

HISTORICIDADE, CONCEITUAÇÃO E TIPOLOGIA DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Luiz Carlos dos Santos

A origem dos princípios gerais do direito, acepção bem acentuada, por Miguel Reale, na sua obra *Lições Preliminares de Direito* (1999, p.308), é matéria que se cerca de grande controvérsia, sendo incontáveis os posicionamentos encontrados na doutrina. O citado autor deixa bastante claro que a questão da gênese principiológica e a evolução dos princípios enquanto fonte do ordenamento jurídico advém desde o direito romano. Assim, as lacunas do Direito Civil romano eram, às vezes, preenchidas pelos princípios.

De acordo com Bonavides (2006), a historicidade dos princípios jurídicos passa por três fases distintas: a jus naturalista, a positivista e a pós-positivista. Todavia, a ascensão dos princípios, segundo Barroso, vai ocorrer com o pós-positivismo. Com lastro em Bonavides (2006), na fase pós-positivista, acentua-se a hegemonia axiológica dos princípios, convertendo-os, em verdadeiro pedestal sobre o qual é construído o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Ressalte-se que Ronald Dworkin, teceu pesadas críticas à escola positivista. Valiosas foram suas teses para o definitivo entendimento da normatividade dos princípios. Grande parte da doutrina repousa nos ensinamentos deste referido expoente, principalmente no tocante à distinção entre regras e princípios.

Segundo Wróblewski apud Grau (2005), princípios são regras ou construções que servem de base ao direito como fontes de sua criação, aplicação ou interpretação.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, jurista brasileiro, considerado clássico, bem como Ivo Dantas (2005), dentre outros, entendem que princípios são mandamentos nucleares de um sistema; são verdadeiros alicerces que sustentam e fundamentam as normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligibilidade, exatamente por definirem esses princípios a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhes confere a tônica, dando-lhes sentido harmônico. Entende Mello (2005), que violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma.

Depreende-se do exposto, que a desatenção ao princípio resulta em ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos. Pode-se reafirmar que é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque implica uma insurgência contra aquele sistema, tanto quanto um ato de subversão de seus valores fundamentais.

Das lições do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho (2006), os princípios agrupam-se em dois blocos - os hermenêuticos e os jurídicos. Os primeiros têm a função argumentativa, de interpretação, de abstração, pois, com eles o operador revela normas não expressas, por qualquer enunciado legislativo, fazendo, assim, a integração e complementação do sistema jurídico, como um todo sem fixar-se apenas em pequena parcela do texto legal. Como reforçam os ensinamentos de Eros Grau: "A interpretação do Direito é a sua interpretação no todo, não de textos isolados dele desprendidos. Não se interpreta o Direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de Direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - o texto - até a Constituição, sempre em conjugação com os valores e os princípios morais".

Por sua vez, os princípios jurídicos, detêm a qualidade de verdadeiras normas, distintas de regras. Portanto, são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de efetivação/concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos, para se usar o exato conceito de Canotilho (2006).

Assim, o expoente pesquisador português, vai além da primeira acepção, quanto à tipologia dos princípios jurídicos, distinguindo-os em: princípios jurídicos fundamentais; princípios políticos constitucionalmente conformadores; princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. Observa-se que Canotilho delimita, então, o tema, no âmbito do direito constitucional.

Esta, todavia, não é a concepção de Jorge Miranda apud Dantas (2005), ao referir-se à Constituição Portuguesa de 1976, quando ressalva que a Constituição de seu país tem os princípios fundamentais como diversos dos princípios gerais de direito.

Para Alexy (1997), que admite o conflito entre regra e princípio, também, devem ser usados os institutos da proporcionalidade ou da razoabilidade, pois não há outra maneira de decidir racionalmente como não seja através da ponderação entre a razão da restrição e o direito fundamental que se quer limitar.

Afinal, de acordo com Silva (2008), ao deparar-se com a presença de conflito entre regras e princípios, comumente, pode-se estar diante de uma limitação a um direito fundamental, havendo, então, a necessidade de que se utilize, na interpretação e solução do caso em concreto, as máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, objetivando a solução desta modalidade de conflito.

Urge, porém, ressaltar que a convivência dos princípios também é conflitual. Entretanto, este conflito não se opera pelo fato de que um perde sua eficácia plena, quando o

outro é aplicado. Ocorre, nesta circunstância, que o intérprete irá apurar qual dos princípios conflitantes assume, no caso concreto, a importância mais significativa em relação aos dados da realidade.

Para Aley (1997), na colisão de princípios, por seu turno, um deles, embora deva recuar, não desaparece do mundo jurídico. Acentua o autor que ao nível de princípios pertencem todos os princípios relevantes para decisões que envolvam, por exemplo, direitos fundamentais.

Corroborando Silva (2008), como não existem regras para a solução de conflitos ou colisões de princípios, a saída é a sua aplicação pela ponderação. Afinal, no mundo dos princípios, há lugar para muitas acepções, podendo até ser chamado de um mundo do dever ser ideal, quando terá que passar desse amplo mundo do dever ser ideal ao estreito mundo do dever ser definitivo ou real, o qual produz colisões ou, para usar outras expressões frequentes, tensões, conflitos e antinomias. Torna-se, então, inevitável sopesar princípios e regras contrapostos, quer dizer, terão de ser estabelecidas relações de preferência.

Frise-se, contudo, que o constitucionalismo comunitário brasileiro, representado por José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo de Abreu Dallari, Joaquim de Arruda Falcão Neto, dentre outros, recusa o constitucionalismo racional ; deve-se passar, segundo estes autores, para um constitucionalismo capaz de conferir prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humanas.

Assim, é no Estado de Direito Social ou Estado Providência que o ente estatal surge como interventor para conter situações de intolerável desigualdade. Desse modo, a superação das desigualdades - por meio de políticas de redistribuição de renda e equalização de posições excessivamente desvantajosas, denominada discriminação positiva - visa o alcance da igualdade material ou substantiva. A discriminação positiva está assentada no critério da razoabilidade e na interdição da arbitrariedade. Nesse sentido, a discriminação positiva coaduna-se com o princípio da igualdade, na medida em que situações comparáveis sejam tratadas de maneira idêntica e que situações objetivamente diferentes sejam tratadas de formas distintas, conforme Acórdão do Tribunal de Justiça Alemão de 06 de outubro de 1983, lembrado por Sérgio Abreu (2008, p. 339).