

ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E VALORES: UMA INVESTIGAÇÃO HISTÓRICA SOBRE ESSE IMAGINÁRIO

*BETWEEN VALUES AND LEGAL PRINCIPLES: A HISTORICAL RESEARCHING
ABOUT THESE UNDERSTANDING*

Fausto Santos de Moraes¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Uma concepção de princípio jurídico além de mandamentos de otimização: a fecundidade da historicidade do direito; 2. Do porquê os princípios jurídicos são valores? um esboço na história da teoria do direito; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO: O que é princípio jurídico? Essa pergunta parece por vezes ser a mais evidente e, paradoxalmente, a mais oclusa. Refletindo sobre isso, este trabalho propõe a discussão sobre o conceito de princípio jurídico, procurando apresentar elementos históricos presentes na Filosofia do Direito que amparem essa equivalência. Para o fim almejado o trabalho adota o método fenomenológico-hermenêutico, valendo-se de coleta de dados jurisprudenciais e a revisão bibliográfica para propor, em contrapartida à crítica, que a concepção ligada a valores não é algo mais necessário na atual Ciência do Direito.

Palavras-chave: Robert Alexy; Conceito de princípio jurídico; Crítica Hermenêutica do Direito.

ABSTRACT: What is the legal principle? This question seems to sometimes be the most obvious and, paradoxically, the more occluded. Reflecting on this, this paper proposes a discussion on the concept of legal principle, seeking to show historical features standing in Philosophy Law those who establish these equivalence. Accomplishing these demanded to adopt a phenomenological-hermeneutic method, taking advantage of collecting data and jurisprudential literature review to propose,

¹ Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS), docente do PPGD e da Escola de Direito da Faculdade Meridional – IMED/RS. Pesquisador com apoio da Fundação Meridional/RS. Advogado.

as counterpart, that conception which connected value to legal principle hasn't necessary anymore in Legal Science.

Keywords: Robert Alexy. Legal Principle Concept. Hermeneutical Critique of Law.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar objeções à conceituação de princípio jurídico existente na obra de Robert Alexy, considerando, principalmente, o problema da concepção aproximada aos valores quando utilizada *in terrae brasilis* sem os devidos cuidados a elementos analíticos e argumentativos. Esses elementos, conforme sustenta Alexy, que conformariam de fato um modelo congruente de aplicação e fundamentação racional do Direito. Assim, discutir o conceito de princípio nos termos do trabalho acaba sendo algo primordial ao desenvolvimento teórico crítico que busca a ampliação dos Direitos Fundamentais Civis como Direitos Subjetivos.

Para tanto, o trabalho orientado pelo método fenomenológico-hermenêutico e que se valeu da revisão bibliográfica desenvolveu o objetivo em duas seções distintas. Na primeira, discute-se o emprego dos princípios jurídicos na obra de Robert Alexy e na ordem jurídica brasileira. Num segundo momento, apresenta esboço histórico para mostrar como que se dá a aproximação da noção de princípio jurídico a valores.

1. UMA CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO JURÍDICO ALÉM DE MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO: A FECUNDIDADE DA HISTORICIDADE DO DIREITO

Não é novidade dizer que a noção de princípio jurídico proposta por Robert Alexy² tenha sido endossada no mundo jurídico como critério diferenciador entre as espécies normativas, o que teria assegurado, no plano metodológico, a segurança de como se aplicar o Direito. A premissa seria: quando não fosse possível resolver os problemas³ mediante a aplicação das regras jurídicas, por subsunção, deveria o intérprete considerar os princípios jurídicos envolvidos, ponderando-os⁴ nos moldes da máxima da proporcionalidade.

Essa questão para colocar em evidência uma discussão sobre as possibilidades da interpretação e pode ser apresentada nos seguintes termos: a concepção de princípio jurídico de Robert Alexy como mandamento de otimização diluiria a deontologia dos critérios plasmados na historicidade do Direito, condicionando-a ao ato de vontade do intérprete.

Se a proporcionalidade seria aplicada para resolver o conflito entre princípios jurídicos, o estudo da *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy revelou uma série de “princípios jurídicos” que foram sopesados. Entre eles, por exemplo: princípio da dignidade humana, princípio da proteção do âmbito físico do desenvolvimento individual da personalidade, princípio do Estado Social, princípio democrático, princípio da defesa militar, princípio da manutenção e promoção dos ofícios manuais, princípio da liberdade de escolha profissional, princípio da liberdade artística, princípio da liberdade jurídica, princípio da liberdade fática, princípio da competência do legislador democraticamente legitimado.

² Noção que coordena a dogmática mundial e brasileira, embora Robert Alexy ao discorrer sobre a estrutura dos princípios jurídicos indique a sua condição de mandamentos *a serem otimizados*. Cf. ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**. v. 13. n. 3. Set 2000. p. 300.

³ Alexy entende que a indeterminação normativa decorreria da abertura semântica da linguagem que, no Direito, teria também como consequência, a abertura estrutural.

⁴ A indicação quanto à ponderação é feita como figura de linguagem, visto que, no marco teórico proposto por Robert Alexy, a criação de regras para organizar a relação entre princípios no caso concreto implicaria na criação de uma “lei de colisão”. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 102, 163-164.

Mesmo tendo sérias dúvidas sobre a natureza de mandamentos de otimização desses princípios, de acordo com a noção de Alexy, o sopesamento indicado pelo autor teria envolvido outras categorias diferentes. De tal forma que também foram sopesados pelo autor nos seus trabalhos, por exemplo: direitos fundamentais sociais diante de direitos de liberdade, direitos fundamentais sociais contra normas constitucionais materiais, direitos fundamentais sociais em tensão com direitos fundamentais sociais (sic), direitos fundamentais sociais com direitos coletivos, direito à vida e a incolumidade física diante a operacionalidade da justiça penal, liberdade de imprensa em colisão com a segurança nacional, direito fundamental da liberdade artística frente ao impedimento e ameaça ao trânsito, escassez da moradia contra a inviolabilidade do domicílio.

Para finalizar a indicação dos “princípios jurídicos” a partir de Robert Alexy, recorre-se a um de seus últimos trabalhos em que o sopesamento é feito no caso em que se discutia o ingresso do “*motor scooter*” no parque. Nessa oportunidade, foram sopesados com a liberdade de ação o princípio de paz e sossego no parque⁵. É difícil imaginar a origem desse “princípio jurídico” na tradição jurídica – mesmo que num caso hipotético –. O problema no admitir princípios como esse, desvinculado da sua manifestação normativa congruente à historicidade concreta do direito, transforma-os em simples argumentos orientados à retórica, cujo poder deontológico da sua construção intersubjetiva é substituído pela necessidade pragmática de resolver o problema a qualquer custo, mesmo que se recorra a sopesamentos *ad hoc* e, por vezes, obscuros. E, nesse sentido, as questões de princípio acabam se resignando, impropriamente, à consciência do julgador.

Em pesquisa que centrou o olhar a uma década de decisões do Supremo Tribunal Federal – STF que aplicaram o princípio da proporcionalidade⁶, notou-se o

⁵ ALEXY, Robert. Two or Three. In: BOROWSKI, Martin. **On the Nature of Legal Principles**. ARSP-Beiheft 119 (Franz Steiner: Stuttgart, 2010). p. 15.

⁶ Cf. MORAIS, F. S. de. 2013. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 346p.

envolvimento de inúmeros “princípios jurídicos”⁷ (sic) sopesados. Foram, portanto, sopesados: a presunção da inocência, a dignidade humana, a liberdade, o *due process*, o princípio da individualização da pena, o direito à inviolabilidade domiciliar, o princípio da especialidade, os valores da liberdade, igualdade e segurança, o princípio da insignificância, princípio da ofensividade, liberdade individual do devedor e dos direitos patrimoniais do credor, princípios da moralidade e probidade com a presunção de inocência, direito fundamental à participação política, à capacidade eleitoral do cidadão, não confisco, livre exercício da atividade profissional, princípio da nulidade da lei inconstitucional, interesse social relevante, direito fundamental à propriedade, princípio da equidade, liberdade de imprensa, liberdade de expressão, livre exercício do jornalismo, inviolabilidade ao direito à vida, plenitude da liberdade de pesquisa científica, interesse individual e interesse da comunidade, para ficar apenas nesses⁸.

Também foi lugar comum a referência nas decisões quanto à necessidade de ponderação entre interesses, bens, valores, princípios e direitos fundamentais. De acordo com o posicionamento constatado no STF⁹, a resolução de algum dos problemas enfrentados exigia a ponderação das mais diversas categorias. Há, pois, sérias dúvidas quanto ao conceito de princípio jurídico utilizado, principalmente, diante da sua configuração como qualquer tipo de argumento que suporte a decisão de acordo com os interesses de uma das partes envolvidas nos casos apreciados. E

⁷ A expressão é assim apresentada diante da incompreensão do conceito de princípio jurídico utilizado visto que inúmeras categorias acabaram sendo sopesadas, indiferentemente da sua condição lógica de mandamentos de otimização, como propõe Robert Alexy ao conceito de princípios jurídicos.

⁸ É possível indicar, ainda, o sopesamento dos seguintes entes: direitos dos militares à universidade, autonomia universitária, reserva possível, princípios da segurança jurídica e princípio da nulidade da lei inconstitucional, desqualificação e qualificação, direito fundamental de liberdade de expressão, vedação ao anonimado, interesse do estado na averiguação das condutas criminosas, delitos de perigo abstrato, princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da presunção de inocência e presunção da necessidade de prisão, liberdade do exercício profissional do advogado, princípio da insignificância, pretensão estatal de máxima proteção e interesse individual do réu, atuação punitiva do estado e o direito de não intervenção do indivíduo, dever de sigilo e prerrogativa do poder público de investigar os componentes transgressores da ordem jurídica, princípio da proibição de colher provas ilícitas, bem jurídico da privacidade.

⁹ Cf. MORAIS, F. S. de. 2013. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

pior, dificilmente se sabe o que são essas categorias ou de onde advém, por que deveriam ser considerados pela ordem jurídica brasileira e o que justifica a preterição desses a outros no sopesamento? Aliás, indo além, qual seria a autoridade da sua fonte na tradição jurídica ou poderiam ser livremente eleitos pelo julgador? Todas essas indagações apontam para a carga de solipsismo no sopesamento, visto que a escolha e definição dos “princípios” a serem sopesados acabam se submetendo, tão somente, à consciência do julgador, em detrimento à construção de critérios deontológicos intersubjetivos que não podem ser ignorados, eis que plasmados na tradição jurídica como compromissos e conquistas do progresso político-jurídico de dada sociedade.

A consequência disso pode ser vista no imaginário brasileiro; a proliferação dos princípios jurídicos já é denunciada por Streck naquilo que o autor denominou como *panprincipiologismo*¹⁰. Seguindo a orientação do autor, o recurso aos mais variados e exóticos “princípios jurídicos”, cuja colisão seria constatada no caso concreto (sic), serviria para o intérprete justificar o recurso à metodologia do sopesamento (em termos mais simples, ao princípio da proporcionalidade), sem muitas vezes, compreender, por exemplo, a incongruência da sua postura diante do modelo de Direito desejado. Explica-se: se a democracia é incompatível com a discricionariedade, uma vez que reclama critérios decisórios intersubjetivos, adotar a postura da filosofia da consciência seria abdicar dessa intersubjetividade, repristinando o problema da discricionariedade. Coloca-se, a partir desses termos, o seguinte problema um tanto quanto paradoxal: concretizar a democracia na democracia.

¹⁰ Expressão utilizada por Streck para criticar a criação de princípios jurídicos, tanto quanto necessário às necessidades de ponderação (sopesamento) do intérprete. Assim, refere o autor que: “o uso da ponderação, como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando panprincipiologismo. Em linhas gerais, o panprincipiologismo é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional” Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

Não se pode esquecer que o senso comum teórico do direito brasileiro sucumbiu à diferença estrutural entre regras e princípios, o que dá sustentáculo à legitimação do método próprio à aplicação dos princípios. Essa diferenciação decorre da classificação de casos como fáceis e difíceis. Os fáceis, resolúveis por subsunção. Os difíceis via sopesamento. Cria-se, nessa perspectiva, dois métodos à interpretação jurídica.

Sabe-se, ao seguir Alexy, que o sopesamento tem a sua validade mediante a assunção da natureza axiológica dos princípios, fazendo com que o seu conflito com outros princípios existentes devesse ser harmonizado pelo intérprete. Nesse sentido, sente-se falta de apresentar essa correlação entre princípios jurídicos e valores, adotando-se para tanto uma explicação historiográfica sobre o assunto, o que será feito na próxima seção.

2. DO PORQUÊ OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS SÃO VALORES? UM ESCORÇO NA HISTÓRIA DA TEORIA DO DIREITO

O grande problema é que a dogmática jurídica acabaria convencionando essas alternativas para solução dos casos fáceis e difíceis. Nos primeiros casos, a lógica agiria. Nos segundos, por não haver recurso lógico, poderia o intérprete exercer o seu poder de valorar, sua moral ou, sua vontade.

Essa cultura de sopesar o que der e o que for necessário ignora a força dos efeitos da histórica na nossa compreensão das coisas. Isso quer dizer que, por vezes, a tradição inautêntica pode estar tão fortemente arraigada à nossa cultura que somente uma postura crítica, com a denúncia dos efeitos da história¹¹, poderia apresentar as impropriedades (ou incoerências) dos pressupostos assumidos.

¹¹ Nesse sentido, com base em Streck, essa categoria serviria de indicação da necessidade reflexiva da dogmática jurídica sobre a cultura que produz, muitas vezes, diversos equívocos jurídicos, assimilados acriticamente. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 355.

Nesse sentido, um breve esboço histórico sobre a Teoria do Direito e à Hermenêutica Jurídica ajuda a indicar os problemas da mistura teórica quando se sopesa qualquer tipo de coisas, sejam eles: interesses, valores, princípios e direitos fundamentais. Para não cair na improdutividade, fixa-se como ponto histórico inicial a Alemanha do final do século XIX. Naquele momento havia grande discussão sobre a impropriedade do Direito como algo meramente formal e científico. A então vilã era a Jurisprudência dos Conceitos, concepção criticada diante do seu distanciamento da efetiva realidade social. Ela espelhava o ápice do idealismo alemão, crendo num Direito de característica lógico-formal e abstrata.

A origem dessa corrente pode ser atribuída à resistência contra a positivação do Direito pela Escola Histórica de Savigny. O Direito não poderia ser reduzido à lei, mas expressar o espírito do povo (*Volksgeist*).¹² Para tanto, os intelectuais teriam a capacidade de apreender o espírito do nível cultural histórico-jurídico. Seria o espírito do povo a entidade de que precisava Puchta para tomá-la como fonte de todas as proposições jurídicas individuais. Estariam elas relacionadas e condicionadas por aquele ente, como um nexos orgânico da sociedade. Fixar um conteúdo que permitisse deduções era a base da Jurisprudência dos Conceitos e a Filosofia do Direito a fonte desse conteúdo.¹³

O início do Século XX teve como marca a passagem da lógica e da razão pela vontade, visto que o agir humano não poderia ser reduzido àquelas, assunção essa que denunciava, como entende Losano, a influência do psicologismo de Freud e a filosofia moral de Nietzsche.¹⁴ Essa "irracionalidade" aponta para a insuficiência do Direito criado pelo legislador, aumentando a importância do juiz na Europa continental. Losano, nesse sentido, afirma que a relação entre legislador e juiz teria

¹² Cf. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 167.

¹³ Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 26.

¹⁴ Cf. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito: o século XX**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, v. 2. p. 140.

sido invertida. A contribuição para tanto é identificada pelo autor, também, no realismo norte-americano, com a substituição da razão pela razoabilidade¹⁵.

Nesse espaço de criação dada ao juiz, Jhering provoca a migração da concepção de Direito como atos cognitivos do legislador e do juiz para uma postura voluntarista. Assim, o Direito não poderia ser explicado tão somente com recurso à sistematização racional – conceitual, mas considerar, também, a participação do jurista através do exercício da sua vontade¹⁶. Interessante lembrar que essa concepção é identificada na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Uma análise acurada vai ver que o esquema de interpretação do conhecimento jurídico, a partir do conceito de norma, está ligado ao exercício de atos de vontade, bases à imputação jurídica¹⁷.

Por inclinação a Jhering, as normas jurídicas deveriam, singularmente, realizar os seus fins práticos ¹⁸, esses, estabelecidos e impostos pelo Direito através da vontade do sujeito. Considerando que a sociedade seria a cooperação de fins concretos da sociedade, o papel do Direito seria garantir essa coexistência com a construção individual da norma, harmonizando os fins nos casos individuais. Assim, a luta pelo Direito seria reclamar a segurança do Estado para, mediante um poder coativo, manifestar a vontade sobre o fim que deveria prevalecer¹⁹.

Influenciado pela “carga de realidade” reclamada pelo Direito, consolidou-se o movimento da Jurisprudência dos Interesses, cujo representante mais conhecido é Philipp Heck. Conforme Losano o Movimento do Direito Livre teria aberto caminho à Jurisprudência dos Interesses, reclamando ao juiz o poder de decidir o Direito livremente no caso concreto. Numa concepção menos radical, uma das facções do

¹⁵ Cf. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**. p. 144-145.

¹⁶ Cf. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**. p. 148.

¹⁷ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

¹⁸ Cf. BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 240.

¹⁹ Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. p. 59.

MORAIS, Fausto Santos de. Entre princípios jurídicos e valores: uma investigação histórica sobre esse imaginário. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Movimento do Direito Livre reclamava tal possibilidade somente nos casos de lacunas no Direito positivo, noção esta, incorporada pela Jurisprudência dos Interesses²⁰.

Entendia este que a ciência do Direito estaria incumbida na investigação dos interesses valorados que deram causa à lei ou que foram conformados pela decisão valorativa do legislador²¹. Identificadas lacunas ou dúvidas interpretativas no Direito positivo, deveria o intérprete recorrer aos interesses em jogo, dando preferência ou ponderando (*Abwägung*) ao mais importante.

Destaca-se que Heck advoga de uma forma geral que os comandos legais (lei, decisão judicial) se destinam a resolver conflitos de interesses, devendo o juiz, no caso de lacunas, recorrer a sua experiência de vida para garantir os interesses da comunidade. Assim deveria o juiz no caso de colisão (*Abwägung*) conciliar, equilibrar ou dar preferência ao interesse mais importante. Essa deveria ser o ato valorativo do juiz²².

Interessante consignar, aqui, o posicionamento de Losano ao sustentar que tanto o Movimento do Direito Livre como a Jurisprudência dos Interesses foram campos férteis para o regime nacional socialista, visto que o fundamento do Direito estaria sob a vontade do Führer (*Führerprinzip*)²³. Assim, os juízes atuavam de duas formas, quais sejam: a primeira, aplicando rigidamente as leis do regime nacional-socialista, mas desviando-se delas quanto houvesse razão política para tanto; segunda, ignorando a lei, contra a sua própria letra, corrigindo-as de acordo com o "bem comum", "boa-fé", "sentimento popular" ou "à vontade do Führer"²⁴.

²⁰ Cf. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**. p. 164.

²¹ Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. p. 66.

²² Cf. HECK, Phillip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947. p. 234-235.

²³ Cf. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**. p. 204.

²⁴ O acaba desmistificando o positivismo jurídico como modelo favorecedor de regimes autoritaristas ou totalitaristas, mostrando que o contexto sócio-político em que se funda a lei é algo determinante, estrutural, ao Direito. Cf. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**. p. 205.

MORAIS, Fausto Santos de. Entre princípios jurídicos e valores: uma investigação histórica sobre esse imaginário. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A Jurisprudência dos Valores surge como forma de conceber o Direito pós-1945, buscando determinar os valores em que se fundam o Direito e que merecem proteção²⁵. A tarefa seria, dessa forma, indicar a origem dos valores que guiassem a decisão do juiz quando o Direito positivo não oferece *critérios suficientes* à resolução do caso concreto²⁶. Tais valores passariam a ser reconhecidos como algo supralegal ou prepositivo. Larenz reconhece, assim que “a passagem a uma “Jurisprudência de valoração” só cobra, porém, o seu pleno sentido quando conexiada na maior parte dos autores com o reconhecimento de valores ou critérios de valoração “supralegais” ou “pré-positivos” que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições”²⁷.

Aliás, não se pode esquecer a influência de Radbruch na recuperação dos valores no Direito. Sustentava o jurista que a ordem jurídica tinha como principais os seguintes valores: adequação aos fins, segurança e justiça. Para Radbruch a Filosofia do Direito teria o papel fundamental de indicar os valores últimos e supremos a orientar o Direito²⁸. Para Radbruch a Alemanha no período de 1933 até 1945 mostrou como o Direito poderia perder a sua referencia ideal quando a noção supraindividualista de fim teria determinado a negação total dos direitos individuais do homem. Refere Radbruch que, neste caso, a ideia de fim teria sufocado a

²⁵ Explorando a fecundidade crítica a partir da literatura Trindade mostra a instituição jurídica do regime nacional-socialista e o movimento de transição para uma nova forma de pensar o Direito que recuperasse os elementos éticos-morais. Cf. TRINDADE, André Karam. A Teoria do Direito após Auschwitz: notas a partir de “O leitor”, de B. Schlink. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Robert Magalhães; COPETTI NETO; Alfredo (orgs.). **Direito & Literatura**: discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010, 27-100.

²⁶ Losano sustenta que retornar à concepção da Jurisprudência dos Interesses, após o período nacional-socialista, nas lentes da Jurisprudência dos Valores, seria recuperar a ética para o Direito. Cf. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**. p. 192.

²⁷ Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. p. 167.

²⁸ Cf. RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Tradução Wenceslao Roces. México: FCE, 2005. p. 24.

MORAIS, Fausto Santos de. Entre princípios jurídicos e valores: uma investigação histórica sobre esse imaginário. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

necessidade de Justiça. Seria necessário reconhecer, portanto, que a Justiça deveria estar acima tanto dos fins almejados quanto da segurança jurídica²⁹.

O reflexo sobre os valores seria, conseqüentemente, o ponto de partida para discussões sobre a validade do Direito positivo. Destarte, quando o Direito positivo alcançasse um patamar insuportável, provocando uma *injustiça extrema*, o valor da segurança deveria ceder³⁰. Isso ficou conhecido como a “Fórmula Radbruch”, inclusive, adotada por Alexy para qualificar moralmente o Direito com a pretensão de correção³¹.

A valoração no Direito, como entende English, orientaria os conceitos normativos, eis que eles reclamariam preenchimentos valorativos do órgão de aplicação, seja nos casos em que houvesse conceitos indeterminados ou cláusulas abertas – em que a valoração se tornaria mais evidente, tal como na determinação do caso, em que uma série de valorações envolveria a aplicação do Direito³².

Conforme o autor, não poderia o juiz, portanto, desprezar a “lei moral objetiva” pressuposta pelo legislador e aceita como válida pela convivência humana. Dever-se-ia considerar, ainda, a própria valoração pessoal como parte integrante do material valorativo. Ainda, esse descobrir o Direito, no caso concreto, exigiria do órgão julgador valorações e decisões de vontade em busca de um “Direito equitativo”³³. Posicionamento esse compartilhado também por José Lamego³⁴.

²⁹ Cf. RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. p. 43.

³⁰ É dizer que a injustiça cometida contra todos pelo Direito positivo poderia ser suportada. O problema seria quando essa injustiça não fosse distribuída a todos, tornando-se insuportável. Logo, o próprio valor da isonomia, qualificativo do Direito positivo como justo, se perderia. Cf. RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y Derecho**. Tradução Luis Villar Borda. Bogotá: Editral Temis, 2009. p. 34-41.

³¹ Esclarece, ainda, que Alexy identifica essa “Fórmula Radbruch” nas decisões do Tribunal Federal Constitucional alemão para analisar a injustiça do Direito positivo. Cf. ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveria Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 34.

³² Cf. ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 236-240.

³³ Cf. ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. p. 248.

MORAIS, Fausto Santos de. Entre princípios jurídicos e valores: uma investigação histórica sobre esse imaginário. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

Ainda, no último movimento em direção aos princípios jurídicos, Losano identifica Canaris e Larenz como juristas os quais teriam requerido aos princípios jurídicos noções orientadas a valores, mas autônomos, visto que seriam contemplados pelo sistema do Direito³⁵. Ou seja, seria possível reconhecer ao Direito uma ordem orientada a valores objetivos, transitória e realizável progressivamente diante de novos problemas concretos³⁶.

Encontra-se, em Larenz, por sua vez, a qualificação do caráter aberto (inacabado e inacabável) e fragmentário do Direito, não sendo possível integrar todas as normas e regulamentações jurídicas. Haveria, pois, à compreensão do Direito um sistema interno – derivado das valorações móveis da ordem jurídica, que poderiam ser organizadas e conhecidas mediante conexões de sentido produzidas pelo sistema externo. Em suma, essas duas noções de sistema, interno e externo, conduziriam o jurista à descoberta e concretização de princípios jurídicos, dando à jurisprudência uma condição de pensamento que, ao mesmo tempo, seria orientado a valores e sistemático. Assim, a resolução de problemas valorativos poderiam, de certa forma, serem considerados admissíveis se justificados ao sistema interno³⁷, concebido como “critérios teleológicos-objectivos da interpretação e em conexão com o desenvolvimento do Direito, atendendo a um tal princípio”³⁸.

Também próximo dessa transição entre valores para os princípios, Canaris idealizava que os princípios seriam a correspondência de uma consequência jurídica

³⁴ Cf. LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**: análise de uma <<recepção>>. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990. p. 64-65.

³⁵ Cordeiro vai criticar essa estrutura de pensamento, entendendo que não seria possível construir um discurso meramente epistemológico sobre o Direito de tal forma que apreendesse e justificasse cientificamente (ciência moderna) uma ordem de valores. CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. XXVIII).

³⁶ Cf. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**. p. 243-311.

³⁷ Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. p. 674-697.

³⁸ Esses critérios seriam considerados como pautas diretivas da decisão jurídica, enquanto ideias materiais que, por força de sua convicção, justificariam as resoluções jurídicas. Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. p. 674.

MORAIS, Fausto Santos de. Entre princípios jurídicos e valores: uma investigação histórica sobre esse imaginário. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

a determinados valores do sistema jurídico. Esse sistema seria construído mediante uma ordem de valores, superiores, os quais o Direito buscava proteger³⁹. Logo, os problemas concretos deveriam guardar adequação teleológica ou valorativa⁴⁰, em defesa da unidade valorativa do sistema. Esse sistema poderia apresentar lacunas e contradições valorativas. Quando não fosse possível resolver esses problemas mediante o recurso aos valores do sistema, haveria lacunas no sistema de natureza valorativa⁴¹. Elas seriam produtivas para a evolução do sistema mediante a erupção de novos valores extra-legais que encontrassem adequação ao sistema⁴².

A aproximação entre valores e princípios jurídicos pode ser facilmente percebida na proposta dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, o que daria suporte à concepção daquela espécie normativa como mandamentos de otimização organizados mediante esquemas de sopesamentos para, através de um juízo de valor do intérprete⁴³, conceber o sistema jurídico como uma ordem transitiva de valores⁴⁴.

Assim, Alexy vai dizer que o modelo decisionista, meramente psicológico, seria substituído pelo modelo fundamentado. Assim, "O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da

³⁹ Cf. CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 2002. p. 86.

⁴⁰ Cf. CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. p. 78.

⁴¹ Cf. CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. p. 239.

⁴² Cf. CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. p. 123-124.

⁴³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 148.

⁴⁴ Ricardo Lobo Torres entende que Alexy fundaria a sua teoria numa teoria de valor, cujos valores seriam estáticos e já organizados. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A jurisprudência dos valores. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009. p. 516. Com respeito ao posicionamento do autor, entende ser possível interpretar a proposta de Alexy como dois sistemas, um interno (ordem hierárquica flexível de valores-princípios) e outra externa (dogmática jurídica), muito parecido com as propostas de Larenz e Canaris.

racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes⁴⁵.

Aliás, o objetivo da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy seria a “reabilitação da tão depreciada teoria valorativa dos direitos fundamentais”, considerando que “a positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma *abertura do sistema jurídico* perante o sistema moral⁴⁶.”

O grande problema compartilhado pelo paradigma jurídico, que vem desde o movimento “irracional” até o atual sopesamento dos princípios jurídicos, seria a cisão metafísica entre razão teórica e razão prática, característico da filosofia da consciência. A concepção de razão prática, que parece ser determinante também para Alexy, fundar-se-ia na esperança na liberdade deliberativa do sujeito sobre questões morais valorativas, como uma faculdade do querer. Conforme Höffe define a razão prática kantiana, o querer do sujeito decorreria da sua capacidade racional e, portanto, livre, dotando-lhe de condições para decidir independentemente das suas inclinações⁴⁷. Essa razão prática, cujo decisionismo é latente, tentaria ser contornada por Alexy mediante o apelo à convalidação racional da escolha, o que se daria pelo esquema procedimental-argumentativo da sua Teoria da Argumentação Jurídica. O decisionismo ou, para fins desta tese, a discricionariedade, acabaria sendo o pressuposto do decidir⁴⁸.

⁴⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 165.

⁴⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 29.

⁴⁷ Cf. HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005 p. 188.

⁴⁸ A crítica de Streck é certa quando indica a confusão entre os princípios gerais do Direito e os princípios constitucionais, principalmente, na metodologia que orienta a aplicação dos mesmos. Assim, quando a legislação fosse insuficiente os princípios resolveriam o problema com recurso à moral (razão

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do uso de princípio jurídico como uma categoria vinculada a valores pode ser discutida em duas vertentes, como se viu pelo presente trabalho. A primeira, identificando a utilização dos princípios jurídicos como razões ou argumentos que venham a endossar a existência de uma posição diante do Estado. É dizer, que procure justificar a existência de um Direito Subjetivo.

Numa segunda visão, mostrou-se que a noção que hoje sustenta os princípios jurídicos como equivalentes normativos aos valores tem o seu início num movimento contra formalístico presente no Direito alemão do final do século XIX que, passando pelo Movimento do Direito Livre, Jurisprudência dos Interesses e Jurisprudência dos Valores, acabam outorgando ao juiz o poder de decidir mediante critérios não explícitos na legislação.

Discutidas essas questões e reconhecendo-se a importância dos princípios jurídicos como categoria que permite uma dissociação do Direito à Lei, aponta-se a necessidade de uma Teoria da Interpretação que possa enfrentar a questão da discricionariedade na aplicação dessa espécie normativa no discurso jurídico.

REFERENCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. Two or Three. In: BOROWSKI, Martin. **On the Nature of Legal Principles**. ARSP-Beiheft 119 (Franz Steiner: Stuttgart, 2010), p. 9 -18.

prática) do intérprete. Seria, para Streck o caso em que "os princípios representariam uma espécie de "reforço" da razão prática para o direito, que seriam acionados pelo julgador no momento em que as regras codificadas não apresentassem uma resposta imediata para a questão. Evidentemente, essa tese é problemática, uma vez que funda o problema das vaguezas e ambiguidades em uma razão prática ainda prisioneira do solipsismo do sujeito epistemológico da modernidade. Essa problemática é facilmente identificável na teoria da argumentação jurídica que entende que os princípios são mandados de otimização. No fundo, isso implica afirmar uma continuidade (ou sobrevida) dos velhos princípios gerais, agora acrescentados/recheados com predicados morais, tanto é que, em determinados momentos e circunstâncias, a moral ainda se sobrepõe ao direito (pensemos na fórmula Radbruch, apoiada por autores do porte e da importância de Alexy)". Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. p. 56.

MORAIS, Fausto Santos de. Entre princípios jurídicos e valores: uma investigação histórica sobre esse imaginário. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveria Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**. v. 13. n. 3. Set 2000, p. 294-304.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

HECK, Phillip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1947.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Trad. Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma <<recepção>>**. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito: o século XX**. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, v. 2.

MORAIS, Fausto Santos de. Entre princípios jurídicos e valores: uma investigação histórica sobre esse imaginário. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

MORAIS, F. S. de. 2013. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 346p.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Tradução Wenceslao Roces. México: FCE, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y Derecho**. Tradução Luis Villar Borda. Bogotá: Editral Temis, 2009.

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

TORRES, Ricardo Lobo. A jurisprudência dos valores. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2009.

TRINDADE, André Karam. A Teoria do Direito após Auschwitz: notas a partir de "O leitor", de B. Schlink. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Robert Magalhães; COPETTI NETO; Alfredo (orgs.). **Direito & Literatura**: discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

Submetido em: Junho/2014

Aprovado em: Junho/2014