpo).

Pois bem, sabemos que os sistemas vivos são aqueles que assumem os contornos mais nítidos de uma caracterização autopoietica. E os sistemas vivos tendem a, tão-somente, manterem-se vivos, não importando o custo. Quando somos acometidos por uma gripe, por exemplo, nosso organismo encaminha um sem-número de anticorpos para combatê-la, os quais, ao fim, são excretados, como células mortas, dispensáveis na luta pela sobrevivência; ou seja, não importa a morte de algumas células (de alguns componentes do sistema) desde de que o corpo (sistema) permaneça e se perpetue. É imperioso inferirmos que, adotando tal visão de mundo, culminaríamos com um relegar do indivíduo a um papel, para menos dizer, de segundo plano. Os indivíduos, segundo o *funcionalismo sistêmico*, não passariam, pois, de ‘organelas’ do imenso sistema social “vivo”, sendo perfeitamente dispensáveis, na manutenção de suas estruturas maiores. Operou-se, assim, um retorno ao organicismo proposto pelos gregos antigos, sobretudo por Aristóteles, e retomado por um considerável

¹⁹⁹ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Op. Cit., Loc. Cit.*

número de Sociólogos até Luhmann; e, todavia, agora muito mais elaborado, como pede o movimento pendular da evolução (dialética) meramente rascunhada no início desta nossa análise.

Ora, sendo a sociedade e o Direito sistemas autopoieticos, seria perfeitamente natural o sacrifício meramente utilitário de algumas — ou várias — vidas humanas para a manutenção do *status quo* e, conseqüentemente da autopoiese do sistema. (...) A manutenção de uma parcela de seres humanos absolutamente marginalizada, em condições sociais miseráveis, seria perfeitamente lícita desde que não prejudicasse a autopoiese do sistema.²⁰⁰

O Direito, segundo o funcionalismo sistêmico, é um subsistema da sociedade, e sendo, portanto, ele também, um sistema autopoietico, nada mais visaria que produzir mais direito, ou seja, sua finalidade última seria manter-se — não importando, assim, o teor (moralmente justo ou injusto) das decisões obtidas pelos juizes e do cumular das jurisprudências, desde que não afetem a perpetuação do sistema. Uma ideia muito similar à proposta Kelseniana, com a ressalva de que ali se propôs o Direito como um sistema fechado, mas igualmente não afeito a quaisquer elementos sociais ou morais, tendo dado margem a propensões totalitárias (antidemocráticas, portanto). A tese que Luhmann defende dá azo a uma visão de Direito igualmente amoral. O Direito assim visto não mais visaria proteger os indivíduos e garantir o seu bem-estar, mas resguardar a sociedade e seu padrão de organização — a comunicação.

Fica evidente que, ainda que se admita a concepção sistêmica da sociedade, visto que, como seres humanos, nos encontramos em permanente acoplamento estrutural [em comunicação] com outros seres humanos, tratar-se-á de um sistema alopoiético. (...) Este metassistema formado pela agregação de unidades autônomas (indivíduos) é uma criação do homem para o homem. (...) A função do sistema social não pode ser concebida como sua própria preservação, mas como a preservação do homem enquanto homem. (...) Esta preservação do gênero humano, só pode ser alcançada com o progressivo incremento da autonomia individual, através da garantia pelo sistema social dos direitos humanos individuais (liberdade, igualdade, etc), sociais (educação, saúde, etc) e políticos (efetiva participação nas decisões da sociedade). (...) Em suma, a sociedade não pode ser concebida como uma célula que vive para manter-se viva. A sociedade deve ser concebida como uma linha de produção em benefício do homem, cuja finalidade é produzir um incremento da autonomia individual e do bem estar social de cada ser humano.²⁰¹

A própria ideia de autopoiese parece ser inverossímil, segundo os próprios pressupostos científicos, uma vez que ‘nada surge do nada e que todo efeito há de ter tido uma causa anterior’. Assim, usando como exemplo os coacervados enquanto (hipotético) primeiro sistema vivo do globo, poder-se-ia até dizer que teria surgido ali uma organização (um sistema), mas não teríamos elementos racionais para falar em auto-organização, como

²⁰⁰ VIANNA, Túlio Lima. *Op. Cit.*

²⁰¹ Idem. *Ibidem.*

pressupõe a ideia de autopoiese — afora tudo, se o objetivo de todo é qualquer sistema vivo é ser autopoietico, relegamos ao limbo as mutações que propiciaram a evolução e a mudança. O Direito se assemelharia realmente a um sistema vivo, não, porém, com características tão-somente autopoieticas, mas também, alopoiéticas, uma vez que, inobstante direito gere direito, ele visa — em última análise — conferir segurança jurídica aos membros da Sociedade, garantir a paz social (uma paz relativa, sem dúvida, uma vez que o próprio Direito assume para si o poder coativo para inibir ações contrárias à suas predisposições) e intentar atingir, por meio de suas decisões, uma aproximação de um paradigma da Justiça, como nos referiremos a seguir²⁰².

4.2.3 A Universalidade dos Princípios Científicos e a Unidade Sistemática:

Até então, falamos bastante sobre princípios, sem, contudo, minudenciar suas características, sem conceituá-lo ou defini-lo, apenas delineando os contornos mais gerais do que seja, mas não sem razão. Julgamos não podermos falar de princípios sem antes termos erigido todo o substrato supra-exposto e que serve de corolário lógico a qualquer definição que se pretenda fundada, no âmbito da matéria de que ora tratamos, como bem dissemos em nossa introdução. Assim, cabe aqui uma palavra sobre o que venha a ser princípio. Fulcrados em toda a extensa explanação supra, temos diante de nós dois alicerces, dois pontos-chave para iniciarmos este percurso analítico: 1º — temos que: a Ciência possui uma dimensão de descoberta e de não-criação; e 2º — a ideia basilar de que: a Ciência tende à universalidade (ou, ao menos, à generalidade). Resta-nos, pois, a tarefa de *descobrir* o que é *universal* na Ciência — cientes de que o universal é necessário (e, por via de consequência, absoluto — com fulcro em Kant). E, já concluímos alhures, que, se há um campo estritamente criativo para o labor científico, esse campo seria o dos modelos criados para ‘interpretar’ a realidade, o das visões de mundo, o dos paradigmas ou, para usar uma expressão nova e não menos caracterizadora do que isso seja, o dos “espíritos de época”. A esfera dos objetos, em si, permaneceria inalterada. Haveria algo nos objetos analisados pelas ciências todas que não mudaria, ou que, pelo menos, tenderia a permanecer, sob pena de que o referido objeto deixe de ser o que é passando a ser outro diverso, e a ciência que sobre ele se debruça passe a ser outra diferente daquela que fora. E, por fim, retornaríamos à mesma ordem de problemas que perturbaram desde Parmênides e Heráclito (entre outros) a Aristóteles, Kant, etc.

²⁰² Vide: tópico – A SOCIEDADE, O ESTADO E O DIREITO.

Já vimos ainda que, em matéria científica, o conhecimento teórico é obtido antes mesmo de sua aplicabilidade técnica: a teoria precederia, portanto, à técnica. E vimos, também, que gênios do quilate de um Arquimedes, um Newton ou um Einstein tiveram de desvendar primeiro os princípios básicos do saber sobre os quais se debruçaram, para, só assim, conseguirem solucionar os problemas de ordem prática. Arquimedes teve de primeiro descobrir os princípios básicos da hidrodinâmica para, só então, conseguir solucionar o problema de averiguar a existência, ou não, de proporções de prata na coroa de ouro do rei, sem derretê-la; e igualmente foi assim com Newton e as Leis da Gravitação Universal; também assim se deu com o *insight* de Einstein ao perquirir o movimento curvilíneo da luz e a Teoria da Relatividade. Ora, antes descobrirem “o útil”, desvendaram que, em condições iguais, não importando onde estivermos, desde de que mantenhamos as mesmas condições, os fenômenos são reproduzíveis. E são reproduzíveis porque se fundam num mesmo princípio: é o princípio que garante a repetitividade, a imutabilidade relacional no âmbito dos sistemas. A repetitividade dos fenômenos só se dá porque há de haver algo de constante, algo que não mude, algo que tenda ao universal e a perpetuar-se (ao menos enquanto dure o sistema).

Igualmente já vimos que um sistema pode permutar partes com o todo, sem se alterar, sem deixar de ser sistema, pois. E isso exatamente por não perder sua organização, enquanto característica delimitadora das fronteiras entre si e o ambiente. E mesmo a organização, que parecer ser a característica externa mais visível de um sistema (e dele definidora mesmo, por assim dizer), mesmo esse padrão organizacional se apresenta muito mais como um resultado (efeito), que como um agente (causa). Quando utilizamos o campo gravitacional como exemplo, dissemos que aquilo que manteria estável todo o sistema, o que em última análise garantiria sua organização, seria a lei (princípio) da gravitação universal. Assim, é, pois, o princípio aquilo que assume características universais em matéria de Ciência, mantendo sua organização. É ele que garante a unidade sistêmica. Desde os pré-socráticos não foi outro o objeto da atenção humana que não o tentar conhecer o princípio das coisas, ora sua unidade mínima (como foi com os atomistas), ora sua característica imutável (*arché*), sua substância básica e primordial (*physis*), como se deu com as demais escolas. Aristóteles já nos teria legado que só há mudança naquilo que é accidental, nunca no que é essencial²⁰³.

E não foi outra a nossa pretensão com toda a presente análise, desde o início até aqui, que não a de demonstrar que princípio (a *arché* dos gregos) não é outra coisa senão aquilo que, parcela mínima que seja, sobrevive à mudança (ao *devir*), e que mantém a identidade

²⁰³ “se uma folha verde torna-se amarela é porque verde e amarelo são *acidentes* da *substância* folha (que é sempre folha independente de sua coloração)” Aristóteles – Vida e Obra. *Op. Cit.* p. 23.

sistêmica (unidade mínima mantenedora do padrão organizacional, e não meramente da estrutura) de tal ou qual sistema (*in casu*: de tal ou qual secção do saber ou sistema de conhecimento), a fim de que a mesmo não deixe de ser o que é passando a ser outro, por não conservar nada do que fora outrora — se é que admitimos possa haver uma mudança categórica nestes termos (uma pretensa permuta e perda da essência por uma outra) — sustendo em si a característica mínima do sistema, seu padrão de organização, persistindo mesmo quando de mudanças paradigmáticas. E isso vale para os ditos saberes sociais (como é o caso do Direito) tanto quanto para quaisquer outros.

Tema mais pertinente não há, seja em Direito ou em qualquer outra faceta do saber humanamente conhecido, que não aqueles que versem sobre aquilo que “É”, sobre o que pode ser adjetivado de universal e de imutável, sobre o que tem aplicabilidade nesta ou naquela área do conhecimento (*in casu*: nesta ou naquela área jurídica), sobre o que se acerca de todo o (sistema) Direito e, com muito mais propriedade, o que excede e sobrevive a ele.

Princípio não seria outra coisa, senão aquilo que se opõe ao que é contingente, ao que é superficial, ao que é temporal, e, portanto, antinômico também ao que é mutável com o evoluir das sociedades e de seus respectivos corpos legais. Princípio é o que permanece firme e fixo após as tempestades e furacões de mudanças²⁰⁴. E não deve — posto por demais improfícuo — voltar-se o labor racional do homem para aquilo que é contingente, antes de fazê-lo em relação ao que é absoluto ou, quando menos, geral.

Em todos os campos científicos não se perquire outra coisa senão leis (princípios) universais. Ciência nada mais seria que a descoberta de tais leis. Em matéria de Direito, não poucas foram as construções teóricas que primaram pela *criação* (sem fundamento — anti-fundacionista), âmbito dos paradigmas, abandonando a *descoberta*, abandonando a perquirição do que há de universal, dos princípios, que, como já vimos, consistem naquilo que mantém a unidade sistêmica. Neste sentido, Hans Kelsen, H. L. A. Hart, Niklas Luhmann, entre outros mais, *criaram* respectivamente então uma Norma Fundamental (que de hipotética passou a ficcional)²⁰⁵ ou valendo-se de uma Regra de Reconhecimento²⁰⁶ (também, desprovida de conteúdo e que igualmente fundamenta a validade de conteúdos totalitários), ou

²⁰⁴ Se impera a necessidade de fulcrarmos tal pretensão, a de demarcar lindes tão amplos para aquilo que venha a ser princípio, o fazemos com base em não menos que aquele tido como um dos pais da própria lógica como a concebemos: Aristóteles. Ele se expressa de forma lapidar a esse respeito, ao dizer: “pois tudo ou é princípio ou procede de um princípio (...) sendo princípio, deve também ser não-engendrado e o indestrutível, porque o que foi gerado necessariamente tem um fim e há um término para toda destruição. Por isso, assim dizemos: não tem princípio, mas parece ser princípio das demais coisas e a todas envolver e a todas governar...” Aristóteles. *Física*, III, 4, 203 b 6 (DK 12 a 15). In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 48.

²⁰⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. *passim*.

²⁰⁶ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. *passim*.

ainda, furtando-se à análise dos fundamentos da validade e/ou causas de existência (princípios), apoiando-se, então, no engendrar de um sistema que cria a si próprio (autopoiético)²⁰⁷ e cujo único propósito é perpetuar-se, qual pretensamente se daria com os seres vivos — mesmo que isso culmine na eliminação de algumas “células” marginalizadas pela pobreza (que nós mesmos criamos) ou pela primazia do interesse econômico sobre os difusos, os quais abraçam a todo o globo, mas nem sempre satisfazem os ricos poucos. Como vimos, Ciência está mais relacionada à *descoberta* que à *criação*. E, com as Ciências Sociais, ou, de mais propriamente, com o Direito não se dá de forma diferente, quando menos há uma sua porção de descoberta (inda que diminuta). É desse ponto que deveria partir qualquer teoria hodierna que se pretendesse sólida e científica, no sentido de descobrir e não de criar sem base ou fundamento. A Ciência perderia, assim, sua função basilar de representação do real e natural — frisemos bem o “representação”, coisa que os paradigmas que se sucedem parecem haver esquecido. Proposições *criadoras* (de paradigmas) como as de Kelsen, Hart e (em menor monta) Luhmann distanciam o Direito daquilo que ele é (uma vez ignoram o complexo e holístico no jurídico em prol de uma visão mais simples, enfocando um só objeto: norma, regra de reconhecimento, autopoiese), enquanto forma de representar (retratar) a face reguladora da sociedade da qual se acerca, perdendo, pois, seu caráter de ciência, uma vez que não mais retrata o real (os anseios sociais), mas o cria. Eis o maior *insight* científico, o de perceber que tudo no imenso sistema universal é solidário, o de constatar que as leis que o regem se aplicam desde a pequenez dos vermes ao gigantismo das estrelas. Bem se vê que o labor científico prima por tatear os liames entre tudo o que há, perquirindo os *princípios* que subjazem a Natureza, intentando encontrar a *racionalidade* que se oculta por detrás dela. Conclusão mais que óbvia é a de que efetivamente fazemos parte da Natureza (indivíduos, subsistemas seus); somos animais; racionais, porém. E, portanto, podemos constituir igualmente objeto de estudo natural, conquanto algumas correntes de pensamento o tenham negado veementemente, invalidando, pois, a configuração de ciências humanas.

4.3 A Concepção de Evolução e a Proposição de Parâmetros Estanques:

Antes, porém, de enfeixarmos os dados colhidos para fundar nossas considerações, cabe ainda uma prévia análise sobre a plausibilidade de evolução no contexto das mudanças paradigmáticas que já descortinamos. Ora, o que nos permitiria dizer que a mudança, a alteração, o *devir* se daria no sentido de um padrão mais aprimorado? Que elementos temos

²⁰⁷ LUHMANN, Niklas. *Op. Cit. passim*.

para afirmar isso? Bem, possuímos o mecanismo da visão sem que compreendamos como tal se dá; contudo, vemos. De igual modo, percebemos a evolução, embora não compreendamos os mecanismos que a regem, ainda assim, *intuímos* que ela há, nós a “sentimos”. Ora, entre dois objetos quaisquer, só podemos asseverar que sejam “iguais” (similares) ou diferentes, nada mais. Em relação a um estado anterior e outro posterior de um mesmo objeto que apresente uma mudança de estado com o decorrer do tempo, só podemos, conscienciosamente, dizer que mudou, que se tornou diferente, nada mais. Entendemos, assim, que a evolução só se daria, só seria possível de perceber, tendo como base — e sempre — três pontos distintos: os dois primeiros que seriam objeto de comparação e um terceiro, tomado como referencial, e objetivamente mais perfeito que os anteriores.

Vale dizermos logo, como base exemplificativa deste nosso raciocínio, ser errônea a concepção de que os princípios jurídicos seriam (de todo) mutáveis (ou de que se diga não possuam uma dimensão de estabilidade) e de que esta mutabilidade serviria de garantia à consecução e à manutenção das conquistas e ideais democráticos. Paradoxalmente, isto seria o meio mais hábil e eficaz de se fazer soçobrar as garantias, conquistas e direitos humanos e universais — cujo impagável preço foi o sangue e a vida de muitos — sob o pretexto e o engodo de, em nome destes mesmos direitos, tudo ser mutável, inclusive eles próprios.

Para efeito exemplificativo, imaginemos que o único parâmetro aceito para o justo e o correto seja o que for apregoadado e convencionado pela maioria²⁰⁸, numa clara deturpação do ideal democrático, tal como ocorreu com a “proposta” Nazista. Nesse estado de coisas, em que há total ausência de parâmetros absolutos (ou pelo menos mais rígidos) para nortear o agir humano (exceto a vontade da maioria, que é fugaz e torcível ao sabor dos interesses), resta inócuo qualquer argumento ou posicionamento contra atitudes eminentemente atentatórias à liberdade, à vida, à dignidade, etc. Mormente, quando tais atitudes estejam sustentadas no dogma do relativismo e sejam secundadas pela vontade da maioria (exceto talvez a vontade geral rousseauiana). Em tais condições, tudo o que se poderia dizer de um ordenamento que adotasse essas posturas é que seria diferente dos demais, tão-somente diferente dos demais. Não haveria falar-se em justo ou injusto fora do ordenamento e nada haveria que contrariasse a vontade da maioria (dentro de cada ordenamento), ainda quando esta atentasse contra aquilo que chamamos Direitos Fundamentais. E, ressaltemos, mesmo que percebamos terem estes últimos (Direitos Fundamentais) sobrevivido ao vigor das mudanças paradigmáticas e

²⁰⁸ Neste sentido, ver CHOMSKY, Noam. *A minoria próspera e a multidão inquieta*. 2ª ed. Brasília: UNB, 1997. p. 111 e segs. *apud*. NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – doutrina e jurisprudência*. p. 49. Nota 54.

mostrado clara validação principiológica — como verdades que se sustentam apesar das mudanças históricas — mesmo estes poderiam perfeitamente tombar ante o prisma de um relativismo absoluto. Mais objetivamente, digamos que vazio, inócuo e sem sentido seria qualquer discurso do Ocidente no sentido de combater a opressão sofrida pela mulher em muitos países (islâmicos, por exemplo), de vez que — no seio do próprio Ocidente — sempre tem imperado (ainda que veladamente) a noção de que *tudo seja relativo*. Noção esta fornecedora de sustentáculo ideológico ao império da vontade da maioria e, portanto, justificadora da opressão sofrida pela mulher em muitos países, já que ali se trata de padrão cultural diverso do nosso, além do que, imposto pela maioria. Ora, jamais poderíamos alcunhá-lo de melhor ou pior que quaisquer outros, apenas diferente, afinal, sob tais auspícios, *tudo é relativo*. Assim, com o dogma do relativismo, é que caem por terra todas as conquistas consubstanciadas nos Direitos Humanos Fundamentais. E para além da necessidade lógica da existência de princípios imutáveis, resta claro o seu imperativo social.

De asseverarmos, ainda, por clamor de razão mais perspicaz, que “se tudo é mutável”, a mutabilidade é lei universal, absoluta e, paradoxalmente, “imutável”. Isto, de pronto, já é prova de haver coisa outra que seja imutável e absoluta, mesmo que seja esta lei que prediz que “tudo é relativo”, fazendo a si mesma algo absoluto; e, como já concluímos alhures, contrário a si.

O simples fato de desconhecermos os extremos, o princípio e o fim da caminhada, e de enxergarmos apenas uma fração de um processo maior, poderia parecer elemento suficiente a não podermos afirmar qual dado (informação) estaria mais próximo do início da trilha ou que outro estaria mais perto do fim a que visam alcançar (mais perfeita, pois); e, portanto, qual dado estaria mais próximo do terceiro ponto (um paradigma mais perfeito), da desanuviada visão do real. Tal seria como se estivéssemos no espaço distante, onde nenhuma estrela ou astro se interpusesse diante de nossos olhos a poder servir de parâmetro. Aí, sequer poderíamos afirmar o que é para cima ou para baixo; o que é direita ou esquerda, posto não haver referenciais precisos para nos dotar de parâmetros à caracterização. Todavia, quanto ao progresso, podemos, sim, determinar que certos dados estão mais próximos de um pretenso paradigma maior, o qual sequer conhecemos, mas que em nós repousaria uma tênue ‘*intuição*’ (imperfeita apreensão da Lei Eterna, para usar a expressão de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino) de que Ele há e para onde eventualmente rumar.

Para o pensamento científico, o progresso demonstra-se, é demonstrável, sua demonstração mesmo um elemento pedagógico indispensável para o desenvolvimento da cultura científica. Por outras palavras, **o progresso é a própria**

dinâmica da cultura científica, e é essa dinâmica que a história das ciências deve descrever. Deve descrever julgando-a, valorizando-a, eliminando todas as possibilidades de um regresso a noções erradas. A história das ciências só pode insistir nos erros do passado a título de elemento de comparação. Reencontramos, assim, a dialética dos *obstáculos epistemológicos* e dos *actos epistemológicos*.²⁰⁹ (sic) [destaque nosso]

4.5 Quadro de referências a que os termos princípio e sistema (e suas ideias subjacentes) se reportam:

Por razões já ofertadas de sobejo é que, julgamos por bem, somente aqui apresentarmos tentativa de vislumbre etimológico-conceitual e/ou definatório das ideias, interdependentes, princípio e sistema.

“A palavra *princípio*, em sua raiz latina última, significa ‘aquilo que se toma primeiro’ (*primu capere*), designando o início, começo, ponto de partida.”²¹⁰ Nestes termos, princípio, derivado do latim *principium* significaria início, começo²¹¹, causa primeira, elemento (vital) incausado ou cujas causas se desconhece, categoria a qual não se pode alocar outra que lhe anteceda, o que já informa bastante sobre aquilo com que estejamos a lidar, como algo que não advém de outrem, e que ocupa sempre a posição primordial, elementar, basilar, alicerçante, fundante.²¹²

Ocorre que, muito embora a etimologia da palavra guarde raízes latinas, a ideia e seu uso são bem mais antigos e remontam aos gregos (pré-socráticos) com sua *physis* e, mais apropriadamente, com sua *arché* (*arkhé* - *αρχή*). O que queremos dizer com isso é que — contornos do que já delineamos em linhas supra — a palavra é um símbolo que usamos para representar ora objetos (como predomina no caso das ciências naturais), ora ideias (como

²⁰⁹ BACHELARD, Gaston. *A Epistemologia*. Coleção: o sabor da filosofia. Lisboa: EDIÇÕES 70. 1981. pp. 205 e 206.

²¹⁰ MIRALÉ, Edis. *Direito do Ambiente – doutrina – jurisprudência – glossário*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 111.

²¹¹ Cfr. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Op. Cit. p. 639.

²¹² “**PRINCÍPIOS**. No sentido, notadamente no plural, significa *normas elementares* ou os *requisitos primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa. (...) E, assim, *princípios* revelam o conjunto de *regras* ou *preceitos*, que se fixam para servir de *norma* a toda espécie de ação jurídica, traçando assim a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*. (...) Desse modo, exprimem sentido mais relevante que a própria *norma* ou *regra* jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos *axiomas*. (...) *Princípios jurídicos*, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito. (...) E, nesta acepção, não se compreende somente os *fundamentos jurídicos* legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da *Ciência Jurídica*, onde se firmaram as *normas originárias* e as *leis científicas* do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. (...) Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.” In: SILVA, De Plácido e. Op. Cit. p. 639. [destaques presentes nos originais].

mais abundantemente ocorre com as ciências exatas²¹³ e também as humanas). A palavra princípio obviamente relaciona-se a começo, início, causa primeira (aquela da qual nada de anterior possa haver), etc, todavia, sua ideia que lhe é subjacente guarda mais visível sinonímia com a *arché* (*arkhé* - αρχή) grega. Senão vejamos: *arkhé* (αρχή) denota exatamente princípio primeiro do cosmos (κοσμος)²¹⁴, causa primeira, aquilo que dá origem e que não é originado, nada havendo que lhe seja anterior, ou nada havendo que possamos perscrutar como lhe sendo anterior. A *arkhé* se erigiria como limite (último) mesmo da compreensão humana atual sobre dado tema ou área, seu princípio, aquilo em que se funda. Se atentarmos bem, veremos que a palavra *arkhé* não nos é, de todo, desconhecida. Temos *arkhé* em anarquia, em oligarquia, em monarquia. Se princípios são os elementos que conferem ordem a um sistema e, por decorrência, os governam, temos: *mono* (prefixo indicativo de unidade: um, uma, de um, único ou única) e *arquia* (advindo de ‘*arkhé*’), donde se deduz: ordem de um só, governo de um só; assim também com anarquia (prefixo ‘a’ de ausência; ausência de ordem ou de governo) e oligarquia (governo ou ordem de poucos). Princípio é, pois, aquele elemento que governa, que dá ordem, que dita e rege o sistema de que se acerca.²¹⁵

“Em grego a palavra *kosmos* é o todo harmoniosamente organizado, ordenado, e até mesmo belo exatamente por causa de sua ordem.”²¹⁶ De *arkhé* é que vem *archía*, que, nada mais é, senão, sinônimo de ordem e governo²¹⁷. Anarquia, vimos, se traduziria (ao menos literalmente) como ausência de ordem, ausência de governo. Monarquia, por sua vez, se poderia dizer ordem única, governo de um só. Oligarquia, de igual modo, se poderia dizer ordem instituída por poucos, governo de poucos. Se cosmos é ordem, o que dá ordem ao cosmos é a *arkhé*. E *arkhé*, como vimos, significa princípio. Ora, deduz-se claro que a

²¹³ Hegel diria que a arte é a tentativa de apreensão da ideia de belo. A matemática, por exemplo, seria – corolário disso – a tentativa de apreensão da ideia de número.

²¹⁴ Cfr. GHIRALDELLI, Paulo. *Aula 2: Pré-socráticos: cosmologia e metafísica*. Disponível em: <<http://casadeplatao.blogspot.com/2007/05/aula-2-pr-socrticos-cosmologia.html>> Acesso em: 16 de maio de 2007.

²¹⁵ E Aristóteles nos diz mais: “tudo ou é princípio ou procede de um princípio (...) sendo princípio, deve também ser não-engendrado [não-criado] e o indestrutível, porque o que foi gerado necessariamente tem um fim e há um término para toda destruição. Por isso, assim dizemos: não tem princípio, mas parece ser princípio das demais coisas e a todas envolver e a todas governar...” Aristóteles. *Física*, III, 4. 203 b 6 (DK 12 a 15) . In: Os Pensadores. p. 48. [destaques nossos]. Neste sentido, concorda Kelsen, a dizer: (...) “Uma ‘ordem’ é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 34. “É ainda determinante a visão clássica de KANT, que caracterizou o sistema como ‘a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos variados’ (...) ‘um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios’ (...) uma multiplicidade de conhecimentos, unificada e prosseguida através de um princípio (...) segundo SAVIGNY, o sistema é a ‘concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade’, segundo STAMMLER, ‘uma unidade totalmente coordenada’ ” (...) CANARIS, Klaus-Wilhelm. *Op. Cit.* p. 9-12.

²¹⁶ GHIRALDELLI, Paulo. Idem. Ibidem.

²¹⁷ Cfr. GHIRALDELLI, Paulo. Idem. Ibidem.

ausência de princípio (ausência de *arkhê*) culmina com a ausência de ordem²¹⁸ (anarquia²¹⁹), ausência de elemento regedor da harmonia do cosmos ou de um sistema qualquer, enquanto parcela ordenada do cosmos. Temos, pois, na ordem um elemento a mais para tomarmos como afeito à ideia princípio, um efeito mesmo dele, e quase uma sinonímia sua por assim dizer.

Sistema seria, primariamente, um todo organizado segundo princípios²²⁰. Como ao cosmos é o princípio que lhe confere ordem, unidade. A palavra sistema também possui origem grega. *Systema*, *syn-istemi* significa o composto, o construído, adquirindo, atual e modernamente, a acepção de ordem, organização.²²¹ Vimos que princípio é o elemento que garante ordem ao cosmos e aos sistemas todos que nele estão contidos. Sistema seria, pois, “um todo proposicional organizado a partir de princípios em que as partes se deixam extrair uma das outras, de forma que dada a não observação de uma relação necessária põe-se em xeque todo o sistema.”²²²

Nos termos expostos em linhas supra, podemos concluir, preliminarmente, que a relativização e/ou supressão de princípios de uma dada área do conhecimento (aquilo que a alicerça, funda e sustem, seu elemento basilar e vital, por assim dizer) culminaria com a derrocada (a perda da ordem) de todo o sistema assim encarado. Não se encontrando no quadro de referências (ideias) a que o termo princípio encerra qualquer coadunação possível com a plausibilidade de relativização, tampouco isso se vê nas construções principiológicas de outras ciências, sejam elas sociais ou não, senão no Direito, com o teorema da colisão proposto pelo pensamento pós-positivista. E não se quer negar aqui seus inegáveis louros interpretativos na solução de problemas jurídicos; nega-se, porém e peremptoriamente, sejam realmente princípios aquelas categorias assim consideradas, uma vez demonstrado que princípio se coaduna à ideia de ordem do sistema, sua relativização ocasionando a derrocada

²¹⁸ (...) “Uma ‘ordem’ é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 34.

²¹⁹ Termo aqui tomado sem qualquer conotação social ou de corrente ideológica ou política assim nomeada, atendo-nos, tão-somente, à inferição etimológica que lhe é própria.

²²⁰ “A ideia de princípio **deriva da linguagem da geometria**, ‘onde designa as **verdades primeiras**’ (...). Exatamente, por isso, são ‘princípios’, ou seja, ‘porque estão ao princípio, sendo, ‘as **premissas de todo um sistema** que se desenvolve *more geométrico*.” In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. apud Luís-Diez Picazo. *Los Principios generales del derecho en el pensamiento de F. Castro*. In: Anuario de Derecho Civil. t. XXXVI. Fasc. 3.º out./dez., 1983. pp. 1267 e 1268.

²²¹ Cfr. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *O Conceito de Sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Universidade de São Paulo, 1976, p. 9.

²²² CHAVES, Pablo Holmes. *Direito e sistema*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2169>>. Acesso em: 13 de maio de 2007.

de todo ele. Ora, a ponderação de bens (e valores) ²²³ nas situações de conflito culmina, invariavelmente, com a relativização dos elementos contrapostos. Assim, há de concluir-se não sejam eles reais princípios, ou se constituiriam frágil base e arenoso alicerce ao edifício sistêmico de que se pretendam a base e o fundamento. Se num sistema tudo muda, ele deixa de ser o que é passando a ser outro diverso, aquilo que nele tende a ser imutável, garantindo sua unidade e constituição como tal e não numa conformação outra, é precisamente o que se deduz da ideia princípio, não se subsumindo a tais condições aquilo que, no âmbito do Direito, convencionalmente rotulamos sejam princípios.

Como se vê, a despeito de o termo princípio ser polissêmico (multívoco) ou análogo o quadro de referências (ideias) a que se reporta não é — nem poderia ser — infinito²²⁴, aliás passível de delimitação, não albergando, em qualquer de suas acepções, a ideia de ponderação, relativização que, no âmbito do Direito, lhe quiseram impor. Na precisa lição de Habermas, pondera-se tão-só valores, princípios não são passíveis de ponderação²²⁵, posto

²²³ “(...) Alexy trata princípios como valores (...)” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 357. “Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo ‘sim’ ou ‘não’, ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim)” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. Vol. I, tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 316 a 317. Ver ainda: HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.* p. 321.

²²⁴ Neste sentido, parece-nos equivocado exagero dizer, como o faz Guastini, que existam tantos conceitos de princípio diversos quantos são os autores que os lançam. Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Dalle Fonti alle Norme*. Torino, Gianpichelli, 1990. [s.l.] *apud*. GRAU, Eros. *Op. Cit.* pp. 136 e segs.

²²⁵ “(...) Alexy trata princípios como valores (...)” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 357. “Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo ‘sim’ ou ‘não’, ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor. A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou

que, para ele, pertencentes ao plano deôntico e não ao axiológico. Asseveramos, a nosso turno, pertençam eles ao plano ontológico, como essência²²⁶ mesma de um dado sistema, tudo o mais que não se coadune a tal ideia, merecendo albergar-se em nova nomenclatura. Antonio Enrique Perez Luño tece dura crítica à diferenciação entre princípios e regras erigida por Robert Alexy, em grande medida, pelo fato de desprezar e desconhecer, exatamente, a dimensão *metodológica* e *ontológica* de princípios e minimizar a relevância jurídica dos valores²²⁷. Bulygin assevera a derrotabilidade em face de a diferença morfológica proposta (por Alexy) entre princípios e regras não dar conta de tornar-se diferença qualitativa, mas diferente de ‘usos’, métodos interpretativos e não de essência; propõe, ademais, que a condição diversa de destaque dos princípios não impede possam estabelecer exceções às regras, tornando o Direito, igualmente, derrotável; defende o argumento de correção seja mera ficção, ilusão de quem julgue, não havendo a aproximação adequada entre Direito e Moral em Alexy. Jørgensen, por seu turno, propõe, por não poder haver adequação ao necessário, ao verdadeiro, etc., as proposições normativas — afeitas somente ao devido, ao permissivo e ao proibitivo — não possuem adendo no campo da lógica, não havendo falar-se de uma lógica normativa que despreze a dimensão ontológica (do necessário). Afora tudo, a teorização proposta por Alexy não soluciona o problema da discricionariedade, fiando-se à “abertura”, abrindo flancos ao decisionismo, eis que não precisa quais os elementos servem de norte para se elencar os princípios em jogo, quando do *decisum*, bem como não permite façam parte do processo aqueles a quem se destina a norma, como diversamente procede Dworkin.

Pois bem, a par de ser categoria utilizada pelas mais diversas áreas do conhecimento (Filosofia, Sociologia, Física, Matemática, etc.), e isto já o dissemos, em todas mais — exceto no Direito (ao menos em sua conformação dada pelo chamado Pós-positivismo) — é tida como norma das normas, numa categorização mesmo supranormativa — fundamental, na acepção da palavra a que já nos reportamos, como algo que não pode ser contrariado pois que elemento basilar e pedra de toque de um dado ramo do conhecimento, seu fundamento, essência, alicerce e causa primeira, cuja supressão ou desconsideração implica na queda do

exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura: decisões valorativas mais graves ou preferências de ordem superior exprimem aquilo que, visto no todo, é bom para nós (ou para mim)” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. Vol. I, tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. p. 316 a 317. Ver ainda: HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.* p. 321.

²²⁶ “Os princípios fornecem a base para a criação de leis e são a essência das normas de direito.” GRANZIERA, Maria Luiza Machado; DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário e Meio Ambiente*. In: PHILIPPI JR., Arlindo; ALVES, Alaor Caffé (Editores). *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*, Barueri-SP: Manole, 2005. p. 607/643. p. 609.

²²⁷ Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 3ª ed. Madrid: tecnos. 1990. p. 292, nota 20.

sistema como um todo. E se a etimologia o subsume à ideia de norma, é com caráter supranormativo que o faz, como norma alicerçante, núcleo mínimo intocável, basilar e fundante, nunca dando margem ao entender ou dimensão relativizante com que têm sido tomados, não abraçando, pois, a proposição de ponderação, balanceamento, etc, tampouco dando margem ao entender de que possam conflitar uns com outros.

Como vimos, “um procedimento vicioso é confundir o *conceito* — representação do fenômeno — com o próprio *fenômeno* — realidade concreta. Os conceitos constituem apenas o quadro de referência lógico dos fenômenos concretos.”²²⁸ Shakespeare chegou a conclusão similar, ao afirmar, pelos lábios de sua Julieta: “que há num simples nome? O que chamamos rosa, sob uma outra designação, teria igual perfume!”²²⁹ Ou seja, o simples fato de darmos nomes a tais ou quais *coisas* não nos habilitaria a dizer que as conhecemos a contento. O mero rótulo (nomenclatura, indumentária vocabular) que eventualmente lhes atribuamos nenhum poder tem de acrescer ou diminuir àquilo que as coisas analisadas, de fato, sejam; não se podendo dizer que, ao jungirmos tal ou qual objeto à determinada categoria, por simplesmente lhe termos dado um ou outro rótulo, ele esteja posto adequadamente onde lhe convém.

E a impropriedade com que se fala em princípios em âmbito de Direito nos meios acadêmicos é quase tanta quanto a profusão com que falam, comportando-se os doutrinadores e os educadores da área²³⁰, a mais das vezes, como repetidores de doutrinas postas, assentadas e majoritárias, não pesando nem refletindo detidamente sobre o teor das teses que repassam e as consequências — muitas vezes nefastas — que delas advém.

Quando da abordagem de princípios, os autores, convencionalmente, parecem apenas repetir o eco uníssono e quase unânime de uma *opinio (juris) doctorum* nunca antes falseada, ou pelo menos não convenientemente falseada, lastreando-se, a mais das vezes, em definições tão-somente de doutrinadores do Direito, como se o termo princípio e sua ideia mais remota fossem apropriações jurídicas, a ponto de que lhes seja possível dar o trato que queiram, desprezando toda a carga arquetípica que encerra (termo e ideia) e que antecede mesmo a mais remota construção jurídico-positiva ou sistêmica. Ou seja, este estado de coisas delineia haver clara possibilidade de que, corriqueiramente, estejamos a falar no âmbito jurídico, como

²²⁸ GOODE, William J. & HATT, Paul K. *Op. Cit.* p. 55.

²²⁹ SHAKESPEARE, William. *Romeu e Julieta*. Editora Virtual Books On-line M&M Editores Ltda. 2000. [s.l.].

²³⁰ “A meu ver existem duas categorias de juristas: os criadores de novas teorias e os sistematizadores que tentam classificar e aprofundar o trabalho dos primeiros. Contudo, em países atrasados como no Brasil, há ainda espaço para uma categoria, cujos integrantes não podem ser denominados juristas, que são os ‘divulgadores do Direito’. Ela existe devido à ausência de bibliotecas públicas, o preço elevado dos livros estrangeiros, bem como poucos estudantes lêem em língua estrangeira.” In: MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 38.

se princípios fossem, de categorias que realmente não o sejam. Prevalece, muita vez, o argumento de autoridade (*ad argumentadum hominem*), uma determinada proposição, como, por exemplo, a da relativização de princípios, sendo aceita pelo mero peso da palavra de quem proferiu e não por decorrer de ilação de senso, fulcrada em corolários de lógica insuficientes a sustentá-la como proposição digna de nota. O quadro de referências (taxativo) a que se reportam etimologia e conceito de princípio (como mais veremos adiante), conquanto façam menção à acepção de princípio como norma, definitivamente, não o fazem ao enquadramento relativo com que, no Direito, se os tem encarado, senão como norma inoponível.

Pois bem, quanto à abordagem sistêmica, historicamente, descortinam-se duas grandes veredas. De um lado, tendo como principal representante Kelsen, a de que o Direito seja um sistema fechado e autorreferente, que não troque elementos quaisquer com o meio externo (ambiente), fulcrando-se, pois, e tão-somente, em elementos que lhe são próprios: suas normas e em pretensa Norma (Hipotética) Fundamental, prescindindo, portanto, em sua pureza, de elementos de ordem filosófica, como também de influências do meio social a nortear o agir normativo²³¹; noutro prisma, propõe-se o Direito como um sistema (completamente) aberto, cujas trocas de elementos e a comunicação com o meio exterior (dialógica) se dariam sem entraves, sem que isso macule a identidade própria do sistema como tal, ou seja, sem que ele (o sistema aberto em tais moldes) se torne algo diverso do que é, por não conservar porção mínima que seja de sua conformação anterior — já que todos os seus elementos são passíveis de alteração em decorrência da permuta (comunicação dialógica) com o meio (ambiente), entendendo seja o padrão comunicativo, aquilo que teria a pretensão de manter-se como padrão estruturante (organizacional), com base num código binário de trocas, como aquilo que no sistema não muda (neste pólo, a despeito do resumo simplista acima, teríamos Habermas²³²). Afora ainda a tese extrema que sustém seja o Direito, bem como todos os sistemas sociais, um sistema *autopoiético*, ou seja, um sistema que vise, tão-somente, a reprodução de seu padrão, de sua linguagem, de seus elementos, fazendo do Direito um fim em si mesmo, relegando o homem (fim último de um Ordenamento) a “enésimo plano”, abrançando então proposta por seus próprios cultores declarada, aberta e reconhecidamente anti-humanista, situando-se neste termo derradeiro, Niklas Luhmann²³³. Pois bem, a proposta de que seja o Direito um sistema fechado olvida que a proposição de

²³¹ Cfr. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. *passim*.

²³² Neste sentido: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro* – Estudos de teoria política., *passim*; e HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. *passim*.

²³³ Cfr. LUHMANN, Niklas. *A Nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut./ICBA, 1997. *passim*.

sistemas fechados sequer existe em a Natureza, sendo utilizada, tão-somente, para fins didáticos; todavia, em tal propugnação, era passível — e foi louro da teoria Kelseniana — a hierarquização entre os elementos do sistema. Por outro lado, no segundo pólo, em que para fins simplificadores (e de primeira análise, talvez apressada, imprecisa e até mesmo injusta, pelo próprio vigor generalizante que confere, mas necessária por igual motivo para a pretensão da presente perquirição), apusemos Habermas e Luhmann, que propondo sejam os sistemas sociais (dentre os quais, o Direito) abertos, e apregoando igualmente uma relativização (permuta) de seus termos, elementos ou mesmo de seu código (padrão de comunicação com o ambiente), não haveria hierarquia possível entre as partes que compõem o sistema assim considerado, adquirindo todas elas igual valor e importância para o sistema como um todo. Com o detalhe de que Luhmann prima por uma tese declaradamente antihumanista, e que aproximar o Direito de sistemas autopoieticos distancia-o de seus fins. Ora, também em a Natureza não há sistema plenamente aberto como tal e a proposição de sistemas sociais em tal ou qual sentido é simples sustentáculo de teorização, sem o adendo de comprovação empírica irreduzível, passível, portanto, de ser falseada.

Vejamos, analisemos a questão do ponto de vista meramente abstrato. Se de um lado tudo muda, não valeria sequer o esforço do ser cognoscente em conhecer, exatamente porque tudo muda. Tudo se diluiria, se dispersaria e se tornaria fugaz, ou, nas palavras de Marx, a encabeçar título do livro de Marshall Bergman, *tudo o que é sólido se desfaz no ar*. Assim, não haveria sustentáculo para coisa alguma, seja no campo da matéria ou nas teorias do mundo da cultura. Por outro lado, se tudo permanece, ou tudo já terá sido conhecido, porque estabilidade tal colocaria o ser cognoscente, enquanto parte do todo, em conformidade a ela (imutável, portanto), ou sequer se poderia falar na possibilidade do conhecer, pois que isso implicaria em mudança do ser cognoscente, através do conhecimento (aprendizado), havendo pelo menos algo, pois, (o ser que conhece — o ente humano) que não seria estável (imutável), inviabilizando a estaticidade proposta em tais termos. Pois bem, tudo permanecendo estável, ainda que do ponto de vista intra-sistêmico, não haveria falar-se em evolução, uma vez que o sistema não mudaria, seja estrutural ou perifericamente. E tudo sendo mutável, não haveria possibilidade de se conhecer algo por entrave outro, consubstanciado na fugacidade das coisas que, qual bolhas de sabão, sendo deveras belas, logo se desfariam.

O que vemos hodiernamente são doutrinadores e educadores do Direito que, apregoando a normatização de princípios, a um só tempo, abraçam a ideia de que haja princípios absolutos, quando a normatização pressupõe, no bojo de seu sustentáculo teórico, a

relativização, a ponderação e/ou a resiliência²³⁴. Vemos ainda ladearem — incongruentemente, diga-se — a proposição de uma plena abertura sistêmica no campo do Direito à hierarquização de normas, umas precedendo a outras em grau e importância, ideias igualmente antinômicas. Ora, a abertura sistêmica nos moldes propostos (plena e irrestritamente) culminaria com a igual possibilidade de supressão (nem maior nem menor) de princípios e regras, se os tomamos como, incongruentemente a um só tempo, elementos de uma mesma natureza, espécies do gênero norma, e, no entanto, alocados em patamares hierarquicamente diversos. Por último, vemos falarem em princípio como base, alicerce, fundamento, núcleo ordenador, elemento de legitimação, mandamento nuclear de um sistema, seu espírito por assim dizer, sua essência, como categoria pertencente ao plano ontológico, e abordarem — a um só tempo — princípios como espécie do gênero norma, quando frágil base e fugaz fundamento um sistema qualquer teria se se pudesse relativizá-lo (qual decorre naturalmente da normatização proposta), ocasionando, quando de sua mudança, a mudança de todo o sistema, que se dirá da possibilidade de ponderação (illogicamente, em tais termos, atribuída a princípios), sendo que — na esteira do ensinamento de Habermas — ponderação só cabe a categorias do plano axiológico, estando princípios no plano ontológico, conforme sustentamos presentemente. A bem da verdade, Habermas os aloca no plano deontológico.²³⁵

Para ideias novas devem ser erigidos novos termos. Se muito daquilo que entendemos e rotulamos como princípios, no campo do Direito, está sujeito a ponderação, relativização e/ou resiliência, a isto devemos abordar com novo termo. Apenas àquilo que tende à perpetuidade, como elemento essencial, caracterizador e organizacional do Sistema é que devemos corretamente nomear por princípio, eis que mais afeitos à etimologia do termo, sua ideia subjacente, bem como às exigências sistêmicas, além de culminar com uma maior e efetiva proteção dos Direitos Fundamentais, os quais se sustentam como imperioso reconhecimento por força irrefragável da evidência, de serem válidos, garantidos e protegidos em favor de todos os seres humanos.

²³⁴ Robert Alexy chega a afirmar que, se há princípios absolutos, urgente seria modificarmos o termo para a eles nos referenciarmos. Temos, porém, entendimento bem diverso. Uma vez provado (etimológica e logicamente) que o substrato conceitual de princípios se adegue a proposição absolutória, como parece ser próprio da ideia de ontologização que lhe é inerente, não albergando, assim, ideia alguma passível da relativização que decorre de seu normativismo, proposta sustentada quase que pelo uníssono das vozes dos Doutrinadores todos no seio do chamado Constitucionalismo Moderno (pós-positivismo); assim, em tais lindes, seria aquilo que hodiernamente chamamos (e erroneamente, em nosso entender) de princípio que teria de ser realocado a outra categoria do pensamento, e não o contrário. E autores há que do mundo inteiro já propõem teorias neste sentido, sustentando a diferenciação entre princípios e diretrizes, ora contando com o advento tímido e inaudível (quase mesmo que forçoso, pelo peso da irrefragável evidência) dos próprios vulgarizadores do normativismo, como é o caso de Robert Alexy.

²³⁵ Ver: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. p. 316-317 e 321.

A despeito de o termo princípio ser polissêmico, análogo ou mesmo multívoco²³⁶, — já o dissemos — o quadro de referências a que se reporta não é infinito, tampouco poderia ser; podendo-se, com algum esforço, delimitá-lo, encontrando as posições e liames comuns atinentes a todas as tentativas definitórias, atendendo a certo (e aqui exigível) rigor terminológico. E o que se observa, todavia, é que nenhuma delas alberga pretensa ponderação ou relativização. A contrário senso, princípio, nas tentativas definitórias todas, acerca-se do plano ontológico, constituindo, pois, a essência (núcleo mínimo essencial) de um Sistema, cuja queda, supressão, relativização (ainda que em âmbito formal) implica na modificação do Sistema como um todo, eis que constitui sua parcela mínima intangível, seu Fundamento, aquilo sobre o que se alicerça. E, entendemos, um Sistema jurídico só mude, em tais lindes, via Revolução ou por meio de uma nova Constituinte, eis que aí surge um outro e novo Sistema, diverso do anterior, calcado em princípios de ordem diversa, e com outra base por assim dizer.

Urge, pois, que se estabeleça clara diferenciação, no âmbito do Direito, entre princípios, proposições normativas, diretrizes principiológicas, regras, etc., cada qual alocado no plano que lhe convém, condizente aos diferentes graus de abstração, generalidade, fundamentalidade e importância que a cada um é próprio, sob pena de persistirmos em erros terminológicos, e em equívocos sistêmicos, capazes de implicarem, em última análise, na supressão e efetiva lesão exatamente daquilo a que se visa proteger: a vida, a liberdade e a propriedade, noutras palavras, ao ente humano e àquilo que ele valora.

4.5.1 Princípio no Direito: o que o texto diz e a interpretação não pode infirmar

A fim de confirmar os dados colhidos nas ilações acima, analisemos, como corolários às inferições pré-conclusivas adiante, uma série de definições ofertadas por doutrinadores jurídicos.

Temos que, diante da análise encetada em linhas supra, princípio pode ser definido como causa primária de um conhecimento, a proposição que lhe serve de base, ainda que de modo provisório, e cuja verdade não é questionada; e — sendo assim — não pode ser relativizado.²³⁷

²³⁶ Frise-se uma vez mais, parece-nos equivocado exagero dizer, como o faz Guastini, que existem tantos conceitos de princípio diversos quantos são os autores que os lançam. Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Op. Cit. Loc. Cit. apud. GRAU, Eros. Op. Cit. Loc. Cit.*

²³⁷ *Wikipedia*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio>> Acesso em: 09 de dez. 2010.

Acercando-se do problema em questão, o eminente professor, Carlos Maximiliano, defende, em precisa medida, que:

Todo o conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o substratum de um **complexo de altos ditames**, o **índice materializado de um sistema orgânico**, a concretização de uma doutrina, **série de postulados que enfeixam princípios superiores**. Constituem estes as diretivas ideias do hermeneuta, os **pressupostos científicos da ordem jurídica**.²³⁸ [grifo nosso]

Plá Rodriguez, por sua vez, afirma que princípios “são linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que, podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos”.²³⁹

Para Miguel Reale, “os princípios são certos **enunciados lógicos** admitidos como **condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber**.”²⁴⁰

Conforme Clóvis Beviláqua, citado por Washington de Barros Monteiro, “os princípios são **elementos fundamentais da cultura jurídica humana**.”²⁴¹ [grifo nosso]. Coviello, igualmente citado por Washington de Barros Monteiro, entende, por sua vez, que “princípios são os **pressupostos lógicos e necessários** das diversas normas legislativas.”²⁴² [grifo nosso].

Celso Antônio Bandeira de Mello considera ainda que:

Princípio é, por definição, **mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência**, exatamente **por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico**. É o conhecimento dos princípios que **preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo**.²⁴³ [destaques nossos].

Os princípios são, pois, fontes basilares de qualquer ramo do conhecimento humano, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicabilidade prática, dominando desde os lindes do utilitarismo pragmático como os do racionalismo supra-humano. Não há, portanto, forma de conhecimento que prescindia de princípios! São eles de aplicabilidade em todo o sistema de que se acercam, constituindo as propugnações primeiras a engendrar todo o saber

²³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed., São Paulo: Forense, 2001. p. 295.

²³⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3ª ed., São Paulo: LTr, 2002. p. 13.

²⁴⁰ REALE, Miguel. *Op. Cit.* p. 300. [grifo nosso].

²⁴¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 34ª ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1.997, p. 42.

²⁴² Idem. *Ibidem*.

²⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RTs, 1981. p. 230.

posterior. Assim, não podem, pois, quaisquer manifestações posteriores ir de encontro aos mesmos, doutro modo, estariam atacando a si próprias e à base de todo o saber que pressupõem.

Vale colacionar, mais uma vez, o prudente entendimento do prof. Miguel Reale no sentido de que:

Quando o nosso pensamento opera essa redução certificadora, até atingir **juízos que não possam mais ser reduzidos a outros**, dizemos que atingimos **princípios**. **Princípios** são, pois, **verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade**. Às vezes também se denominam **princípios** certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos como seus pressupostos necessários.²⁴⁴[grifo nosso]

Como se vê, é mais condizente ter que muito do que se convencionou chamar princípio, em âmbito jurídico, pertença a esta segunda ordem de coisas, proposições meramente convencionais, não fundantes. Ora, há princípios que o sejam pela própria natureza e outros há que se hajam como tais pela convenção dos homens. Eis o que se quer distinguir a fim de saber se realmente há princípios a que se possa tomar por jurídicos, se eles pertencem à primeira ou à segunda categoria. Bem poucos há talvez que mereçam figurar na primeira acepção e destes não se sabe serem jurídicos no sentido estrito do termo. E torcer o pensamento com o fito único de guindar um saber à condição científica nada mais é que fazer primar *interesses*, antes da consecução do real e da verdade sobre tal saber, como já vimos.

O professor, mestre e doutor, Francisco Meton Marques de Lima, em brilhante elucubração assevera que:

Princípio significa **a base, o ponto de partida e ao mesmo tempo a síntese e o ponto de chegada**. Todos os princípios são circulares: **o princípio confunde-se com o fim**. Assim, temos a forma dos corpos celestes, o movimento planetário, tudo obedecendo à lei circular das coisas do Universo. As leis, quer naturais, quer humanas, são descrições que se prestam para compor o círculo, unindo em pontilhados o espaço compreendido entre o ponto de partida e o ponto de chegada. **O ponto de partida e o ponto de chegada são coincidentes e se representam pelo PRINCÍPIO.**²⁴⁵

Ora, conquanto sejam a base, os princípios são a síntese final, a derradeira conclusão de um sistema de conhecimento, muito embora só se delineiem e somente se os possa **reconhecer como verdades fundantes** após se divisar todo. Por princípio, entende-se ser, basicamente, a base, o início, o fundamento. Assim concebido, não há coisa que possa

²⁴⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. p. 60.

²⁴⁵ MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *Os princípios de direito do trabalho: na lei e na jurisprudência*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1997, p. 15.

preexistir a dado princípio, posto seria essa coisa o verdadeiro princípio e não o primeiro a que se havia tomado como tal. A generalidade da ideia há que se fazer presente ante os princípios específicos de um dado ramo do saber, de uma dada Ciência. Outrossim, haveria princípios da Física, da Química, da Biologia, da Matemática e do Direito; guardando todos, entretanto, os lineamentos gerais a que o termo encerra.

Princípio é, portanto, um *saber sem pressupostos*, um saber primeiro de tal ou qual secção do conhecimento humano. De falar-se de antemão daquilo a que se convencionou chamar princípios jurídicos antes de tratar-se do termo desprovido de qualquer adjetivação.

Mais genéricos que as normas, os princípios (ditos jurídicos) orientam valores que podem favorecer ou desfavorecer determinado fato, não se restringindo, contudo, a subsumir fatos a si, qual acontece com as normas. Antes, um princípio é norteamento maior do ordenamento. Inobstante isso, dentro do sistema de conhecimentos denominado Direito há — dizem — cisão entre os princípios que se acercam de uma determinada secção deste saber e os que abraçam a todo o ordenamento. Senão vejamos o que diz Guerra Filho a este respeito em sua *Teoria Processual da Constituição*:

Possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou 'tipificação') de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como 'fato permitido'). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraíndo a consequência prevista normativamente.²⁴⁶

É claro o fim de sustentar a autonomia de dado sistema (tal qual o jurídico), sendo mais clara ainda, numa mimese reducionista e fracionadora do conhecimento, agir de um mesmo modo para garantir a consecução de autonomia para as frações de um sistema. Comum é se ouvir de um sem número de doutrinadores algo no sentido de que ao lado dos princípios gerais do direito, os variados ramos da ciência jurídica possuem princípios peculiares, sem os quais seria temerário conferir-lhes autonomia. Tal ou qual secção do direito representaria — assim, e somente assim, tidos como ciências — um ramo autônomo e como tal, possuiria uma série de princípios próprios, diferentes dos que vigoram em outros ramos jurídicos.

²⁴⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: RCS, 2007. *passim*. e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 17.

Ora, propõem tal noção (a de que os ramos do Direito são autônomos e, portanto, possuem princípios próprios) sem que interponham qualquer fundamento racional, exceto o peso da palavra de quem propugna tais noções. Seria como “raciocinar” da seguinte forma: afirmo que tal ramo do direito possui autonomia. Para haver autonomia é imprescindível a existência de princípios. Logo, como eu afirmei que este mesmo ramo possui autonomia, ele igualmente possui princípios próprios. Fica-se sem saber se o objetivo é perquirir a verdade e a realidade em torno da temática ou conceder autonomia a um dado saber ou fracionamento dele, pelo simples orgulho de quem labuta com o referido conhecimento.

O próprio termo qualitativo princípios “gerais” indica-nos a nota de amplitude, de compreensão de todos os ramos de extensão e aplicação a todo o direito. Os princípios de direito do trabalho, por definição, aplicam-se a um ramo — o direito trabalhista — e não se aplicam a outros ramos. Não são necessariamente exclusivos de uma especialidade, mas não podem servir para todos os ramos, em outra palavra, serem gerais, pois deixariam de ser específicos e caracterizadores.²⁴⁷

“Um princípio jurídico fundamental é algo que devemos admitir como **pressuposto de todo ordenamento jurídico**. Informa a totalidade do mesmo e aflora de modo expresso em múltiplas e diferentes normas, nas quais o legislador muitas vezes necessita mencioná-los.”²⁴⁸ [grifo nosso]

“Os princípios são tidos como as **diretrizes tendencialmente normativas** que **condensam as afirmações éticas** suscitadas pelos conflitos imanentes às relações humanas.”²⁴⁹ [grifo nosso]

Inobstante tudo o que apregoam acerca dos princípios (incluindo aí os ditos de Direito), seja tomando-os por *base, saber fundante e sem pressupostos*, inobstante digam sejam eles o *alicerce e pressuposto lógico* de um dado ramo do saber, inobstante os tomes por *postulados superiores e verdades últimas de um sistema de conhecimentos qualquer que seja*, ainda assim prevalece a ideia — contraditória diante das próprias conceituações levantadas — de que haja conflito possível entre princípios de Direito. É a crença de alguns autores que um princípio (jurídico que se diga) possa contradizer outro. Ora, sendo o fundamento, a fonte basilar de um ordenamento, o saber fundante e sem pressupostos, a condicionante lógica e verdade última de um dado ramo do saber, não se pode afirmar que princípios jurídicos se contradigam uns aos outros, seja *in concreto* ou, menos ainda, *in abstracto*. Se isso ocorre, há duas alternativas possíveis: ou um dos ditos “princípios conflitantes” há de não o ser, ou os

²⁴⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op. Cit.* p. 13.

²⁴⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Op. Cit. passim*.

²⁴⁹ DA COSTA E SILVA, Gustavo Just. *Os limites da reforma constitucional*. 1ª ed, São Paulo: Renovar, 2000. p. 236 e 237

dois, igualmente, não o são! A pretensa contradição que possa haver seria em realidade fruto da errônea visão daqueles que as propugnam. E, se entre todos os princípios jurídicos ela há, não há que se falar em princípio jurídico, tal termo seria, assim, incabível.

Observando a contradição lógica da propugnação de que haja conflitos entre princípios, Ronald Dworkin propõe sejam os (ditos) princípios jurídicos, quais *standards*, ou seja, comportamentos-padrão. Os princípios, segundo Dworkin, envolveriam referenciais de conduta, razões de conduta. Diante do caso concreto, o intérprete e aplicador do Direito deveria averiguar não qual o mais adequado diante das exigências factuais, mas aquele que é aplicável ao caso e aquele que não o é. Em Alexy, por outro lado, a fim de suprir a contradição de contrapor as bases de um sistema umas às outras, diz-se que “nenhum dos princípios em conflito será considerado inválido, mas um deles cederá, naquele caso, em favor de outro, que incidirá. Poderá, eventualmente, até ocorrer hipótese em que ambos os princípios sejam aplicados, com atenuações e concessões mútuas.”²⁵⁰ Em Dworkin, não há a propugnação da resiliência, um princípio não cede ante outro, diversamente do que ocorre em Alexy. Mas mesmo a proposta de que haja *resiliência* (adaptabilidade às situações diversas) entre princípios poderia ser posta em questão.

Por fim, citemos a emblemática lição que Leibniz nos legou em primorosa e fecunda explanação, afirmando que:

Os nossos raciocínios fundam-se sobre dois grandes princípios: o da contradição, pelo qual consideramos falso o que ele implica, e verdadeiro o que é oposto ao falso ou lhe é contraditório. (...) E o da Razão Suficiente, pelo qual entendemos não poder algum fato ser tomado como verdadeiro ou existente, nem algum enunciado ser considerado verídico, sem que haja uma razão suficiente para ser assim e não de outro modo, embora frequentemente tais razões não possam [ainda] ser conhecidas por nós. (sic!) (...) Também há duas espécies de verdades: as de Razão e as de Fato. As verdades de razão são necessárias, e o seu oposto, impossível; as de Fato, contingentes, e o seu oposto, possível. Quando uma verdade é necessária pode encontrar-se-lhe a razão por meio da Análise, decompondo-a em ideias e verdades mais simples até alcançar as primitivas. (...) Assim, entre os Matemáticos, os Teoremas de especulação e os Cânones de prática se reduzem pela análise a Definições, Axiomas e Postulados. (...) Finalmente há ideias simples, impossíveis de definir; outrossim, Axiomas e Postulados, ou em resumo: princípios primitivos, insuscetíveis de prova e, aliás, sem necessidade alguma dela. São os Enunciados idênticos, cujos opostos implicam contradição expressa.²⁵¹

²⁵⁰ SARAIVA, Wellington Cabral. *O Caráter Principiológico Das Normas Constitucionais*. Disponível em: <<http://www.infojus.com.br/area3/wellingtoncabral2.htm>> Acesso em: 30 de junho de 2001.

²⁵¹ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Op. Cit.* p. 108.

4.6 A Sociedade, o Estado e o Direito — Sistemas e Subsistemas:

Princípios, vimos, não de ser necessariamente universais (ao menos no âmbito do sistema ao qual pertençam) e tendem à imutabilidade, sob pena de desagregação do próprio sistema, disso se podendo retirar premissa razoável para possível alusão conclusiva no campo específico do Direito. Mas, para tanto, convém — por imperativo lógico — aclaremos antes o que seja o próprio Direito. A noção primária que dele podemos tecer (tomando como base, e apenas neste tocante, a ideia de Luhmann) é a de que seja um subsistema Social. A boa lógica pede, para uma escorreita compreensão do tema, principiemos exatamente pela delimitação do campo do próprio Direito²⁵².

Ora, já nos exortou o gênio Romano “*ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo, ubi homo, ibi ius*”²⁵³. Com isso, nada mais nos quiseram reportar os clássicos senão para o fato de que não há falar-se em Direito sem falar-se em Sociedade. Noutras palavras, o surgimento de um se teria dado de forma interdependente ao do outro. Bem, é fato que não se concebe o regramento jurídico da vida a quem está sozinho; um indivíduo só, nada responde, senão a si mesmo, uma vez que está só e a ninguém mais tem de responder, eis que ninguém mais há. O Direito não prescinde, portanto, do caráter de alteridade (do outro) para existir. Assim, só há Direito em Sociedade, e fora dela não há falar-se em Direito.

Pois bem, sem querermos incorrer no risco de cairmos numa *reductio ad infinitum* inconclusiva, mas, tal é a relação entre o Direito e a Sociedade, que a percuciente compreensão de um, não prescinde do correto entendimento do que venha a ser o outro. E qual seria então a noção, por rudimentar que seja, que temos do viria a ser a sociedade, a qual o Direito visa regramento? Pelo simples fato de podar a ação individual em prol de um comportamento outro mais aceito pelo grupo, a Sociedade termina por tornar-se — não exclusivamente por essa razão — algo diverso da mera soma dos indivíduos. Esta é a lição que nos legou Emile Durkheim, asseverando que a Sociedade seja algo novo, com identidade

²⁵² “O próprio conceito de Direito Penal não pode ser, por decorrência, desconectado do conceito de Direito, sendo, isto sim, derivado dele. É, portanto, um conceito derivado, pois deve se basear no objeto geral do direito, na matriz normativa que é comum a todo o Direito. Para que se possa, então, conceituar o Direito Penal é necessário que se resgate o conceito de Direito.” In: COELHO, Edihermes Marques. *As funções do Direito Penal*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, n.º 146. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=835>> Acesso em: 27 nov. 2006.

²⁵³ Assim diz, e parece-nos sobremaneira acertada e empiricamente comprovada, a célebre frase (aforismo) de Ulpiano: “onde o homem, aí a sociedade; onde a sociedade, aí o direito; então, onde o homem, aí o direito.” Cfr. ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1945. p. 21. [versão livre].

outra e determinada, independente, pois, dos seus membros, e bem diversa, portanto, da mera soma dos seus componentes individualizados.²⁵⁴

O Professor, mestre e Doutor, Edihermes Marques Coelho, em brilhante artigo sobre o tema, aclara ainda que:

A vida em sociedade é uma marca da civilização. O existir humano no mundo desenvolveu-se ao longo da história através de mecanismos de convivência social, organizada sob diversos símbolos e códigos. A vida em sociedade mais e mais foi se mostrando encadeada em torno de símbolos e de códigos de convivência (religiosos, de etnia, geográfico-culturais etc.), e isso de uma maneira tal que se pode falar na existência de um sistema de vida em sociedade — de um sistema social. (...) O Direito contemporâneo compõe o sistema social, e dentro dele é um subsistema — faz parte das relações sociais (sistema social), mas possui uma matriz própria (símbolos e códigos próprios), ou seja, a normatividade (subsistema social). A teoria e a prática jurídicas são definidas e organizadas em torno do paradigma da normatividade — ou seja, o objeto básico do Direito são as normas jurídicas. É a partir da normatividade que o Direito interage com outras ‘áreas’ do sistema social.²⁵⁵

Fica fácil constatar, com base nas premissas que lançamos em linhas supra, que só há o direito de um em contraposição ao dever de um outro; assim, só haveria Direito em Sociedade, ou — numa visão bastante reduzida e simplista do que ela seja — quando houvesse pelo menos dois indivíduos. Então, poderíamos dizer que a forma mais rudimentar de sociedade abraçaria um número mínimo de indivíduos, *in casu*: dois, pois somente onde houvesse (pelo menos) dois indivíduos a liberdade de um teria de ficar necessariamente

²⁵⁴ Julgamos contraproducente macular a brilhante lição de Durkheim com nossa brevíssima paráfrase e a transcrevemos aqui com pouquíssima supressão, a fim de facilitar o correto entendimento: “um todo não é idêntico à soma de suas partes, ele é alguma outra coisa cujas propriedades diferem daquelas que apresentam as partes de que é formado. A associação não é, como se acreditou algumas vezes, um fenômeno por si mesmo estéril, que consiste simplesmente em colocar em relações exteriores fatos realizados e propriedades constituídas. Não é ela, ao contrário, a fonte de todas as novidades que se produziram sucessivamente no curso da evolução geral das coisas? Que diferenças existem entre os organismos inferiores e os demais, entre o ser vivo organizado e o simples plastídio, entre este e as moléculas inorgânicas que o compõem, senão diferenças de associação? Todos esses seres, em última análise, decompõem-se em elementos da mesma natureza; mas esses elementos são, aqui, justapostos, ali, associados; aqui, associados de uma maneira, ali, de outra. É lícito inclusive perguntar se essa lei não penetra até o mundo mineral, e se as diferenças que separam os corpos inorganizados não têm a mesma origem. (...) Em virtude desse princípio, a sociedade não é uma simples soma de indivíduos, mas o sistema formado pela associação deles representa uma realidade específica que tem seus caracteres próprios. Certamente, nada de coletivo pode se produzir se consciências particulares não são dadas; mas essa condição necessária não é suficiente. É preciso também que essas consciências estejam associadas, combinadas, e combinadas de certa maneira; dessa combinação que resulta a vida social e, por conseguinte, é essa combinação que a explica. Ao se agregarem, ao se penetrarem, ao se fundirem, as almas individuais dão origem a um ser, psíquico se quiserem, mas que constitui uma individualidade psíquica de um gênero novo. Portanto, é na natureza dessa individualidade, não na das unidades componentes, que se devem buscar as causas próximas e de determinantes dos fatos que nela se produzem. O grupo pensa, sente e age de maneira bem diferente do que o fariam seus membros, se estivessem isolados. Assim, se partirmos desses últimos, nada poderemos compreender do que se passa no grupo. Em uma palavra, há entre a psicologia e a sociologia a mesma solução de continuidade que entre a biologia e as ciências físico-químicas. Em consequência, toda vez que um fenômeno social é diretamente explicado por um fenômeno psíquico, pode-se ter a certeza de que a explicação é falsa.” DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. e-book grátis. p. 79 e 80.

²⁵⁵ COELHO, Edihermes Marques. *Op. Cit. Loc. Cit.*

limitada pela liberdade do outro; ou seja, para um bom convívio social, um teria de respeitar certas prerrogativas do outro e vice-versa. Longe disso, estando só, não haveria limites para o agir humano²⁵⁶. Ademais, não há relatos quaisquer — e a própria compleição frágil da vida humana ao nascer atesta isso — de que seja possível haver viabilidade para o homem fora da sociedade. E isso a ponto de os sábios terem asseverado desde os primórdios: o homem é um ser social, um animal político²⁵⁷; ou seja, a sociedade seria seu *habitat* restritíssimo, e a tal ponto que não “vingaria” fora dela. E, inobstante se possa perfeitamente viver como um ermitão, não se pode nascer e sobreviver, com viabilidade qualquer, isoladamente. Usando o linguajar aristotélico, diríamos: fora da Sociedade o Homem não cumpriria aquilo que nele há enquanto potência (vontade de potência, seria o termo de Nietzsche), ou seja, não exteriorizaria aquilo que nasceu para ser, aquilo que há em si enquanto essência, aquilo que consubstancia mesmo o que pensamos seja o ente humano.

Pois bem, foi um rudimento do que viria a ser o Direito como hoje o concebemos a reger essa primeira e mais primitiva forma de sociedade. Mas, por que a imprescindibilidade de regras ao viver (conviver) social? Como vimos, há uma relação recíproca e de estreita interdependência entre Direito e Sociedade. No campo estritamente teórico, podemos dizer que um não existe sem o outro, por isso se diz que o Direito é um fenômeno social, tendo

²⁵⁶ Rousseau afirma que “a mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família. As crianças apenas permanecem ligadas ao pai o tempo necessário que dele necessitam para a sua conservação. Assim que cesse tal necessidade, dissolve-se o laço natural. As crianças, eximidas da obediência devida ao pai, o pai isento dos cuidados devidos aos filhos, reentram todos igualmente na independência. Se continuam a permanecer unidos, já não é naturalmente, mas voluntariamente, e a própria família apenas se mantém por convenção. (...) Esta liberdade comum é uma consequência da natureza do homem. Sua primeira lei consiste em proteger a própria conservação, seus primeiros cuidados os devidos a si mesmo, e tão logo se encontre o homem na idade da razão, sendo o único juiz dos meios apropriados à sua conservação, torna-se por si seu próprio senhor. (...) É a família, portanto, o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai, o povo a imagem dos filhos, e havendo nascido todos livres e iguais, não alienam a liberdade a não ser em troca da sua utilidade. Toda a diferença consiste em que, na família, o amor do pai pelos filhos o compensa dos cuidados que estes lhe dão, ao passo que, no Estado, o prazer de comandar substitui o amor que o chefe não sente por seus povos.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. pp. 55 e 56.

²⁵⁷ “Para Aristóteles ‘o homem é por natureza um animal político’, isto é, um ser vivo (**zoon**) que, por sua natureza (**physei**), é feito para a vida da cidade (**bios politikós**, derivado de **pólis**, a comunidade política). No contexto da filosofia de Aristóteles, essa definição é plausível e revela a intenção teleológica do filósofo na caracterização do sentido último da vida do homem: o viver na **pólis**, onde o homem se realiza como cidadão (**politai**) manifestando, no termo de um processo de constituição de sua essência, a sua natureza. Parece claro para os intérpretes de Aristóteles que o “**zoon politikon**” não deve ser compreendido como “**animal socialis**” da tradução latina. Este desvio semântico resultou num sentido alargado do termo grego que acabou se identificando com o social. Para Aristóteles, o social significava mais o instinto gregário, algo que os homens compartilham com algumas espécies de animais. O simples viver junto, em sociedade, não caracteriza a destinação última do homem: a “politicidade”. A verdadeira vida humana deve almejar a organização política, que é uma forma superior e até oposta à simples vida do convívio social da casa (**oikia**) ou de comunidades mais complexas. A partir da compreensão da natureza do homem determinados aspectos da vida social adquirem um estatuto eminentemente político, tais como: a noção de governo, de dominação, de liberdade, de igualdade, do que é comum, do que é próprio, etc.” In: RAMOS, César Augusto. *A Individualidade Política – O ‘Zoon Politikon’ – E o Processo de Individualização nos ‘Grundrisse’ de Marx*. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/cemarx/cesar.htm>>. Acesso em: 28 de nov. 2006.

surgido, pois, no seio social, não importando muito se concomitante ao surgimento da sociedade, como entendem uns, ou mesmo se posterior a isso, como apregoam outros. O certo é que, como assevera Max Weber, não existe (empiricamente falando) sociedade em um estado de anomia²⁵⁸, isto é, nunca houve uma sociedade sem leis. A presença de um grupamento humano qualquer, clã, família, tribo, comunidade, implica na proposição de regras de convivência — algumas destas regras assumem compleição tal a poder se exijam sanção, específica, prévia e gerida por autoridades legitimadas pelos participantes, em caso de descumprimento. E, sustenta Weber, que sociedade alguma sobreviveria em um tal estado de desordem, sem normas nem princípios que garantam a convivência pacífica e racional entre os indivíduos. Ora, é proposição assente, sustentada, sobretudo, por Rousseau e Hobbes, a de que, num pretenso estado-natural, o homem seria plenamente livre. Ou seja, se pudermos abstrair, tenha havido momento anterior ao surgimento da Sociedade, do Direito e do Estado, em que os homens, individualmente, seriam livres, e a tal ponto de poderem fazer o que bem quisessem, até mesmo atentarem contra a integridade física, a vida, e/ou a liberdade uns dos outros. Daí a necessidade de instrumentos de controle social (dos regramentos sociais), dentre os quais, figura o Direito, que, sem dúvida, é o de maior rigor e talvez o de maior efetividade. Assim, em moldes estritamente empíricos, a Sociedade sem o Direito não existiria, seria anárquica, e tal estado de coisas a faria culminar com seu fim. O Direito seria a grande coluna que a susteria. A existência do Direito, vimos, exige uma equação social. Só se tem Direito relativamente a alguém. E nisso reside a alteridade do Direito. O homem que vive fora da sociedade, vive fora do império das leis. O homem só, isolado, não possui direitos, mas tampouco deveres.

É princípio básico do estudo da dimensão social, exato, a ideia da sociabilidade humana. Existe um impulso que levou o homem ao viver em grupo, de modo que não há falar em viabilidade para o ente humano fora de um contexto social qualquer. Neste contexto, ganhou repercussão o embate entre Hobbes e Rousseau acerca do móvel da sociabilidade humana. Rousseau enxergava no homem ‘o bom selvagem’ (*beau sauvage*), ao passo que Hobbes via no homem ‘o lobo do próprio homem’ (*homo hominis lupus*). Em Rousseau, a natureza humana era boa (corrompida, sim, pelo Estado). Para Hobbes, o que teria impulsionado o homem a viver em grupo seriam as óbvias vantagens do viver em grupo, sua natureza sendo egóica e não altruística, como pressupunha Rousseau. E a despeito das divergências Rousseauianas-Hobbesianas acerca das razões que motivam a sociabilidade

²⁵⁸ GALLIANO. *Introdução à Sociologia*. São Paulo: Harper & Row do Brasil. 1981.p. 69.

humana, sua natureza gregária, se advinda do inatismo ou do egocentrismo, percebemos que, sem a sociabilidade — e ambos concordam neste tocante — não haveria sequer falar-se em sociedade, provável tampouco em ente humano. Sociabilidade é, pois, um princípio dos saberes sociais, uma vez que, demovido, demove-se, com ele, todo o sistema de que se constitui princípio, porque base, alicerce, fundamento — não-relativizável, portanto. Neste sentido, a sociabilidade seria *arché* (*arkhé*), enquanto elemento que confere ordem, estrutura e fundamento ao sistema social e cuja supressão desencadearia a derrocada de todo o sistema.

CAPÍTULO V

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CERNE DOS SISTEMAS JURÍDICOS NA CONTEMPORANEIDADE

Quando dizemos que a filosofia não nos interessa, o que provavelmente fazemos é substituir uma filosofia explícita por outra implícita, isto é, imatura e incontrolada (...) Esta filosofia caseira (...) supõe que um símbolo, tal como uma equação, possui significado físico somente à medida que diga respeito a alguma possível operação humana. Isto equivale a se considerar a totalidade da física como se referindo a operações, principalmente medições e cálculos, e não à natureza, o que implica num retorno ao antropocentrismo prevalecente antes do nascimento da ciência.

Mário Bunge

No espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum.

Ferdinand Lassale
A Essência da
Constituição, p. 24.

5.1 Aglutinação de Argumentos Previamente Ofertados: considerações prévias:

Vimos que a lógica interna do Constitucionalismo Tradicional [Velha Hermenêutica ou Constitucionalismo Moderno] era a de que, estruturalmente, houvesse normas e princípios; ao passo que, para a proposta Neoconstitucionalista [Pós-moderna / Pós-positivista] é a de que haja normas [enquanto gênero], a se cindir em princípios e regras [como espécies]. Neste contexto, temos que o campo normativo se assenhoreia da esfera do *dever ser* (*sollein*), daquilo que se impõe como preceito, mas pode — inda que não impunemente — ser descumprido; ou seja, a conduta devida não apenas pode, eventualmente, não-ser-seguida, como o não-ser-cumprida é de sua própria natureza; ou seja, faz parte da natureza da norma a aplicação de uma sanção; a sanção em si faz parte de seu cerne conceitual. Para o campo normativo [plano deontológico], ventilar-se a aplicação de sanção é um *a priori* seu. Para normas, a perspectiva de se aplicar uma sanção faz parte de sua natureza. Com princípios, ocorre, pertençam ao plano do *ser* (*sein* com não se confunde com o do *estar* — mera existência, mutável e vária), pertencem ao plano ontológico (ao plano daquilo que não foi, nem será, mas que ‘é’, o que filosoficamente reporta à estabilidade, imutabilidade, quando menos, tendendo a isto) uma vez que, (ao menos para a etimologia) princípios, uma vez demovidos, levam consigo todo o sistema de que se constituem a base, o alicerce, o fundamento. Vimos, ademais, que os sistemas sociais, o Direito aí incluso, constituem

sistemas auto-poiéticos, produzindo algo diverso de si mesmos, existindo para algo mais que meramente reproduzir-se (algo mais que engendrar normas), não podendo alijar os aspectos moral e social. A proposição de que os sistemas sociais se comportem exatamente como os naturais, como quer Luhmann, significaria a adoção declarada de um anti-humanismo, como ele próprio o faz, incompatível com o Direito e incompatível, sobretudo, com o atual momento vivido pelo constitucionalismo no mundo. Assim, o Direito não apenas se traduz ao normado ou normatizado, tampouco existe tão-só para criar o que seja norma. A vedação do adendo ao sistema do que ‘não-seja-norma’, como quer Alexy, revela-se falha e a abertura a princípios de ordens outras, se ladeada à proposta de normatização, como propõe Dworkin, é equivocada. Provável, sua adoção à proposição de que princípios seriam normas se tenha dado mais como argumento de convencimento dos positivistas, contra quem se opunha, uma vez demonstrado ocupa posição secundária no seu bojo teórico, diversamente da integridade e unidade e do encarar princípios como fundamentos autônomos de decisão.

Ora, tomemos as seguintes previsões principiológicas, aqui colacionadas apenas a título exemplificativo, sendo este um argumento fraco (mas um argumento ainda assim): *‘homens e mulheres são iguais...’*; *‘o Brasil é uma República Federativa...’* ou ainda *‘Executivo, Legislativo e Judiciário são poderes da União, independentes e harmônicos entre si’*, ou mesmo: *‘a República Federativa do Brasil [...], constituindo-se Estado Democrático de Direito, tem como fundamento: [omissis] III — a dignidade da pessoa humana’*. De observarmos que elas já evidenciam o argumento ora proposto. Como dito, ainda em nossos prolegômenos, a construção frasal já denuncia a dimensão ontológica evidente de que se acercam princípios. Senão vejamos: não se diz que os homens devam ser iguais, mas que são; tampouco se diz o Brasil deva ser uma República Federativa, mas que o é; o mesmo valendo para os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que o são, não que devam ser; bem assim com a Dignidade da Pessoa Humana sendo fundamento da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, não como um dever ser, mas como um ser. Princípios, explicitaremos, não expressam condutas devidas cujo descumprimento implique em sanção outra, senão — decorrência do próprio descumprimento (e de sua tamanha gravidade) — o culminar na decorrocada de todo o sistema²⁵⁹ de que constituam base, alicerce, fundamento, etc. Passemos, então, a analisar o histórico e as apreensões definitórias do termo e ideia, para *a posteriori* focarmos os argumentos fortes em favor da tese que

²⁵⁹ “Tal é o significado dos princípios *estruturantes* ou *fundamentais* para a identidade da constituição que uma modificação dos mesmos não implica a reforma ou a revisão da constituição, porém a destruição desta.” FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. Cit.* p. 41.

esposamos. E a análise mesma de então consubstancia teste às hipóteses lançadas e aglutinação dos argumentos propostos.

5.2 Dignidade da Pessoa Humana: ideia e termo — descoberta e positivação

A primeira vez de que se tem notícia do uso do termo dignidade da pessoa humana é com São Tomás de Aquino²⁶⁰, contudo sua ideia e seu uso tem origem mais remota. Não há como não atrelá-la à figura de Jesus, ao menos se falarmos (e falamos) em termos ocidentais.

Ora, até Jesus, a noção de igualdade entre os homens estava atrelada a uma prática exterior, a um uso formal e jurídico: os homens eram iguais em virtude da posse de um título de cidadania, que confirmava a igualdade perante e entre seus pares. Assim era a igualdade romana (e assim havia sido a igualdade grega antes desta). A igualdade era, em tais termos, decorrência do exercício formal, de um ato social (exterior), de um fazer público, de uma condição de aceitação pelo grupo, por seus pares. Com o advento do Cristianismo, a igualdade passou a ser um ato pessoal, íntimo, intransferível (todos eram iguais perante Deus) — o exercício de da igualdade perdeu a conotação de uma exteriorização, passando a uma questão de *foro íntimo*, no contexto da relação pessoal entre o indivíduo e o Criador. A ideia de que os homens são iguais, sem distinção, teve aí sua origem mais remota. E dignidade não vem a ser outra coisa senão a proposição que eleva todos os homens ao mesmo patamar, em virtude, tão-só, de sua condição humana, equalizando-os em valor e em dignidade, a traduzir não sejam uns melhores que outros, ou que não devam uns ter primazia, sob quaisquer argumentos que sejam, propondo, assim, não haver distinção formal entre os entes humanos sobre a Terra. Ideia esta que, a despeito de não poder ser conferida, ofertada, eis que inata, demanda o dever de proteção.

A palavra dignidade tem origem no latim *dignitate*, *dignus*, significando tratamento adequado, decente, apropriado e devido. Palavra advinda do substantivo feminino ‘decor’, traduzindo-se por decência, decoro; e de verbo defectivo conveniente dando a conotação de apropriado, cabível e devido. Faz referência ainda à autoridade moral, honestidade, honra, respeitabilidade; bem como a respeito a si mesmo; amor-próprio e brio²⁶¹.

²⁶⁰ “É sob a inspiração dos pensamentos estoico e cristão que, na Idade Média São Tomás de Aquino refere-se expressamente ao termo ‘*dignitas humana*’, pela primeira vez.” DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. *Op. Cit.* p. 294.

²⁶¹ Cfr. HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Dicionário Eletrônico Aurélio, Versão 5.0, corresponde à 3ª. edição, 1ª. impressão, da Editora Positivo, revista e atualizada do Aurélio Século XXI, 2004.

Kant foi o primeiro a pavimentar os caminhos para a noção atual que se edificou da dignidade humana, propondo se eleve, por princípio, segundo o qual o ente humano não possa ser usado com meio para a consecução de fins (de que ordens sejam), mas constituindo o ente humano um fim mesmo, em si e por si.

Immanuel Kant traduz a dignidade humana como um valor absoluto, a dizer que: “só o homem não existe em função de outro e, por decorrência, pode valer-se da pretensão de ser respeitado porque sua condição humana teria sentido em si mesmo”²⁶². Nos termos de Kant, todo ser humano, sendo pessoa, ser racional, e sendo fim *em si* e *por si*, é possuidor de dignidade, bastando-lhe o reconhecimento de sua humanidade para gozar de dignidade co-respectiva. E sendo um valor intrínseco, a dignidade não admitiria substituição.²⁶³ E prossegue, defendendo que: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.”²⁶⁴

Na mesma linha, o prof. Ingo Sarlet conclui que a Dignidade:

É inerente aos homens, inata à sua natureza de ser humano, é direito constitucional, sua aplicação e eficácia são imediatas, não pode ser alienada, não sofre prescrição, é bem fora do comércio, e, à partir da Constituição Federal de 88, torna-se cláusula pétrea. Observa-se que ela é irrenunciável, inalienável, e deve ser reconhecida, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.²⁶⁵

Segundo o prof. Alexandre de Moraes, “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida”²⁶⁶ (...) e ainda, “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”²⁶⁷ Neste sentido, defende que a Constituição Federal da República do Brasil assegura que o direito à vida consiste não só do direito de continuar vivo, como também de se ter uma vida digna, atrelando o direito à vida como decorrência da dignidade. E é desta forma que, no art. 1º, inciso III, da Constituição de

²⁶² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: companhia Editora Nacional. 1986. p.56-68. Nas palavras de Kant: “o homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.”

²⁶³ Cfr. KANT, Immanuel. *Op. Cit.* p.56-68.

²⁶⁴ KANT, Immanuel. *Op. Cit.* p. 77.

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humanos e direitos fundamentais na constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 26

²⁶⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª ed., São Paulo: Atlas. 2011. p. 62-63

²⁶⁷ Idem. *Ibidem*.

1988, perfaz-se uma relação indissociável entre o direito à vida e o da dignidade da pessoa humana, sendo esta última uma referência constitucional que unifica todos os direitos fundamentais.

Com vistas à proteção da Pessoa Humana, a Carta Magna de 1988 dispõe, *ipsis litteris*, nos seguintes termos:

Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(*omissis*)

III — a dignidade da pessoa humana;

[...]

Artigo 5º, caput: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade privada (...)

Ora, a Dignidade, nos termos do Ordenamento Jurídico brasileiro, foi elevada à condição de fundamento da República. Vimos, de sobejo, nas palavras de Lassale, fundamento implica necessidade ativa e força eficaz, como algo que se impõe pela força irrefragável da evidência em si contida,²⁶⁸ não se admitindo mais confusão entre força e normatividade. Não se diz a dignidade deva ser fundamento, se diz que o é — tampouco a construção é de uma disposição de *dever ser* (deontológica), mas de uma disposição de *ser* (ontológica, pois). Eis o *status* da Dignidade Humana a que tampouco a ponderação de bens e valores pode ferir, eis que:

[...] em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a **inviolabilidade da dignidade humana** nem um processo penal vocacionado para a proteção dos direitos fundamentais. Pois, na situação de criminalidade mais grave uma tal ponderação de interesses redundaria sistematicamente na frustração da tutela dos direitos fundamentais.²⁶⁹ [destaque nosso].

Alexy, a despeito de sua posição singular em relação à Dignidade Humana, a que, por esta e outras razões, deixamos por abordar em tópico próprio²⁷⁰, em linhas a seguir, assim preceitua:

La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales. En los derechos fundamentales normales una intromisión no

²⁶⁸ Cfr. LASSALE, Ferdinand. *Op. Cit.* p. 10.

²⁶⁹ WOLTER *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em matéria penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 38. (Texto também citado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, ao julgar o pedido de Habeas Corpus – HC n.º 79.512 - RJ, publicado no DJU de 16/05/2003, p. 92).

²⁷⁰ ver tópico: Alexy: entre a Proposição de Princípios Absolutos e a Discrecionalidade.

significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. **La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites.** En ese sentido tiene un carácter de regla. **Toda intromisión en la dignidad humana implica su lesión.** Pero también aquí las cosas no son tan simples. Tras la estructura de reglas de la dignidad humana se encuentran desde luego estructuras de ponderación.²⁷¹ [destaque nosso]

José Afonso da Silva aduz: “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”²⁷²

Em brilhante ilação, Taciana Nogueira de Carvalho Duarte, aponta que:

A dignidade humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é a característica que o define como tal. Concepção de que, em razão, tão-somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos e configura-se como um valor próprio que o identifica [...] a ausência de dignidade possibilita a identificação do ser humano como instrumento, coisa — pois viola característica própria e delineadora da própria natureza humana. Todo ato que promova o aviltamento da dignidade atinge o cerne da condição humana, promove a desqualificação humana como tal e fere também o princípio da igualdade, pois que é inconcebível a existência de maior dignidade em uns que em outros.²⁷³

A profa. Carmen Lúcia Antunes é ainda mais ousada ao asseverar que:

O princípio da dignidade da pessoa humana enraizou-se em várias constituições contemporâneas e passou a ser princípio e fim do Direito. Os ordenamentos normativos não constituem obviamente a dignidade da pessoa humana. O que eles fazem é apenas o reconhecimento como dado essencial da construção do universo jurídico, e é de suma importância tal distinção. Enquanto princípio constitucional, a dignidade permeia e orienta o ordenamento que a concebe como fundamento, porém seu significado é muito mais expressivo e amplo que a conceituação jurídica que venha a ser adotada. A dignidade prevalece como condição da essência humana, ainda que um dado sistema jurídico não a conceba.²⁷⁴

“O Ministro Celso de Mello, em decisão ao HC [Habeas Corpus] 85988-PA / STJ — 10.06.2005 defende ser a dignidade humana o princípio central de nosso ordenamento jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e

²⁷¹ ATIENZA, Manuel. *Entrevista a Robert Alexy*. Disponível em:

<www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf> Acesso em: 19 de junho de 2007. in: Revista Doxa n.º 24. Alicante, 2001. p. 678.

²⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 105-106

²⁷³ DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. *Op. Cit.* p. 292.

²⁷⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. Interesse Público. v. 1, n.º 4, p. 23-48. Out./dez. 1999. *apud.* DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. *Op. Cit.* p. 293.

inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, além de base para a fundamentação da ordem republicana e democrática.”²⁷⁵

O autor, Gustavo Tepedino, por seu turno, afirma que o constituinte “eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos.”²⁷⁶

A profa. Maria Berenice Dias, ao tratar do Princípio da dignidade da pessoa humana, assim se posiciona: “o princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macrop princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, cidadania, igualdade e solidariedade. [...] O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.”²⁷⁷

Por derradeiro, na lição da profa. Maria de Fátima Freire de Sá, “não podemos olvidar, portanto, que valores como liberdade, igualdade e dignidade foram erigidos à categoria de princípios constitucionais e referidos princípios incorporam as exigências de justiça, salvaguardando valores fundamentais.”²⁷⁸

No contexto ora descortinado, poder-se-ia até objetar a proteção à natureza humana e o fazê-la em termos de caráter absoluto, em face da mutabilidade mesma da natureza humana, e a reflexão filosófica até então cambiando no sentido de que ‘o ser do homem’ seja um eterno *vir-a-ser*, um contínuo *devir*, uma mudança, um evoluir, eis que se altera sempre com vistas a realizar aquilo que em si haja enquanto potência, donde se poderia coadunar a natureza humana à *physis* grega.²⁷⁹ Inobstante termos lançado elementos suficientes a discordarmos a tal ponto, a proteção à natureza humana é que se deve elencar em termos absolutos e não a própria — é o valor da pessoa humana a instância protetiva, não o definir pessoa humana. Dignidade não vem a ser coisa diversa do respeito e necessária proteção ao ente humano enquanto tal. De mais a mais, deixássemos a discussão descambar para a discussão da natureza humana — vária e multifacetada, eis que ser bio-psico-socio-espiritual — seria vê-la

²⁷⁵ Cfr. LIMA, Renata Fernandes. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_11504/artigo_sobre_princ%C3%8Dpio_da_dignidade_da_pessoa_humana> Acesso em: 17 de julho de 2011. Disponível também em: <<http://pt.scribd.com/doc/55807662/Principio-Da-Dignidade-Da-Pessoa-Humana>>.

²⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Direitos humanos e relações jurídicas privadas*. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.67.

²⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pp. 59-60.

²⁷⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire. *A Dignidade do Ser Humano e Os Direitos de Personalidade: Uma Perspectiva Civil-Constitucional*. In: *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.92.

²⁷⁹ Cfr. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 28-29.

descambar para um relativismo e solipsismo tal que tornaria estéril qualquer discussão²⁸⁰. A questão que impera não é saber se o homem é naturalmente bom ou mal, não é delimitar sua natureza, nem definir (em se constatando seja mutável) para que rumos cambiaria e se direcionaria a natureza humana, se as fronteiras desta natureza são tênues ou bem definidas, donde — já evidenciamos — a despeito disto, todos fazem dela geral noção (intuitiva). Importa saber, sim, que ela deva ser protegida e a medida desta proteção foi *reconhecida* como a máxima (seja em âmbito positivo ou pré-positivo)²⁸¹; e, não fosse tudo, reconhece-se natureza igual a todos os membros da família humana, a despeito se desconheça os contornos de tal natureza — ela demanda proteção a que a instância jurídica cabe proteger²⁸².

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1998, a pessoa humana foi elevada à condição de primazia²⁸³, em caráter inarredável (absoluto)²⁸⁴, donde todo o proceder interpretativo, de qualquer das esferas do Direito, devendo — antes de tudo — reportar-se à Dignidade da Pessoa Humana²⁸⁵. Todavia, como não poderia deixar de ser, a Constituição brasileira bebeu em fontes outras, umas mais remotas. Em âmbito proximal, a lei fundamental alemã (de 1942 / 1959), a constituição portuguesa (de 1976) e a constituição espanhola (de 1978); e, em âmbito distal, a constituição francesa (de 1848), a constituição americana (1776 /

²⁸⁰ Cfr. RIZZATO, Nunes. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – doutrina e jurisprudência*. p. 48.

²⁸¹ A garantia individual do início à vida, e da caracterização da condição humana, deveria se dar, de modo mais preciso, pelo aspecto biológico, cabendo ao jurista limitar-se a, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, uma vez que, do ponto de vista biológico, a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou um zigoto, um ser com uma cadeia de 46 cromossomos, tal qual todos os demais seres humanos. Começa, portanto a vida viável com nidação, quando se inicia a gravidez. O embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A Constituição, é importante repetir, protege a vida de forma geral, inclusive uterina. Cfr. MORAES, Alexandre de. *Op. Cit. Loc. Cit.*

²⁸² É nestes termos que a Declaração de Direitos da Virgínia se expressa, em sua seção 1, a dizer: “Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm direitos inerentes, dos quais, ao entrar num estado de sociedade, não podem, por nenhum contrato, privar ou despojar sua posteridade; a saber, o gozo da vida e da liberdade, e os meios de adquirir e possuir propriedade, e a busca da felicidade e segurança.”

²⁸³ “A dignidade humana, um dos fundamentos do Brasil como Estado Democrático, pode ser definida como um conjunto de direitos e deveres que, agregados, vão compor o quadro dos valores do ser humano [...] a pessoa é um bem a ser protegido pelo Estado e a dignidade é o seu valor. Trata-se de princípio absoluto que todo estatuto jurídico deve garantir [...] é a base lógica dos direitos do homem, pressupondo-se como condição primária a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a igualdade e a segurança. [...] O homem deve ser entendido como um fim em si mesmo, razão pela qual lhe é atribuído valor absoluto: a dignidade.” PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *Clonagem e transgênicos ante os princípios da dignidade da pessoa humana e da precaução ambiental*. Base Científica ESMPU, Brasília, a – 4, n.º 14, jan./mar. 2005, pp. 57-69.

²⁸⁴ “No universo da principiologia a pautar o Direito Constitucional de 1988, o Direito Constitucional contemporâneo, bem como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, desponta a dignidade humana como o valor maior, a referência ética de absoluta primazia a inspirar o Direito erigido a partir da segunda metade do século XX.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, o Princípio Constitucional da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988*. RT/Fasc. Civ., Ano 94, v. 833., mar. 2005, p. 50.

²⁸⁵ “[...] vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um *sobreprincípio*.” BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 48.

1787), a Carta das Nações Unidas (de 1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Grosso modo, em todos os presentes diplomas, a dignidade humana é *reconhecida* (não criada) valor supremo, demandando medida protetiva máxima (seja pelos ordenamentos ou pela comunidade humana global).

5.3 A Dignidade Humana nas Grandes Cartas de Direitos:

As grandes cartas de direitos constituem instrumentos que apresentam em seu bojo o reconhecimento aos direitos humanos fundamentais, dentre eles, a dignidade humana, donde merecem destaque: a Declaração dos Direitos da Virgínia (1776); a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789); a Constituição Francesa (de 1848); a Carta das Nações Unidas (1945); e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

A Declaração de Direitos da Virgínia (1776) assim se expressa, em sua seção 1 (ou artigo 1.º): “Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm direitos inerentes, dos quais, ao entrar num estado de sociedade, não podem, por nenhum contrato, privar ou despojar sua posteridade; a saber, o gozo da vida e da liberdade, e os meios de adquirir e possuir propriedade, e a busca da felicidade e segurança.”²⁸⁶

Dois elementos merecem destaque aqui: a inalienabilidade, constituindo direito que tampouco o seu titular pode abdicar, bem como a referência à natureza humana, ladeando-a à liberdade e igualdade.

Em mesmo sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), inspirada nos ideais libertários do iluminismo, tentando abarcar toda a humanidade, serviu de base para a elaboração, mais tarde, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Entremeando a ambas, temos a Constituição Francesa de 1848. Vejamos, uma a uma:

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. [...] **Art. 6º.** A lei é a expressão da vontade geral. [...] Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.²⁸⁷

Artigo 1.º Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. [...]. **Artigo 2.º** [...] sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.²⁸⁸

²⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. Cit.* p. 114.

²⁸⁷ Idem. p. 154.

²⁸⁸ Idem. p. 232.

Em presença de Deus e em nome do povo francês, a Assembléia Nacional proclama:
[omissis]

II — A República francesa é democrática, una e indivisível.

III — Ela reconhece direitos e deveres anteriores e superiores às leis positivas.

IV — Ela tem por princípio a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade.

[omissis]

VIII — A República deve proteger os cidadãos em sua pessoa, sua família, sua religião, sua propriedade, seu trabalho, bem com pôr ao alcance de qualquer um a instrução indispensável a todos os homens; deve, por meio da assistência fraterna, assegurar meios de subsistência aos cidadãos necessitados, quer proporcionando-lhes trabalho nos limites dos seus recursos, quer prestando, na falta da família, socorro aos que não estejam em condições de trabalhar.

[omissis]

Art. 5. A pena de morte é abolida em matéria política.

Art. 6. A escravidão não pode existir em nenhuma terra francesa.²⁸⁹

De ressaltarmos a ausência do termo dignidade na Constituição Francesa, mas a exaustiva pormenorização de todas as suas nuances ali plasmadas, bem como assenhoreando-se de uma dimensão positiva e prestacional por parte do Estado, além da convencional dimensão negativa e protetiva.

Ora, é de sabença geral, a noção de direitos humanos (mormente dos direitos fundamentais) espalhada hoje nos mais diversos ordenamentos nacionais e no direito internacional, foi descortinada nos séculos XVII e XVIII, no contexto do movimento iluminista europeu, enquanto percepção humana de tais direitos, sendo que a necessidade protetiva maior teria demandado um preço mais alto, com o advento da 2ª Grande Guerra. Pois bem, sabemos que consubstanciam garantias imprescindíveis à evolução do gênero humano como um todo e se revestem de características de imprescritibilidade e inalienação, sendo independentes até mesmo da própria concepção de Estado. Esses direitos e garantias, corolários da dignidade humana, chegaram a perfazer — tamanha a necessidade de rechaçar a ofensa a tais — a legitimação de um tribunal de exceção, para aplicação de lei penal *post facto*, no célebre caso do Tribunal de Nuremberg, a fim de julgar os crimes contra a humanidade cometidos pelos nazistas nos campos de concentração quando da II Grande Guerra.²⁹⁰

A Constituição Federal de 1988 possui peculiaridades próprias, a saber: o constituinte brasileiro, como forma de limitar o poder reformador da Constituição, com o fito claro de garantir sua integridade mínima, estipulou que algumas determinações não possam ser objeto de emendas, frustrando a atuação do poder constituinte reformador ante tais preceitos.

²⁸⁹ Idem. p. 167.

²⁹⁰ Ver: ALEXY, Robert. *Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal – La Doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_09.pdf> Acesso em: 19 de junho de 2007. in: Revista Doxa n.º 23. Alicante, 2000.

Senão vejamos, e aqui apenas a título exemplificativo, os termos do § 4º do Art. 60 da Constituição Federal de 1988 (*ipsis litteris*):

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I — a forma federativa de Estado;

II — o voto direto, secreto, universal e periódico;

III — a separação dos Poderes;

IV — os direitos e garantias individuais.²⁹¹

Ora, no rol dos direitos e garantias fundamentais se insere a dignidade humana, bem como, presente ainda, como fundamento da República, tamanha a proteção de que se quis acercar o constituinte. As garantias acima explicitadas são denominadas, apropriadamente, de cláusulas pétreas. Como elementos fundantes do sistema, sua base, seus pressupostos, suas raízes, por assim dizer, elas ficam mais resguardadas a modificações que outros dispositivos, sob pena de ruir o alicerce que mantém o sistema tal qual é. São, pois, princípios estruturantes ou fundantes do sistema, cuja supressão implique a derrocada do sistema como um todo. E, a despeito de não ser ponto pacífico, seja na Doutrina como nas construções jurídico-positivas, há propostas diversas quanto à natureza de princípios, ora como categorias superiores à norma, ora como espécies do gênero norma, superiores apenas às leis em sentido ordinário (também tidas como espécies do gênero norma).

Temos que, os chamados direitos fundamentais, nos termos do inc. IV, § 4º, do art. 60 da CF/88²⁹², em face da enumeração não-taxativa, constituem, eles também, cláusulas pétreas. Já vimos, a positivação desses princípios teve a finalidade de proteção dos indivíduos frente ao poder político. Autores como Paulo Bonavides e Celso Antônio Bandeira de Mello classificam os direitos fundamentais, de acordo com seu reconhecimento histórico e pelo seu adendo à Constituição, nos seguintes termos: *direitos fundamentais de primeira geração* (seriam os direitos individuais, reconhecidos no contexto das lutas pela liberdade e pela vida); *direitos fundamentais de segunda geração* (seriam os direitos sociais, trabalhistas, econômicos e culturais, reconhecidos no contexto das lutas trabalhistas) e os *direitos fundamentais de terceira geração* (direitos de fraternidade, donde englobariam os direitos do consumidor, os direitos difusos e transindividuais, e o direito ambiental, além do direito à autodeterminação dos povos); havendo autores, porém, que tratem, inclusive, de *direitos de*

²⁹¹ **BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 18.07.2011.

²⁹² **BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 18.07.2011.

quarta geração (donde figurariam o direito à paz, o direito ambiental, entre outros que, segundo os defensores desta proposta, não encontram correto assento nos direitos de terceira geração).

Como já referendamos em linhas acima, não há ponto pacífico na Doutrina sobre a escorreita colocação de princípios (sendo este um dos objetos nodais da presente perquirição), ora sendo tomados por espécies do gênero norma, como parece ser a tendência hodierna²⁹³ (a qual não abraçamos), ora sendo alocados como categoria diversa e superior às normas, como pede a própria etimologia da palavra (princípio, começo, base, fundamento), entendimento este que pensamos seja mais adequado à condição supra-normativa que, de fato, vemos envergarem os princípios — senão todos, ao menos, aqueles dotados de características fundantes e estruturantes, qual é o caso da Dignidade da Pessoa Humana.

Neste contexto, o respeito à dignidade da pessoa humana ultrapassou os individuais para também os grupos ou classes socialmente carentes (Direitos Econômicos, Sociais e Cultural), os povos e a própria humanidade em seu todo. A Constituição teria, ao lado do caráter de compromisso, uma unidade de sentido, valor e concordância prática com o sistema de direitos fundamentais. A Constituição de 1988 enuncia no seu primeiro artigo que o Estado Democrático de Direito tem como princípio fundamental a dignidade humana (art. 1º inc. VI), sua supressão implicando ataque contra o próprio sistema constitucional. O que se apercebe é que a sociedade brasileira entende que, para existir dentro de um Estado Social de Direito, deve tornar efetiva a dignidade de todas as pessoas que a compõem, sendo a dignidade elemento fundamental para a efetivação de todos os outros princípios. Afora isto, em seu artigo terceiro define a construção de uma sociedade justa como objetivo da República (art. 3º inc. I) e inclui entre os direitos fundamentais, os direitos à liberdade e à igualdade (art. 5º caput). Com isso, considerou a dignidade humana como núcleo do sistema, norma orientadora do ordenamento constitucional e do infraconstitucional, dignidade que deve ser preservada porquanto sem ela não há efetivação dos direitos decorrentes em todo o âmbito sistêmico.

O Princípio da Dignidade da Pessoa humana tem o condão de influenciar todo o Ordenamento Jurídico, em toda a multiplicidade das relações jurídicas. Da dignidade humana depreende-se, em desdobramento, todos os direitos fundamentais.

Temos que nenhuma disposição Constitucional foi tão centrada nos direitos fundamentais como o artigo 5.º da CF/88. Este artigo revela preocupação singular com o direito à vida, à igualdade, dentre outros direitos, reportando-se, mediata ou imediatamente, à

²⁹³ Neste sentido: ALEXYY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*; DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério.*; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*.

Dignidade da Pessoa Humana. Lega-nos ainda este artigo, uma preocupação e efetiva proteção a bens de natureza imaterial, como a liberdade (de pensamento, de locomoção, de expressão, etc.), a igualdade (de tratamento ante a lei, etc.) e a proteção da vida privada (inviolabilidade da intimidade, privacidade, honra, domicílio, comunicação e reparação de danos materiais, morais e à imagem), já que também são elementos integrantes da dignidade do indivíduo. Em tais termos, a dignidade da pessoa humana não é integrada tão-somente de valores materiais, mas também consubstancia valores imateriais. Neste sentido, a ordem lógica e sistemática dos direitos e princípios constitucionais, torna induvidosa a existência e a necessidade protetiva em âmbito categórico, como a de que se acerca a Dignidade Humana, no contexto constitucional brasileiro.

Continuaremos, então, com a análise das constituições que, por proximidade, mais influenciaram a Constituição Federal de 1988. Obviamente, o cotejar aqui procedido, não se pretende análise aprofundada e rigorosa de direito comparado, mas um delinear passível de fornecer elementos conclusivos dentro do presente contexto.

5.4. A Dignidade Humana na Lei Fundamental Alemã (1942), na Constituição Portuguesa (1976) e na Constituição Espanhola (1978):

Pois bem, a razão mesma de colacionarmos excertos das constituições alemã, portuguesa e espanhola é o fato de terem sido elas as que, mais percutientemente, influenciaram a Constituição Federal de 1988.²⁹⁴

Vejamos, a despeito da teorização de Alexy (procedimento artificial, diverso da jurisprudência dos valores — prática — do Tribunal Constitucional Alemão), é o entendimento jurisprudencial majoritário na Alemanha, fulcrado no disposto literal da própria Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1942, que a Dignidade da Pessoa Humana seja intangível.²⁹⁵

Eis os termos explícitos em que a Lei Fundamental Alemã expressa a dignidade humana em seu seio:

Lei Fundamental Alemã de 1942 — Título I, Dos Direitos Fundamentais, art. 1.º
A dignidade do homem é *intangível*. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. O povo alemão reconhece, portanto, os direitos invioláveis do

²⁹⁴ Cfr. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 354.

²⁹⁵ Cfr. [s.n.] *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Com um ensaio e anotações de Nuno Rogeiro. Coimbra: Coimbra Editora. 1996. pp. 78, 79 e 123-127. Neste sentido, vide ainda: SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* p. 111.

homem como fundamento de qualquer comunidade humana da paz e da justiça no mundo. Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável aos Poderes legislativo, executivo e judiciário.

[...]

Art. 1.º O povo alemão **reconhece**, portanto, os direitos invioláveis e inadiáveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.”

[destaques nossos].

Nesta altura, é producente repetir, a Alemanha — antiga Alemanha Ocidental [RFA] — ora Alemanha unificada, não possuía Constituição, muito embora possuísse Tribunal Constitucional [*Verfassungsgericht*]. É que a chamada “Constituição Alemã”, então chamada Lei Fundamental Alemã [*Grundgesetz*], foi promulgada por Assembleia Constituinte em 1949, batizada de Conselho Parlamentar, com o fim do Estado Nazista. Tal Assembleia era composta por 65 representantes das assembleias estaduais da Alemanha Ocidental, além de observadores de Berlim e dos “três aliados” (EUA, França e Inglaterra).²⁹⁶ Ora, em sendo e consubstanciando um Estatuto tutelado pelos invasores (os aliados), inda que justificada a tutela ante a real e plausível ameaça de um retorno do ideário nazista, entenderam os alemães, para além do mero preciosismo da terminologia, que não seria plena de legitimidade, portanto, não se configura como sendo propriamente Constituição; e isto por dois motivos: um, a presença de observadores a impedir “excessos” (impedindo, aí também, a plena legitimidade, o pleno exercício da autodeterminação [*self-determination*] do povo alemão, tamanho era o temor de retorno do ideário nazista; dois, a Lei Fundamental Alemã teria um caráter provisório, imaginando-se não tardasse a unificação das Alemanhas. Portanto, a Lei Fundamental não se configura como sendo Constituição propriamente dita. Ora, o receio dos aliados era mais que justificável: se consagassem ao povo alemão, à época, o direito a promulgar uma Constituição, provável fizessem prevalecer ali ideias não muito diversas daquelas defendidas por Hitler até então. Bem assim, da necessidade de uma instância interpretativa, independente e desatrelada dos demais poderes instituídos, como representativa do povo Alemão, para que tutele os chamados Direitos Fundamentais²⁹⁷, é que se erigiu o Tribunal Constitucional Alemão [*Verfassungsgericht*].

²⁹⁶ Cfr. [s.n.] 1949: *promulgada a Lei Fundamental Alemã*. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,525432,00.html>> Acesso em: 14 de setembro de 2011.

²⁹⁷ “Os Direitos fundamentais são, na sua dimensão *natural*, direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem o *núcleo restrito* que se impõe a qualquer ordem jurídica.” ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.* p. 17.

Neste contexto, não seria necessário um esforço interpretativo muito grande para ver que, sob indelével lume, exista aí uma justificativa cultural mais que aceitável para a cisão mais forte que queiram apor entre o que seja *letra* e o que seja *norma*, e para que façam tudo dependa do olhar do intérprete (autêntico) para ter força, validade ou cogência, e que tais proposições tenham advindo (ou sido melhor difundidas) por teóricos, filósofos e doutrinadores alemães, a saber: Friedrich Müller, com seu concretismo / estruturalismo (que adere à distinção semântica entre texto e norma, já presente em Kelsen), ou Robert Alexy, com a propugnação de princípios como mandados de otimização e espécies do gênero norma — apenas para citar exemplos. Em termos similares, não é de se estranhar que a chamada Jurisprudência dos Valores tenha surgido dos problemas com que se teve de se confrontar o Tribunal Constitucional Alemão [*Verfassungsgericht*], e isto muito antes das razões pelas quais levaram Ronald Dworkin a perquirir questões de ordem similar, mas seguindo caminho em todo diverso e com propostas de soluções diametralmente opostas. Todavia, o que não se compreende é que se queira aplicar as mesmas proposições, de pronto e sem mais, a outras realidades e/ou ordenamentos jurídicos diversos, qual se constata, vem acontecendo no Brasil (sem a necessária adaptação ao contexto, cultura e realidade em todo diversa). Isto se agrava sobremaneira ante o fato de ser da tradição jurídica brasileira o trato de princípios em razão de sua fundamentalidade, o que é patentemente diverso do enfoque de Alexy, priorizando a normatividade (normatização).²⁹⁸

Ora, a influência da Constituição brasileira foi colhida da Lei Fundamental e não da teorização de Alexy, de modo que as divergências são patentes: Alexy pressupõe não se possa elencar, *in abstracto*, um rol ou hierarquização de princípios (com sua opção por otimizar, ou ceder, quando da colisão, a se auferir no caso concreto, no entender de Alexy), quando a

²⁹⁸ Neste mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva, orientando de Alexy quando de sua tese de doutoramento e tradutor de seus livros no Brasil, nos oferta melhor palavra, ao dizer: “o conceito de princípio usado por Robert Alexy, como mandados de otimização, espécies de norma contrapostas à regra jurídica, é bastante diferente do conceito de princípio tradicionalmente usado na literatura jurídica brasileira. ‘Princípios’ são, tradicionalmente, definidos como ‘mandamentos nucleares’ ou ‘disposições fundamentais’ de um sistema, ou ainda como ‘núcleos de condensações’. A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor – e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil – mas a ideia costuma ser a mesma: *princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema*, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental. [...] O conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que *nada* diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade. Essa diferença entre os conceitos de princípio tem consequências importantes na relação entre ambas as concepções. SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*.” In: Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, vol. 1, 2003, págs. 607 a 630. Para melhor contorno acerca da Lei Fundamental Alemã indica-se a leitura de: [s.n.] *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Com um ensaio e anotações de Nuno Rogeiro. Coimbra: Coimbra Editora. 1996.

Constituição brasileira assim o faz, diferenciando fundamentos da República, direitos fundamentais, direitos individuais e coletivos, etc., e alocando a dignidade humana em posição de destaque hierárquico inegável, a que, ante a aplicação de qualquer preceito, todos mais devam a ela remeter-se²⁹⁹, o que é patentemente incompatível com o proposto por Alexy. Afora a predisponência à imutabilidade das cláusulas pétreas fazem demandar cuidados com a adequação do pensamento de Alexy à realidade brasileira.

Assevera o prof. Uadi Lammego Bulos, a dizer:

A dignidade da pessoa humana é o *valor constitucional supremo* que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. [...] vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um *sobreprincípio*, ombreando os demais pórticos constitucionais, como o da legalidade (art. 5.º, II), o da liberdade de profissão (art. 5.º, XIII), o da moralidade administrativa (art. 37), etc. Sua observância é, pois, obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui, atraindo em torno de si o conteúdo de todos os direitos básicos e inalienáveis do homem. [...] a dignidade da pessoa humana é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.³⁰⁰

Neste contexto, a influência alemã goza de especial destaque, não apenas para a Constituição brasileira, mas em âmbito mundial, eis que a dignidade humana se erige como resposta lógica, devida e necessária aos horrores e atrocidades do nazismo.

No mesmo contexto, o prof. Rizzatto Nunes assevera: “é por isso que é necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana [...] foi claramente a experiência nazista que gerou a consciência de que se devia preservar, a qualquer custo, a dignidade da pessoa humana [...] E isso se deve dar não só no âmbito da soberania estatal, mas universalmente no concerto das nações. [...]” E arremata, na esteira de Heidegger: “a formulação sobre o ser é de conjugação única e tautológica. O ser é, Ser é ser. Logo, basta a formulação: sou. [...] Então, a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente `sua essência.”³⁰¹ Outrossim, arrematamos nós, ontológica, por via de consequência.

A fenomenologia-hermenêutica, já vimos, aponta para a dignidade humana como um juízo sintético *apriori*. Kant, em seu *Crítica da Razão Pura*³⁰², propõe existam juízos

²⁹⁹ “é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em *nenhum* ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.” NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – doutrina e jurisprudência*. p.53.

³⁰⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. Cit.* pp. 48 e 49.

³⁰¹ NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – doutrina e jurisprudência*. p. 50 e 51.

³⁰² KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 3ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2009, *passim*.

analíticos, no seio dos quais o predicado está contido no sujeito, donde, portanto, seria desnecessária sua menção, deduzida e intuída facilmente pela própria evidência do sujeito, constituindo, pois, os juízos analíticos noções a que ele chamou *a priori*. As ideias de *ponto* e de *infinito* exemplificariam bem isso, uma vez não se demanda explicação à compreensão e que todos, embora nenhum dado da experiência tenha sido necessário para explicitar, delas fazem geral noção. Ora, em a natureza não há exemplo de algo infinito ou de algo pontual, mas nutrimos tais noções, porque evidentes. E dizer que círculo é uma figura geométrica em que todos os pontos distam uma mesma medida (raio) do centro, ou que quadrado é uma figura com quatro lados iguais e quatro ângulos de 90° é igualmente desnecessário, uma vez que, para se pensar círculo e quadrado, tais noções estão subjacentes (muito embora não exista um círculo ou um quadrado na natureza, constituindo noção puramente *eidética*). Pois bem, além dos juízos analíticos, Kant propôs houvesse juízos sintéticos, em cujo contexto o predicado encontra-se “fora” do sujeito, ou seja, para se chegar ao predicado, dependemos de um dado da experiência³⁰³, de um dado empírico. Ora, para que eu saiba que a tela é azul, é preciso que eu a veja antes, daí juízos sintéticos *a posteriori*. Contudo, Kant nos aporta a um tipo outro de juízo sintético, o juízo sintético *a priori*. Refere-se Kant àqueles em que, embora o predicado esteja contido no sujeito, sendo *a priori* — inerente ao sujeito, portanto — demanda-se um dado empírico, um dado da experiência, para que o divisemos a contento. É neste exato contexto em que Heidegger irá elaborar o método fenomenológico-hermenêutico³⁰⁴, a que presentemente adotamos, para a perquirição dos juízos sintéticos *a priori*. Assim, as grandes guerras mundiais, o nazi-fascismo, os campos de concentração, as atrocidades da guerra e da luta fratricida é que levaram os legisladores a ‘*solenemente reconhecer*’, para usar expressão cunhada pelo saudoso prof. Miguel Reale, todo e qualquer ente humano, em toda e qualquer época, fosse dotado de direitos tais, quais os que se infere como corolários e decorrências da Dignidade da Pessoa Humana. Assim, a dignidade se erige como um *juízo sintético a priori*, donde ‘necessário’, pois, o horror da guerra (enquanto experiência), para que percebêssemos imanente e inerente o irrefragável Direito [*a priori*]: todos os homens são iguais, sem distinção de credo, sexo, raça, cor, etnia, opção política, religiosa, filosófica, etc. De repetirmos, não se diz que *devam ser* (dimensão deontológica),

³⁰³ “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria **pessoa** humana.” SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*. Revista de Direito Administrativo. v. 212. abr./jun. 1998. p. 84-94. *apud*. DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. *Op. Cit.* p. 292. Neste contexto, José Afonso da Silva opera o salto e aproxima a dignidade humana aos juízos sintéticos *apriori* kantianos, confirmando o elencar da dignidade em conformidade à fenomenologia-hermenêutica.

³⁰⁴ Cfr. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. Cit. passim*.

mas que *são* (dimensão ontológica). A adoção metodológica encontra assento, exato, na dignidade humana, como compreensão *a priori* que demandou um dado da experiência para aperceber-se.³⁰⁵

Vejamos, doravante, os termos com que a Constituição portuguesa plasma a dignidade em seu bojo, defendendo a Constituição de Portugal (1976) em seu art.1.º, consubstanciar a República portuguesa “[...] uma República soberana, **baseada na dignidade da pessoa humana** e na soberania popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.” [destaque nosso].

O prof. José Carlos Vieira de Andrade atesta que “a Constituição portuguesa, tal como as suas congêneses europeias, integra o estatuto dos indivíduos na sociedade política num *sistema de valores*, em que **o valor fundamental é do da dignidade da pessoa humana** individual, emblematicamente falando no seu artigo primeiro como **o valor primário em que se baseia o Estado**.”³⁰⁶ Entendendo que, enquanto “*núcleo essencial* dos direitos fundamentais, na medida em que exprime o princípio da dignidade da pessoa humana — um **valor absoluto**, que vincula o próprio titular dos direitos — e, a partir desse dever, que exprime a eficácia vertical das normas, vai projectar-se nas relações entre particulares.”³⁰⁷ “...sendo os direitos fundamentais também *princípios de valor* objetivos, têm de valer nas relações privadas, tanto mais intensamente quanto for a sua ligação ao valor-mãe da dignidade da pessoa humana.”³⁰⁸ E adiciona que “radica a obrigatoriedade jurídica do respeito pela dignidade (absoluta) da pessoa-valor”³⁰⁹ [destaques nossos].

E completa:

Não pode admitir-se que na vida social privadas as pessoas, mesmo em situação de igualdade, possam ser tratadas ou admitirem ser tratadas como se não fossem seres humanos. Tal seria a negação do axioma antropológico que dá fundamento à própria ideia de direitos fundamentais. Por isso, a dignidade da pessoa humana, enquanto *conteúdo essencial absoluto* do direito, nunca pode ser afectada — esta é a garantia mínima que se pode retirar da Constituição [...] a dignidade da pessoa humana como mínimo indisponível.³¹⁰

³⁰⁵ “Ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda a sorte, iniciado com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade **compreendeu**, mais do que em qualquer outra época da histórica, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.” COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55.

³⁰⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001. p. 107.

³⁰⁷ Idem. p. 260.

³⁰⁸ Idem. p. 261.

³⁰⁹ Idem. p. 47 e nota 85.

³¹⁰ Idem. p. 266 e nota 67.

No mesmo sentido, tanto o prof. José Carlos Vieira de Andrade, como o prof. Gomes Canotilho, rompem com Alexy, no tocante ao momento da determinação do núcleo essencial, e intangível, dos Direitos Fundamentais (a saber: a dignidade da pessoa humana), adotando a teoria segundo a qual o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser delimitado abstratamente (*teoria absoluta*), ao passo que, Alexy, à luz da *teoria relativa*, predispõe tal se deva dar quando do caso concreto, reconduzindo ao próprio princípio da proporcionalidade, como propõe.³¹¹

Por derradeiro, temos que, a Constituição Espanhola de 1978, textualmente prevê a proteção à dignidade da pessoa humana, ladeando-a e elencando-a entre os direitos invioláveis da pessoa, nos seguintes termos: “art. 10.1 [*omissis*] ...la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respecto a ley e a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

“[...] Decisão do Tribunal Constitucional espanhol que, precisando justamente o significado da primazia da dignidade da pessoa humana (art. 10.1 da Constituição espanhola), sublinhou que a dignidade há de permanecer inalterável qualquer que seja a situação em que a pessoa se encontre, constituindo em consequência, um *mínimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.”³¹²

5.5 Alexy: entre a Proposição de Princípios Absolutos e a Discrecionalidade:

Chegamos ao ponto alto da presente explanação, a lançar luzes sobre os argumentos centrais a sustentar as hipóteses então propostas.

Somando-se ao sem-número de críticas já levantadas em capítulo — I (por todos, Bulygin, Habermas, Jørgensen, etc.), temos estas então, que enfocam, em específico, a questão da Dignidade da Pessoa Humana, razão pela qual, somente aqui, abordadas.

Pois bem, Alexy é categórico ao dizer que toda norma ou bem é uma regra ou é um princípio³¹³. E Alexy sabia que a diferença estrutural que propôs entre as categorias, cairia por terra e não resistiria, se uma norma pudesse ser ora regra, ora princípio (a depender do caso); ou, se pudessem regra e princípio fazerem frente um ao outro, donde: ou o princípio se comportaria como regra ou a regra como princípio (no que, a despeito dos caminhos adotados,

³¹¹ Cfr. TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 59-61. Canotilho, p. 633; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.* pp. 234-235 e Alexy (p. 286 e segs).

³¹² SANTOS, Fernando Ferreira do. *Op. Cit.* pp. 56-62

³¹³ Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 87.

isto tornaria — igual e fatalmente — inócua a diferença por ele alegada entre as categorias, culminando com a perda de força de sua tese). Contudo, abriu mão mesmo disto, abandonou a coerência e a lógica interna de sua teorização, para inadmitir o caráter absoluto da Dignidade da Pessoa Humana. Pretendia Alexy poder dirimir dúvidas neste sentido, no que ocasionou — isto sim — o maior golpe à sua própria teorização.³¹⁴

Vejamos: para Alexy, a Dignidade da Pessoa Humana apenas passa a impressão de se tratar de um princípio absoluto, contudo, aduz ele, a norma da Dignidade da Pessoa Humana se comporta ora como regra, ora como princípio (sequer fazendo menção de como, porquê e de que modo tal se dê³¹⁵), para em seguida asseverar que há um amplo conjunto de condições de precedência, sob as quais, com um alto grau de certeza, a Dignidade da Pessoa Humana precede a todos os princípios que lhe sejam opostos, sem que igualmente conclua, com isto tratar — exato — de caráter absoluto. E arremata, por fim, que o princípio da dignidade da pessoa humana possa ser realizado em diferentes graus (otimizável, pois), mas a regra da dignidade da pessoa humana seja absoluta, o que firma — isto sim — uma contradição patente no bojo de sua teorização.³¹⁶ E contesta a seu próprio argumento, ao afirmar que a dignidade, como todos os Direitos que estão na borda como no fundamento do edifício, apresenta uma estrutura diferente de todos os direitos fundamentais, donde, nos direitos fundamentais normais, uma intromissão não significa sua lesão, senão quando não-justificada; sendo que a dignidade, por seu turno, não suporta intromissões ou limites, carecendo desta estrutura, de modo que toda intromissão na dignidade humana implica em sua lesão, em qualquer dos casos.³¹⁷ Não há precisão, em Alexy, quanto à natureza da Dignidade da Pessoa Humana, se regra ou se princípio.

Neste tocante, Pietro Sanchis aborda a questão da distinção entre regras e princípios, e o faz sob o seguinte prisma: I) quem acaso sustente que, dentro do Direito, existam duas classes de elementos integrantes e inteiramente distintos — regras e princípios, como é defendido por Alexy — deve demonstrar que há alguma diferença estrutural, morfológica

³¹⁴ Ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. pp. 104-109.

³¹⁵ De notarmos, a ilação feita *in abstracto*. e sem mais.

³¹⁶ Cfr. ALEXY, Robert. *Op. Cit.* pp. 106 e 107.

³¹⁷ “La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales. En los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. **La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites.** En ese sentido tiene un carácter de regla. **Toda intromisión en la dignidad humana implica su lesión.** Pero también aquí las cosas no son tan simples. Tras la estructura de reglas de la dignidad humana se encuentran desde luego estructuras de ponderación.” In: ATIENZA, Manuel. *Entrevista a Robert Alexy*. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf> Acesso em: 19 de junho de 2007. in: Revista Doxa n.º 24. Alicante, 2001. p. 678. **[destaques nossos]**.

(qualitativa, portanto), entre os elementos citados, de modo que possamos determinar, sempre que diante de um ou de outro, um traço, uma característica, visível, catalogável, identificável, passível de diferenciar a ambos; II) por outro lado, quem sustente que um mesmo enunciado possa, ora comportar-se como regra, ora como princípio, então a diferença, do ponto de vista estrutural ou morfológico, inexistente, havendo sim diferença de usos, diferenças nas opções interpretativas adotadas e não diferenças facilmente identificáveis entre os elementos em si, mas no momento interpretativo e no modo como se dá — se solucionando-se pelo conflito ou pela colisão³¹⁸. Alexy não se decidiu que opção adotar. Foi rigoroso quanto ao primeiro ponto, de início; para depois, abrir exceção ao segundo, no tocante à Dignidade da Pessoa Humana. Em nenhum dos casos, não se salva a argumentação de Alexy. Se por um lado, inda que adira à segunda opção, não foi capaz de determinar “quem” opte pelos métodos interpretativos (abrindo lastro à discricionariedade não muito diverso, senão mesmo maior, que aqueles propostos pelos positivistas em suas vertentes várias), tampouco indica quando um elemento se comporte como regra, quando como princípio (nem o porquê), tornando inútil a diferenciação proposta e expondo, assim, a fragilidade de sua teorização: sobretudo no tocante à diferenciação que propôs entre regras e princípios. Neste contexto, a otimização não frustraria às regras (uma vez que também poderiam ser ponderadas), tampouco haveria diferença de grau entre elas e os princípios, uma vez um dos elementos (regra ou princípio) ora se comportaria como regra, ora como princípio, pondo por terra a base de sua tese: que princípios se solucionem pelo teorema da colisão e as regras pelo conflito. Se, por outro lado, aderir à primeira opção, Alexy não teria elementos para negar o caráter absoluto da Dignidade da Pessoa Humana, evidenciado até então. Em ambas as situações, firma-se a nossa tese quanto à Dignidade da Pessoa Humana, eis que, inda que não determinado, existe um alto grau de condições que permitem dizer a Dignidade da Pessoa Humana sempre haverá de prevalecer sobre os princípios contra os quais conflite.³¹⁹

Para Alexy, falar de princípios absolutos seria falar de princípios sumamente fortes que em nenhum caso possam ser desprezados por outros. E completa: se existem princípios absolutos, faz-se necessário modificar a definição e conceito de princípio, pois se existe um

³¹⁸ Cfr. SANCHIS, Pietro. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. pp. 51-52 e 58 *apud*. GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.* p. 181-182

³¹⁹ Na esteira de Alexy, o prof. José Carlos Vieira de Andrade procede a tentativa similar de salvaguardar o caráter da dignidade da pessoa humana, inapta ao teorema da colisão, conforme se depreende de seu dizer, em que afirma as limitações aos direitos fundamentais encontrem assento no caráter absoluto da “regra” da dignidade da pessoa humana e não do princípio da dignidade da pessoa humana, senão vejamos, *ipsis litteris*: “...o direito fundamental não é limitado por um *princípio*, mas por uma *regra*, em especial onde essa regra é a expressão do valor absoluto da dignidade da pessoa humana.” ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed., Coimbra: Almedina. 2001. p. 266.

princípio que, em caso de colisão, precede a todos os demais, significa que sua realização não conhece limites jurídicos, só seguem existindo limites fáticos, donde (a conclusão aqui é de Alexy, repita-se) não seria aplicável o teorema da colisão.³²⁰ Ora, ao que parece, Alexy toma a inaptidão de aplicar-se *seu* teorema da colisão, como significando a inaptidão de dado elemento pertencer ou integrar a categoria princípio, o que improcede, por óbvio.

Não fosse tudo, Alexy propõe ser fácil argumentar contra a proposição de que haja princípios absolutos em um ordenamento que reconheça direitos fundamentais. Para tanto, afirma que os princípios podem referir-se a bens coletivos ou a interesses individuais; e em seguida propõe que, quando um princípio se refira a bens coletivos e seja absoluto, as normas de direito fundamental não poderiam fixar-lhe nenhum limite jurídico; concluindo que, onde houver um direito absoluto, não possa haver direitos fundamentais, como se de ilação lógica se tratasse. Ora, Alexy olvida não a plausibilidade, mas a obviedade de se refutar o argumento dado, se o princípio absoluto em comento for, ele mesmo, um direito fundamental. E assim o faz, para por fim, arrematar: quando um princípio absoluto se refira a direitos individuais, sua falta de limitação jurídica conduz a que, em caso de colisão, os direitos de *todos* os indivíduos fundamentados pelo princípio devam ceder diante dos direitos de *cada* indivíduo fundamentado pelo princípio, no que — propõe — seria esta a contradição levantada³²¹. Ignora Alexy que Dworkin já havia dirimido tal questão, quando aduziu que o conflito é aparente e se evanesceria quando se constata que todos os argumentos são válidos para ingressar no discurso, mas nem todos são válidos para fundar a decisão, donde o princípio pelo qual um indivíduo se alega protegido possa não lhe valer. Ou seja, quando se deixe de aplicar, o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana em face de um caso concreto (e nos valemos da Dignidade aqui apenas para citar exemplo), é que, ante o referido caso concreto ofertado, e em face dos argumentos dados, não se logrou determinar houvesse aí lesão à dignidade — ora, não é porque uma parte alega haver sido lesada em princípio de ordem ‘x’, ‘y’ ou ‘z’ que o foi. As partes seriam livres para lançarem mão de seus argumentos, quaisquer que fossem, todos válidos no campo do discurso; todavia, somente aceitáveis, do ponto de vista da legitimação de direito, se afeitos e enquadrados dentro de critérios de racionalidade, equidade, validade, constitucionalidade, etc. — se verificáveis, portanto. Ora, porque alguém se alega protegido pelo argumento da dignidade quer dizer,

³²⁰ Cfr. SANCHIS, Pietro. *Op. Cit.* p. 106.

³²¹ Idem. p. 107.

necessariamente, que tal se dá? É uma obviedade que não.³²² No Brasil, não faz muito, políticos corruptos ousaram alegar terem sua Dignidade atingida, quando jornalistas lhes faziam questionamentos acerca de desvios de valores, do destino de montas desviadas, sobretudo quando o faziam com base em documentos de conhecimento geral, objeto de prova em Comissão Parlamentar de Inquérito e quando não houve ofensa no dizer. Óbvio, na situação exemplificada, não se trata de lesão à Dignidade, nem por isto se veda a tais políticos (ou a quem quer que seja) que lancem mãos dos argumentos que queiram. Óbvio, o exemplo dado se acerca de situação fácil. Abordaremos, mais adiante, situações menos convencionais.

Alexy, aduzindo o critério de grau como um método anacrônico, pertencente ao velho modelo de se distinguir regras e princípios, Alexy, sub-reptícia e equivocadamente, o adota, ignorando o critério de qualidade só se dê caso haja distinção de categorias, mas apõe regras e princípios como elementos pertencentes à dimensão deontológica (gênero norma), inda que se lhe oponham a própria construção estrutural dum e doutro³²³. Bulygin já atestava a diferença só faria sentido se fosse qualitativa e, de fato, (no bojo da teorização proposta por Alexy) não o é.

Por fim, temos que o enfoque de Alexy revela-se procedimentalista, enfocando a “abertura”, tal qual o fizeram os positivistas que arvora poder criticar, não importando os rumos do *decisum* exceto quando propõe uma decisão sumamente injusta seja uma decisão ilegal³²⁴, o que é fácil deduzir por se tratar de argumento referente ao núcleo duro, mas não sustém sem uma teorização mais elaborada no tocante à zona gris. Afora isto, sua teorização, diversamente da de Dworkin, abre largo flanco à discricionariedade forte, uma vez, se na proposta de Dworkin rareiam (não ficando totalmente claros), na de Alexy há mesmo um total silêncio sobre os elementos que haja para se direcionar a opção pela otimização de princípio tal ou qual: quem fará tal opção? E fundado em que? E com que direcionamento? Dizer que as circunstâncias do caso concreto o farão é meramente tergiversar e abrir margem a vaguidão não muito diversa daquela que pretende criticar. Tais pontos já configurariam um argumento mais sólido. Mas, não bastassem as razões dadas, a firmar o entendimento ora esposado, vamos além.

³²² O prof. Rizzatto Nunes fornece solução singular para a aplicação do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana ante casos concretos, fazendo uso da proporcionalidade em sentido estrito e da boa-fé objetiva. Ver: NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – doutrina e jurisprudência*. p. 43-65.

³²³ Neste sentido, ver argumento lançado em considerações iniciais do Capítulo – IV.

³²⁴ Ver: ALEXY, Robert. *Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicídios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*. Revista Doxa n.º 23. Alicante, 2001. pp.197-230.

5.6 A Dignidade da Pessoa Humana como princípio de pendor universal e absoluto: aglutinando premissas, testando hipóteses e explicitando críticas

Ora, tema mais pertinente não há, seja em Direito ou em qualquer outra faceta do saber humanamente conhecido, que não aqueles que versem sobre aquilo que “É”, sobre o que pode ser adjetivado de universal e de imutável, sobre o que tem aplicabilidade nesta ou naquela área jurídica, sobre o que se acerca de todo o (sistema) Direito e, com muito mais propriedade, o que excede e sobrevive a ele³²⁵.

Princípio (senão ao menos os elementos passíveis de serem elencados entre os princípios estruturantes, fundantes) não seria outra coisa, senão aquilo que se opõe ao que é contingente, ao que é superficial, ao que é temporal e, portanto, antinômico também ao que é mutável com o evoluir das sociedades e de seus respectivos corpos legais. Dworkin mesmo chega a taxar de indigno aquilo que fosse mutável com o evoluir das sociedades e corpos legais. Princípio, neste contexto, é o que permanece firme e fixo após as tempestades e furacões de mudanças³²⁶. E não deve — posto por demais improfícuo — voltar-se o labor racional do homem para aquilo que é contingente, antes de fazê-lo em relação ao que é absoluto ou, quando menos, geral.

É comum vermos no início de toda explanação acerca daquilo a que se convencionou chamar *princípios jurídicos*, afirmar-se que, como bem o fizemos em linhas acima: *toda forma de conhecimento científico ou filosófico não pode prescindir da existência de princípios*. Todavia, e paradoxalmente, assim o fazem, para adiante — num procedimento totalmente avesso a qualquer ramo do saber que se pretenda científico — asseverar, categórica e praticamente nos seguintes termos: ‘*ergo*’, *como toda e qualquer “ciência”, o Direito possui a secundá-lo um conjunto de princípios (...)* passando, em seguida, à exposição

³²⁵ “O mais importante é a *imagem* de um castelo de areia que a criança tem na cabeça antes de começar a construir o castelo. Por que outra razão ela iria destruir com suas próprias mãos o castelo que acabara de construir? (...) Há uma coisa dentro de nós que o tempo não consegue corroer. E não consegue porque ela não pertence a este mundo. Precisamos voltar nossos olhos para além e para cima do que vemos a nossa volta.” GAARDER, Jostein. *O Dia do Coringa*. [s.l.] “Em nenhum país mais do que no Brasil se acentua a necessidade de atrair a atenção dos que lidam com o Direito, constituído e constituendo, para os princípios, para as verdades gerais, para as leis fundamentais, que constituem o supedâneo do Direito, que lhe explicam a razão de ser, revelam o *quid* constante, permanente, invariável, que se nota em meio das transformações das normas jurídicas, e infundem a convicção da necessidade absoluta da Justiça.” REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. p. XXVII e XXVIII. *Apud*. LESSA, Pedro. *Estudos de Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1916, p. 9.

³²⁶ Se impera a necessidade de fulcrarmos tal pretensão, a de demarcar lindes tão amplos para aquilo que venha a ser princípio, o fazemos com base em não menos que aquele tido como um dos pais da própria lógica como a concebemos: Aristóteles. Ele se expressa de forma lapidar a esse respeito, ao dizer: “...tudo ou é princípio ou procede de um princípio (...) sendo princípio, deve também ser não-engendrado e o indestrutível, porque o que foi gerado necessariamente tem um fim e há um término para toda destruição. Por isso, assim dizemos: não tem princípio, mas parece ser princípio das demais coisas e a todas envolver e a todas governar...” Aristóteles. *Física*, III, 4. 203 b 6 (DK 12 a 15) . In: Os Pensadores. p. 48.

do tema central a que se quer voltar a atenção, tendo por premissa posta e aceita o caráter científico do Direito e, subsidiariamente, a existência mesma de princípios dos quais se possa dizer, genuinamente, jurídicos, no sentido de que provindos, estritamente, do Direito.

Ora, afirmar-se, de antemão, a cientificidade do Direito e, por conseguinte, o possuir ele princípios, tomando tais afirmações como premissas básicas — indiscutidas e indiscutíveis, diga-se — é uma atitude eminentemente não-científica e até mesmo ilógica³²⁷.

A história, sobretudo a história da Ciência, tem mostrado, reiteradas e incontáveis vezes, quão insustentáveis são as imposições meramente dogmáticas, as quais, quase sempre, não encontram assento racional, antes, tão-somente, em preconcepções³²⁸.

Não raro, na construção do edifício do conhecimento, novos tijolos postos fazem ranhuras ou, até mesmo, rachaduras naqueles que lhes antecederam. Muita vez, um conhecimento novo põe por terra tudo aquilo em que se baseava um conhecimento pretérito; tanto mais se esse conhecimento anterior não se firmava em quaisquer bases racionais, apenas em opiniões firmadas de alguns às quais os demais deram crédito.

Não bastou — e jamais bastará — que o homem cresse, por exemplo, ter o planeta a forma achatada para que ele passasse a sê-lo, como não bastou apregoar que a terra se postasse fixamente no centro do universo para que lá ela se pusesse. E não se pode afirmar categoricamente que, dentro do quadro que nos pode tecer a ciência hodierna, muito do que temos por verdadeiro e intocável não possa, ante o “tijolo” de uma nova descoberta, tombar como verdade parcial e imprecisa visão da realidade — como, aliás, já ocorreu e por incontáveis vezes ainda ocorrerá. Se se quer dar crédito, basta aventar do advento da Teoria da Relatividade, a qual não veio senão pôr em cheque, quase que por inteiro, o paradigma científico até então em voga, seja modificando ou alargando o anterior parâmetro (impropriamente chamado, Cartesiano-Newtoniano).

Não é nada científico, tampouco racional, aceitar o que está posto pelo simples fato de estar posto — é óbvio. E incorreria em idêntico erro quem negasse o que se lhe põem diante dos olhos, simplesmente por negá-lo. A noção primária de postura científica não guarda qualquer liame com a conduta de quem tudo nega ou com a postura de quem tudo aceita.

³²⁷ “...a racionalidade corre o risco constante, caso não mantenha vigilante autocrítica quanto ao risco de cair na ilusão racionalizadora. Isso significa que a verdadeira racionalidade não é apenas teórica, apenas crítica, mas também autocrítica”. MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro*. p. 24.

³²⁸ “O poder imperativo e proibitivo conjunto dos paradigmas, das crenças oficiais, das doutrinas reinantes e das verdades estabelecidas determina os estereótipos cognitivos, as ideias recebidas sem exame, as crenças estúpidas não-contestadas, os absurdos triunfantes, a rejeição de evidências em nome da evidência, e faz reinar em toda a parte os conformismos cognitivos e intelectuais.” MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro*. p. 27.

Antes, junte-se ao proceder daquele que analisa, daquele que intenta esgotar dada temática, daquele que perquire todas as possibilidades — mesmo aquelas que intimamente lhe desagradem — enfim, o homem de ciência é o que busca a verdade e não uma resposta que lhe corrobore as ideias e concepções pessoais. Tanto a crença cega como a obstinada negação devem ceder espaço à observação, à crítica ponderada e ao bom senso. A dúvida, assim entendida, não é condição suficiente a se afirmar ou a se negar nada, constituindo-se, sobretudo, forte fator de propulsão à pesquisa. A Ciência, todavia, tem sido transformada e defendida com rigores mais que dogmáticos, cunhando para si um fanatismo idêntico ao das piores facetas que a religião já fornecera. A simples adjetivação *científica* tem transformado o objeto assim substantivado em verdade aceita e intocável, sem prévio e qualquer questionamento, tomando ares de ‘verdade absoluta’. Não se questiona, aqui e nesta altura, a existência da Verdade. A contrário senso, põe-se em dúvida, sim, o veredicto científico quanto ao dizer o que seja e o que não seja verdadeiro, alheando de igualmente poderem fazê-lo quaisquer outros ramos do saber (filosófico, religioso, moral etc), que não o científico. No âmbito das propostas hermenêuticas atuais, aderir ou não aderir ao giro hermenêutico proposto por Gadamer e Heidegger acaba significando estar ou não do lado da “verdade”, procedendo a Ciência Pós-moderna tal qual procedia a Moderna, a que tanto critica. Causa estranheza aquele elemento que propõe abertura ao diálogo encontre assento como dogma, frustrando, ele mesmo, o diálogo, tornando-se baliza inquestionada e inquestionável. Causa estranheza, ainda, aceitarem a Revolução Copernicana procedida por Kant (o que foi o mais duro golpe em toda a metafísica), mas desconsiderarem a metafísica kantiana no campo moral (a que, segundo o próprio Kant, possui elementos que a salvaguardam da subjetividade que imperava na metafísica), bem como desprezando os limites que Kant delineou para a dignidade humana, donde deva o ente humano ser divisado como fim *em si* e *por si* e nunca como meio para a consecução de algo, elevando-se a proteção como parâmetro universal (e, por via de consequência, absoluto).³²⁹

Ora, o que caracterizaria mesmo o saber científico seria o esforço dirigido no sentido da isenção, seria o pesquisador não permitir mesclar suas (*pré*) concepções ao objeto em análise, conquanto seja impossível uma cisão completa entre estas e aquele. Bem assim, não é outra a meta da Ciência senão a persecução da Verdade — ou mesmo o encontrá-la, diriam

³²⁹ Neste sentido, e procedendo à belíssima síntese de dois modos extremos e bastante peculiares do pensar grego (o pré-socrático e o socrático), Kant balizou: “duas coisas me enchem a alma de crescente admiração e respeito, quanto mais intensa e frequentemente o pensamento delas se ocupa: o céu estrelado sobre mim e a lei moral dentro de mim.” Fiou, assim, Kant o paralelo e o caráter imutável das leis *sub óculi*. Não há em Kant uma abertura ou aceitação, menos ainda profissão do relativismo nos moldes em que se vê na pós-modernidade.

alguns. Contudo, sequer sabe o homem o que venha a ser Verdade, muito menos se lhe é dado conhecê-la de pleno, ou ainda, a que “tipo” de verdade — se é que há acepções várias para o termo — se pode chegar através do conhecimento científico. E, voltando-nos mais percucientemente ao objeto específico desta análise, se se poderia equiparar verdade científica à verdade que nos pode fornecer o conhecimento jurídico.

Repitamos, pode parecer ainda, ao observador apressado, uma impropriedade focarmos de forma tão central a Ciência numa reflexão que pretende desanuviar tema de enfoque eminentemente jus-filosófico e Constitucional. A razão é bem simples: a Ciência, como veremos, constitui exatamente o modelo adotado pelo homem hodierno para tentar explicar a Realidade e as Leis que regem o Mundo Natural, ou seja, é o sistema convencionalmente adotado pelo Homem para explicar a Natureza e o que o Homem entende por Real (realidade). E tem imperado em matéria científica a ilusão de que haja separação absoluta e possível entre o que é humano e o que é natural. Assim, é a tendência descortinada pelo paradigma científico emergente, não haver como falarmos em saberes humanos, sem falarmos nos ditos conhecimentos naturais, tampouco haveria como abordar a Natureza sem falar no modo como a vemos (a Ciência), até mesmo porque, por vezes, chegamos a confundir a imagem que temos dela (o espelho, a “transparência” que os modelos e sistemas científicos nos fornecem e consubstanciam), com o que ela efetivamente é, tomando uma coisa por outra. E por que, então, não falarmos em fundamentos filosóficos e, sim, principiologicos? Ora, nada mais busca a Filosofia que os fundamentos últimos e os princípios primeiros³³⁰. Cause talvez mais estranheza ainda, como já mencionamos, abordarmos ideias das chamadas ciências naturais e exatas numa pesquisa de âmbito estritamente social e humano, o que se justificaria, ademais, pelo fato de que princípio constitui um aparato (ferramenta) conceitual a que o Direito apreendeu de outras esferas do conhecimento. Afora isto, de dizermos que

³³⁰ “Quando se afirma que Filosofia é a ciência dos primeiros princípios, o que se quer dizer é que a Filosofia pretende elaborar uma redução conceitual progressiva, até atingir juízos com os quais se possa legitimar uma série de outros juízos integrados em um sistema de compreensão total. Assim, o sentido de *universalidade* revela-se inseparável da Filosofia (...) A pesquisa das razões últimas das coisas e dos primeiros princípios implica a possibilidade de soluções diversas e de teorias contrastantes, sem que isto signifique o desconhecimento de verdades universais que se imponham ao espírito com a força irrefragável da evidência. (...) Eis aí uma noção geral do que entendemos por Filosofia, como estudo das condições últimas, dos primeiros princípios que governam a realidade natural e o mundo moral, ou *compreensão crítico-sistemática do universo e da vida*. (...) A Filosofia busca, por conseguinte, atingir respostas de valor universal, não redutíveis a contingências de espaço e de tempo, porque relativas à essência mesma dos problemas. É isto que distingue, de certa forma, o saber científico do saber filosófico, o que não significa, é claro, que a Filosofia se desenvolva com abstração dos dados da experiência, que ela, ao contrário, necessariamente envolve e compreende: — a busca de *universalidade* não exclui, mas antes exige, a consciência da perfectibilidade ou da natureza inacabada e sempre provisória de todas as formas de conhecimento, filosófico ou científico.” REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, pp. 7, 8, 12 e 66. Cfr. também: MARTINS, José Salgado. *Preparação à Filosofia*, pp. 10, 11 e 12.

comungamos das propostas do professor Boaventura de Sousa Santos e as tomamos como pressupostos do presente percurso analítico. Segundo o citado autor, “começa a deixar de fazer sentido a distinção entre ciências naturais e ciências sociais; (...) as ciências sociais terão de recusar todas as formas de positivismo lógico ou empírico ou de mecanicismo materialista ou idealista com a consequente revalorização do que se convencionou chamar humanidades ou estudos humanísticos.”³³¹ Focamos, assim, mais centralmente a Principiologia Constitucional, expondo desde as mudanças paradigmáticas, as mudanças nas formas de a Ciência ver a Realidade e a Natureza, entendendo-se esta última enquanto repositório maior dos objetos sobre os quais se debruça a Ciência, bem como o modo como essas mudanças afetariam a concepção que o Homem tem da Natureza, de si próprio, e do que seriam conhecimentos humano e natural. Nossa pretensão mediata foi demonstrar logicamente haver algo que resista à mudança, algo que se perpetue, como categoria do entendimento que garanta a manutenção do que dado sistema seja, sob pena de que ele venha a — em mudando plenamente — deixar de ser o que é (de ter a conformação que efetivamente tem), para ser outro (adotando nova conformação, tornando-se, então, um novo sistema). Esse juízo de constatação, essa descoberta, esse elemento caracterizador mesmo da própria essência estruturadora³³² do sistema (categoria pertencente ao plano ontológico, não mais deontológico, tampouco axiológico), traduz-se naquilo que historicamente entendemos por princípio³³³. Tal raciocínio garantiu a solidez de nossa pretensão imediata: encontrar um fundamento de validade (existência), um fulcro lógico-racional para cientificidade do Direito, independente do móvel que atualmente faz os homens erigirem suas leis, partindo da hipótese prévia seja isso — esse fundamento basilar a que nos referimos — aquilo que, muitas vezes inapropriadamente, chamamos princípio; e, mormente a Dignidade da Pessoa Humana, elevando-se como resposta à tal perquirição.

³³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. pp. 09 e 10.

³³² O prof. Edilson Farias, ao explicitar sua tipologia dos princípios constitucionais, referenciando-se ao prof. Gomes Canotilho, aborda os chamados *princípios estruturantes* ou *fundamentais*, os quais se identificam como limites ao poder de revisão, sendo os princípios mais diretamente visados no caso de alteração profunda no regime político (nova constituinte ou revolução), donde a modificação dos mesmos não implica a reforma ou revisão da constituição, porém a destruição desta. Cfr. FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. Cit.* p. 40 e 41.

³³³ Entendemos, com fulcro em Aristóteles (ao abordar a mudança natural, falando em gênero próximo e diferença específica, como critérios definitório e/ou conceitual) e em Leibniz (ao discorrer sobre a Monadologia), que todas as coisas em a Natureza, todos os sistemas (inclusive os sociais, como é o caso do Direito) possuam um elemento caracterizador de mudança e um outro de permanência; este elemento caracterizador de permanência, mantenedor do padrão organizacional (e não somente da estrutura) — sustentamos — seja exatamente um princípio. Senão vejamos: “é contudo necessário haver, além do princípio da mudança, um *pormenor* (detal) *do que muda*, que produza, por assim dizer, a especificação e variedade (...) Este pormenor (*detal*) deve envolver uma multiplicidade na unidade ou no simples porque, **realizando-se toda mudança natural gradativamente, sempre alguma coisa muda e outra permanece**. [grifo nosso]. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Os Princípios da Filosofia ditos a Monadologia*. p. 108.

Dizer que princípios possuem natureza normogenética constitui equívoco de tomar a característica pela essência, um “fazer” pelo “ser”. E aproxima o Direito da noção de autopoiese, a qual alija a pessoa humano do palco central e do horizonte finalístico no âmbito jurídico. Ora, que princípios possuem a característica de — eventualmente, entendemos — engendrar normas, é fato. Mas isso constitui tão-somente uma de suas funções, aquilo que eles fazem, não o que são. Sua natureza é ontológica. Neste sentido, Aristóteles, por exemplo, chamou o homem de ser político e, hodiernamente o chamamos ser social. Ainda assim, nada mais se faz que pretender definir pela função. Dizer que o homem age politicamente ou que vive em sociedade e é nela que tem seu *habitat* convencional é meramente descrever o que ele faz, explicitando característica que lhe é externa, e não dizer o que ele é. Assim também o faz quem julgue seja a natureza dos princípios a possibilidade que eles têm de gerar normas. Ora, isso seria apenas o que eles fazem, uma característica isolada sua, e não de fato o que eles são, não traduzindo, portanto, sua essência. Noutras palavras, tateia-se a periferia sem tocar o cerne.

Se regra e princípio são espécies do gênero norma, não se distinguiriam hierarquicamente, colocadas em mesmo patamar, podendo uma contradizer a outra livremente, a simples distinção terminológica carecendo de razão de ser, não constituindo distinção qualitativa (meramente morfológica e de método interpretativo), nem importando se uma é mais restrita e outro mais amplo. A diferença não se firmaria no primado da lógica.

Dada a impossibilidade (impropriedade material) de abraçarmos, ao menos para fins conclusivos, toda a gama de (infindos) princípios constitucionais, nos restringimos a tecer afirmações tão-só à Dignidade da Pessoa Humana, como estamento principiológico (e já bastante amplo) cuja proteção pelo Direito consiste em *condictio sine qua non* da legitimação do Direito como instrumento coativo aceito, bem como de sua própria existência.

Constata-se que, em todo e qualquer sistema, seja ele físico, biológico, científico ou social, conquanto mude, transmute-se, e troque elementos com o meio, conquanto, à primeira vista, ele pareça, por isso, modificar-se por completo, algo nele se perpetua, algo persiste, ou não os reconheceríamos como tais, como de fato os reconhecemos, e eles deixariam de ser o que eram passando a serem cousas diversas e totalmente novas.

Sendo os princípios (ao menos os princípios fundantes / estruturante) a base de um sistema de conhecimentos qualquer, ou hão de ser fixos e imutáveis ou há de ruir o dito sistema, qual um edifício que não se sustem sem uma base sólida e firme, sem algo que

consERVE aquilo que lhe caracteriza (padrão organizacional e não somente a estrutura³³⁴). Há de haver algo em todo e qualquer sistema-paradigma³³⁵ que lhe caracterize a essência, que consubstancie aquilo que ele é; doutro modo, sendo suas bases, seus fundamentos, seus alicerces — mais precisamente: seus princípios — mutáveis, o referido sistema certamente não mais seria o mesmo, posto não conservar coisa qualquer — mínima base que seja — do que fora outrora.³³⁶

Se princípio, numa visão simplista que seja, significa base ou fundamento, se, como muito já se afirmou, não há meio de apreensão e sistematização do conhecimento que prescindia de princípios e, se o sistema de percepção e concatenação de conhecimentos em uso é a Ciência, ou há de duvidar-se da existência de princípios colidentes (relativizados ou sujeitos à ponderação, sopesamento ou resiliência), sob pena de consubstanciarem “arenoso fundamento” e “frágil base” ao sistema³³⁷, ou há de constatar-se a ausência de elementos suficientes para conferir a um tal sistema de conhecimentos a denominação Ciência. Como se deduz à primeira vista, não há de haver ciência sem princípios, tampouco princípios colidentes ou reais conflitos entre aqueles elementos que realmente pertençam à categoria ‘princípios’, como muito prudentemente assevera Dworkin. E se tal se dá, muito daquilo que alcunhamos princípio no campo do Direito não o é. E, a contrário senso, positivar guarda difícil sinonímia com a ideia de criar, tampouco conduz necessariamente à ideia de normatizar, como quer fazer crer a Doutrina mundialmente dominante sobre o tema (neoconstitucionalismo / pós-positivismo). Muito do que chamamos e/ou rotulamos princípios

³³⁴ “A ideia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas, por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.” Genaro R. Carrió. *Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. pp. 33-34. *apud*. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 47-49.

³³⁵ Thomas Kuhn define paradigmas como: “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” In: *A Estrutura das Revoluções Científicas*. p. 13. Numa visão simplista se diria que paradigmas são as grandes “visões de mundo”.

³³⁶ “Podemos, aqui, fazer uma comparação que, até certo ponto, esclarecerá o problema. Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de *princípios*, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.” REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. p. 61.

³³⁷ Neste sentido, corroborando com o entendimento do prof. Miguel Reale, temos a prudente lição do prof. Rizzatto Nunes, para quem princípios “[...] são verdadeira vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico. [...] os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper.” NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – doutrina e jurisprudência*. p. 39.

dentro da esfera do Direito não o é, e algo há que, a despeito de que o alijemos desta condição, verdadeiramente o seja.

Falta-nos certa percepção da *unidade dos saberes*. Divisão há, mas, sem sombra de dúvida, meramente didática, simples divisão de campos de estudo, tomadas, ainda hoje, sob egoísticos ares de divisão de fato. Por ainda não nos ser possível ver o todo, dividimos em secções os saberes a que temos acesso para melhor os visualizarmos. A cada uma dessas secções chamamos ciências, qual fossem elas saberes isolados. Agimos como exploradores que, no intuito de conhecer uma floresta, dividem-na para melhor explorá-la; contudo, após cada um conhecer o trecho por si desbravado, julga-o mais importante que os demais, olvidando que todas as ciências estão interligadas umas às outras numa relação de interdependência. Bem assim, muitos supõem ser a ciência com que lidam superior às demais, ou pior, julgam ser o que há de mais importante na face deste orbe. Mal sabem estes que nenhum saber subsiste sem os demais, posto estarem todos interligados em sua origem, não havendo como um sustentar-se sem o Todo. Impera hoje uma coadunação de métodos, uma pluralidade de visões e perspectivas para melhor se divisar o objeto analisado. E a proposta pós-positivista / neoconstitucionalista se arvora tradução do ‘real’ jurídico e não uma visão, uma perspectiva, tão falha como todas mais, constituindo isto a razão, o móvel e o mote da presente crítica.

O pós-positivismo, que tem em Alexy seu maior corifeu, propugna, sob a pretensão de bandeira nova (para além do joguete anacrônico: positivismo *versus* jusnaturalismo), que teria ‘trazido os princípios para o campo do Direito’, ao pressupor sejam eles espécies do gênero norma. Incorre, assim, no velho erro positivista de somente considerar afeito ao Direito (ao campo do Direito) o que fosse normado (normativo ou normatizado), partindo do pressuposto apressado de que seja uma característica natural de princípios serem normas (normatividade), no que entendemos — sim — uma normatização, um cambiamento forçado deles à indumentária normativa. O equívoco em que incorreu Kelsen parece ter atingido Alexy e fará sucumbir a tantos outros mais, trazendo o orgulho pessoal para o campo de seu labor (seja ele na esfera prática ou científica) — o de crer seja o saber com que labuta a coisa mais importante que há na face deste orbe vão que gravita em meio ao cosmos infinito, olvidando todos eles estejam em situação de interdependência (há quem diga transdependência), o de supor sejam seus sistemas e teorias perfeitos, não-sujeitos à falhas, reflexos precisos da realidade e não simples “transparências” a conferir certa ordem aos dados “caóticos” do real, segundo seu prisma e visão peculiar.

Em verdade, foi o mais ambicioso projeto Kelseniano a redução científica do Direito à normatividade, eis que “para Kelsen, o direito, que constitui objeto do conhecimento jurídico-científico, deve ser entendido como norma, de modo que a atividade da ciência jurídica esgota suas tarefas ao conhecer as normas de direito.”³³⁸ Todavia, como princípio não se encontrava afeito à categorização de norma, a crítica kelseniana foi (indevidamente, entendemos) aceita, e achou-se por bem assim fazê-lo, cambiando princípios ao gênero norma, como se isso — por si só — garantisse alguma qualquer aplicabilidade (força, cogência, ou mesmo eficácia) — uma das mais evidentes ficções jurídicas já levantadas.

Robert Alexy, intentando mais sustentar o seu teorema da colisão de princípios que encontrar uma verdade sobre o tema, defendeu não haverem princípios absolutos³³⁹, recorrendo, no caso da Dignidade da Pessoa Humana (ao menos em seu substrato mínimo, da ‘não-coisificação do homem’, sua não redução à condição de coisa - *res*) à engenhosa argumentação de que ela se comportaria ora como princípio, ora como regra, sem nunca precisar quando se daria um caso e outro, tampouco encontrando exemplo prático viável em que um princípio outro pudesse fazer frente à Dignidade da Pessoa Humana, admitindo mesmo que, com considerável grau de certeza, a Dignidade da Pessoa Humana precede a todos os demais princípios³⁴⁰, como que constituindo-a numa exceção, como um princípio jurídico absoluto ou tendente a isto; ou não teria surgido o Direito com o fim mesmo de reger a vida dos homens, mas como um fim em si mesmo, e um fim em si mesmo, independeria de apensos morais, óbices de que ordens sejam, inclusive interna — como é o caso da Dignidade ou do Valor da Pessoa, ela também (como todos mais) podendo ser relativizável.

Não é possível haja princípio ante o qual, no contexto do Estado de Direito (seja ele: Social, Democrático, Social e Democrático, ou a despeito mesmo de tais adjetivações), a Dignidade da Pessoa Humana ceda, sobretudo em face do Ordenamento Jurídico brasileiro, que a prevê como cerne dos Direitos Fundamentais elencada no rol das cláusulas pétreas³⁴¹,

³³⁸ DINIZ, Maria Helena. *A Ciência Jurídica*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva. 2003. p. 43.

³³⁹ “En el caso de los principios absolutos, se trata de principios sumamente fuertes, es decir, de principios que, en ningún caso, pueden ser desplazados por otros. *Si existen principios absolutos, hay que modificar la definición del concepto de principio, pues el hecho que exista un principio que, en caso de colisión, tiene que preceder a todos los otros principios*, es decir, también que aquél que dice que las reglas estatuidas tienen que ser obedecidas, significa que su realización no conoce límites jurídicos. Sólo siguen existiendo límites fácticos. *El teorema da colisión no es aplicable*.” In: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 106. [destaques nossos].

³⁴⁰ existe una serie de condiciones bajo de las cuales *el principio de la dignidad de la persona, con un alto grado de certeza precede a todos los demás principios*.” In: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 109. [destaques nossos].

³⁴¹ Constituição Federal de 1988 – Título I – Dos Princípios Fundamentais - art. 1.º, inciso III, “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...) a dignidade da pessoa humana.”

como Fundamento mesmo da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado de Direito. Em tais termos, a Dignidade da Pessoa Humana consubstancia um princípio absoluto, não sujeito ao teorema da colisão (ponderação), e fazendo frente a tudo o que pressupõe a teorização normativista, chamada pós-positivista. A relativização de algo que, pela própria etimologia e conceito, constitui fundamento, alicerce, base, núcleo mínimo irradiante e elemento organizador do sistema, seu mandamento nuclear, sua causa primeira e essência, culminaria com a derrocada do sistema como um todo, por nada lhe restar — mínima parcela que seja — com pretensões de imutabilidade, universalidade e pendor absoluto, quando menos geral.

Compreendemos, fulcrados nas sólidas bases expostas, que somente seja princípio (ao menos os princípios fundantes / estruturantes³⁴², como é o caso da dignidade da pessoa humana) aquilo que, parcela mínima que seja, sobrevive à mudança (*devir*), e que mantém a identidade sistêmica (unidade mínima mantenedora do padrão organizacional e não somente da estrutura) de tal ou qual secção do saber, *in casu*: de tal ou qual sistema, e mais apropriadamente do Direito, a fim de que o mesmo não deixe de ser o que é passando a ser outro, por não conservar nada do que já fora outrora — se é que admitimos possa haver uma mudança categórica nestes termos, afora as que, no caso de um dado Ordenamento Jurídico, se dão por via revolucionária ou por nova Constituinte (mas que culminam fatalmente com a sua extinção e o surgimento de um novo).

Parece haver um pendor de cunho absoluto e universal de algumas ideias catalogadas dentre aquelas que abraçamos como sendo princípios de Direito, sobretudo os Princípios Fundamentais do Estado (Constitucional) Social e Democrático de Direito, com enfoque especificamente centrado na Dignidade da Pessoa Humana, a qual se erige como princípio fundante e estrutural (fundamento do Estado Democrático brasileiro), estando apropriadamente alocada no plano ontológico e não axiológico (como é a lição de R. Alexy), tampouco deôntico (como pressupõe Habermas), e que consubstancia mesmo o horizonte finalístico e o elemento legitimador da própria Ordenação Político-Jurídica do ente humano, substrato mínimo intangível do Direito e obviamente do Estado de Direito, se pretende sustentar-se como tal, bem como se almeja trazer apostos a si, e adequadamente, os adjetivos de Democrático e Social.³⁴³

³⁴² Cfr. FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. Cit.* p. 40 e 41.

³⁴³ “A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão de respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos

Como delineado no corpo de toda a presente perquirição, encarar princípios como sendo espécies do gênero norma levanta, logo, *prima facie*, obstáculos de toda a sorte, sobretudo: lógicos, etimológicos, epistemológicos, ontológicos, jurídicos e até mesmo sociais (sociológicos).

Ao que parece, na noite dos tempos, talvez, por ainda não nos ter sido possível divisar o todo, dividimos os saberes a que tínhamos acesso em secções, para que melhor os pudéssemos visualizar. A cada uma dessas secções chamamos ciências, qual fossem elas saberes (realmente) isolados e estanques. Agimos, então, como exploradores que, no intuito de conhecer uma floresta por inteiro, dividem-na para melhor campeá-la. Contudo, após cada um conhecer o trecho por si desbravado, julga-o mais importante que os demais, olvidando que todas as ciências estejam interligadas umas às outras numa relação de interdependência (talvez transdependência) e seja uma só a imensa floresta do conhecimento.

Querer cambiar princípios ao normativo, intentando possa o jurídico abraçar tudo aquilo que se pretenda a ele se ajuste, é — isto sim — anacronismo, resquícios do positivismo legalista que quer, relativizando e desvirtuando, a tudo ver afeito ao normado. Eis a melhor forma a que talvez se encontrou para alijar o moral, o valorativo, o social e o justo do estritamente Jurídico, cambiando-os, torcidamente, a seu bojo, supondo-os só válidos se (estritamente) afeitos à moldura de norma. Ora, uma das bandeiras mais sobejadamente ostentadas pelo Direito é a de que, dentre os corpos normativos que atuam sobre o agir humano, dentre os possíveis instrumentos de coação social, o Direito seria o mais objetivo, o mais preciso, em contraposição, por exemplo, à Moral. Todavia e em verdade, o que se observa é que o Direito mostra-se eivado de construções teóricas imprecisas e conceituações demasiado abertas, deixando, e não só por isto, aflorar em seu bojo grande e aberta fronteira ao subjetivismo e, igualmente, a injustiças. E tomamos *abertas* aqui em sentido pejorativo, dado que a aplicabilidade universal ou mesmo geral constitui virtude, antes de vício.

Há quem proponha outras formas de solução à contradição levantada, pressupondo que “a garantia constitucional da imodificabilidade diz respeito aos princípios, não às

fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.” In: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. pp. 128 e 129. [destaques nossos]. “A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. (...) vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um *sobreprincípio*, ombreado os demais pórticos constitucionais, como o da legalidade (art. 5.º, II), o da liberdade de profissão (art. 5.º, XIII), o da moralidade administrativa (art. 37), etc. Sua observância é, pois, obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta que possui, atraindo em torno de si o conteúdo de todos os direitos básicos e inalienáveis do homem. (...) a dignidade da pessoa humana é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.” In: BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. pp. 48 e 49. [destaques nossos].

modalidades concretas em que estão expressos.”³⁴⁴ Tais modalidades poderiam “ser adequadas às exigências contingentes, desde que através da sua modificação não se firam os princípios por meio das chamadas leis de ‘fraude’ à constituição.”³⁴⁵ A solução ofertada em tais termos igualmente não logra proteger dos riscos de esvaziamento dos institutos em face do relativismo.

Para efeito exemplificativo, imaginemos que o único parâmetro aceito para o justo e o correto seja o que for apregoadado e convencionado pela maioria, numa clara deturpação e arremedo do ideal democrático, tal como ocorreu na “proposta” Nazista. Nesse estado de coisas, em que há total ausência de parâmetros absolutos (ou pelo menos de maior solidez) para nortear o agir humano, resta inócuo qualquer argumento ou posicionamento contra atitudes eminentemente atentatórias à liberdade, à vida, à dignidade, etc. Mormente, quando tais atitudes estejam sustentadas no dogma do relativismo e sejam secundadas pela vontade da maioria (não a vontade geral rousseauniana, que propugna a salvaguarda dos direitos das minorias³⁴⁶). Em tais condições, tudo o que se poderia dizer de um ordenamento que adotasse estas posturas é que seria diferente dos demais, tão-somente diferente dos demais. Não haveria falar-se em justo ou injusto fora do ordenamento e nada haveria que contrariasse a vontade da maioria (dentro de cada ordenamento), ainda quando esta atentasse contra aquilo que chamamos Direitos Fundamentais. E, ressalte-se, mesmo que se perceba terem estes últimos (Direitos Fundamentais) sobrevivido ao vigor das mudanças paradigmáticas e mostrado clara validação principiológica — como verdades que se sustêm apesar das mudanças históricas — mesmo estes poderiam perfeitamente tombar ante o prisma de um relativismo ‘absoluto’.

Mais objetivamente, digamos que vazio, inócuo e sem sentido seria qualquer discurso do Ocidente no sentido de combater (ainda que velada, sub-reptícia ou ideologicamente) a opressão sofrida pela mulher em muitos países do Oriente (islâmicos, por exemplo), de vez que — no seio do próprio Ocidente — sempre tem imperado (ainda que veladamente) a noção de que *tudo seja relativo*. Noção esta fornecedora de sustentáculo ideológico ao império da vontade da maioria e, portanto, justificadora da opressão sofrida pela mulher em tais países, eis que imposta pelas respectivas maiorias. Tratar-se-ia de padrão cultural diverso do nosso, além do que, imposto pela maioria, democrático, no entender de alguns — inatacável, pois.

³⁴⁴ Zagrebelski. *Manuale di Diritto Costituzionale*, Op. Cit., p. 103. *apud*. DA COSTA E SILVA, Gustavo Just. *Op. Cit. Loc. Cit.*

³⁴⁵ Idem. *Ibidem*.

³⁴⁶ “Uma civilização é julgada pelo tratamento que dispensa às minorias.” Gandhi *in*: ROHDEN, Humberto. *Mahatma Gandhi – O Apóstolo da Não-Violência*. *passim*.

Ora, nestes termos, jamais se poderia alcunhá-lo de melhor ou pior que quaisquer outros, apenas diferente, afinal, *tudo seria relativo*. E, se é que existe, se é possível existir um relativismo moderado, não logramos poder divisá-lo, uma vez que, qualquer aposição moderada, por decorrência lógica, implicaria na determinação de algo absoluto, já não sendo mais relativismo.

Assim, com o dogma do relativismo, é que caem por terra todas as conquistas consubstanciadas nos Direitos Humanos Fundamentais. E para além da necessidade lógica da existência de princípios imutáveis (e absolutos), resta claro o seu imperativo social. Ora, qual seria, então, o fundamento de reprovabilidade, por exemplo, do Estado Nazista, senão a superioridade e intangibilidade da Dignidade da Pessoa Humana sobre o (pretense e torcido) ideário democrático e a (suposta) legitimidade do Estado Nazista? Reprovar a escravidão instituída por governos tirânicos? Com base em que? Neste sentido, a crítica é enfática e contundente, mas não menos fundada: sob uma perspectiva macro, Estado nenhum (se se pretende Estado de Direito) pode abraçar o anti-humanismo, sob pena de que não se possa dizer “de Direito”, ainda que um Kelsen, na busca pela pureza jurídica tenha fiado entendimento de que Estados tirânicos e/ou criminosos (mesmo o instituído por um “bando de salteadores” “corsários” ou “piratas”), se legitimados pela maioria, seriam — para ele, Kelsen — Estados de Direito.³⁴⁷

Não negamos aqui a perspectiva pluralista. Pluralismo é algo bem diverso de relativismo, e há quem confunda os dois, pendendo para o segundo. Parecem querer dizer o seguinte: ‘deixem falar; deixem defender que teses queiram; no fundo, a verdade absoluta não existe, etc., etc.’ Eis um discurso extremamente perigoso, porque tende a ignorar que nem tudo o que se diz e nem toda maneira de dizer possui a correção e coerência que pretende, e acaba incentivando, em última instância, uma atitude ingênua das pessoas diante dos

³⁴⁷ “Se esta ordem de coação é limitada no seu domínio territorial de validade a um determinado território e, dentro desse território, é de tal forma eficaz que exclui toda e qualquer outra ordem de coação, pode ela ser considerada como ordem jurídica e a comunidade através dela constituída como ‘Estado’, mesmo quando este desenvolva externamente — segundo o Direito Internacional Positivo — uma atividade criminosa.” In: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 52 “Uma ordem jurídica pode ser julgada como injusta do ponto de vista de uma determinada norma de Justiça. O fato, porém, de o conteúdo poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva.” In: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 53. “As ordens coercitivas revolucionariamente instituídas provaram ser duradouramente eficazes, passaram a ser reconhecidas como ordens jurídicos, os governos das comunidades por elas constituídas passaram a ser considerados como governos de um Estado e os seus atos como estaduais, e, consequentemente, como atos jurídicos.” In: KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 54 “Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses estados.” In: KELSEN, Hans. *Op. Cit.* p. 44.

interesses de poder implícitos nas falas e ideias que se propagam por aí. Todos os discursos são aptos a integrar o diálogo, e nisto reside a polifonia, mas nem todos podem ser considerados válidos. Alguém que se propõe a escrever e argumentar publicamente, especialmente um filósofo ou um homem de Ciência, deve fazer isso segundo o rigor lógico e uma abertura sincera ao diálogo — essa, inclusive, é uma condição básica para o pluralismo. Não queremos dizer que alguém não possa se expressar. Todos podem se expressar, sim, mas isso não significa que possam falar o que quiserem, nos termos que queiram, com pretensão de ser argumento aceito por todos, senão quando válidos dentro do contexto. Não é uma questão de pluralismo, mas de conhecimento e honestidade intelectual. Diria alguém — “a verdade muda mesmo, os paradigmas não cessam”. — Isso, definitivamente, não é pluralismo, mas um 'igualitarismo' pueril que ignora a diferença entre as coisas: a diferença entre um bom texto e um mau texto, ou uma leitura correta ou equivocada de um dado autor, por exemplo. Esse igualitarismo, sim, é algo que fundamenta o totalitarismo, pois suprime as discordâncias, impede a crítica, mata a filosofia, torna as pessoas falsamente iguais (nivelando-as abaixo, em posição, esta sim, indigna) e igualmente suscetíveis ao poder de quem consegue se destacar e controlar a massa. E é ele, o relativismo, que põe o adendo e o rótulo de aceitáveis (defensáveis) em discursos nazifascistas, escravistas, opressores de gênero (contra mulheres e homossexuais, por exemplo) e outros mais da mesma estirpe — ainda que sejam, eles mesmos, discursos que tendem a pôr em xeque o próprio pluralismo, abissalmente diferente do relativismo que os admite incontestes.

Aquilo que se arvora “pós”, tem — pela própria pretensão do prefixo — uma intenção de ruptura, de trazer algo novo, de romper laços com o pretérito. O termo pós-positivismo confere a falsa ideia de uma ruptura com o positivismo, eis que assume só pertencem ao jurídico o que for norma (normatizado). Pela assunção e exagerada importância dada ao simples rótulo de norma (como se o rotular, o etiquetar princípios como espécie do gênero norma, lhes conferisse força ou juridicidade) revela-se numa manifestação — nem tão velada assim — de um ranço positivista: de só querer fazer a leitura de “jurídico” àquilo que se veja afeito ao instrumental normativo. Qual é, para o Capitalismo, o Neoliberalismo, uma forma elaborada de fazer persistir ideologia antiga sob feição nova, assim é também a leitura possível de se fazer (e feita aqui) entre o positivismo e o chamado pós-positivismo.

Noutro prisma, parece tomar corpo a ideia — falsa, diga-se — segundo a qual qualquer proposta ou pensamento ou teoria que não adira, de todo, ao giro linguístico na linha do proposto por Heidegger e Gadamer, já se lhe adere a pecha de falsa, inverídica. Ora, a pós-

modernidade, que critica justo a modernidade enquanto ‘paradigma da certeza’, firma-se — ela mesma — como uma certeza. E pior: uma certeza na incerteza, pressupondo, todas as teorias que albergue com seu rótulo (pós-modernas), como adequadas expressões do real e não “transparências” como todas mais, focadas, pois, numa visão, numa perspectiva, e não numa tradução do real. E, se uma perspectiva não traduz ‘o real’ (sequer o real sistêmico, o real do sistema de que se acerca) é que, obviamente, possui falhas e/ou brechas a que propostas pretéritas ou vindouras, atuando em conjunto (num pluralismo metodológico) poderiam melhor traduzir e/ou explicar.

A simples mudança paradigmática (terminológica) proposta por Alexy, de que princípios pertenceriam ao gênero norma, nada trás de novo, nada muda, não confere à categoria princípio menos vaguidão ou maior aplicabilidade, por si só — não cumpre, portanto, os fins a que se pretende. É mais que uma ficção, um verdadeiro mito crer que a simples aposição do rótulo norma conceda concreção (viabilidade concreta; cogência; força; aplicabilidade) a princípios, quando regras (normas em sentido estrito) há — de sobejo — que, a despeito mesmo desta sua condição (de norma), não possuem força (cogência), não se aplicam, não vingam, ou — se preferirmos a linguagem vulgar — “não pegam”. Parecem crer o rótulo norma tenha o condão (mágico) de, por si só, tornar os princípios aplicáveis ou defensáveis como fundamentos objetivos de decisões.

A rigidez principiológica ainda parece ser o bastião de salvaguarda à violação dos Direitos Fundantes e termina por conferir lógica interna ao sistema, já que em todo e qualquer, que se presuma como tal, há de haver algo que lhe confira identidade, algo que tenda a um certo grau de perpetuidade (ainda que na esfera das ciências ditas humanas). Ora, podendo mudar aquilo que lhe constitui base, alicerce e fundamento, aquilo que faz com que seja o que é (sua essência, sua *arkhé*, aquilo mesmo que lhe confere a ordem sistêmica), bem, um sistema se dilui, se desfaz por perder o que lhe caracterizava a essência.

Asseveremos, uma derradeira vez ainda, por clamor de razão mais perspicaz, que “se tudo é mutável”, a mutabilidade se revelaria lei universal, absoluta e, paradoxalmente, “imutável”. Isto, de pronto, já seria prova suficiente de haver coisa outra que seja imutável e absoluta, mesmo que seja esta lei que prediz que “tudo é relativo”, fazendo a si mesma algo absoluto, e, portanto, contrário a si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS E PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

Uma nova verdade científica não triunfa pelo convencimento de seus oponentes, e porque eles viram a luz, mas, ao invés disso, porque esses oponentes eventualmente morrem e surge uma nova geração que se desenvolve familiarizada com ela. **Max Planck**

Optamos abdicar de uma retomada, na íntegra, de cada uma das conclusões parciais lançadas ao longo do texto — senão cotejando, então, e ponto-a-ponto, alguns excertos delas — aquilo em que reside a síntese das mesmas. E assim o fazemos, a uma, porque mais produtora a que possa o leitor divisar o todo e ter uma visão geral; e a duas, porque as conclusões havidas até então obviamente não passaram despercebidas pelo leitor, de modo que não haverá perda no encadeamento do raciocínio lançado se apenas procedermos a remissões a elas. Neste contexto, vejamos:

- 1) Ontologia é aquilo que *pertinente ao ser* (no sentido essência), do que se é, do que constitui o que seja um dado objeto; busca pela essência, pelo fundamento, pela base, fulcro, causa e solidez no espectro de dada área (fundacionismo);
- 2) Se aquilo que se caracteriza por ser fundamento, base, alicerce, fulcro, causa é princípio, Ontologia não perquire coisa outra senão princípios; e princípio demanda, exato, a ideia de fundamento, de origem, de começo, de razão e de causa;
- 3) Ontologia se revela como o oposto ao relativizável;
- 4) Um conhecimento, para se sustentar como científico, deve admitir seja falseado, ou seja, deve admitir seja contestado — tanto mais se sustenha aos questionamentos, maior o seu valor;
- 5) Não há ramo do conhecimento, seja ele filosófico ou científico, que não se haja lastreado em princípios; sistema é um todo organizado mediante princípios, que lhes conferem ordem e unidade; ciência é um sistema de conhecimentos, e em tais termos, sua ordem e unidade é garantida por princípios;
- 6) Princípio é termo polissêmico, vários e multifacetário, mas o quadro de referências a que faz remissão não é infinito, de modo que, a despeito das acepções que alberga, não é toda e qualquer ideia que pode se arvorar ser princípio ou se enquadrar como princípio;
- 7) Na perspectiva fundante ou estruturante (ontológica) a relação entre princípio e o sistema que rege é tal que, a derrocada do princípio, significa a derrocada de todo o sistema. É que a ideia mais remota que se tem na história do termo princípio e fundamento, remete-nos à

arché / arkhé dos filósofos pré-socráticos na Grécia Antiga, termo muito conhecido nos sufixos de *anarquia*, *oligarquia* e *monarquia*, enquanto elementos que conferem ordem, unidade e governo ao sistema (regendo, ordenando e unificando o sistema) e cuja supressão implica na derrocada do sistema como um todo;

- 8) Lastreada em Kant, a ideia rudimentar que se faz da dignidade humana é a de que consista na não-redução do homem à condição de meio, constituindo fim em si e por si;
- 9) Neoconstitucionalismo (enquanto movimento) e pós-positivismo (como a corrente filosófica que o secunda) são gigantescos brasões que enquadram, numa só esfera, teses as mais várias, por vezes contrárias, e até mesmo díspares ou inconciliáveis, como se de um mesmo gênero fossem ou pudessem ser, mas, mesmo tais perspectivas várias, reservam pontos de contato, a ponto de que se possa albergá-las no mesmo gênero: Neoconstitucionalismo / Pós-positivismo;
- 10) Na lógica interna da visão paradigmática anterior (Velha Hermêutica), princípios sempre foram alocados como categorias supranormativas, contudo, não possuíam aplicabilidade, força, cogência, só tendo uso subsidiário, como pautas interpretativas ou elementos integrativos, desprovidos de força efetiva e sem eficácia alguma, ou seja, conferindo-lhe ora caráter meta-jurídico, ora feições meramente programáticas;
- 11) No pós-segunda guerra, pensou-se, como solução para a pouca aplicabilidade de princípios, o cambiá-los ao gênero norma, confundindo normatividade com força aplicativa;
- 12) O neoconstitucionalismo (movimento) e o pós-positivismo (filosofia), que se alcunham propostas pragmáticas, propuseram uma mudança meramente de rótulo, uma mudança teórica, apondo princípios como espécies do gênero norma, como se isto tivesse o condão de conferir-lhes força, quando normas em sentido estrito há (e de sobejo) que, a despeito da condição normativa, não possuem força — o que revela uma dupla contradição: uma pela mudança teórica, outra pela confusão entre normatividade (normatização) e aplicabilidade (força aplicativa efetiva);
- 13) A etimologia do termo princípio aponta para início, começo, fundamento, base, alicerce, causa; assim, alocar princípio em posição secundária (espécie do gênero norma) evidencia um equívoco a mais, por imprecisão lógica e etimológica;
- 14) Se princípio constitui base, fundamento, alicerce a proposta de (real) colisão, implica que haja risco de derrocada de todo o edifício sistêmico, uma vez que (tomando válida a

metáfora) aqueles elementos que sustentam o edifício sistêmico seriam passíveis de colidirem uns com os outros, ocasionando sua ruína;

- 15) A proposta de que princípios pertençam ao gênero norma assimila e acolhe, indevidamente, a crítica kelseniana — positivista por excelência — (e esta sim anacrônica e indevida) de que só pertença ao mundo jurídico o que for normativo (normado);
- 16) Neste sentido, não parece haver uma ruptura com o positivismo, mas a manutenção do mesmo com roupagem nova — o prefixo ‘pós’ de pós-positivismo perdendo muito de seu sentido;
- 17) Dworkin propõe um ataque ao positivismo, naquilo que ele deveria ser combatido: a esfera de vaguidéz e incerteza que conferia ao Direito (indeterminação do Direito, sob a óptica positivista), e a excessiva abertura à discricionariedade no ato de julgar (sob a alegativa de lacunas sistêmicas) — noutro termo, a incontrollabilidade do resultado das decisões. Argumentava Dworkin que o pensamento positivista focava os elementos formais do processo decisório (abertura), deixando em segundo plano a dimensão material, os resultados das decisões (fechamento). Para cumprir o seu intento, propôs um sistema de princípios e regras, onde as regras encontrariam solução para o conflito de forma categórica, no tudo-ou-nada [*all-or-nothing fashion*]; uma regra sobreviveria e outra deixaria de existir no sistema, em face dos critérios hermenêuticos da subsunção — especialidade, generalidade, revogação, derrogação, etc., donde as regras ou seriam válidas ou não-válidas. De ressaltarmos, as regras se acercariam dos chamados ‘casos fáceis’, onde não impera dificuldade a enxergar a solução (mesmo sob a óptica do homem razoável, *homo medius*). É, porém, no contexto dos princípios que se insere a discussão da incerteza e discricionariedade observada por Dworkin, donde, para solução das aparentes colisões entre princípios, os chamados ‘casos difíceis’, demandaria o uso dos parâmetros da integridade e unidade. Se as regras são aplicáveis pelo *all-or-nothing*, os princípios possuiriam uma dimensão de peso (*weight*) ou importância [fundamentalidade], não havendo diferenciação entre princípios jurídicos (*intra legem*) ou não-jurídicos (*extra legem*) atuantes no processo decisório. Em Dworkin, a distinção entre princípios e regras seria de natureza lógica (pragmático-semântica) Dworkin entende não possa haver, exceto no plano da abstração, o conflito de dois princípios isoladamente. A solução do aparente conflito (ou da alegada lacuna) demandaria colher elementos de todo o sistema (integridade e unidade), numa apreciação holística tal a

reconstruir o caso concreto. Dworkin não propõe tamanho esforço (hercúleo) em todo e qualquer ato decisório, mas, assevera, aqueles a quem se destina a norma esperam exato isto, de modo que deva o proceder do julgador tender a isto, a este esforço integrativo e unificante de todo o sistema, abrindo espaço no discurso a todos os elementos da comunidade (senão, ao menos, a todos os participantes), e em patamar de igualdade, (nem mesmo o julgador devendo ocupar primazia), donde, ao final do processo decisório, se lograria alcançar uma pretensão de convencimento (resultado do diálogo havido) que se imponha às partes por força de sua evidência, suplantando as divergências e os interesses particulares isolados. A isto Dworkin nomeia *romance em cadeia*, onde todos os atores do discurso (sendo o juiz apenas um deles) integram elementos ao diálogo em condições de igualdade, diálogo este sujeito sempre à história institucional, à análise integral da Constituição, da legislação, dos precedentes, que possibilitará a *resposta correta*, no âmbito da leitura feita pela própria sociedade dos princípios que a norteiam. Para Dworkin, quando um princípio não se acerca da decisão de um caso, é que ele não tinha aplicabilidade naquele caso, não se acercando da questão havida. Direito seria interpretação construtivista (do caso concreto) e holística (a poder abraçar todo o sistêmica). A aproximação entre Direito e Moral em Dworkin é material, nunca procedimental. Dizer que princípio é norma — para Dworkin — significa dizer que princípio pode ser usado como fundamento autônomo de uma decisão jurídica, ocupando a normatividade de princípios posição secundária (e mesmo dispensável) em sua teorização, eis que evidencia a confusão entre normatividade e força, bem como utiliza-se da proposição de princípios como norma, como argumento de convencimento contra os positivistas com quem debatia. Dworkin distingue o plano descritivo (*in abstracto*) do plano da aplicação do Direito (*in concreto*), enfocando dois planos interpretativos diversos: o da fundamentação ou justificação da legislação e o da aplicação do Direito, acorde ao pensar de Habermas e Günther;

- 18) Para Alexy, toda norma ou bem é uma regra ou é um princípio, como forma de garantir a separação estrutural entre as categorias. Princípios seriam normas que demandariam solução na maior medida possível (mandados de otimização), dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios, para Alexy, podem ser cumpridos em diferentes graus (dimensão de peso); as regras, por sua vez, atuam no âmbito de validade (dimensão de validade); ou se aplicam, ou não se aplicam; ou são válidas ou não o são, resolvendo-se pelas regras da subsunção. Quando dois princípios estão em conflito, um

deve ceder em relação ao outro, prevalecendo aquele de maior peso. Diversamente de Dworkin, Alexy propõe se possa analisar a colisão ou o conflito de dois elementos isolados (colisão de princípios ou conflito de regras). Para Alexy, o elemento discricionário no ato de julgar seria inarredável. Encarar princípios como mandados de otimização é toma-los como cláusulas de abertura para o julgador ao decidir (esfera de discricionariedade). A solução para a colisão de princípios se daria pela ponderação, sopesamento, o que se verifica tão-somente no caso concreto — revelando-se aí o caráter *prima facie* de princípios, razões *prima facie*. Não há, em Alexy, a interação com outros elementos do discurso, tampouco o julgador abdica de sua posição de primazia. O discurso jurídico seria um caso especial do discurso prático, resumindo-se a isto sua pretensão de correção (a aproximação entre Direito e Moral sendo formal). E a preocupação de Alexy seria procedimental, com a “abertura”, tal qual a dos positivistas a que arvora poder criticar, enfocando o procedimento, os caminhos e opções técnicas para se chegar à decisão. Em última instância, a distinção entre princípios e regras, em Alexy, seria uma distinção de métodos interpretativos. Intenta conferir um maior grau de racionalidade na aplicabilidade do Direito, silenciando quanto aos resultados (materiais) do *decisum*. Princípios e regras seriam elementos passivos e o discurso prático o elemento ativo. A pretensão de correção e a de que o discurso jurídico seja caso especial do discurso prático (moral) geral, faz guindar princípios a uma dupla dimensão, ora jurídica, ora moral. Na colisão, um princípio cede a outro, diante das exigências do caso concreto. Relativiza-se um princípios na medida em que o bem ou valor protegido pelo outro assumam maior peso ou importância, havendo, em Alexy, uma imprecisão entre o que seria norma e o que seria valor. Dizer que princípios podem ser equiparados a valores, faz equiparar direitos a bens, que possam ser transacionados no contexto do proceder jurídico ou usados como moeda de troca no jogo democrático. Valores apontam para o que pode ser considerado melhor, enquanto normas apontam para o devido. Não há, em Alexy, elementos que apontem porque, como ou com base em que o julgador (se é que seja ele) deva optar por tal ou qual princípio a prevalecer no caso concreto, abrindo larga margem à discricionariedade;

- 19) Bulygin aduz que a distinção entre regras e princípios só seria uma genuína crítica ao positivismo se não se pressupusesse nenhum caráter moral ligado aos princípios, uma vez que requeriria que a caracterização de princípios seja tal que a sua diferença com as regras resulte qualitativa e não meramente de grau ou de peso. Ou seja, ou princípios e

regras pertenceriam a planos diversos, distintos, ou — pertencendo ambos à dimensão deontológica — isto culminaria com a derrotabilidade de todo o Direito. A proposição de que princípios pertençam à dimensão ontológica propiciaria também solução para a questão. Bulygin propõe ainda que, se a diferença entre regras e princípios consiste em que as regras são entendidas como normas concludentes [*all-or-nothing fashion*], enquanto os princípios se interpretam como normas não-concludentes [otimizáveis conforme as possibilidades e circunstâncias (políticas e jurídicas)], nada obsta que os princípios possam introduzir exceções nas regras, disso resultando que tampouco as regras sejam concludentes, culminando igualmente todas as normas jurídicas sejam derrotáveis em virtude de considerações de tipo valorativo. Alexy se vale do argumento de correção para tentar responder à pergunta lançada por Kelsen sobre a diferença entre as regras promanadas de um sistema jurídico e aquelas advindas de uma quadrilha de ladrões. A correção consistiria num equilíbrios entre necessidades, meios e justificações. Segundo o argumento de correção (justiça como correção), uma norma sumamente injusta seria também não-jurídica, resumindo nisto a aproximação entre Direito e Moral, uma pretensão de correção. O argumento de correção seria necessário para caracterizar um sistema como jurídico (sua conexão necessária com a moral). Tal argumento, porém, não inibe possa o “legislador” do bando de salteadores creia (ou suponha) estar agindo com acuidade e acerto [dentro de sua própria concepção de acerto ou do contexto do bando de salteadores, do que o grupo creia seja acerto], afora ainda se possa agir fundado no engano quanto ao acerto para aqueles a quem se destina a disposição normativa. Alexy classifica os sistemas entre jurídicos e não-jurídicos. Aqueles sistemas que não possuam a pretensão de correção não são jurídicos, donde propõe haja uma *contradição performativa*. Bulygin entende a classificação não-jurídica, em Alexy, seja meramente contingente, periférica, não-essencial: a qualidade de um sistema jurídico ser justo ou injusto não lhe privaria da condição de jurídico. E a mera crença de se estar agindo (legislando ou julgando) com acerto, incorrendo num solipsismo frágil e perigoso. Para Alexy, se ‘x’ é uma república soberana, federal “e injusta”, tal sistema é não-jurídico, porque patentemente injusto. Para Bulygin, o injusto, aí contido, não macula o sistema jurídico, senão sob um ponto de vista especificamente político;

- 20) Pelo paradoxo de Jørgensen, as relações lógicas de implicação (consequências lógicas) e contradição são definidas em termos de “verdade”, (verdadeiro ou falso), ao passo que as normas (imputando um *dever ser* — devido, permitido ou proibido) carecem de valores

de verdade, atendo-se, tão-só, à perspectiva do obrigacional, proibitivo ou permissivo, donde, por consequência, não haveria uma lógica das normas, uma lógica deôntica. Assim, tomada verdadeiras as premissas levantadas por Jørgensen, uma adequação da proposta de Dworkin demandaria desprezar a normatividade de princípios, em prol da aplicabilidade (aceitação como juízos autônomos de decisão), o que já o faz, e tão-somente. Ora, a dimensão ontológica opera em conformidade ao ‘necessário’, adequando-se aos imperativos lógicos.

- 21) Habermas diferencia o plano axiológico do plano deontológico, demonstrando, nos termos já evidenciados, não haja diferenciação forte entre princípio e valor em Alexy. A teorização de Alexy desprezaria a possibilidade de universalização das normas de ação, aptas a transcender contextos culturais específicos, tornando-se, em decorrência mesmo disto, válidas para todos os destinatários, eis que, além de igualmente participantes do processo de se auferir a “resposta correta”, evidenciada pelo consenso, donde se evidencia a larga margem à discricionariedade em Alexy, também pela preocupação centrada no procedimento (formal) e não no resultado (material) das decisões. Pondera-se valores, optando por elementos que gravitam num *plus* ou *minus*, um melhor ou pior, donde normas implicariam num *dever ser* — devido, permitido ou proibido. Ademais, princípios não poderiam regular os problemas de sua própria aplicação (no sentido de quem decida que princípio deva ser aplicado, qual tenha mais peso ou qual deva ser otimizado em detrimento de outro que deva ceder espaço) para isso, pode-se dizer, precisariam das regras (se se toma como parâmetro a vedação à discricionariedade em sentido forte). Tanto a resposta afirmativa como a negativa provocariam o mesmo efeito da proposição feita por Bulygin, a culminar com a derrotabilidade do Direito, pondo igualmente em xeque a proposta de Alexy, em face do paradoxo levantado. Se as regras estipulariam o procedimento aplicativo de princípios e, pela lógica lançada, princípios possuem dimensão de peso e importância a sobressair sobre as regras, há aí uma contradição patente.
- 22) Dizer que princípio é norma não necessariamente lhe dá força, aplicabilidade, cogência, uma vez existirem normas em sentido estrito (regras) que, a despeito de tal condição, ‘não vingam’, não possuem força, não se aplicam, não têm efetividade, tampouco eficácia. Se o problema do constitucionalismo tradicional (Velha Hermenêutica) era tratar princípios como meras instâncias interpretativas e supletivas de lacunas, a mera mudança conceitual, a rotulação de princípio como espécie do gênero norma não constitui, por si

só, solução viável para o problema em questão, inda quando se permita ladear das teorias elaboradas como as já explicitadas. Não fosse tudo, existe sensível abismo entre força aplicativa (aplicabilidade como fundamentos autônomos de decisão) e força normativa; não sendo condição natural das normas dotarem-se de força por si só, uma vez que, caso assim fosse, não haveria normas sem aplicabilidade, sem cogência, normas que, no dizer do vulgo “não vingam”, o que sabemos é patentemente inverídico;

- 23) Não bastasse a etimologia do termo princípio remetendo-nos a início, começo, base, fundamento, alicerce e causa, princípio advém de *arkhé* / *arché*, significando aquele elemento com posição de primazia; assim sendo, tomar princípio como espécie do gênero norma é alocá-lo em patamar secundário (obviamente, após norma), inda que o termo se remeta sempre à primariedade, o que constitui, e não somente do ponto de vista sintático (no tocante a etimologia e relações entre símbolo e ideia), senão mesmo semântico, uma visível contradição;
- 24) Diz-se do cerne da proposta neoconstitucionalista encontrar-se focado numa abordagem pragmática. Ora, dizendo-se pragmatistas operacionalizaram, tão-somente, uma mudança em âmbito teórico, eis que o mero transpor, o mero rotular de princípio como norma, não altera sua condição, nem demove coisa qualquer do ponto de vista prático;
- 25) Dizendo-se pós-positivistas, sendo a leitura óbvia que se faz do prefixo ‘pós’ como uma ruptura, uma superação [no presente caso, uma ruptura, uma superação do positivismo], assimilaram o cerne da crítica kelseniana (positivista por excelência), de que só pertença ao mundo jurídico aquilo que seja norma (daí o cambiar de princípios ao gênero normativo), donde se firma nada haver aí de ruptura, senão de mera mudança, de adequação (do mesmo positivismo) em moldes diversos do positivismo convencional — e nisto, entendemos, o neoconstitucionalismo, secundado pelo pós-positivismo, traduzir-se-ia numa nova (renovada e mais elaborada) faceta da proposta positivista (e não de uma ruptura);
- 26) Quando se fala devidamente de mutação jurídica, fala-se de um processo natural, social, espontâneo, fruto da evolução das sociedades; neste contexto, a proposta de cambiar princípio como espécie do gênero norma é um processo artificial, e, portanto, não se enquadra no quadro daquilo que se convencionou chamar mutação constitucional, a despeito mesmo das construções do Tribunal Constitucional Alemão (mesmo porque, em todo diversas da proposta dos teóricos — e de Alexy, inclusive);

- 27) Que o Direito não seja de todo *prêt-a-porter* é uma coisa, que ele possua dimensão mutável, criativa, cultural até (obviamente) ou que tal dimensão se assenhoreie de sua maior porção, é uma coisa, e é mais que evidente, por certo; mas outra, seria afirmar que não haja dimensão de estabilidade no Direito, uma porção sua que pertença à *physis* e não ao *nomos*, e mais, atribuir um relativismo extremado que secunde níveis de discricionariedade ao julgador em moldes pouco diversos dos apregoados pelo positivismo, fazendo-o, como se de bandeira nova se tratasse (pós-positivismo), e fazendo-o, ademais, justo na esfera principiológica, que é exato aquela em que, em todos os ramos mais dos saberes, impera estabilidade, ou pelo menos maior solidez, já configurando isto um suficiente indício de erro no trato atualmente ofertado a princípios no Direito, ou a podermos concluir que muito do que chamamos (rotulamos) princípio em Direito não se adequa a tal condição. A plurivocidade (multivocidade) do termo, ou mesmo sua equivocidade, parecem servir de argumento para que, de *per si*, se garanta o enquadramento torcido de toda e qualquer concepção em seus lindes, como se o quadro referencial linguístico a que o termo se reporta praticamente fosse infinito — e não é, sendo mesmo, com algum esforço, delimitável, determinável. Autores sem-conta, ao se depararem com elementos desta instância de maior precisão e imutabilidade no Direito, têm proposto uma nova nomenclatura para tal esfera, uns propõem *estatutos normativos*, *sobreprincípios*, *superprincípios*, *metaprincípios*, ou outras denominações mais, no que — entendemos — mais adequado reservar para tais o preciso rótulo princípio (seja pela própria etimologia da palavra, seja pelo quadro de referências taxativo à que se remete, como por todos os fatores mais de sobejo ora expostos). Nem tudo no Direito pertence ao mundo da cultura, do criado, do *nomos*, havendo esfera (restrita que seja) pertencendo ao plano da descoberta, da *physis*;
- 28) Não se pode, nem se ousaria, pretender tomar o pensamento dito pós-positivista (filosofia) e o neoconstitucionalismo (movimento) como uma seara uniforme, quando — lugar-comum — trata-se de um caldo de ideias por vezes contrapostas e algo díspares, mas no seio das quais se pode encontrar lineamentos comuns passíveis de explicitação. Contudo, e é o cerne mesmo da crítica aqui tecida, naquilo que há de comum entre seus profíctes, resta exato a ideia de ruptura com o positivismo, apresentando-se como algo novo, diverso, preferível e mais adequado; pretensão esta que, demonstrou-se, pouco sólida, senão descortinando-se mesmo como nova e elaborada roupagem do próprio positivismo. De se constatar, ademais, que o discurso pragmático, senão mesmo o

discurso prático, não garante solidez mínima aceitável, sendo maculado por irrefragável derrotabilidade, em virtude (em grande monta) da esfera discricionária que deixa em aberto. E não consegue, enfim, estabelecer haja suficiente diferença na relação de preferência entre a discricionariedade do julgador em detrimento, por exemplo, da mera e irracional imposição ofertada pelo totalitarismo, já que igualmente calcada na possibilidade de relativização da Dignidade da Pessoa Humana. Em melhor palavra, inda parecem prevalecer as mesmas indagações que — inda que pouco menos elaboradas — via de regra, se fazem os neófitos no saber jurídico: o que obrigaria o cumprimento de leis e decisões, tomando-as como justas ou pelo menos diversas de meras imposições vazias de sentido, sobretudo se se dizem avessas à ideia de que haja um fundamento último (fundacionismo) ou mesmo qualquer fundamento, e de que o que seja cultural descambe ao patamar do que é meramente diferente? Ou seja, partem da premissa de que as construções jurídicas (culturais que são) sejam meramente diferentes umas das outras, não se podendo precisar melhores ou piores, lançando-se, noutros termos, em mesma e comum vala, a mais elevada e nobre concepção democrática que se haja concebido e, por exemplo, o nazismo — seriam visões e culturas diferentes, nada além. Eis o que se oculta nas entrelinhas do discurso jurídico (dito) pragmático e o perigo maior do relativismo que o secunda. Vejamos, se de um lado o positivismo *latu sensu*, procedimentalista por excelência, abdicou de focar e confrontar questões de razão prática, como o é o problema interpretativo-hermenêutico da indeterminação (incerteza) do Direito, da possibilidade ou impossibilidade de se prever abstratamente todas as hipóteses de aplicação de uma norma aos casos concretos, e da discricionariedade do julgador, alijando-se de se preocupar com o resultado da decisão, mas, enfocando, sim, ‘a abertura’, ou seja: o procedimento, os caminhos e opções técnicas para se chegar à decisão (à despeito seja ela considerada justa ou não — e indiferente mesmo quanto a isto), bem como adotando o primado da lei (norma), como resposta reducionista àquilo que ao Direito caberia focar, isto culmina invariavelmente numa aceitação passiva do relativismo, sobretudo em face da incontornabilidade do resultado das decisões e mesmo indiferença quanto aos resultados a que se possa chegar. De outro lado, o pós-positivismo, focando o outro extremo, ‘o fechamento’, exato a questão hermenêutica da indeterminação do Direito e da larga esfera de discricionariedade do julgar, assim o faz acolhendo a mesma premissa (equivocada) de que só caiba ao Direito aquilo que for norma, normado ou normatizado (no que tomam normatividade e entendemos normatização), cambiando então princípios de natureza, a

transitarem do ontológico para o deontológico. E, por fim, sequer soluciona o problema da indeterminação do Direito e da discricionariedade do julgar, sobretudo quando a técnica e o procedimento adotados (senão mesmo permitem) abrem larga margem a que — sendo exato o que expressa Alexy ao contrapor a tese de Dworkin da única *resposta correta* — o intérprete decida e, *a posteriori*, lance seus fundamentos para, por fim, simplesmente crer que tomou a decisão correta (correção). Floreios à parte, não se vê diferença muito significativa entre positivismo e pós-positivismo: ambos partem do pressuposto de que só seja afeito ao jurídico o que for norma, o primeiro alijando princípios das considerações, com seu ‘modelo de regras’; o outro, sob a pretensão de recambiar princípios ao Direito, fazê-los transitar da dimensão ontológica (que entendemos lhes seja própria e devida) para a dimensão deontológica, como se só pertencentes ao jurídico aquilo que for dotado de normatividade (normatização). Afora isto, nos lindes pós-positivistas (ao menos na feição a que nos ofertou Alexy), a dita aproximação com a Moral se resume ao subjetivismo do intérprete; e, por fim, culmina com o mesmo relativismo a que o positivismo já se conformava e era afeito há muito;

- 29) Não se concebe plausível (ou possível) um relativismo moderado, eis que, qualquer manifestação relativista em termos moderados implicaria no reconhecimento de que algo absoluto exista. Nestes termos, a afirmação comum e apressada de que ‘tudo seja relativo’ acaba sendo, ela mesma, uma afirmação absoluta, a posição extremada terminando por se tornar o próprio calcanhar de Aquiles de toda teorização no sentido de um relativismo exacerbado. Querer impor o relativismo a todas as coisas é, noutros termos, querer “absolutizar” o relativo (inda quando no contexto de um dado sistema, área ou saber); é querer fazer do relativismo regra válida para todo e qualquer caso (uma regra absoluta, e, portanto, contrária a si mesma, uma exceção a si mesma, eis que absoluta ela, e somente ela). Isto faz do relativismo em tais moldes algo aplicável para todos os casos menos para o seu próprio quando afirma e sustenta: “tudo é relativo”, sendo esta sua afirmação mesma uma afirmação absoluta — e, portanto, contrária a si. Não há como coadunar a proposta relativista à ideia evolucionista. Professar que o justo seja relativo seria o mesmo que dizer: tanto faz o trato ofertado à mulher no Ocidente ou no Oriente (e convenhamos, mesmo a par da jornada tripla de trabalho, da opressão de toda a sorte sofrida pela mulher no Ocidente e dos alarmantes índices de violência doméstica — sobretudo porque consideravelmente inferiores à violência real, já que o número de denunciante é absurdamente menor que o de agredidas — ainda assim se

afigura situação sobremaneira melhor que aquela que prima pela submissão total e irrestrita ao marido, que impõe o uso de ‘acessórios’ como o véu ou a “burca”, ou ainda que impossibilita as mulheres de frequentarem o ensino superior); e poderíamos ser indiferentes ainda em relação a um ordenamento que imponha a tortura ou a escravidão como prática livre e desimpedida, acaso professássemos seja o justo relativo nos termos ora levantados (muito embora saibamos, também, que os EUA, enquanto levarem o brasão da Democracia no mundo — ou digam fazê-lo —, sejam adeptos contumazes de práticas similares; e não nos deixam mentir Guantânamo ou Abu Ghraib); ou ainda o fato de a escravidão ser ou não protegida por disposições legais configuraria mera questão de opção (legal), não se podendo valorar sua eventual legalidade ou ilegalidade, sob a óptica de dado ordenamento jurídico, como sendo justa ou injusta, com base em nosso olhar de hoje, caso adotássemos o relativismo nos moldes propostos no tocante à questão ora analisada. Vejamos: entre dois pontos, só podemos dizê-los diferentes, nada mais. Ou seja, a única afirmação possível de se levantar acerca de dois pontos comparados entre si é que um não é o outro, que são pontos diferentes. E só haveria falar-se em evolução se comparamos os dois pontos em comento em relação a um terceiro parâmetro (objetivamente melhor, ou tomado como tal). Aquele ponto que, sob dada perspectiva, mais se aproximar do parâmetro-terceiro objetivamente melhor, seria o mais evoluído (no tocante específico à questão analisada). Noutros termos, é preciso um parâmetro objetivo (ainda que não divisado em inteireza ou com a precisão desejada, como parece ser o parâmetro do justo), para que possamos valorar determinada concepção como melhor (mais justa) que outra. E, objetivamente, parece que podemos afirmar, sim, no tocante específico de determinados institutos, como os ora elencados, que as construções Ocidentais (no estreito limite proposto, óbvio) são superiores às Orientais, por mais se aproximarem desta noção rudimentar que todos temos (imanente) — ou parecemos ter — do que seja justo e certo. Em contrapartida, se focarmos outros institutos, em situações diversas, como — para não fugir ao exemplo islâmico — é o caso da mendicância e do analfabetismo, observamos que países islâmicos sem-conta (a exemplo daqueles dentre os grandes produtores de petróleo) apresentam índices com patamares aproximados a zero. Ou seja, neste sentido, no tocante aos institutos então analisados, sem dúvida alguma as construções Orientais são objetivamente mais justas que a prática Ocidental, justo por mais se aproximarem do mencionado parâmetro-melhor no tocante às posições ora comparadas. E isto, segundo aferições e ilações — espera-se — algo objetivas, o mais

gerais possível, perceptíveis em nível aferível até mesmo pelo senso comum, como acreditamos ter demonstrado, universais enfim, e, quiçá, levando a conclusões que rumam para um paradigma mais estável, talvez até — quem sabe — absoluto;

- 30) O caráter universal não pode ser dissociado do caráter necessário, e por via de consequência, do caráter absoluto — não há falar-se em categorias universais sem que se o faça, igualmente, com a consideração de serem elas absolutas também;
- 31) O necessário é, e não pode ser de outra maneira; neste sentido pertence à esfera do *ser* e não do *dever ser*, aloca-se adequadamente na dimensão ontológica;
- 32) Universalidade implica em apriorismo; e conhecimento *a priori* é aquele que não pode ser suficientemente fundamentado pela experiência, senão evidenciado por ela nos moldes que propõe a fenomenologia-hermenêutica;
- 33) Princípios, em amplo espectro, em âmbito científico amplo, são universais. E é *condictio sine qua non* para considerar-se um saber científico a presença de princípios;
- 34) Princípios, pela própria etimologia, significam causa, origem, começo, base, alicerce e fundamento. fundamento implica numa necessidade ativa, numa força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, sobre todo o sistema de que se acerca, fazendo assim e não de outro modo;
- 35) Algo em matéria científica é eminentemente descoberta e não criação humana; e este algo são, sobretudo, seus princípios;
- 36) Sistema é um todo organizado com base em princípios, que lhe conferem ordem e unidade. São interdependentes princípio — sistema — ciência, não havendo como abordar um, privando-se de remeter-se aos outros;
- 37) Princípios, sobretudo princípios estruturantes e fundantes (com o perdão da redundância), porque os elementos que conferem estrutura, ordem e unidade ao sistema, ou hão de ser absolutos e universais (ao menos de aplicação em irrestrita em toda a fronteira do sistema de que se acerca), e convenientemente alocados no ápice do sistema (ou em sua base, se assim preferirmos; a mera semântica não alterará sua importância no quadro ora fornecido), não poderiam ser alijados, sob pena de derrocada do sistema como um todo (sua unidade e organização).
- 38) No âmbito dos saberes sociais, a sociabilidade se enquadra como princípio, eis que, a despeito da discussão entre Rousseau e Hobbes acerca da natureza dessa sociabilidade, se inata e altruística ou se adquirida e egóica, ambos concordam, sem sociabilidade, sequer

haveria plausibilidade de se falar em saber social — a ausência de sociabilidade implica a ausência de um sistema social. Neste sentido, a sociabilidade é, pois, princípio;

- 39) Os sistemas, teorias, paradigmas, parâmetros, embora se sucedam uns aos outros, algo permanece, e constituem um prisma, uma visão, uma perspectiva e não uma tradução ideal e perfeita da realidade, assim, abrem margem a erros, que podem (e evidentemente o são) melhor divisados sob a óptica de outros sistemas, teorias, paradigmas, parâmetros;
- 40) Aquela teoria ou paradigma que se arvora incontestável (ou inconteste) ganha ares de dogma não de ciência, eis que deve ser falseável para se sustentar;
- 41) O mero rótulo (nomenclatura) que eventualmente atribuamos a uma categoria do pensamento ou a um objeto, nenhum poder tendo de acrescentar ou diminuir àquilo que os elementos analisados, de fato, sejam; não se podendo dizer que, ao jungirmos tal ou qual objeto à determinada categoria, por simplesmente lhe termos dado um ou outro rótulo, ele esteja posto adequadamente onde lhe convém;
- 42) Até Kant, havia o racionalismo e o empirismo, o primeiro predispondo o conhecimento adviesse do ser cognoscente (e dele para o objeto), ao passo que o segundo propunha o conhecimento viesse do objeto para o ser cognoscente. A Revolução Copernicana procedida por Kant fez o homem deixar de gravitar ao redor do objeto, passando os objetos, sim, a gravitarem em derredor do ser cognoscente, pondo em questão a possibilidade do conhecer.
- 43) Sob a perspectiva objetivista axiológica, as coisas têm valor de *per si*, independente do olhar humano que sobre elas se debruce, abrindo espaço para uma abertura, alheia à causalidade, e mais afeita ao finalismo (perspectiva teleológica — de fins e meios) que impera o objeto (sobretudo o objeto específico da presente análise — a pessoa humana e seu valor, sua dignidade) não possa ser encarado como meio, constituindo um fim em si mesmo.
- 44) Toda a busca da Ciência, desde os primórdios até a atualidade, centra-se na perquirição de princípios, de um saber em que impere alguma sorte de solidez, donde — por inferência da própria lógica — o relativo se esvaia em suas próprias considerações;
- 45) Toda a busca pré-moderna e moderna foi fundacionista, no sentido de buscar alicerce, base e fundamento; ao passo que a busca pós-moderna (sob certa vertente, uma vez que a pós-modernidade constitui um ‘caldo’ multifacetário, havendo em seu bojo elementos pré-modernos e modernos, mesclados a tendências próprias da pós-modernidade — ora

holísticas e integralizadoras, ora relativistas e negativistas) tendeu a ser anti-fundacionista, a abandonar a busca por princípios;

- 46) É no contexto da pós-modernidade que se insere o pós-positivismo, oscilando entre a perspectiva holística (que pugna por uma pluralidade de métodos) e a perspectiva relativista / negativista (que, a despeito de negar a existência de parâmetros de solidez qualquer, apondo — illogicamente — a ausência de parâmetros de solidez como o parâmetro). É contra esta segunda perspectiva que se eleva a presente crítica;
- 47) A ideia de princípios como elementos ordenadores de um sistema ou do cosmos (como sistema maior - entorno) remonta a Aristóteles, segundo quem o individual e o acidental (o contingente) não possa ser objeto do conhecimento científico, donde perquiria, como os pré-socráticos, a *unidade na multiplicidade*, aquilo que é certo e estanque, naquilo que é vário e mutável;
- 48) Na linha da fenomenologia-hermenêutica a que propôs Heidegger, com base em Kant, existem juízos de constatação (apriorísticos), juízos sintéticos *a priori*, que, a despeito de sua condição *necessária*, demandam um dado da experiência para se fazerem aperceber-se. É neste contexto que se descortina a Dignidade Humana, que careceu das atrocidades e dos horrores da guerra e do nazi-fascismo para que se desse a conhecer nos contornos que atualmente se aborda;
- 49) A Revolução Copernicana procedida por Kant ignora a perspectiva intuitiva, na linha do que propôs Bergson (em corrente uso na ciência em geral, inclusive no Direito), a pressupor já não haja separação entre o ser do conhecimento e o objeto de sua procura, assumindo aí um movimento interno de caráter absoluto. Para Bergson, a intuição é a única forma de se atingir o absoluto. Haveria duas formas básicas de se encarar a relação entre o sujeito e o objeto, ora gravitando ao redor do objeto, ora o objeto gravitando ao redor do sujeito (posição kantiana). O movimento é relativo, porque exterior ao objeto. Neste sentido, Bergson propõe se atribua ao móvel um interior, donde o ser cognoscente deva inserir-se, por esforço da imaginação, alcançando o movimento absoluto, em face da adoção da perspectiva interna ao objeto analisado. A proposta holística da pós-modernidade é, exato, a de não se poder separar de todo o ser cognoscente do objeto de sua procura. O que Bergson quer dizer é que o absoluto só se apreende por meio da intuição, intuição similar àquela que exprime não possamos definir o justo ou injusto, mas todos sintam e da Justiça façam geral noção. Tal se evidencia, sobretudo, quando o ser cognoscente se converte em objeto. Quando abordamos a dignidade humana é justo

isto o que se dá, sequer demandando ao pesquisador introjetar-se no objeto analisado, eis que já o é;

- 50) Demanda-se, hodiernamente, não um conflito entre os paradigmas e as propostas, mas um reconhecer que cada um forneça uma visão própria, útil e necessária ao divisar do objeto sob uma perspectiva mais ampla, esta sim, capaz de traduzi-lo melhor — não se podendo desprezar o papel dos paradigmas anteriores, como se aquele que os sucede o faça como verdade inconteste;
- 51) Neste contexto, aderir ou não ao Giro Hermenêutico, na linha de Gadamer e Heidegger, tem tomado ares de condição para a correção e aceitação do argumento — tal qual fizera a modernidade, a que tanto esta proposta pós-moderna critica;
- 52) Não existem em a natureza sistemas fechados, tampouco se pode fazer uma equiparação apressada — e o atual momento do Direito, sobretudo do Constitucionalismo em âmbito mundial, peremptoriamente, contesta — entre os sistemas biológicos e os sistemas sociais, calcados em tendência anti-humanista;
- 53) O Direito não visa à sua própria reprodução (*autopoiese*). A tendência atual é, exato, diametralmente oposta a tal entendimento, alocando-se a pessoa humana como o horizonte finalístico do Direito (*alopoiese*);
- 54) Não há como se coadunar o evolucionismo à proposta relativista, o que enquadra em mesmo patamar (e no nível mais baixo), por exemplo, um ordenamento democrático e um que adira a uma proposta similar à nazista;
- 55) A vitória do modelo democrático, ao menos sob a perspectiva do Ocidente, só se faz em bases que afugentem relativismo e solipsismo apressados — a Democracia tende a soçobrar com o dogma do relativismo;
- 56) Na tradição jurídica brasileira, princípios sempre foram vistos como mandamentos nucleares, base, fundamento e alicerce sistêmico, em desacordo com a perspectiva de Alexy, para cuja teorização importa a otimização (a fundamentalidade ocupando, quando muito, caráter secundário);
- 57) O Direito se erige como subsistema social, afeito à dimensão da Moral — sua origem perpassando por demandas de rudimentos de um saber penal-constitucional;
- 58) O ideário democrático passa ao largo da satisfação da vontade da maioria, coadunando-se à vontade geral (que não despreza os interesses minoritários, inda quando firam o interesse da maioria, porque fulcrado no valor da pessoa humana);

- 59) A proposição de que os sistemas sociais se comportem exatamente como os naturais, como quer Luhmann, significaria a adoção declarada de um anti-humanismo, como ele próprio o faz, incompatível com o Direito e incompatível, sobretudo, com o atual momento vivido pelo constitucionalismo no mundo. Assim, o Direito não apenas se traduz ao normado ou normatizado, tampouco existe tão-só para criar o que seja norma;
- 60) A vedação do adendo ao sistema do que ‘não-seja-norma’, como quer Alexy, revela-se falha e a abertura a princípios de ordens outras, se ladeada à proposta de normatização, como propõe Dworkin, é equivocada;
- 61) A construção frasal já denuncia a dimensão ontológica evidente de que se acercam princípios: não se diz que os homens devam ser iguais, mas que são; tampouco se diz o Brasil deva ser uma República Federativa, mas que o é; o mesmo valendo para os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que o são, não que devam ser; bem assim com a Dignidade da Pessoa Humana sendo fundamento da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, não como um dever ser, mas como um ser. Princípios não expressam condutas devidas cujo descumprimento implique em sanção outra, senão — decorrência do próprio descumprimento — o culminar na derrocada de todo o sistema;
- 62) Com Jesus, com o advento do cristianismo, ao menos para a perspectiva Ocidental, a igualdade passou de um exercício formal, de um ato social (exterior), de um fazer público, da condição de aceitação pelo grupo, por seus pares, para um ato pessoal, íntimo, intransferível (todos eram iguais perante Deus) — o exercício de da igualdade perdeu a conotação de uma exteriorização, passando a uma questão de *foro íntimo*, no contexto da relação pessoal entre o indivíduo e o Criador. A ideia de que os homens são iguais, sem distinção, teve aí sua origem mais remota. E dignidade não vem a ser outra coisa senão a proposição que eleva todos os homens ao mesmo patamar, em virtude, tão-só, de sua condição humana, equalizando-os em valor e em dignidade;
- 63) A dignidade da pessoa humana se revela como valor absoluto, supremo, intrínseco, inato, inviolável, indissociável de todo e qualquer ser humano, dependente tão-só da constatação desta condição de ser humano, sendo mesmo o valor que o identifica como tal. A dignidade da pessoa humana inadmite substituição por outro valor qualquer, não pode ser abdicada, tampouco transacionada, e a ela os Ordenamentos, Constituições e grandes Cartas de Direito meramente reconhecem. A dignidade atrai e condensa o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Trata-se de juízo de constatação que

evidencia o ente humano seja um fim em si e por si. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser princípio e fim do Direito, convertendo-se no cerne teleológico do sistema, rechaçando a ideia de autopoiese no Direito, bem como impondo-se em moldes avessos ao relativismo, não sujeita à ponderação. A dignidade permeia, ordena e orienta o ordenamento que a concebe como fundamento, garantindo-lhe unidade, prevalecendo como condição da essência humana. A tutela da pessoa humana foi elevada ao ápice do Ordenamento e a dignidade que a protege elevada à condição de macrop princípio, sobreprincípio, supraprincípio, com características em todo diversas dos demais elementos designados pelo mesmo rótulo de princípio. Da dignidade da pessoa humana se irradiam todos os demais princípios no contexto estrutural do Ordenamento

- 64) A dignidade da pessoa humana, nos termos do Ordenamento Jurídico brasileiro (art. 1.º, III e art. 5.º, caput da CF/88), foi elevada à condição de fundamento da República, figurando, também, entre os direitos e garantias individuais, elevados todos à condição de cláusulas pétreas (§ 4º do Art. 60 da Constituição Federal de 1988), dotados pois de imutabilidade no seio do Ordenamento, eis que sua derrocada implicaria a queda de todo o sistema. Vimos, ademais, aquilo que é fundamento se impõe de *per si*. Não se diz a dignidade ‘deva ser’ fundamento da República ou que ‘deva ser’ cláusula pétrea, se diz que o é — tampouco a construção frasal é de uma disposição de *dever ser* (deontológica), mas de uma disposição de *ser* (ontológica, pois);
- 65) Conforme Alexy, a dignidade não possui uma estrutura de intromissão e limites, donde toda intromissão na dignidade implica em sua lesão;
- 66) Nesta altura, se poderia até objetar a proteção à natureza humana e o fazê-la em termos de caráter absoluto, em face da mutabilidade mesma da natureza humana, e a reflexão filosófica até então cambiando no sentido de que ‘o ser do homem’ seja um eterno *vir-a-ser*, um contínuo *dever*, uma mudança, um evoluir, eis que se altera sempre com vistas a realizar aquilo que em si haja enquanto potência, donde se poderia coadunar a natureza humana à *physis* grega. Inobstante termos lançado elementos suficientes a discordarmos a tal ponto, a proteção à natureza humana é que se deve elencar em termos absolutos e não a própria — é o valor da pessoa humana a instância protetiva, não o definir pessoa humana. Dignidade não vem a ser coisa diversa do respeito e necessária proteção ao ente humano enquanto tal. De mais a mais, deixássemos a discussão descambar para a perquirição da natureza humana — vária e multifacetada, eis que ser bio-psico-socio-espiritual — seria vê-la descambar para um relativismo e solipsismo tal que tornaria

estéril qualquer discussão. A questão que impera não é saber se o homem é naturalmente bom ou mal, não é delimitar sua natureza, nem definir (em se constatando seja mutável) para que rumos cambiaria e se direcionaria a natureza humana, se as fronteiras desta natureza são tênues ou bem definidas, donde — já evidenciamos — a despeito disto, todos fazem dela geral noção (intuitiva). Importa saber, sim, que ela deva ser protegida e a medida desta proteção foi *reconhecida* como a máxima (seja em âmbito positivo ou pré-positivo); e, não fosse tudo, reconhece-se natureza igual a todos os membros da família humana, a despeito se desconheça os contornos de tal natureza — ela demanda proteção a que a instância jurídica cabe proteger;

- 67) Cabe frisar, uma vez mais, a Alemanha — antiga Alemanha Ocidental [RFA] — ora Alemanha unificada, não possuía Constituição, muito embora possuísse Tribunal Constitucional [*Verfassungsgericht*]. É que a chamada “Constituição Alemã”, então chamada Lei Fundamental Alemã [*Grundgesetz*], foi promulgada por Assembleia Constituinte em 1949, batizada de Conselho Parlamentar, com o fim do Estado Nazista. Tal Assembleia era composta por 65 representantes das assembleias estaduais da Alemanha Ocidental, além de observadores de Berlim e dos “três aliados” (EUA, França e Inglaterra).³⁴⁸ Ora, em sendo e consubstanciando um Estatuto tutelado pelos invasores (os aliados), inda que justificada a tutela ante a real e plausível ameaça de um retorno do ideário nazista, entenderam os alemães, para além do mero preciosismo da terminologia, que não seria plena de legitimidade, portanto, não se configura como sendo propriamente Constituição; e isto por dois motivos: um, a presença de observadores a impedir “excessos” (impedindo, aí também, a plena legitimidade, o pleno exercício da autodeterminação [*self-determination*] do povo alemão, tamanho era o temor de retorno do ideário nazista; dois, a Lei Fundamental Alemã teria um caráter provisório, imaginando-se não tardasse a unificação das Alemanhas. Portanto, a Lei Fundamental não se configura como sendo Constituição propriamente dita. Ora, o receio dos aliados era mais que justificável: se consagrassem ao povo alemão, à época, o direito a promulgar uma Constituição, provável fizessem prevalecer ali ideias não muito diversas daquelas defendidas por Hitler até então. Bem assim, da necessidade de uma instância interpretativa, independente e desatrelada dos demais poderes instituídos, como

³⁴⁸ Cfr. [s.n.] 1949: *promulgada a Lei Fundamental Alemã*. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,525432,00.html>> Acesso em: 14 de setembro de 2011.

representativa do povo Alemão, para que tutele os chamados Direitos Fundamentais³⁴⁹, é que se erigiu o Tribunal Constitucional Alemão [*Verfassungsgericht*]. E não seria necessário um esforço interpretativo muito grande para ver que existe aí uma justificativa cultural mais que aceitável para a cisão mais forte que queiram apor entre o que seja *letra* e o que seja *norma*, e para que façam tudo dependa do olhar do intérprete (autêntico) para ter força, aplicabilidade, validade ou cogência, e que tais proposições tenham advindo (ou sido melhor difundidas) por teóricos, filósofos e doutrinadores alemães, a saber: Friedrich Müller, com seu concretismo / estruturalismo (que adere à distinção semântica entre texto e norma, já presente em Kelsen), ou Robert Alexy, com a propugnação de princípios como mandados de otimização e espécies do gênero norma — apenas para citar exemplos. Em termos similares, não é de se estranhar que a chamada Jurisprudência dos Valores tenha surgido dos problemas com que se teve de se confrontar o Tribunal Constitucional Alemão [*Verfassungsgericht*], e isto muito antes das razões pelas quais levaram Ronald Dworkin a perquirir questões de ordem similar, mas seguindo caminho em todo diverso e com propostas de soluções diametralmente opostas. Todavia, o que não se compreende é que se queira aplicar as mesmas proposições, de pronto e sem mais, a outras realidades e/ou ordenamentos jurídicos diversos, qual se constata, vem acontecendo no Brasil (sem a necessária adaptação ao contexto, cultura e realidade em todo diversa). Isto se agrava sobremaneira ante o fato de ser da tradição jurídica brasileira o trato de princípios em razão de sua fundamentalidade, o que é patentemente diverso do enfoque de Alexy, priorizando a normatividade (normatização). Ora, a influência da Constituição brasileira foi colhida da Lei Fundamental e não da teorização de Alexy, de modo que as divergências são patentes: Alexy pressupõe não se possa elencar, *in abstracto*, um rol ou hierarquização de princípios (com sua opção por otimizar, ou ceder, quando da colisão, a se auferir no caso concreto, no entender de Alexy), quando a Constituição brasileira assim o faz, diferenciando fundamentos da República, direitos fundamentais, direitos individuais e coletivos, elencando cláusulas pétreas como condição de primazia (em abstrato), etc., e alocando a dignidade humana em posição de destaque hierárquico inegável, a que, ante a aplicação de qualquer preceito, todos mais devam a ela remeter-se, o que é patentemente incompatível com o proposto por Alexy. Afora a

³⁴⁹ “Os Direitos fundamentais são, na sua dimensão *natural*, direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem o *núcleo restrito* que se impõe a qualquer ordem jurídica.” ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. Cit.* p. 17.

predisponência à imutabilidade das cláusulas pétreas fazem demandar cuidados com a adequação do pensamento de Alexy à realidade brasileira;

- 68) A sustentação lógica da teorização de Alexy depende do caráter forte na diferenciação entre princípios e regras. Neste sentido, ele é categórico ao dizer que toda norma ou bem é uma regra ou é um princípio. Todavia, abdica e abre mão da coerência e a lógica interna de sua teorização, para inadmitir o caráter absoluto da Dignidade da Pessoa Humana. Para Alexy, a norma da Dignidade da Pessoa Humana se comporta ora como regra, ora como princípio (sequer fazendo menção de como, porquê e de que modo tal se dê), para em seguida asseverar que há um amplo conjunto de condições de precedência, sob as quais, com um alto grau de certeza, a Dignidade da Pessoa Humana precede a todos os princípios que lhe sejam opostos, sem que igualmente conclua, com isto tratar — exato — de caráter absoluto. E arremata, por fim, que o princípio da dignidade da pessoa humana possa ser realizado em diferentes graus (otimizável, pois), mas a regra da dignidade da pessoa humana seja absoluta, o que firma — isto sim — uma contradição patente no bojo de sua teorização. E contesta a seu próprio argumento, ao afirmar que a dignidade, como todos os Direitos que estão na borda como no fundamento do edifício, apresenta uma estrutura diferente de todos os direitos fundamentais, donde, nos direitos fundamentais normais, uma intromissão não significa sua lesão, senão quando não-justificada; sendo que a dignidade, por seu turno, não suporta intromissões ou limites, carecendo desta estrutura, de modo que toda intromissão na dignidade humana implica em sua lesão, em qualquer dos casos. Não há precisão em Alexy quanto à natureza da Dignidade da Pessoa Humana, se regra ou se princípio. E, por fim, admite: existe um alto grau de condições que permitem dizer a Dignidade da Pessoa Humana sempre haverá de prevalecer sobre os princípios contra os quais conflite. Por tudo, a Dignidade da Pessoa Humana se enquadra como o elemento a conferir ordem e unidade ao sistema, consubstanciando mesmo o sustentáculo de maior solidez para o universo Jurídico, seu substrato mínimo intangível e cerne teleológico e da própria Ordenação Político-Jurídica do ente humano.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. De Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal — La Doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín**. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_09.pdf> Acesso em: 19 de junho de 2007. in: Revista Doxa n.º 23. Alicante, 2000.

_____. **Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín**. Revista Doxa n.º 23. Alicante, 2001. pp.197-230.

_____. **El Concepto y la Validez del Derecho**. 2ª ed., Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **Justicia como Corrección**. Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 26 (2003), pp. 161-173.

_____. **La Institucionalización de la Justicia**. Tradução de José Antônio Seone, *et. al.* Granada: Cornares, 2005.

_____. **Derecho y Razón Práctica**. 2ª ed., México: Fontamara, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed., Coimbra: Almedina. 2001.

ANDRADE, Manuel da Costa, **Sobre as proibições de prova em matéria penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992

ARISTÓTELES. *Física*, III, 4. 203 b 6 (DK 12 a 15) . In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. *Metafísica*. XI, 6, 1062.

_____. Aristóteles: Vida e Obra. In: Coleção: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. *Seg. Anal.* I, 2, 71b9-12.

ATIENZA, Manuel. **Entrevista a Robert Alexy**. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf> Acesso em: 19 de junho de 2007. in: Revista Doxa n.º 24. Alicante, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. “Neoconstitucionalismo: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, janeiro/fevereiro/março de 2009.

BACHELARD, Gaston. **A Epistemologia**. Coleção: o sabor da filosofia. Lisboa: EDIÇÕES 70. 1981. pp. 205 e 206.

BARROSO, Luís Roberto. **Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Disponível em: BuscaLegis.ccj.ufsc.br. Acesso em: 30 de junho de 2001.

BAYÓN, Juan Carlos. **Derrtabilidad, Indeterminación del Derecho e Positismo Jurídico**. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n.º 13 (Octubre 2000), pp. 87-117.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª edição revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2001. *passim*.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 18.07.2011.

BROCKMAN, Jonh. **Einstein, Gertrude Stein, Wittgenstein e Frankstein: reinventando o universo**. 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, Parte V. Introdução, 1988.

BULYGIN, Eugenio. **Alexy's Thesis of the Necessary connection between Law and Morality**. *Ratio Juris*, vol. 13, N. 2, 2000, p. 133-137

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2001.

CANARIS, Klaus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3ª ed., introdução e tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Portugal. Livraria Almedina, 2000.

CARVALHO NETO, Menelick de. **Requisitos Pragmáticos de Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado. Belo horizonte. Curso de Pós-graduação em Direito da UFMG e Mandamentos. v. 3. mai. / 1999.

COELHO, Edihermes Marques. **As funções do Direito Penal**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, n.º 146. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=835>> Acesso em: 27 nov. 2006.

COELHO, Luís Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª ed., revista, Rio de Janeiro: FORENSE, 1981.

_____. **Introdução à História da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Mariana. **Sucedâneos à ética clássica: reflexões sobre o agir humano e o além do homem nietzschiano** in: *Trans/Form/Ação*, São Paulo, 2005.

COSTA, Newton Carneiro Affonso da. **O Conhecimento Científico**. São Paulo: Discurso Editorial. 1997.

COUSELO, Jose María Díaz. **Los Principios Generales del Derecho**. Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Filosofia do Direito**. 5ª ed., Rio de Janeiro: FORENSE, 1995.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DA COSTA E SILVA, Gustavo Just. **Os limites da reforma constitucional**. 1ª ed, São Paulo: Renovar, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: EDITORA FORENSE. 2000.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva. 2003.

DUARTE, Taciana Nogueira de Carvalho. **O Princípio da Dignidade Humana e o Contraditório**. In: TAVARES, Fernando Horta (coord.). *Constituição, Direito e Processo — Princípios Constitucionais do Processo*. Curitiba: Juruá. 2007. pp. 291-303.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. e-book grátis.

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

_____. **O império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de Princípio.** Trd. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ERHARDT, André Cavalcanti. A realidade do Direito enquanto problema definitório. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10>>. Acesso em: 28 nov. 2006.

ESSER, Josef. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado.** Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** 1ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos — a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** 2ª ed., atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **O Conceito de Sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask.** São Paulo: Revista dos Tribunais, Universidade de São Paulo, 1976.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Sentido Ontológico do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Trabalhador.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, jan./dez. 2005, pp. 17-25.

GALLIANO. **Introdução à Sociologia.** São Paulo: Harper & Row do Brasil, 1981.

GAARDER, Jostein. **O Mundo de Sofia.** 25ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

_____. **O Dia do Coringa.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

GHIRALDELLI, Jr., Paulo. **A Filosofia como Medicina da Alma.** São Paulo: Manole, 2011.

_____. **Contra o Conceito.** Disponível em: <<http://ghiraldelli.pro.br/2011/01/03/contra-o-conceito/>> Acesso em: 20 de novembro de 2010.

GOODE, William & HATT Paul K. **Métodos em Pesquisa Social.** 3ª ed. São Paulo: Nacional, 1969.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado; DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito Sanitário e Meio Ambiente.** In: PHILIPPI JR., Arlindo; ALVES, Alaor Caffé (Editores). *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*, Barueri-SP: Manole, 2005. p. 607/643. p. 609.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição.** 3ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: RCS, 2007.

_____. **Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade.** In: Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **Direito natural: visão metafísica e antropológica.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

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

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** — Estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e Democracia: entre validade e facticidade.** Vol. I, tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

_____. **Direito e Democracia: entre validade e facticidade.** Vol. II, tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

_____. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos.** Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola. 2004.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito.** 2ª ed., Lisboa: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBEKIAN. 1994.

HENKIN, Louis. **The Age of Rights.** Columbia University Press: Columbia. 1996.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e Utopia.** 3ª ed., rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** Dicionário Eletrônico Aurélio, Versão 5.0, corresponde à 3ª. edição, 1ª. impressão, da Editora Positivo, revista e atualizada do Aurélio Século XXI, 2004.

IKAWA, Daniela R. **Hart Dworkin e Discrecionalidade.** Lua Nova, nº 61, 2004. pp. 97-113.

Jano. Disponível em: <www.xenia.com.br/jano.htm>. Acesso em 12 de agosto de 2006.

JØRGENSEN, J. **Imperatives and Logic.** Erkenntnis, n.º 7, pp. 288-296.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** 3ª ed., vol. 3. Coleção: A Obra Prima de cada Autor. Série Ouro. São Paulo: Martin Claret, 2009.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: companhia Editora Nacional. 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. **Teoria Geral das Normas**. 1ª ed., Porto Alegre: SÉRGIO ANTÔNIO FABRIS. 1996.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 3ª ed., São Paulo: Ed. Perspectiva. 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Os Princípios da Filosofia ditos a Monadologia**. Tradução: Marilena de Sousa Chauí. São Paulo: Abril S.A. Cultural. 1979.

LIMA, Renata Fernandes. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_11504/artigo_sobre_princ%C3%8Dpio_da_dignidade_da_pessoa_humana> Acesso em: 17 de julho de 2011. Disponível também em: <<http://pt.scribd.com/doc/55807662/Principio-Da-Dignidade-Da-Pessoa-Humana>>.

LINS, Charles de Andrade. **Direito Constitucional do Meio Ambiente**. Disponível em: <http://www.faroljuridico.com.br/art-direitomeioambiente.htm>. Acesso em: 29 de Agosto de 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1986.

LUHMANN, Niklas. **A Nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut./ICBA, 1997.

MARÇAL, Antônio Cota. **Princípio – Estatuto, Função e Usos no Direito**. In: Constituição, Direito e Processo – Princípios Constitucionais do Processo. Curitiba: Juruá, 2007.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. **Os princípios de direito do trabalho: na lei e na jurisprudência**. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1997.

MARTINS, José Salgado. **Preparação à Filosofia**. Porto Alegre: Editora Globo S.A., 1969.

MATTE, Luiza. **Considerações Acerca do Caráter Absoluto do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Direito & Justiça, v. 28, ano XXV, 2003/2, pp. 147-153.

MATOS, Aníbal Magalhães da Cruz. **Conflitos entre Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma compreensão adequada do Estado Democrático de Direito**. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Brasil, 2010.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **O Dilema da Liberdade: alternativas republicanas para a crise paradigmática no Direito (o caso da judicialização da política no Brasil)**. 2008. Tese (Doutoramento em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Brasil, (2008).

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª ed., São Paulo: Forense. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RTs, 1981.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MESQUITA FILHO, Alberto. **A Ciência e seus Princípios**. Disponível em: <<http://www.ecientificocultural.com/ECC2/FilCien/cap01.htm>> Acesso em: 10 de junho de 2006.

_____. Alberto. **Eletromagnetismo e Relatividade**. (htm) in: A Equação do Elétron e o Eletromagnetismo. Editora Ateniense: São Paulo. 1993.

MIRALÉ, Edis. **Direito do Ambiente — doutrina — jurisprudência — glossário**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 34ª ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1997

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed., São Paulo: Atlas. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Atlas. 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; Mauricio Pugliesi. **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

MORIN, Edgar. **Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro**. (tradução de Catarina Eleanora F. da Silva e Jeanne Sawaya). São Paulo: Cortez. Brasília — DF: UNESCO, 2000.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 7ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. São Paulo: Ed. Forense, 10ª ed., 1998.

NIETZSCHE, Friedrich. **Aforismos**. 1ª ed., São Paulo: Renascimento. 1999.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Conceito de Princípio entre a Otimização e a Resposta Correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica**. 2007. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS), Brasil, 2007.

Os Pré-Socráticos. Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 3ª ed. Madrid: tecnos. 1990.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Clonagem e transgênicos ante os princípios da dignidade da pessoa humana e da precaução ambiental**. Base Científica ESMPU, Brasília, a — 4, n.º 14, jan./mar. 2005, pp. 57-69.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Direitos Humanos, o Princípio Constitucional da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988**. RT/Fasc. Civ., Ano 94, v. 833., mar. 2005, pp. 41-53.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª ed., São Paulo: LTr, 2002.

POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos**. 2º vol. (Trad. Milton Amado). Belo Horizonte, Ed. Itatiaia; São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1971.

_____. **O realismo e o objetivo da ciência: acerca da inexistência do método científico**. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1987.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

RAMOS, César Augusto. **A Individualidade Política — O ‘Zoon Politikon’ — E o Processo de Individualização nos ‘Grundrisse’ de Marx**. Acesso em: 28 de nov. 2006. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/cemarx/cesar.htm>>.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 1975.

_____. **The Concept of a Legal System**. Oxford: Oxford University Press, 1980.

_____. **La Autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral**. Trad Tamayo y Salmorán, Rolando. 2ª ed. México: UNAM, 1985.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed., São Paulo: SARAIVA, 1999.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed., revista e reestruturada. 5ª tiragem, 2001.

_____. 25ª ed., 22ª tiragem, **Lições Preliminares do Direito**. São Paulo: Saraiva. 2001.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva. 2008.

_____. **Manual de Filosofia do Direito**. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2009.

ROHDEN, Humberto. **Mahatma Gandhi — O Apóstolo da Não-Violência**. São Paulo: Martin Claret. 2004.

ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. Firenze: Sansoni, 1945.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**, Trd. Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSS, Alf. **Lógica de las Normas**. Trd. Jose S. P. Hierro. Madrid: Tecnos, 1971.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ROVER, Aires José, *et. al.* **Conexões entre Direito e Moral sob um Ponto de Vista Lógico**. **Revista Brasileira de Filosofia**. Coord. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Ano. 58., Vol. 232, jan./jun. 2009. pp. 247-256.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **A Dignidade do Ser Humano e Os Direitos de Personalidade: Uma Perspectiva Civil-Constitucional**. In: *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002,

SACCONI, Luís Antônio. **Minidicionário Sacconi da Língua Portuguesa**. São Paulo: Atual. 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso Sobre as Ciências**. Coleção: Histórias e Ideias / 1 N°. de edição: 280. 12ª edição. Porto: Edições AFRONTAMENTO. 2001.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. *Uma análise do inciso III, do art. 1.º da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: CELSO BASTOS EDITOR — Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1999.

_____. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <<http://www.apriori.com.br/artigos/publico/199.htm>> e <BuscaLegis.ccj.ufsc.br> Acesso em: 30 de junho de 2001.

SARAIVA, Wellington Cabral. **O Caráter Principiológico Das Normas Constitucionais**. Disponível em: <<http://www.infojus.com.br/area3/wellingtoncabral2.htm>> Acesso em: 30 de junho de 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 8a ed., 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humanos e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2002.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009, pp. 31/68.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Editora Virtual Books On-line M&M Editores Ltda. 2000. Ato I, Cena V.

_____. **Romeu e Julieta**. Editora Virtual Books On-line M&M Editores Ltda. 2000.

SICHES, Luís Recásens. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. 2ª ed. Cidade do Mexico: Porrúa. 1973.

SILVA, Bruno César Gonçalves da. **Do Aproveitamento da Prova Obtida Por Meio Ilícito: a tese da ponderação versus senso de adequabilidade normativa.** Disponível em: <http://www.brunocesaradvocacia.com.br/do_aproveitamento_da_prova_obtida_por_meio_ilicito.pdf> Acesso em: 11.06.2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 17^a ed., Rio de Janeiro: EDITORA FORENSE. 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 20^o ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção.** In: Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, vol. 1, 2003, págs. 607 a 630.

[s.n.] **A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.** Com um ensaio e anotações de Nuno Rogeiro. Coimbra: Coimbra Editora. 1996.

[s.n.] **1949: promulgada a Lei Fundamental Alemã.** Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,525432,00.html>>

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito.** 2^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito.** 2005. Tese (Doutoramento em Filosofia) Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia. Brasil. 191 f. (2005).

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Direitos humanos e relações jurídicas privadas.** In: *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VALE, André Rufino do. **A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores.** 2006. 286 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) — Universidade de Brasília (UNB), 2006.

VERNEGO, Robberto J., *et al.* **Normative logics, Morality and Law.** In: *Expert System in Law.* Antonio Anselmo Martino Editor. Elsevier, Sc. Pv. 1992. pp. 345-365.

VIANNA, Túlio Lima. **Da Ditadura dos Sistemas Sociais: uma crítica à concepção de Direito como sistema autopoietico.** Revista Crítica Jurídica, n.º 22, p. 67-78, jul./dez. 2003.