

9

A ponderação como mecanismo de convivência das normas: um novo paradigma para o Direito Constitucional Brasileiro

*The consideration as mechanism of
coexistence of norms: a paradigm to the
Brazilian Constitutional Right*

VIVIAN BACARO NUNES SOARES

Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha” de Marília – Univem; professora na Associação Vilhenense de Educação e Cultura – Avec; especialista em Direito do Estado; membro do Grupo de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq “Gramática dos Direitos Fundamentais”. Orientadora: Norma Sueli Padilha.

E-mail: para correspondência: vivian_bacaro@hotmail.com

NORMA SUELI PADILHA

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2004). Atualmente, é professora adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS e do Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha – Univem, de Marília

Resumo

O objetivo do presente trabalho consiste em demonstrar que o pós-positivismo implica uma mudança de paradigmas na hermenêutica constitucional, na busca de justiça e efetividade. Este estudo se baseia na Teoria da Argumentação Jurídica, de Robert Alexy, que propôs os princípios como fonte interpretativa, sob a perspectiva da ponderação.

Palavras-chave: princípios; ponderação; hermenêutica constitucional.

Abstract

The objective of the present work consists in demonstrating that the post-positivism, implies a change of paradigms in the constitutional hermeneutics, in search of justice and effectiveness. This study is based on the Juridical Argumentation Theory of Robert Alexy's, that proposes the principles as interpretative source, under the perspective of the consideration.

Keywords: principles, consideration, constitutional hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

A evolução social, política e científico-tecnológica, movimento que marcou o processo de civilização, denota características que revelam a permanente insatisfação humana. Em virtude dessa vitalidade incontrolável e quase sem limites, os seres humanos lançam-se na busca de superação de limites e de novos horizontes, nas mais diversas áreas e campos do conhecimento.

O atual estágio de desenvolvimento econômico confirma os limites e insuficiências dos modelos normativos e instrumentais, de forma que os paradigmas, calcados no idealismo individual, no racionalismo liberal e no formalismo positivista, são questionados e substituídos por novos padrões de referência e legitimação, uma vez que não mais oferecem respostas ou orientações às demandas existentes (WOLKMER, 1995).

A orientação dada pela Constituição de 1988 permeou os mais variados campos do tecido social. Nesse contexto, um tema de profunda relevância, dadas as implicações sociais dele resultantes, é o da normatividade dos princípios, de forma a verificar seus antecedentes teóricos e filosóficos, bem como a possibilidade de ponderação visando à convivência das normas.

O paradigma jurídico transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução singular do problema a ser resolvido, justificando, assim, a importância de um estudo voltado à integração de um sistema jurídico fundado na lei, mas orientado por diretrizes valorativas com os ideários políticos, constitucionais e humanos, traçando, desta maneira, os aspectos de uma nova hermenêutica constitucional voltada à valorização dos princípios, e sua incorporação, pelos textos constitucionais, implícita ou explicitamente.

Objetivando ordenar o presente trabalho, o tema será abordado em três tópicos, a seguir: o tópico 1, em uma abordagem acerca da pós-modernidade e o Direito, apontando fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro; no tópico 2, serão descritos os princípios como mandatos de otimização;

no tópico 3, será analisada a ponderação de princípios como um novo paradigma da ordem constitucional brasileira, concluindo, ao final, com opiniões acerca da teoria dos princípios como mecanismo de convivência das normas.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A pós-modernidade e o Direito

No início do século XIX, revelou-se a pós-modernidade, que, segundo Barroso (2003: 2), consiste no rótulo genérico que abriga a mudança de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado, traduzindo, assim, a era da velocidade, da imagem acima do conteúdo, mas que, entretanto, representa um tempo sem verdades seguras, aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.

A vida social é dinâmica, caracterizada pelas transformações que as interações humanas acarretam; há uma complexa interação de fatores – econômicos, políticos, ideológicos – que configuram o espaço em que o Direito atua, com o objetivo de emprestar o máximo de segurança e previsibilidade às opções socioeconômicas institucionalizadas pelo grupo social.

Com a crescente transnacionalização dos mercados, o entendimento de que o poder inerente à produção normativa é uma instância autônoma em relação à economia e à política, torna-se incoerente. Como bem observou Passos (2003: 39):

O Direito fenomenaliza-se no conflito, associado à solução institucional que lhe é dada, e estrutura-se não como fato estritamente econômico, político, ético ou jurídico, e sim como um substrato existencial que exige ser compreendido e vivido necessariamente em todas essas dimensões.

Neste contexto, ano 20 da Constituição de 1988, o constitucionalismo vive um momento de intensa ascensão científica e política. Momento em que o intérprete não pode desconsiderar que toda interpretação é produto de uma época, que o conteúdo de uma norma não pode ser compreendido a partir de um ponto situado fora da existência histórica, senão a partir da situação histórica em que se encontra, bem como dos fatos envolvidos, das próprias circunstâncias do intérprete.

Visualizar o Direito como algo inerente à vida em sociedade, e que por isso deve ser estudado à luz desta, dos valores que a inspiram, bem como dos problemas sociais que com ele se pretende resolver, é impreterível e traduz a idéia de uma “dogmática”¹

¹ É importante destacar o entendimento de Machado Segundo (2008: 67-68) acerca da utilização do termo dogmática jurídica, ao sintetizar, em suas conclusões, que: “(a) Dogmática jurídica, no vocabulário jurídico-científico, geralmente designa o ramo da ciência jurídica que se ocupa de um conjunto de

jurídica moderna, que supera a idéia de que o Direito se exprime por intermédio das normas e se limita às mesmas, assim como a descrevê-las como dogmas.

As normas são vistas como o aspecto técnico pelo qual o Direito se exprime, e a ciência não apenas as descreve e compreende, mas também as aperfeiçoa, ou seja, é a ciência que confere os meios para buscar a correção do Direito positivo, seja por via da interpretação, seja pela da reforma legislativa (MACHADO SEGUNDO, 2008: 63). Destaca-se, portanto, o entendimento de Barroso (2003: 9), para quem:

A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece. (...) O Direito Constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação.

O Direito não consiste simplesmente na revelação do sentido de uma norma preexistente, ou seja, em um simples ato de conhecimento (silogismo), mas também em um ato de vontade, na escolha de uma possibilidade dentre várias que se apresentam². Acerca deste novo Direito Constitucional Brasileiro, Barroso (2003) apontou os fundamentos teóricos (1. a dogmática jurídica tradicional e sua superação, e 2. a teoria crítica do Direito) e filosóficos (1. ascensão e decadência do jusnaturalismo; 2. ascensão e decadência do positivismo jurídico; e 3. pós-positivismo e a normatividade dos princípios), a seguir explicitados.

normas jurídicas vigentes em determinada comunidade. O cunho dogmático de tal conhecimento decorreria do fato de que as normas não serão discutidas, nem serão aceitas soluções que delas não decorram. Perquire-se, em suma, em torno do direito que é, e não daquele que deveria ser. (b) Seu uso seria importante para designar o estudo voltado a determinado ramo do Direito positivo, em oposição a um estudo totalizante do Direito, seja ele científico, seja filosófico. (...) (g) Mais adequado para evitar tal confusão, e para afastar o dogmatismo do âmbito do Direito, é simplesmente deixar de se fazer referência ao estudo do Direito, em qualquer de suas vertentes ou modalidades, como sendo dogmático. O Direito pode ser estudado por diversos prismas ou abordagens, não tendo nenhum deles caráter dogmático.”

² Referida conclusão teve a adesão de Hans Kelsen (1998: 391-394): “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas **uma única** solução correta (ajustada) e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. (...) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação do conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”. Aliás, Kelsen reconheceu amplo papel criativo ao intérprete, embora tenha afirmado que, ao desempenhar essa necessária tarefa criadora, ele não esteja fazendo ciência, mas política jurídica.

2.1.1. Bases teóricas

I. A dogmática jurídica tradicional e sua superação

O Direito moderno, em suas principais categorias, consolidou-se no século XIX, sob forte influência positivista, segundo a qual o Estado é a única fonte do poder e do Direito, sendo a lei vista como expressão superior da razão; a dogmática jurídica³, separada da filosofia, volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seus fundamentos e sua legitimidade.

Barroso (2003: 12-13) apontou, de forma sintetizada, o que entendeu como as principais características do Direito na perspectiva clássica: “(a) caráter científico; (b) emprego da lógica formal; (c) pretensão de completude; (d) pureza científica; (e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete”. A dogmática tradicional tem por objeto de estudo as normas jurídicas vigentes, aceitas como ponto de partida para a determinação do Direito positivo, normas estas que veiculam preceitos que devem ser tidos como obrigatórios pelo simples fato de serem vigentes. A dogmática parte, assim, da norma e renuncia a questionamentos.

Destaca-se que as normas jurídicas são de grande relevância; entretanto, não se quer dizer que sejam objeto exclusivo das atenções dos cientistas do Direito, que devem compreendê-las à luz da realidade factual nelas disciplinada, e dos valores que orientam esse disciplinamento. Será à luz do caso concreto que o intérprete determinará a norma, não sendo possível falar que ela seja, para ele, um dogma (MACHADO SEGUNDO, 2008: 46).

II. A teoria crítica do Direito

Os primórdios de uma Teoria Crítica encontram toda a sua fundamentação na tradição idealista que remonta ao criticismo kantiano, passando pela dialética hegeliana, pelo materialismo histórico marxista e pelo subjetivismo psicanalítico freudiano. A produção filosófica de pensadores como Horkheimer, Marcuse, Adorno e, mais recentemente, Jürgen Habermas, terá sido a principal influência pós-marxista da teoria crítica. A Teoria Crítica surgiu como uma teoria dinâmica, pois não se

³ Dogmática jurídica foi definida por Faria (2004: 43 – nota de rodapé n. 23) como o resultado da convergência entre (a) a consolidação de um conceito moderno, voltado não tanto ao problema da verdade ou falsidade das conclusões do raciocínio científico, mas ao seu caráter sistemático e lógico-formal; (b) a identificação entre os conceitos de direito e lei positiva, num primeiro momento, e entre direitos e sistema conceitual de ciência, num segundo momento; (c) a separação entre teoria e práxis, e a conseqüente afirmação de um modelo de saber jurídico como atividade prioritariamente teórica, avaliativa e descritiva; (d) a ênfase à segurança jurídica como sinônimo de certeza de uma razão abstrata e geral, resultante de um Estado soberano, com a subseqüente transposição da problemática científica aos temas da coerência e completude da lei em si mesma.

atém apenas a descrever o que está estabelecido ou a contemplar equidistantemente os fenômenos sociais e reais. Seus pressupostos de racionalidade são “críticos” na medida em que articula, dialeticamente, a “teoria” com a “práxis”, o pensamento crítico revolucionário com a ação estratégica.

Aplicada ao Direito, a Teoria Crítica pretende repensar, questionar e romper com a dogmática lógico-formal imperante em uma época ou em um determinado momento da cultura jurídica de um país, propiciando as condições para o amplo processo pedagógico de “esclarecimento”, “autoconsciência” e “emancipação”. A Teoria Crítica do Direito não só analisa as condições do dogmatismo técnico-formal e a pretensão de cientificidade do Direito vigente, como, sobretudo, propõe novos métodos de ensino e de pesquisa que conduzem à desmistificação e à tomada de consciência dos operadores jurídicos (WOLKMER, 2005).

No Brasil, os mesmos fundamentos filosóficos que inspiraram o pensamento europeu foram compartilhados pela Teoria Crítica do Direito, de forma a denunciar o Direito como instância de poder e dominação de classe, enfatizando o papel da ideologia na ocultação e legitimação dessas relações (BARROSO, 2003). As concepções da crítica jurídica em muito contribuíram, criando condições para se passar de um paradigma legal tradicional a um novo paradigma, voltado a uma análise exploratória das potencialidades positivas da dogmática jurídica, investida de interpretação principiológica, fundada em valores e na razão possível, modificando e elevando o patamar do conhecimento convencional.

2.2. Bases filosóficas

I. Ascensão e decadência do jusnaturalismo

O jusnaturalismo funda-se na existência de um direito natural, válido em si e legitimado por uma ética superior que estabelece limites à própria norma estatal. Ao longo da Idade Média, o jusnaturalismo passou por múltiplas variantes, apresentando-se fundamentalmente em duas versões: (a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; (b) a de uma lei ditada pela razão. Assim, a partir do século XVII, consolidaram-se as bases de uma nova cultura, que enfatizava a natureza e a razão humanas, e não mais a origem divina (submissão à teologia cristã), constituindo um dos marcos da Idade Moderna. Cresceu o ideal de conhecimento fundado na razão, o de liberdade, em confronto com o absolutismo.

Não mais predominava, na relação política, o ângulo do soberano, mas do cidadão, em consonância com a afirmação de que o homem possui direitos naturais, ou seja, um espaço de liberdade a ser respeitado pelo próprio Estado, fundamento este das teorias de cunho individualista que enfrentaram o absolutismo monárquico.

A partir das revoluções burguesas do século XVIII, caracterizadas por defender a liberdade do indivíduo diante do Estado, é que se consolidou o Estado liberal de Direito, em substituição ao Antigo Regime, momento em que se iniciou a trajetória do constitucionalismo moderno.

Observou Barroso (2003: 22) que “o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram também, a sua superação teórica”.

II. Ascensão e decadência do positivismo jurídico

O positivismo jurídico, ou seja, a pretensão de se criar uma ciência jurídica, funda-se no positivismo filosófico, que, segundo Barroso (2003: 23), apresenta as seguintes teses fundamentais:

(a) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; (b) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; (c) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experiência, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.

A busca por objetividade científica afastou o Direito da moral e de valores transcendentais, de forma a considerar que Direito é norma, ato emanado do Estado, com caráter imperativo e força coativa, não sendo do âmbito do Direito discussões acerca de legitimidade e justiça. O positivismo teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen, como observou Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “dele pode-se dizer que foi um divisor de águas para toda a teoria jurídica contemporânea”.

O que caracteriza o positivismo jurídico de Kelsen⁴ é o fato de ele não admitir uma fundamentação racional de juízo de valor no âmbito da dogmática jurídica ou ciência do Direito, de forma que a consideração sobre justiça, valores morais, no

⁴ Sua obra-prima, *Teoria pura do Direito* (primeira edição datada em 1934, tendo sido publicada a segunda edição em 1960, com a incorporação de conceitos novos), se deu num momento em que Kelsen encontrava-se em uma fase caracterizada pela posição radical de que o Direito não fala com fatos; portanto, não tem nenhum parentesco com a norma científica natural; tem como objetivo discutir e propor princípios e métodos da teoria jurídica, na tentativa de conferir um método e um objeto próprios à ciência jurídica. O Direito, para Kelsen, deveria ter como premissa básica a norma (e não fato social ou valor transcendente), considerando a noção de Direito como conjunto de normas que dependem de outra para sua validação.

limite último, não têm justificção racional, o que não implica dizer que referido autor se recuse a admitir a possibilidade de se falar em juízo de valor no âmbito da dogmática jurídica, uma vez que o faz, mas no sentido de admitir um valor objetivo decorrente da relação entre condição e conseqüente, bem como da criação da lei.

O positivismo tornou-se a filosofia dos juristas nas primeiras décadas do século XX, empenhados no desenvolvimento de conceitos dogmáticos, na busca da cientificidade anunciada, e o Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor. A idéia de que o debate sobre justiça se encerra na positivação da norma, de um ordenamento jurídico indiferente a valores e da lei como uma estrutura meramente formal não teve mais aceitação no final da Segunda Guerra Mundial, abrindo caminho para uma gama de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

Deu-se, assim, o pós-positivismo, caracterizado por Barroso (2003: 27) como a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.

III. Pós-positivismo e a normatividade dos princípios

A ligação entre Direito e norma, e sua rígida separação dos valores, caracterizando uma hermenêutica tradicional reconhecidamente positivista, na segunda metade do século XX, não correspondeu às necessidades do processo civilizatório voltado ao patrocínio de causas da humanidade. O pós-positivismo traduz a idéia de transposição do ideário positivista⁵, ou seja, de superação do conhecimento convencional, mas que, ao mesmo tempo, não implica seu abandono integral, posto que guarda deferência relativa ao ordenamento positivo, nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.

A idéia do pós-positivismo consagra a integração de um sistema jurídico fundado na lei, mas orientado por diretrizes valorativas com os ideários políticos, constitucionais e humanos, traçando, assim, os aspectos de uma nova hermenêutica constitucional voltada à valorização dos princípios, sua incorporação, pelos textos constitucionais, implícita ou explicitamente. Conforme aduziu Barroso (2003: 29):

⁵ Acerca da decadência do positivismo, destaca-se importante passagem trazida por Barroso & Barcellos (2003: 335): “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses dois movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento jurídico esclarecido.”

O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento da normatividade dos princípios. Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins.

O pós-positivismo é marcado pela superação do legalismo, bem como pela ascensão e pelo reconhecimento de valores fundamentais expressos por meio dos princípios, aos quais é conferida normatividade pelo ordenamento jurídico, outorgando, assim, unidade ao sistema e condicionando a atividade do intérprete, o que implica uma mudança de paradigmas na hermenêutica constitucional, na busca de justiça e efetividade. Desta forma, para que se consiga imprimir ao sistema jurídico a justiça e a efetividade almejadas, é necessário encontrar melhor compreensão da teoria dos princípios que, mitigados pelo positivismo, dado o seu alto grau de abstração, ressurgem com ampla força no cenário jurídico.

2.2. Os princípios como mandatos de otimização

2.2.1. *Distinção entre normas, regras e princípios*

Dos vários modelos existentes acerca da distinção entre normas, regras e princípios, há praticamente um consenso de que as normas constitucionais ou infraconstitucionais se categorizam em dois grupos, quais sejam, regras e princípios, o que equivale a dizer que princípios e regras são espécies do gênero norma.

Constitui um dos pilares da dogmática constitucional moderna, na busca da superação do positivismo legalista, a distinção entre regras e princípios. A Constituição passa a ser vista como um sistema aberto de regras e princípios, permeável a valores jurídicos suprapositivos, em que a idéia de justiça e efetivação dos direitos fundamentais passa a desempenhar papel central (BARROSO, 2003: 30).

Essa concepção das normas jurídicas divididas em espécies encontra desenvolvimento na obra de Robert Alexy – Teoria dos Direitos Fundamentais – que, diante da dificuldade interpretativa dos direitos fundamentais, cujas formulações se mostram vagas e ambíguas, impeditivas de um sentido unívoco, procurou formular uma teoria geral dos direitos fundamentais, com assento nos positivamente válidos, inserida no âmbito da dogmática jurídica, dividida para o autor, em três dimensões: (a) analítica; (b) empírica; e (c) normativa. Para os limites deste trabalho, importa primordialmente a diferenciação que Robert Alexy fez de regras e princípios.

Nesse caso, tanto regras como princípios constituem normas⁶, pois se apresentam como fundamento para juízos concretos do dever ser; contudo, manifestam diferenças de caráter qualitativo. Enquanto as regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não-satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, **determinações** no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível” (ALEXY, 2008: 91), e os princípios se materializam por normas que:

(...) ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008: 90).

Canotilho (2003: 1.160), ao dispor sobre a Constituição como sistema aberto de regras e princípios, aduziu que:

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.

Robert Alexy desenvolveu sua teoria de forma a considerar princípios como “mandatos de otimização”, ou seja, constituem normas que, em condições ótimas (realizadas no máximo possível), ordenam algo que seja realizado considerando variáveis reais e jurídicas. Desta forma, enquanto mandato de otimização, os princípios devem ser cumpridos na maior medida possível, de forma que esta medida é dada pelo ordenamento jurídico.

Princípios são cumpridos em graus diferentes, por isso devem ser sopesados, enquanto as regras, não – obedecem à lógica do tudo ou nada. A aplicação dos

⁶ No mesmo sentido, aduziu Canotilho: “Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma **otimização**, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as **regras** são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworking: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem **exigências de otimização**, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à – lógica do tudo ou nada), consoante o seu **peso** e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois, se uma regra **vale** (tem validade), deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.” (2003: 1.161).

princípios é um processo de ponderação que não se faz hierarquicamente para o futuro, mas decorre da análise feita no caso concreto, havendo a possibilidade de, em outra hipótese – colisão dos mesmos princípios –, a decisão ser em sentido oposto, mantendo-se os princípios no ordenamento jurídico, diversamente da aplicação das regras, que se dá por subsunção.

2.2.2. Colisão entre princípios

Os princípios constitucionais, reconhecida pela dogmática jurídica moderna sua normatividade, passam a constituir a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, de forma a espelhar os postulados básicos e fins da sociedade, o que demonstra ser a Constituição um sistema aberto de regras e princípios, pois consiste em um sistema dinâmico de normas, com uma estrutura que traduz a disponibilidade das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade, bem como constitui um sistema normativo, pois a estrutura referente a valores, pessoas, funções se dá por intermédio de normas que podem revelar-se tanto sob a forma de princípios como de regras.

Desta forma, o fato de a Constituição corporificar um sistema aberto de princípios insinua que podem existir fenômenos de tensão entre os princípios, que não obedecem, em caso de colisão, a uma lógica do tudo ou nada – antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, conforme seu peso e as circunstâncias do caso. Neste sentido é a teoria estrutural de Robert Alexy, na medida em que propõe o conceito de ponderação entre direitos fundamentais colidentes na qualidade de um procedimento racional de ponderação, decorrente da concepção de princípio como mandato de otimização que, como tal, implica para sua concretização a aplicação de um critério que determine o resultado racional de cada caso.

Na colisão de princípios, diferentemente do que acontece no conflito de regras que somente pode ser solucionado mediante a declaração de invalidade de uma das regras ou mediante a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras (ALEXY, 2008: 92), a solução dar-se-á por meio da ponderação, que busca estabelecer o peso de cada um dos princípios contrapostos, à vista do caso concreto, de forma a fazer concessões recíprocas, sacrificando o mínimo de cada um deles na busca de um resultado socialmente desejável⁷.

⁷ “Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos

A colisão de princípios exige uma ponderação de bens, uma vez que, segundo Alexy, nenhum princípio tem precedência absoluta. Assim, consideradas as circunstâncias de fato e de direito, um princípio irá adquirir precedência sobre o outro mediante a força do melhor argumento, ou seja, em face de boas condições se justifica sua precedência. Assim, a consequência jurídica é o estabelecimento de uma regra que resolve o conflito entre princípios. Quando da análise da teoria da colisão de Robert Alexy, expôs Norma Sueli Padilha (2006: 115):

Assim sendo, a ponderação não é um procedimento, que, em cada caso, conduza exatamente a um resultado, já que estabelece uma relação condicionada de precedência, mas se trata de um procedimento racional, já que permite a fundamentação racional dos enunciados que estabelecem precedência condicionada entre valores e princípios opostos. O discurso jurídico racional aparece, então, como uma exigência da racionalidade prática – de um método que garanta a racionalidade da argumentação e do resultado – mas não uma única resposta correta.

A colisão entre princípios não é quantificável, ou seja, só pode ser resolvida com base na ponderação. Isto aproxima a teoria dos princípios da teoria dos valores, pois está amparada em motivos que justificam racionalmente a precedência de um sobre o outro. Há um peso argumentativo maior que é posto em determinados princípios, sempre que comparados a outros; entretanto, esta carga argumentativa não é absoluta, uma vez que limitada pelo ordenamento jurídico (a consideração de um princípio deve sempre levar em consideração outros princípios), que oferece mecanismos para a fundamentação, de forma que o que vai variar é a argumentação (a justificação da fundamentação é que a justifica como racional) e, no processo de ponderação, a especificidade consiste na argumentação de um enunciado de precedência.

Quanto aos princípios jurídicos, qualquer que seja sua indeterminabilidade, não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição, uma vez que permitem projeções ou irradiações normativas com certo grau de discricionariedade, mas sempre limitados pela juridicidade objetiva dos princípios (CANOTILHO, 2003: 1.183).

diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” (ALEXY, 2008: 93-94).

2.3. Ponderação de princípios: um novo paradigma da ordem constitucional brasileira

A ponderação como mecanismo de convivência das normas, por meio do qual o magistrado, considerando a importância que os bens jurídicos têm, tanto em tese quanto no caso concreto, fundamenta-se na precedência condicionada deste sobre os princípios contrapostos, conquistou amplamente a doutrina e já repercutiu nas decisões dos tribunais, passando o Direito Constitucional a ser visto sob a ótica deste novo paradigma.

Cumpra esclarecer o sentido da palavra paradigma, de forma a justificar sua utilização no presente trabalho. Segundo Ovídio Batista (2006: 30), ao fazer relevantes abordagens sobre o conceito de paradigma, é importante ter presente a conclusão de Thomas Kuhn de que toda concepção científica estará, necessariamente, alicerçada em determinados pressupostos, aceitos pela comunidade científica como verdades indiscutíveis. O referido autor argumentou, ainda que sobre estas premissas, indicadas por Kuhn como **paradigmas**, é que a ciência não apenas se constrói, mas somente por intermédio delas se torna possível como ciência normal, em oposição ao que Kuhn denominou como “ciência revolucionária”, que é demonstrada por meio da passagem do autor, segundo o qual:

As revoluções científicas ocorrem esporadicamente, quando um determinado paradigma deixa de oferecer solução para um número apreciável de problemas, provocados pelas novas condições históricas e pelo próprio desenvolvimento da ciência. A quebra de um determinado paradigma e sua substituição por outro é o que ele denomina “revolução científica”. Vê-se, portanto, que, para Thomas Kuhn – esta é a consequência de maior relevo de sua teoria –, a ciência, qualquer que ela seja, estará necessariamente comprometida com um determinado paradigma. As verdades científicas são, segundo ele, produtos históricos obtidos pelo trabalho de uma ou várias gerações, a partir, porém, de certas premissas que lhe servem de suporte e que, enquanto paradigmas, não são questionados pelos cientistas.

No momento em que os paradigmas são aceitos pelos cientistas, a ciência ingressa, segundo Faria (2004), “num período de **normalidade**, e o trabalho intelectual se limita à resolução dos problemas e eliminação de incongruências com os esquemas conceituais, teóricos (...)”. Entretanto, no momento em que os paradigmas não conseguem mais lidar com fatos novos, nem fornecer orientações ou estabelecer normas, entram em crise, emergindo novos paradigmas no horizonte científico, o que foi denominado por Kuhn como “revolução científica”.

Em face do dinâmico processo social é que se visualiza, na teoria dos princípios, por meio da ponderação, a satisfação à demanda por legitimidade e por justiça, sem o abandono ao direito legislado ou de regras, o que constitui um novo paradigma presente na hermenêutica constitucional. O mecanismo de ponderação é racional; entretanto, não é um procedimento que, em cada caso, conduza a uma única solução, visto que, segundo Alexy, a ponderação é um procedimento aberto, e a abertura se refere ao sistema material determinado pelas normas como direito fundamental; portanto, a um sistema aberto frente à moral; e esta irradiação dos direitos fundamentais no sistema jurídico significa a inclusão de justiça no próprio Direito positivo. Entretanto, a abertura fornecida ao sistema jurídico pelos direitos fundamentais é uma abertura qualificada, o que não submete o resultado à pura arbitrariedade da decisão.

A lei do sopesamento não é, contudo, despida de importância. Ela diz o que é importante no sopesamento: de um lado, o grau ou a intensidade da não-satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação de outro princípio. Aquele que afirma que uma afetação muito intensa só pode ser justificada por meio de um grau muito alto de importância, da satisfação do princípio ainda não diz quando essa afetação muito intensa e quando esse grau de importância estão presentes. Mas ele diz o que deve ser fundamentado para se justificar o enunciado de preferência que representa o resultado do sopesamento: enunciados sobre graus de afetação e de importância” (ALEXY, 2008: 171).

A percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores, sendo a Constituição um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, faz com que a idéia de abertura se comunique com a Constituição e traduza a sua permeabilidade a elementos externos e à renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real (BARROSO, 2003: 35).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ondas sociais que se seguiram ao segundo pós-guerra, bem como a perspectiva crítica associada à boa doutrina, deram ao Direito uma dimensão transformadora, trazendo a transposição do positivismo para o pós-positivismo, assim concebido como um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da denominada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Era cômoda a posição hermenêutico-epistemológica do positivismo, na exata medida de suas adstrições aos métodos clássicos de interpretação, vez que esses,

calcados no primado da aplicação legalista, justificavam o resultado. A ascensão dos princípios e o reconhecimento de seu *status* normativo foi fator decisivo para a supressão do modelo eminentemente positivista e a tomada de sua função no cenário jurídico foi mais rápida do que a elaboração de metodologias capazes de administrar o correto cumprimento das funções, das regras e dos princípios na dogmática jurídica.

Desta forma, em face do dinâmico processo social é que se visualiza, na teoria dos princípios, por meio da ponderação – como mecanismo de convivência das normas, por intermédio do qual o magistrado, considerando a importância que os bens jurídicos têm, tanto em tese quanto no caso concreto, fundamenta-se na precedência condicionada deste sobre os princípios contrapostos –, a satisfação à demanda por legitimidade e por justiça, sem o abandono ao direito legislado ou de regras, o que constitui um novo paradigma presente na hermenêutica constitucional.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto & BARCELLOS, Ana Paula *O começo da história – a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. 1. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. Prova do sofrimento – pluralismo jurídico: novo paradigma de legitimação. Artigo publicado no *site* Mundo Jurídico, em 30 de setembro de 2005. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 09 de junho de 2008.

REVISTA DE DIREITO DA USCS - NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

1. Os trabalhos devem ser inéditos no Brasil;
The papers must be unpublished in Brazil
2. Na análise dos trabalhos, será levada em conta a pesquisa, a linguagem, a relevância do tema e a contribuição do autor para o tema;
(In analysis of the papers, it will be taken into account the research, the language, the relevance of the subject and the author's contribution for the theme;
3. Os textos devem ser digitados em fonte Times New Roman, corpo 12 (doze), espaçamento 1,5 (um e meio) e recuo na primeira linha de 1 cm (um centímetro);
The papers must be typed in Times New Roman 12, 1,5 space (between lines) and 1 cm paragraph;
4. A configuração da página deve ser papel tamanho A4, com margem superior e esquerda de 3 cm (três centímetros) e margem inferior e direita de 2 cm (dois centímetros);
The configuration of the page is 3cm (superior and left) and 2 cm (bottom and right), in A4 size paper;
5. Junto com o trabalho deve ser enviada, por e-mail, uma autorização simples de publicação na Revista do Direito do IMES;
With the paper, must be sent, by e-mail, a publishing authorization, specially for the IMES Law Magazine;
6. Os artigos devem possuir de 10 (dez) a 15 (quinze) laudas. Excepcionalmente, poderão ser aceitos trabalhos acima de 15 (quinze) laudas. Não serão aceitos trabalhos com menos de 10 (dez) laudas;
The articles must contain 10 to 15 pages. Exceptionally, it could be accepted bigger papers. Papers with less than 10 pages won't be accepted;
7. As avaliações dos trabalhos enviados é de competência exclusiva do conselho editorial da revista, sendo que sua decisão é soberana e irrecorrível;
The paper evaluation is an exclusive prerogative of the magazine council and its decision is sovereign and unappealable;
8. As citações devem se restringir ao estritamente necessário e serem feitas segundo o determinado pela ABNT, no estilo nota de rodapé;

The quotes could be used only when strictly necessary and have to obey the ABNT rules (www.abnt.com.br), on footnote style.

Exemplo/Example:

CHIAVENATO, I. *Administração nos novos tempos*. São Paulo : Atlas, 1999, p. 32.

Para citações maiores (superiores a 3 linhas, segundo a ABNT), deve-se fazer um recuo e alterar o espaçamento entre linhas, mantendo-se o tamanho da letra (12). Ver o exemplo abaixo:

For bigger quotes (above 3 lines, according to ABNT), it is necessary to do a retreat and change the space between lines, keeping the letter size (see the example below):

De outra parte, em análise econômica do direito, com base no princípio da “reserva do possível”, pois a efetivação do direito à saúde importa gastos financeiros e recursos de outra ordem (material humano e equipamentos), poder-se-ia defender que somente o administrador, dentro de sua discricionariedade, poderia implementar as políticas públicas que dizem com o direito à saúde, no entanto o Supremo Tribunal Federal, já deixou assente que

a cláusula da ‘reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” (cf. RE 410.715-AgR / SP, Rel. Min. CELSO DE MELO, unânime, J. 22.11.2005, p. 11/12).

9. A referência bibliográfica deve ser inserida ao final do artigo, segundo o disposto no item anterior;
The bibliographical reference must be inserted at the end of the article, just like the number 8 above;
10. Os artigos devem trazer, obrigatoriamente, em português e inglês, título, resumo (máximo de 50 palavras) e palavras-chave (máximo de 4), bem como sumário, somente em português.

The articles, in a mandatory way, have to show a title – if the text is in english, the title is only in english in Portuguese and English, title, abstract (50 words maximum) and keywords (maximum of 4), as well as summary only in portuguese

Segue exemplo/ see the example:

A QUESTÃO DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA E SUA CONCRETA INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO : O CASO DO POSTO ECOBRASIL EM SÃO SEBASTIÃO, SP.

THE HANDICAPPED PEOPLE ISSUE AND ITS CONCRETE INSERTION IN THE LABOUR MARKET : THE ECOBRASIL GAS STATION CASE IN SÃO SEBASTIÃO, SP.

Antonio Celso Baeta Minhoto

RESUMO

A caracterização de um grupo social como minoria; as peculiaridades da situação do portador de deficiência como grupo minoritário; o caso do Posto EcoBrasil em São Sebastião e a inserção dos portadores de deficiência no mercado de trabalho local.

ABSTRACT

The characterization of a social group as a minority; the handicapped people particular situation as a minority group; the EcoBrasil gas station case in São Sebastião and the handicapped people insertion in the local labour market.

Keywords: *Handicapped people, Deficiency, Social Insertion, Work.*

12. Serão aceitos artigos em português, espanhol, inglês e italiano. Nos textos em português, as citações em língua estrangeira deverão ser traduzidas pelo autor, sob sua responsabilidade pessoal;

It wil be accepted articles in portuguese, spanish, english and italian. Quotes in other languages must be translated by the author, under his-her personal responsibility;

13. Logo ao final de seu nome, lançado no artigo, o autor deverá inserir uma nota de rodapé e, nesta, relatar seu currículo de modo sucinto, destacando formação acadêmica em nível de pós, atividades profissional e acadêmica e referência a no máximo um livro de sua autoria;

As a first footnote, the author has to indicate his-her resumeé, in a brief version, with his-her principal and professional occupations and, if is the case, a reference of a book of his-her authorship;

14. Todos os artigos devem ser enviados por e-mail ao seguinte endereço eletrônico : antonio@baetaminhoto.com.br;
All the papers must be sent to : antonio@baetaminhoto.com.br

15. O desatendimento de quaisquer dos requisitos aqui dispostos implicará na recusa liminar do trabalho;

The non-observation of any of the requirements involves the preliminary refusal of the papers;