

NOTAS PARA UMA EPISTEMOLOGIA JURIDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988, POR OCASIÃO DE SEUS VINTE ANOS)

Willis Santiago Guerra Filho¹

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Conceito em Geral e em Direito; 3 Conceitos Jurídicos Básicos Adequados aos Direitos Fundamentais; Conclusão; Referência das Fontes Citadas

RESUMO

Partindo do entendimento que a epistemologia jurídica, enquanto Teoria da Ciência do Direito pressupõe o estabelecimento de um conceito de Direito, assim como sua aplicação ao estudo dos direitos fundamentais, há de se produzir um conceito, jurídico, do que sejam esses direitos. Os conceitos jurídicos de que hoje se necessita, entre nós e em geral, são aqueles voltados para o esclarecimento e realização do Estado de Direito nos quadros da Democracia, bem como dos direitos e garantias fundamentais, constitucionais, que lhes são inerentes. Para tanto, é fundamental estabelecer a diferença entre normas que são "regras" daquelas que são "princípios". As regras trazem a descrição de situações hipotéticas formadas por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Por outro lado, enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade, total ou parcial, de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, as colisões entre princípios resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro, o que nos conduz à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Palavras-Chave: Epistemologia – Pós-positivismo – Proporcionalidade

¹ Livre Docente em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Professor Titular da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor de Filosofia do Direito dos Programas de Pós-Graduação "stricto sensu" em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, RJ. Professor da Pós-Graduação *lato sensu* e da Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Advogado em São Paulo, SP.

SUMARY

We start with the acknowledgment that legal epistemology, as a theory of legal science, presupposes the establishment of a concept of law and its application to the study of fundamental rights. In order to achieve that we must be able to produce a legal concept of those rights. The legal concepts that are needed nowadays among us and in general are those designed to clarify and realize the democratic rule of law among with the constitutional rights and guarantees that are inherent to it. In order to do that, it is of transcendental importance to distinguish legal norms that are rules from those ones which are principles. Rules describe hypothetical facts while principles refer to values. The conflict of rules are decided by the invalidation of one of the conflicting norms, while in the case of principles one or more of them are privileged in the circumstances but the others are not canceled to obey the proportionality principle.

Key-words: Epistemology – post-positivism - proportionality

1 INTRODUÇÃO

Partimos do entendimento que a epistemologia jurídica, enquanto Teoria da Ciência do Direito – ou do conhecimento jurídico – pressupõe o estabelecimento de um conceito de Direito, assim como sua aplicação ao estudo dos direitos humanos deve produzir um conceito, jurídico, do que sejam esses direitos. Antes, porém, é preciso termos um “conceito de conceito”. Como pretendemos nos dirigir a um público mais amplo do que o dos especialistas em Direito, até para contribuir com a ruptura da mistificação que o envolve, com efeitos nefastos para a comunidade política, destinatária do Direito, vamos proceder a exposição em termos que esperamos sejam compreensíveis de um modo geral. Produzir conceitos é algo próprio de um tipo de saber que surge, justamente, quando se começa a fazer isso de maneira explícita. Este saber é a filosofia. Esta é uma forma de saber que se diferenciou de outras justamente por buscar a elaboração de conceitos que captassem a verdade, a razão de ser, de tudo quanto fosse objeto de sua investigação, considerando esta verdade, esta razão de ser, como inerente ao objeto, seja por ser ele uma espécie de cópia imperfeita de uma idéia ou forma pura – o seu conceito –, seja por estar nele mesmo os elementos essenciais que o tornava uma espécie de um certo gênero, o qual corresponderia ao conceito. Essa divergência oporia, respectivamente, um mestre e seu discípulo, ambos célebres, Platão e Aristóteles, a quem se pode

atribuir a fundação da filosofia como disciplina (de e do conhecimento), na esteira do mestre direto do primeiro (e tantos outros), Sócrates. Na atualidade - e já desde algum tempo -, disciplinas as mais diversas, em geral com caráter reconhecidamente científico - outras nem tanto, como o direito, a teologia, a psicanálise etc. -, aplicam para seus propósitos (e, portanto, diferenciadamente) a operação filosófica de elaborar conceitos. É o que fazemos também no direito, com uma peculiaridade em relação às ciências - pelo menos, aquelas modernas, pois se o direito também o for, penso que será uma ciência antiga (ou "pós-moderna", mais - ou menos - que simplesmente moderna): nossos conceitos vêm sendo elaborados, sob a influência da filosofia, há dois milênios e meio, já na Grécia Antiga, desde que se afirmou a filosofia como um saber diferenciado e, especialmente, sob a influência grega, na Roma Antiga.² Daí que os conceitos, em Direito, têm uma longa tradição, a qual se deve levar em conta, ao trabalhar conceitos jurídicos, mas também não se pode simplesmente reproduzir esses conceitos tradicionais, caso se pretenda elaborar um conceito atualizado, pois deve-se prestar contas, também, com as necessidades do presente. E o presente traz um desafio ainda recente para os que lidam com o Direito, tanto aqui em nosso País, como também em vários outros, há pouco mais ou menos tempo que nós: elaborar de certo modo os conceitos jurídicos - ou seja, uma teoria jurídica, que tem nos conceitos um de seus aspectos principais - e fomentar uma determinada prática do Direito - a rigor, outro aspecto importante, fundamental, de uma teoria jurídica, que pelo menos desde os antigos romanos já se apresentava como uma teoria com relevância prática.

2 O CONCEITO EM GERAL E EM DIREITO

A teoria e prática do Direito que hoje se necessita, entre nós e em geral, é aquela voltada para o esclarecimento e realização do Estado de Direito nos quadros da Democracia, bem como dos direitos e garantias fundamentais, constitucionais, que lhes são inerentes. Tais direitos podem ser entendidos como a tradução, para o plano do direito posto, dito positivo (do lat. *positum*), local,

² Cf., mais amplamente, GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*.

no âmbito da Constituição que temos há vinte anos, do que se considera como direitos humanos em um plano político, internacional, tal como firmado na Declaração de que este ano se comemora os sessenta anos.

Considerando as duas possibilidades de se elaborar conceitos, acima mencionadas, a saber, aquela "platônica", que podemos também chamar de "idealista", e a outra, "aristotélica", que igualmente se pode denominar "realista", tem-se que em um conceito jurídico de Direito Constitucional, como é o de direitos fundamentais, há de se contemplar, em certa medida, ambos os aspectos, sendo o primeiro mais filosófico, por tender mais para a especulação, e o outro mais científico, por se basear mais na experiência concreta, mas também não se poderá deixar de fazer referência ao sentido que tem o Direito Constitucional no contexto do próprio Direito. E então nosso conceito remete a outro mais geral, que é o próprio conceito de Direito, sendo o Direito Constitucional um de seus aspectos.

Quando nos referimos ao Direito podemos estar nos referindo a uma forma de saber, uma disciplina que se estuda, ou então ao objeto desse estudo, um Direito objetivo, havendo ainda os direitos, em sentido subjetivo, que dele decorrem para os sujeitos à sua aplicação. E nesse caso, a coincidência de denominações entre o tipo de conhecimento que é o Direito e o seu objeto vai além desse aspecto léxico, pois há uma dependência maior do que aquela que se verifica em outros campos de estudo entre o modo como o Direito estuda o seu objeto e aquilo que ele é - ou deve ser, pois o ser do Direito é um dever ser. Este dever ser que é o Direito, por outro lado, tem, novamente, diversos sentidos, seja aquele idealista, que é prescritivo ou normativo, seja aquele realista, que é descritivo ou empírico. Em um sentido idealista o Direito, em geral e nos seus diversos ramos, vem definido pelas várias correntes jusnaturalistas, que ao longo da história se desenvolveram - e em sentidos os mais diversos também, conforme a versão de jusnaturalismo adotada. Já o sentido realista é privilegiado por um tipo de abordagem que se torna predominante mais recentemente, e que se costuma denominar "positivismo", havendo igualmente diversas versões dele - embora não tantas quanto as do jusnaturalismo, pois em geral haveriam versões mais sociológicas de positivismo jurídico e outras mais estritamente

jurídicas, normativistas, dentre as quais se destaca aquela propugnada por Hans Kelsen e a escola vienense.

A concepção de Direito, no duplo sentido antes mencionado, que entendemos ser aquela adequada ao Direito do Estado Democrático, é uma síntese que supera dialeticamente dicotomias e antíteses dessas outras concepções, forjadas para dar suporte ideológico a diversas formas de organização política - e também econômica, social, jurídica etc. - que não aquela, a qual formalmente adotamos em nosso País na Constituição de 1988. Essa concepção traz consigo a necessidade de uma revisão teórica de conceitos jurídicos fundamentais, atualizando-os em face de um "pós-positivismo" ou de um "neoconstitucionalismo", no Estado Democrático de Direito, especialmente tendo em vista a centralidade que assumem os direitos fundamentais, tanto naquelas propostas teóricas como nesta "fórmula política", cá entre nós e, de último, nos diversos países que se redemocratizam e reconstitucionalizam. Propomos uma epistemologia jurídica, adequada ao estudo dos direitos fundamentais e, com isso, também dos direitos humanos, que além de incorporar elementos conceituais positivistas, como o respeito à literalidade do que se encontra disposto nas normas jurídicas, elaboradas em atenção ao poder constituinte soberano do Povo, em seu benefício, também não abdica, portanto, da dimensão idealista, valorativa, do jusnaturalismo, embora procure situá-la em termos que se reconhece como ideológicos, adotando, assim, igualmente, a perspectiva das teorias críticas, de ascendência marxista.

A característica mais notória do conceito de Direito, então, enquanto conjunto de normas de conduta, da perspectiva de uma epistemologia jurídica mais atualizada, é a distinção entre aquelas dentre essas normas que possuem a estrutura de regras, daquelas que têm a natureza de princípios. As regras são as normas jurídicas que selecionam uma conduta ou fato qualquer e estabelecem as conseqüências e significado de sua ocorrência para o Direito. Tais conseqüências e o seu significado podem ser favoráveis ou desfavoráveis, agradáveis ou desagradáveis para os que estão sujeitos às normas que compõem o Direito em questão. O caráter positivo, negativo ou, mesmo, indiferente de uma conduta que cumpra, descumpra ou simplesmente não viole alguma regra jurídica vem

definido por aquela partícula dela que se denomina tecnicamente "sanção". A sanção, prevista para a hipótese em que se verifique o descumprimento do preceituado na parte dispositiva de uma regra, a depender da gravidade desta infração, tanto pode recair sobre o patrimônio material do responsável por este descumprimento, quando então se apresenta sob a forma típica da execução forçada, na área privatista, como também, nas situações de maior gravidade, em que há uma ameaça ou violação de tal monta, afligindo, mais que os atingidos diretamente, o conjunto da sociedade, de molde a se traduzir na forma da pena, a qual recai sobre a própria pessoa do infrator, subtraindo-lhe ou restringindo-lhe direitos fundamentais, inclusive a liberdade.

E se a manifestação mais imediata e palpável do Direito são as normas com a estrutura de regras, na qual está prevista a pena como sanção, nem por isso tem menos importância do que elas, também nesse, como em qualquer campo do Direito, em um Estado Democrático, como aquele que entre nós foi adotado pela Constituição que no ano e mês em curso completa vinte anos, a outra espécie de norma jurídica, que só recentemente se vem afirmando, mas já como de hierarquia e alcance superior às mais abrangente e geral das regras, que são as leis. Nesta outra espécie de normas estão os princípios jurídicos, que se precisa entender como diversos não apenas das regras, mas também dos chamados princípios gerais do direito, de cunho jusnaturalista (apesar de consagrados em nosso direito positivo, no art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 126 do Código de Processo Civil, como recurso último para o preenchimento de lacunas no Direito) e de princípios que são postulados, critérios ou cânones de interpretação do Direito, de natureza heurística. É o que se passa agora a expor.

3 CONCEITOS JURÍDICOS BÁSICOS ADEQUADOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Já de há muito que a teoria do direito deixou de centrar-se na figura da norma jurídica, abandonando essa perspectiva por assim dizer "micro", em nome daquela outra, "macro", na qual se estuda o Direito a partir do ordenamento em que ele se dá a conhecer positivamente, concretamente, e que transcende a

mera soma das normas. A teoria do direito contemporânea, ao expandir o seu objeto de estudo da norma para o ordenamento jurídico, terminou por incluir nele espécie de norma que antes sequer era considerada como tal, o que, por via de consequência, acarretou uma ampliação também no conceito de norma até então corrente, expandindo, via de consequência, o próprio conceito de Direito. Antes, já se havia notado a importância de uma outra dimensão, na qual definitivamente convergem o ser do que ocorre e o dever ser da prescrição jurídica do que deveria ocorrer, dimensão esta cada vez mais valorizada em filosofia do direito: a dimensão processual.³ ter-se-ia o modo mais adequado de compreender os direitos fundamentais, como dependentes de uma faceta sua que mais propriamente se denomina "garantias fundamentais", para que de fato possam existir, passando da possibilidade à realidade, pois se não são de se considerar meras ficções, idéias regulativas no sentido kantiano, nem tampouco hipóteses que se pretende tomar como possivelmente verdadeiras, seriam ideais que se espera, deseja, se não realizar integralmente, o que é contraditório com a própria noção de ideal, ir realizando-os, cada vez mais, processualmente.

A concepção do Direito e dos direitos antes processual do que material remete a uma epistemologia que seja também processual, como é o caso daquela mais acatada contemporaneamente, com o predomínio da noção falibilista dos resultados obtidos com as ciências em geral, os quais se tenta sempre ir aproximando, tentativamente, de uma maior correção, tomando como provisória toda assertiva, que sempre pode ser superada por outra de maior teor explicativo.⁴ O aspecto epistemológico dos direitos fundamentais que se pretende destacar, contudo, verifica-se quando os consideramos também como indicativos do que seja uma assertiva correta, verdadeira mesmo – ainda que provisória e aproximativamente, como dito em relação às ciências em geral –, tendo como critério de avaliação e julgamento a satisfação a maior possível dos

³ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 2007.

⁴ Esta concepção epistemológica, que atribui à ciência uma natureza dinâmica, histórica e, mesmo sócio-política, é a que predomina contemporaneamente, seja na tradição que remonta a Popper, na qual se inserem autores consagrados como Lakatos, Kuhn e Feyerabend, seja naquela que se origina em Bachelard, transmitida a Canguilhem e, por este, a Foucault. Para uma tentativa de aplicação ao direito, v. GUERRA FILHO, WILLIS SANTIAGO. *Teoria da Ciência Jurídica e, antes, em id. "Sobre o Desenvolvimento Histórico da Ciência do Direito"*, in: *Estudos Jurídicos: Teoria do Direito – Direito Civil*.

direitos fundamentais considerados em seu conjunto, resolvendo melhor as contradições que, concretamente, se revelam entre eles. Eis que, agora, torna-se oportuno passar à consideração de como seria de se conceber o ordenamento jurídico objetivo e as normas, positivas, que o integram, a fim de dar suporte aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, vale expender inicialmente algumas considerações sobre a norma jurídica em geral. Nesse ponto, não há necessidade de nos deixarmos envolver na infundável discussão filosófica sobre a natureza da norma jurídica, posicionando-se entre imperativistas ou anti-imperativistas, para saber se a norma é ou não um comando, pois para se obter um conhecimento, como o científico, não se precisa saber sobre o que são as coisas em si, sua essência, bastando-nos alguma fórmula generalizadora dos traços apresentados por tais coisas individualmente, ao se mostrarem à nossa percepção, enquanto fenômenos.

Na norma jurídica, então, não se divisa nem um imperativo, uma ordem, resultante de uma manifestação volitiva, algo da ordem ôntica, do "ser", nem um juízo, resultante de uma manifestação cognitiva, de natureza gnosiológica, mas sim algo, por assim dizer, "intermediário" entre ambos: uma "expressão deôntica", uma prescrição de determinado tipo, que adquire seu caráter especificamente jurídico quando inserida no contexto de um ordenamento jurídico.⁵ Essas expressões deixam-se reduzir a proposições lógicas, com determinada estrutura, onde se tem (1) a descrição de uma situação hipotética (o *Tatbestand*, "suporte fático", dos alemães, ou a *fattispecie*, "espécie de fato", dos italianos), e (2) sua modalização em termos deônticos, ou seja, enquanto um dever ser, uma prescrição, através de um "funtor" ou modal, cujos tipos básicos são: "obrigatório", "proibido", "facultado".

De posse desses elementos, cabe agora introduzir nosso tema no contexto da diferença entre normas que são "regras" daquelas que são "princípios". As regras

⁵ Como anota o frankfurtiano, filósofo do direito e penalista, WINNIFRIED HASSEMER, em seu *Direito Penal Libertário*. p. 14, "Direito é a correspondência entre ser e dever-ser", resumindo nesta frase o programa de sua proposta de aplicação da hermenêutica filosófica ao Direito.

trazem a descrição de situações hipotéticas formadas por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores, a partir dos quais se estabelece o *status* deôntico daquelas situações hipotéticas, ou seja, se proibido, obrigatório, facultado ou indiferente. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora. Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, poder-se dizer com maior facilidade, diante de um acontecimento, ao qual uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios são “determinações de otimização” (*Optimierungsgebote*, na expressão de Robert Alexy),⁶ que se cumpre na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, concretamente dadas, o que de imediato nos remete a um princípio, destinado a viabilizar, em última instância, os meios de realização dessas possibilidades, que seria o princípio da proporcionalidade, ao qual nos referimos mais amplamente adiante.

Por outro lado, enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade, total ou parcial, de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser a correta, as colisões entre princípios resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro, o que novamente nos conduz à aplicação do princípio da proporcionalidade. Já na hipótese de choque entre regra e princípio, é intuitivo que esse deva prevalecer, embora aí, na verdade, ele prevalece, em determinada situação concreta, sobre o princípio em que a regra se baseia: na verdade, não há conflito direto entre regra(s) e princípio(s).

O traço distintivo entre regras e princípios, por último referido, aponta para uma característica desses que é de se destacar, pois também os diferencia dos

⁶ Em sua obra *Theorie der Grundrechte*. p. 75 e s. Na ed. bras., *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 90 e s.

valores: sua relatividade. Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa - digamos, individual - termina por infringir uma outra - por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um "princípio de proporcionalidade", para que se possa respeitar normas, como os princípios, tendentes a colidir.

CONCLUSÃO

Ao procurarmos solucionar um caso concreto, que não é resolvido de modo satisfatório aplicando-se as regras pertinentes ao mesmo, inquirindo dos princípios envolvidos no caso, logo se percebe que esses princípios se acham em um estado de tensão conflitiva, ou mesmo, em rota de colisão. A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro(s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia.

Esse estado potencial de conflito dos princípios de um ordenamento jurídico se vê já naquela decisão política fundamental da nossa Constituição, enunciada já em seu "Preâmbulo", de que se realize entre nós o Estado Democrático de Direito, que condensa dois princípios estruturantes de nosso sistema jurídico, o Princípio do Estado de Direito e o Princípio Democrático, pois na medida em que eles se implicam mutuamente, pode-se imaginar que o respeito unilateral de um deles leve ao desrespeito do outro. Exemplificando, tem-se a situação de exagero no atendimento ao princípio democrático levando ao desvio excessivo de poderes para o legislativo - ou, mesmo, diretamente para o Povo -, rompendo-se, assim, o equilíbrio entre os poderes estatais, e, com isso, desatendendo ao princípio do Estado de Direito, com comprometimento da própria democracia, pela insegurança institucional daí resultante.

Do mesmo modo, pode-se figurar situações em que um excessivo apego à igualdade formal de todos os cidadãos perante a lei, exigência do princípio do Estado de Direito, leve a que se esqueça a desigualdade material entre eles, e se

FILHO, Willis Santiago Guerra. Notas para uma epistemologia jurídica dos direitos fundamentais (na constituição federal brasileira de 1988, por ocasião de seus vinte anos). Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

cometa ofensa ao princípio democrático, o que termina desvirtuando o próprio sentido da isonomia. Em ambas as hipóteses, para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que também não pode ser absoluto, sendo como é um princípio que expressa a relatividade dos princípios e direitos fundamentais, com caráter reflexivo, ou seja, que se aplica a si mesmo, para que sua aplicação seja igualmente proporcional.⁷

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: NOMOS, 1985.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad.: VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001 (2. ed. no prelo).

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed., São Paulo: RCS, 2007.

_____. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed., São Paulo: RCS, 2007.

_____. **“Sobre o Desenvolvimento Histórico da Ciência do Direito”**, in: *Estudos Jurídicos: Teoria do Direito – Direito Civil*. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1985.

HASSEMER, Winnifried. **Direito Penal Libertário**, trad.: REGINA GREVE. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 108.