

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 49 • nº 194
abril/junho – 2012

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Os princípios numa perspectiva hermenêutica

Novos diálogos com Nelson Saldanha

Francysco Pablo Feitosa Gonçalves

Sumário

1. Introdução. 2. Brevíssimo panorama da temática dos princípios no direito. 2.1. A teoria clássica dos princípios. 2.2. A teoria neoconstitucionalista dos princípios. 3. Os princípios na perspectiva hermenêutica de Nelson Saldanha. 4. Considerações finais.

Na verdade o que ocorre é que no pensamento jurídico, como no econômico, no filosófico e em todos os campos, sempre pesam os modismos, e com eles as inclinações ideológicas.

Nelson Saldanha

1. Introdução

Este ensaio, tendo por objetivo tecer algumas considerações sobre a ideia de princípio na perspectiva hermenêutica de Nelson Saldanha, ao mesmo tempo em que se trata de um desenvolvimento de reflexões anteriores, constitui um trabalho novo e pretende ser um mote para outras reflexões futuras. A retomada do tema se deve tanto à relevância da noção de *princípio* para o Direito, como pela oportunidade de estudar a obra de Nelson Saldanha.

Para a pesquisa e realização do ensaio procuramos imprimir um método que fosse algo hermenêutico, sem desconsiderar o *ponto de vista histórico*. Nessa perspectiva, os textos e autores foram interpretados numa perspectiva muito mais aproximada da *exegese* empregada na Literatura do que da pretensa *rigidez* que volta e meia reaparece

Francysco Pablo Feitosa Gonçalves é Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Professor da Faculdade Estácio do Recife (Estácio-FIR) e da Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE.

em alguns setores da Dogmática Jurídica¹. Eis, portanto, algo de *mea culpa*: eventuais incoerências que eventualmente estejam nas linhas que se seguem se devem à nossa leitura – e à necessidade de sintetizar concepções extensas – e não aos autores consultados.

Para a consecução do objetivo traçado fizemos um brevíssimo recorte panorâmico da atual compreensão e aplicação dos princípios jurídicos, para em seguida apresentar sucintamente a concepção de princípio na filosofia do direito presente em Saldanha. Como é evidente, o presente ensaio não pretende exaurir a questão dos princípios ou analisar plenamente – nem em profundidade nem em extensão – a rica obra de Nelson Saldanha. Pretende, muito mais, estimular o debate e a reflexão sobre a questão dos princípios e sobre a obra desse importante jusfilósofo pernambucano.²

2. Brevíssimo panorama da temática dos princípios no direito

A temática dos princípios tanto é das mais importantes como das mais recorrentes no Direito, dificilmente vemos uma pesquisa, doutrina ou mesmo um processo em

¹ Sobre isso, é interessante que embora os léxicos apresentem *hermenêutica* e *exegese* como sinônimos, alguns estudiosos da Literatura associam à hermenêutica as interpretações mais fechadas, mais *herméticas*, por assim dizer, e associam à exegese as interpretações mais livres – se está na obra autoriza a interpretação – ao passo que muitos estudiosos do direito pensam de forma inversa, associam à hermenêutica, as interpretações mais livres, e associam à exegese técnicas de interpretação mais restritas, talvez uma *herança da escola da exegese*, onde o juiz devia ser apenas *la bouche de la loi*.

² Ainda sobre a forma como interpretamos os textos para este trabalho, se fôssemos pensar em analogia com os quatro cânones clássicos; dois referidos ao objeto interpretado – a) *totalidade ou coerência do sentido* e b) *autonomia hermenêutica do objeto* – e dois referentes ao sujeito que interpreta – c) *adequação* e d) *atualidade* –; poderíamos dizer que sobrevalorizamos o cânone da atualidade da compreensão, talvez exagerando na reconstrução do objeto interpretado. Na *Teoria da Literatura*, por outro lado, essa perspectiva é interessante desloca para o objeto: *se está o texto autoriza a interpretação*. Eis, pois, a *mea culpa*.

que os princípios não sejam mencionados. Conceituar exatamente o que é princípio, por outro lado, é tarefa difícil, muitas são as definições existentes e mais numerosos ainda o que se pretende denominar de princípio nos vários *ramos* e *sub-ramos* do Direito.³

Nessa perspectiva, esse esforço inicial não visa outra coisa senão apresentar, em linhas muito gerais e de forma não exaustiva, algumas concepções mais recorrentes do que é princípio, as quais foram classificadas em duas correntes gerais, que denominamos de clássica e neoconstitucionalista.

³ Vale trazer aqui uma passagem de Vicente Ráo (2005), pela menção aos princípios e, sobretudo, pela crítica à ramificação no Direito: “Considerando-se o Direito tal qual se deve considerar, isto é, como ciência, seu estudo e sua aplicação não podem dispensar o conhecimento, nem a constante invocação dos princípios gerais. Mesmo o Direito objetivo, concretizado em preceitos obrigatórios, é uma ciência, ou melhor, é a própria ciência do Direito aplicada. São conceitos corriqueiros, estes; mas, preciso é recordá-los nesta fase histórica da vida do Direito, quando múltiplos e graves fatores operam no sentido de sustar o curso normal de seu desenvolvimento e procuram destruir, de ponta a ponta, toda a ordem jurídica que caracteriza a civilização contemporânea. Diria melhor se dissesse que necessário se faz restaurar o significado, o alcance e força dos princípios gerais, ora ameaçados, senão de destruição, quando menos de esquecimento. Assinalarei, de início, na ordem desses fatores, uma circunstância que assume alta significação: as disciplinas jurídicas, cedendo à pressão das vicissitudes contemporâneas da vida social, dividem-se e subdividem-se em um número sempre crescente de ramos e sub-ramos, os quais, por sua vez, padecendo de gigantismo, tendem a se construir em disciplinas autônomas e distintas. E assim assistimos a uma marcha acelerada, muitas vezes sem compasso nem ritmo, em busca de especializações e subespecializações, que poderiam ser úteis se ordenadas e ligadas aos princípios gerais, sem quebra da unidade substancial e conceitual do Direito. No entanto, guiada, apenas, por um objetivismo inexpressivo e intransigente, revestindo, intencionalmente, ostensivamente e exclusivamente, um caráter técnico, essa tendência despreza, a par dos postulados ideológicos do Direito, até mesmo os elementos intelectuais, morais e espirituais, que integram a personalidade humana. No tumulto dessas especializações e desses tecnicismos, o homem, que se dizia ser uma criatura dotada de corpo e alma, não passa de uma unidade matemática, simples material de construção das novas estruturas, freqüentemente sustentadas pelas colunas de algarismos que certas estatísticas mais ou menos científicas fabricam” (RÁO, 2005, p. 43-44).

2.1. A teoria clássica dos princípios

Por *teoria clássica*, fazemos referência às concepções tradicionais de princípio, geralmente em referência às normas e valores que são tomados como verdades fundantes, e como tais, dotadas de elevado grau de *fundamentalidade e/ou generalidade*.

Nelson Saldanha (2005, p. 224, grifo do autor) noticia que a temática referente aos princípios é antiga; “Em grego o correspondente de princípio seria *archè*, e alguns dos primeiros pensadores – Anaximandro, talvez o primeiro – meditaram sobre o assunto”. O emprego do vocábulo princípio no meio científico, por sua vez, parece ter sua origem na matemática de Pascal, tendo daí se expandido para os demais ramos do conhecimento, o que talvez justifique seu emprego no Direito, ainda hoje, no sentido de verdade primeira, ponto de partida a partir do qual um sistema se desenvolve.

Paulo Bonavides (2003) fala em alguns autores como sendo os precursores em relação aos princípios jurídicos – menciona, por exemplo, Vezzio Crisafulli e Jean Boulanger – e remete ao levantamento feito por Ricardo Guastini (2009) sobre o que os juristas tradicionalmente compreendem por princípio, a saber, normas que possuíssem uma das seguintes características: (a) fossem dotadas de elevado grau de *generalidade e/ou* (b) *indeterminação*, (c) normas de *caráter programático*, (d) normas de *hierarquia elevada*, (e) normas tidas como *importantes e fundamentais*, e (f) normas dirigidas aos órgãos de aplicação (BONAVIDES, 2003, p. 257-258).

Sobre os critérios, podemos fazer algumas críticas: *generalidade e indeterminação*, por exemplo, conduzem à imprecisão e a uma construção principiológica questionável. A título de exemplo, pensemos que um dispositivo de uma lei municipal pode ser elaborado de forma geral, ou mesmo um ato infralegal, como uma instrução normativa, pode ser elaborado com *indeterminação*, e isso não necessariamente

lhes conferirá uma grande importância na ordem jurídica.

Uma disposição constitucional, por outro lado, pode ser elaborada com grande especialidade. Uma crítica similar pode ser feita em relação à *programaticidade*, que se torna um critério problemático principalmente se a pensarmos em relação à ideia de *fim* ou *objetivo*, tanto na medida em que se pretenda definir os fins a alcançar (e.g. igualdade e em que consistiria tal igualdade) como de fins em termos de relação entre meios e fins (e.g. podem haver regras que contêm finalidades, como por exemplo uma regra presente numa lei municipal que estabelece como *fins* determinadas obras) (NEVES, 2006).

No que concerne à associação entre princípio e normas de *hierarquia elevada*, se pensarmos apenas em relação ao que se extrai do Direito positivado, simplesmente podemos chegar à conclusão de que todos os dispositivos constitucionais são princípios. Quando pensamos em termos de hierarquia, tão somente, temos um critério de utilidade questionável. O paradigma largamente aceito da pirâmide normativa, com a Constituição em seu topo, dispensa a necessidade de todas as normas hierarquicamente superiores serem denominadas princípios.

Igualmente questionável definir como princípio a norma dirigida aos órgãos de aplicação, porquanto todas as normas acabam se destinando a incidir e, nesta perspectiva, prescindem de cumprimento e aplicação. Por fim, no que concerne às normas tidas como *importantes e fundamentais*, temos um critério mais difícil de refutar, até porque se mantém próximo da noção inicial de princípio enquanto verdade primeira e fundante. De qualquer forma, vimos uma multiplicidade de critérios – alguns questionáveis – definidores do que se deveria compreender como princípio, todos de alguma forma ligados à ideia de norma.

Em termos históricos, as coisas ficariam mais ou menos neste pé até o advento do

neoconstitucionalismo, um movimento decorrente de um contexto histórico específico (a partir do pós-segunda guerra) que pode ser compreendido como uma tentativa de (re)valorizar a Constituição, favorável à constitucionalização de princípios, redefinindo o seu papel no ordenamento jurídico.

2.2. A teoria neoconstitucionalista dos princípios

Em termos de marco inicial do neoconstitucionalismo é possível remeter a Ronald Dworkin (1977, 2001) em seu ataque ao positivismo jurídico capitaneado por Herbert Hart, mais especificamente em relação ao argumento dos princípios. Segundo reconhece o próprio Hart (2000, 2009) no *post scriptum* incluído em *O Conceito de Direito*, a crítica mais conhecida feita por Dworkin (1977, 2001) é justamente a de que o positivismo hartiano “representa erroneamente o direito como constituído apenas por normas do tipo ‘tudo ou nada’, e que ignora uma espécie diferente de padrão jurídico, isto é, os princípios” (HART, 2009, p. 334; BARBERIS, 2003, p. 260); o que coloca a questão dos princípios como uma das pedras angulares do neoconstitucionalismo.⁴

⁴ A ascensão do neoconstitucionalismo, em oposição ao relativo influxo do positivismo se dá, portanto, a partir do ataque declarado de Dworkin (1977, 2001) ao positivismo, um ataque que aliás surge com um título bem sugestivo: *Is a Law a System of Rules?*, trabalho de 1977 que, como bem lembra Antonio Carlos de Souza Cavalcanti Maia (2002), é a pedra de toque de *Taking Rights Seriously*. Vale trazer as palavras do próprio Dworkin (2001, p. 22), quando ele deixa claro que o alvo de seu ataque é o positivismo hartiano: “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart’s version as a target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules”.

Mesmo reconhecendo o marco inaugural em Dworkin (1977, 2001), é necessário lembrar que sua concepção não é inteiramente original. Aqui cabem duas observações: a primeira é que a localização de antecedentes do modelo dworkiniano de princípio vai depender, em muito, da nossa própria perspectiva interpretativa – estamos buscando semelhanças ou diferenças? – e a segunda no sentido de que isso não significa que Dworkin teria se inspirado em tais autores.

De qualquer forma, autores como Roscoe Pound e Jean Boulanger parecem ter antecipado alguns elementos da noção neoconstitucionalista de princípio. Em Pound (1965) temos a crítica à concepção de Direito composto apenas por regras e a elaboração de uma concepção de princípio que em parte antecipa a de Dworkin (1977, 2001)⁵. Boulanger é reconhecido por Paulo Bonavides (2003 ?) como sendo o precursor da diferenciação entre princípios e regras⁶.

⁵ “É usual descrever o Direito como um agregado de leis e regras. Mas, a menos que a palavra regra seja usada numa acepção tão lata que nos engane, tal definição, enquadrada na referência a códigos ou por juristas que têm seus olhos fixos no direito de propriedade, fornece uma inadequada imagem dos múltiplos componentes de um moderno sistema legal. (...) Com o advento da escrita legal e da teoria jurídica na transição da lei estrita para a equidade e o direito natural, um segundo elemento se desenvolveu e tornou-se um fator de controle na administração da justiça. Em lugar de regras detalhadas, determinando exatamente o que acontecerá em face de uma situação de fato precisamente detalhada, passa a confiar-se em premissas gerais para o raciocínio dedutivo, judicial e jurídico. Esses princípios legais, como lhes chamamos, são utilizados para fornecer novas leis, interpretar antigas, medir o âmbito e aplicação de regras e normas, e reconciliá-las quando conflitam ou se sobrepõem” (POUND, 1965, p. 62).

⁶ “Antes de Alexy e Dworkin, Boulanger, na mesma senda inovadora, onde ingressa como um dos precursores, posto que atuasse numa época em que as posições doutrinárias de cunho jusprivatista, civilista ou romanista – consolidadas pelo antigo Estado liberal – ainda conservavam considerável parcela de seu velho predomínio na Ciência do Direito, já distinguia regras e princípios” (BONAVIDES, 2003, p. 266). “A seguir, com propriedade e rigor, acentua que uma regra jurídica e geral se for estabelecida para um número

Poderíamos questionar, também, até onde é válido o estereótipo de que o Direito em Hart (2000, 2009) seria composto apenas por regras e se ele não teria antecipado alguns pontos interessantes do neoconstitucionalismo, mas isso talvez seja tema para outros trabalhos.

Um ponto interessante do ataque de Dworkin (1977, 2001) ao positivismo é que, ao mesmo tempo em que há uma crítica ao Direito como sistema composto apenas por regras, há uma preocupação em tentar vinculá-lo a um conceito de norma que seria mais amplo – com a finalidade de enfrentar a questão da discricionariedade judicial. Nessa perspectiva, talvez possamos pensar a proposta de Dworkin (1977, 2001), como uma tentativa de superar o paradigma anterior, mas sem romper totalmente com suas bases, na medida em que acaba permanecendo um certo apego à norma.

Acreditamos estar claro que no presente trabalho iremos focar apenas a questão estrutural dos princípios no neoconstitucionalismo, e, nessa perspectiva, a concepção de *princípio* em Dworkin (1977, 2001), como norma de abrangência semântica indeterminada, em oposição à *regra* como outra espécie normativa, acaba sendo apropriada pela *teoria dos direitos fundamentais* de outro estudioso ilustre, o alemão Robert Alexy (2008, p. 90-91, grifo do original):

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são 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

indeterminado de atos ou fatos (Ripert e Boulanger), mas sob certo aspecto ‘ela e especial na medida em que *rege tão-somente atos ou fatos*, ou seja, e editada contemplando uma situação jurídica determinada” (BONAVIDES, 2003, p. 267, grifo do autor).

somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre 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 fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.”

Sem embargo das eventuais divergências entre Dworkin e Alexy – entre outras, podemos mencionar apenas *en passant* que Alexy (2008) não se atém à distinção entre princípios e *policies*, elaborada por Dworkin (1977, 2001), e a questão da discricionariedade das decisões judiciais não vai ser a mesma na perspectiva dos *mandados de otimização alexianos* e na tese da *única resposta correta dworkiniana* – o presente estudo toma como equivalente o caráter estrutural da diferenciação entre regra e princípio dos referidos autores. As regras seriam as normas que teriam uma *abrangência semântica bem determinada*, e estas as normas *indeterminadas semanticamente* (DUTRA, 2008, p. 116).

Mesmo tendo demorado a chegar ao Brasil, o modelo neoconstitucionalista de princípio ganhou larga aceitação, tornou-se o “modelo da moda” (NEVES, 2006). A concepção neoconstitucionalista não é, contudo, isenta de críticas. Se as regras, para esse modelo, são normas que possuem *abrangência semântica bem determinada*, aplicáveis com base no tudo ou nada, e os princípios são *indeterminados semanticamente*, e portanto ponderáveis (DUTRA, 2008, p. 116), como fica a questão da colisão entre regra e princípio? Hart (2000), em sua réplica a Dworkin, já atenta para o fato de que “as regras podem entrar em conflito com

princípios e que um princípio pode, algumas vezes, vencer uma regra e em outros casos ser vencido”, o que, invariavelmente, leva à conclusão de que “as regras não têm um caráter de tudo ou nada, porquanto são susceptíveis de entrar em conflito com os princípios, os quais podem vencê-las” (HART, 2000, p. 41-42).

Não bastasse o problema da colisão entre regras e princípios, apontado por Hart (2000, 2009), em determinados casos concretos, pode haver a necessidade de se *ponderarem e relativizarem regras*, ou, melhor dizendo, de relativizá-las a fim de encontrar a melhor solução para o caso concreto, sem, entretanto, invalidar ou incluir uma cláusula de exceção em qualquer delas. O caso do curandeiro Roux, narrado por Perelman (2000, p. 56-58), no qual há “contradição evidente entre as regras que proíbem a uma pessoa não formada em medicina imiscuir-se na prática da profissão médica e as disposições que obrigam qualquer pessoa a prestar assistência a um terceiro em perigo, na medida em que possa fazê-lo sem expor a si própria o perigo”, exemplifica bem isso.

Poderíamos seguir discorrendo sobre o que entendemos serem as incoerências da concepção neoconstitucionalista de princípio; o espaço que aqui temos, entretanto, não é o mais adequado. Se há algo em comum, contudo, entre a concepção neoconstitucionalista e a tradicional, é a afirmação do caráter normativo dos princípios. Princípios seriam, portanto, normas. E é precisamente aqui que exsurge a crítica saldanhiana, defendendo que princípios e normas são realidades que não necessariamente se confundem.

3. Os princípios na perspectiva hermenêutica de Nelson Saldanha

O pensamento de Nelson Saldanha (1994, 2000, 2005, 2008) – exposto em uma obra vasta, versando sobre temas variados – é marcado por um elemento que lhe é constante e unificador, o *ponto de vista his-*

tórico, e aproveitamos a menção ao ponto de vista histórico para fazer referência às fases do pensamento saldanhiano, conforme indicadas por Gustavo Just (2009, p. 15):

“O elemento mais constante de sua vasta obra, e o mais unificador do seu pensamento (que se autocensura de disperso) é exatamente o *ponto de vista histórico*.

Um ponto de vista que se exerceu, com o perdão da esquematização, em sucessivas etapas: num primeiro momento, aparece ‘aplicado’, por assim dizer, aos fundamentos do constitucionalismo, isso desde a tese sobre as formas de governo. Num segundo momento, que se sobre põe cronologicamente à segunda parte do primeiro, o ponto de vista histórico se projeta, como método crítico, sobre a tradição, sobretudo a recente, da teoria do direito. Em ambos os períodos, a sensibilidade hermenêutica está presente mas não integra as articulações conceituais – e sua presença se deve muito mais à ligação do autor à vasta tradição culturalista e historicista do que a uma influência específica da guinada ontológico-existencial da hermenêutica heidegger-gadameriana: esta deve ter sido recebida, na verdade, muito mais como uma espécie de confirmação de intuições historicistas mais antigas. E é, por isso, que ao se explicitar, num terceiro momento do pensamento de Saldanha, a perspectiva hermenêutica não poderia deixar de estar *radicalmente associada ao ponto de vista histórico*, e por ele de certa forma envolvida.”

Com o risco que é inerente ao reducionismo e à classificação, diríamos que é um pensamento crítico-hermenêutico, pontuado por um viés historicista – embora talvez não possa ser chamado de historiográfico. No que concerne à *alusão aos princípios*, contida na *Filosofia do Direito* de Saldanha

(2005), é interessante anotar com o jusfilósofo pernambucano que a problemática dos princípios acaba sendo próxima à da hermenêutica:

“Princípios, se falamos em um sentido ‘amplo’ e implícito, encontram-se em todas as filosofias, sobretudo no sentido de ‘pontos de partida’ ou de intuições fundamentais, e de maneira especial nos pensadores posteriores a Kant.

No que concerne ao direito, a questão dos princípios veio ampliando-se nos decênios mais recentes. Em parte permanece algo da idéia tradicional, que via nos princípios pontos de referência que informam a ordem jurídica e servem de base às normas; ou que podem ser nelas reconhecidos ou ‘extraídos’ delas através de um trabalho exegético. O conceito de *standard*, usado por determinados franceses, se acha próximo ao primeiro caso. Recentemente certos movimentos têm procurado rechaçar a idéia tradicional, buscando substituí-la por formulações polêmicas ou concepções insólitas, fundindo a noção de princípios com a de norma ou entendendo que *princípios* e *normas* seriam ‘espécies’ do gênero regra” (SALDANHA, 2005, p. 224-226, grifo do autor).

Cabe aqui um esclarecimento, a fim de contextualizar a frase final do excerto transcrito. É que atualmente a tendência parece ser entender o *princípio* e a *regra* como sendo espécies do gênero *norma*. Se por um lado bem havemos de convir que as palavras não podem ter outros significados além daqueles que lhes são dados pelos usos e convenções (CARRIÓ, 2001), por outro, tais significados podem ser depreendidos – além do contexto em que as palavras se encontram, evidentemente – da análise de sua história, como se as palavras possuíssem uma certa memória, quase numa perspectiva habwachiana.

As palavras, ou ao menos algumas palavras, parecem guardar alguma conexão com as formas com que tradicionalmente são empregadas. Nessa perspectiva, pode ser interessante repensar o termo regra, ora empregado como sinônimo de *norma*, ora como *espécie normativa* – e aqui tornamos a aludir aos princípios – o que nos remete à análise que o próprio Saldanha (1999) fez da convivência dos termos em questão:

“Põe-se contudo o problema dos limites da convivência entre os termos lei, norma e regra. Às vezes, e com frequência, diz-se que a norma é o gênero e a regra a espécie; outras vezes diz-se o inverso, e esta posição nos parece preferível. O termo regra, do latim *regula*, alude à relação de algo com um padrão (ou um ‘cânone’), mesmo sem conotações éticas nem ‘normativas’. O ‘regular’ pode aludir ao mediano, ao ‘comum’, bem como ao que possui regularidade. O ‘normal’, também (opondo-se a anormal); mas o emprego de norma e de regra veio assumindo conotações mais complexas.

‘Regras do método’ talvez tenha menos força obrigante do que ‘normas do método’: o uso do termo *règle* pelos franceses que trabalharam em torno da constituição de 1875 tinha porém uma conotação clássica, inserida na tradição gaulesa. Após o fim da *belle époque*, muitas coisas mudaram, inclusive com o advento do neopositivismo, que foi uma das bases do positivismo kelsiano; e com o sociologismo, com a axiologia e os tridimensionalismos” (SALDANHA, 1999, p. 209-210, grifo do autor).

E permaneceram mudando, principalmente com o advento do neoconstitucionalismo, sobretudo com o debate dos princípios enquanto normas de abrangência semântica ampla, abrindo o Direito à moral, uma abertura que, contudo, não consegue se desvencilhar do texto legal e de certos

fetichismos matematizantes quando da *ponderação de princípios*.

Necessário anotar que Saldanha (2005), ao aceitar a construção hermenêutica dos princípios a partir do texto da norma, não é exatamente contra a positivação de princípios, mas entende que princípio e norma positivada são coisas distintas; “os princípios da *razão*, expressados por Leibniz no século XVII, não eram ‘regras’; nem as *regulae* de Descartes, nem as regras-do-método de Durkheim eram ‘normas’ no sentido de um artigo do Código civil” (SALDANHA, 2005, p. 227, grifo do autor).

Partindo da clássica obra de Josef Esser, Nelson Saldanha (1994, 2005, 2008) constrói uma concepção original de princípio – dentro de um contexto original maior que é a sua compreensão da relação entre *hermenêutica e ordem*⁷ – o que acaba trazendo possibilidades interessantes, dentro da sua concepção filosófica original do Direito, compreendido como composto de ordem e hermenêutica.

Em apertada síntese, embora entenda que normas e princípios não se confundem, não os entende como antagonicos, os princípios podem ser extraídos das normas positivadas (que neles, de certa forma, se arrimam). O que fica claro é que os princípios *não se resumem e não se reduzem ao texto positivo, se a norma na qual se encontra positivado o princípio porventura deixar de existir, este segue existindo*. Princípios usualmente consistem na tradução de valores vigentes e podem ser decantados das normas, nas palavras do autor:

“A alusão a princípios diz respeito, na terminologia jurídica, a algo que se acha entre o plano dos valores e o das normas positivas. Algo, vale

⁷ Ordem e hermenêutica se condicionam e relacionam mutuamente, a interpretação remete à ordem mas esta só se apresenta diante de uma interpretação, algo à primeira vista paradoxal, mas que filosoficamente é pleno de sentido, sobre o tema, convém conferir os trabalhos do próprio Saldanha (1994, 2005 e 2008) e de Gustavo Just (2007 e 2009).

dizer, que parece apontar para uma suprapositividade apreensível pela visão hermenêutica. Princípios não são valores, se bem contenham obviamente um conteúdo axiológico; os valores, por outro lado, tendem a traduzir-se em princípios. Realmente os princípios (repita-se), não são normas, embora sua presença dentro da experiência jurídica conviva com a das normas, que de certo modo se ‘fundam’ sobre eles” (SALDANHA, 2005, p. 226-227).

Os princípios desempenham um papel importantíssimo na *perspectiva hermenêutica do direito* de Nelson Saldanha (2008), na medida em que são hermenêuticamente extraídos das normas e, paralelamente, informam a sua interpretação. Sobre esse segundo aspecto, aliás, oportunas são as palavras do autor extraídas da obra intitulada *Ordem e Hermenêutica*:

“Toda interpretação, se se trata de estruturas sociais e de sua atuação, tem a ver com princípios. Mas é preciso que estes princípios se articulem dentro de uma ordem, e estejam nela como significações, para que o trabalho interpretativo seja requerido com o fim de ‘desentranhar’ significações e de ‘remontar’ aos princípios” (SALDANHA, 2008, p. 257).

Os princípios, conforme compreendidos na referida *perspectiva*, desempenham, portanto, um papel fundamental na construção de qualquer conhecimento e no próprio estabelecimento de uma *ordem*, porquanto tal estabelecimento é em si, em grande parte, uma construção hermenêutica. Segundo Ortega y Gasset (apud SALDANHA, 2005, p. 224), todo conhecimento sempre será a “contemplação de algo através de um princípio”.

Ainda é Nelson Saldanha (2005) quem esclarece, em um excerto longo, mas que merece ser integralmente transcrito, por possibilitar uma adequada aproximação do que realmente deveria se compreender por princípio:

“Diremos, pois, que, enquanto os valores são entidades metafísicas, e as normas um dado positivo (do direito positivo), os princípios são uma construção *hermenêutica*. Os ‘princípios’, mencionados por Leibniz e readmitidos ao filosofar no tempo de Hegel e de Schelling, aparecem na experiência *jurídica* como uma coisa ambígua, com algo de citação anônima e algo de preceito ético; sua atuação se achará no ponto em que o marco teórico se acerca do trabalho prático.

Temos com isso um esquema que muitos acharão pouco próximo a certas novidades doutrinárias. [Saldanha refere-se a Dworkin, o que fica consignado em nota de rodapé] Há cem anos surgiram novidades doutrinárias das quais hoje ninguém mais fala. O mérito dos conceitos pouco tem a ver com o fato de serem ou não ‘novidades’, embora a sua situação histórica seja útil para compreendê-los.

Destarte mencionamos os valores, as normas e os princípios com alusão a três níveis (ou planos) concernentes ao referencial metafísico, ao direito positivo e à hermenêutica: os princípios, sempre reelaborados pela hermenêutica, são uma das passagens através das quais ocorre a ligação entre o direito e a ética. Certamente que os princípios se vinculam às normas: eles delinham uma parte da conexão entre valores e normas (a relação entre norma e princípio é um correlato da relação entre ordem e hermenêutica). O princípio não participa da ‘positividade’ da norma estatal, que integra o sistema de fontes e portanto perfaz o ‘ordenamento’.

Certos autores vêm fazendo uma distinção entre princípios ‘gerais’ e princípios jurídicos *tout court*, buscando aludir com isto ao alcance maior ou

menor dos mesmos, o que parece desnecessário. Todo princípio é geral (como todo valor é ‘fundante’): não há um princípio que se esgote no âmbito de determinada pessoa ou situação.

O direito ‘positivo’, como conjunto de fontes (os princípios não são fontes, ao menos neste sentido) se apresenta sempre como uma variedade de níveis e de planos positivos. Quanto ao argumento, que alguns esgrimem, de que o princípio é a norma quando ‘positivado’, a própria frase já indica que não: por que positivar, ou seja transformar em norma, algo que já é norma? E mais: se tal norma, na qual se acha positivado o princípio, deixa de existir, por desuso ou ab-rogação, o princípio, como princípio, segue existindo” (SALDANHA, 2005, p. 228-229, grifo do autor).

Do exposto, convém extrair e reafirmar que o *jusfilósofo* pernambucano não parece ser exatamente contra a sua posituação, mas deixa claro que os princípios não se resumem e não se reduzem ao texto positivo, *se a norma na qual se encontra positivado o princípio porventura deixar de existir, o princípio segue existindo*. A esse respeito, apenas a título de exemplo dentro da experiência jurídica brasileira, temos notícia de pelo menos um caso⁸, referente ao princípio da capacidade contributiva. Parece conveniente citá-lo já que se trata de um dos ramos mais pretensamente formais do Direito brasileiro.

Houve no passado uma *reforma constitucional* que aboliu a disposição expressa da capacidade contributiva, o princípio, contudo, continuou existindo e sendo va-

⁸ Dada a brevidade deste ensaio, não convém elencar mais exemplos, mas, um estudo de determinados períodos da nossa História, por exemplo a ditadura militar, pode facilmente trazer exemplos de vários “princípios” cujas normas foram revogadas, mas que permaneceram presentes nos debates jurídicos, eventualmente sendo até reconhecidos no âmbito do judiciário.

lorizado, passando a ser extraído de outras normas (BALEEIRO, 1977, p. 307). Outros exemplos certamente existem e poderiam ser pinçados da experiência jurídica brasileira, por hora, aproveitamos esse para, em analogia ao entendimento de Nelson Saldanha, dizer que seria possível pensar que o referido princípio da capacidade contributiva, intermediário entre o plano dos valores de justiça fiscal e o plano das normas escritas, permaneceu à revogação do texto que o positivava.

Nessa perspectiva, quer parecer que o princípio, na supramencionada perspectiva hermenêutica, embora mantenha alguma analogia, de certa forma, tanto da noção tradicional de princípio (no que concerne a *fundamentalidade*, um *standard*), quanto ao paradigma *neoconstitucionalista* (na medida em que normas de grande abrangência semântica não deixam de ser um critério de interpretação), não se confunde com qualquer das duas. Assume, muito mais, a característica de uma estrutura interpretativa intermediária entre valor e norma.

Aqui parece haver alguma aproximação entre a concepção de princípio em Saldanha e o modelo neoconstitucionalista – e cabe observar que a possibilidade de diálogo com Dworkin é maior que com Alexy (2008) – sobretudo quando lembramos do primeiro caso concreto que Dworkin (2001) traz pra apresentar seu modelo, o celebre *Riggs v. Palmer*. No caso em questão, um tribunal de New York se baseou no *standard* não positivado *nemo turpitudinem suam allegare potest* para negar a herança a um herdeiro que havia matado o ascendente intencionado a recebê-la.⁹

⁹“In 1889 a New York court, in the famous case of *Riggs v. Palmer*, had to decide whether an heir named in the will of his grandfather could inherit under that will, even though he had murdered his grandfather to do so. The court began its reasoning with this admission: ‘It is quite true that statutes regulating the making, proof and effect of wills, and the devolution of property, if literally construed, and if their force and effect can in no way and under no circumstances be controlled or modified, give this property to the mur-

der’. But the court continued to note that ‘all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime’. The murderer did not receive his inheritance” (DWORKIN, 2001, p. 23).

4. Considerações finais

Em linhas anteriores, vimos em breve síntese como a reflexão sobre os princípios, antiga e importante, se desenrolou; os juristas, possivelmente inspirados pela matemática, introduziram o conceito de princípio no Direito. Vimos também como os princípios foram associados à ideia de norma e como sua *normatividade* é considerada, por alguns, como uma vantagem.

O entendimento que se pode chamar de tradicional compreende como sendo princípios as normas dotadas de elevado grau de fundamentalidade e generalidade, o que viria a ser revisto a partir do neoconstitucionalismo desde aquele que pode ser considerado seu ponto inaugural: as críticas de Dworkin (1997, 2001) ao positivismo de Hart (2000, 2009), sendo que, entre tais críticas, a mais conhecida é justamente a suposta incapacidade do positivismo *hartiano* de compreender um direito que não fosse composto apenas por regras. A partir de Dworkin (1977, 2001), temos a bipartição da norma em duas espécies: *princípio* e *regra*, de acordo com sua abrangência semântica. Tal bipartição, que é um dos pontos-chave do neoconstitucionalismo

der’. But the court continued to note that ‘all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime’. The murderer did not receive his inheritance” (DWORKIN, 2001, p. 23).

e angaria vários seguidores, entretanto, não é absoluta, encerrando em si mesma várias contradições decorrentes da colisão entre regra e princípio e possibilidade de ponderação de regras.

A partir das insuficiências do modelo tradicional e do modelo neoconstitucionalista, procuramos uma nova perspectiva na *Filosofia do Direito* de Nelson Saldanha (2005), autor que, embora não se posicione contrariamente à positivação, propõe a desidentificação entre princípio e norma, situando os princípios num plano intermediário entre valor e norma. Essa desidentificação parece coerente na medida em que a revogação de uma norma que contenha um determinado princípio não faz necessariamente com que o princípio em questão deixe de existir. Sobre esse aspecto, vimos um breve exemplo extraído do direito tributário brasileiro.

Certamente não esperamos, nesse breve ensaio, ter apresentado respostas definitivas no que concerne à discussão sobre os princípios ou uma compreensão adequada do vasto e rico pensamento saldanhiano; aliás, não esperamos ter apresentado resposta alguma. Nossa pretensão vai na via inversa, de suscitar questões e reflexões. Nessa perspectiva acreditamos ter deixado vários motes para outros trabalhos.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. _____. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARRIÓ, Genaro. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 2001.
- DUTRA, Delamar Volpato. *A filosofia do direito dos filósofos e a filosofia do direito dos juristas*. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2009.
- _____. *Manual de Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University, 1977.
- _____. _____. 18. ed. Cambridge: Harvard University, 2001.
- GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 11, n. 55, maio 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/35952>>. Acesso em: 29 maio 2011.
- HAAGE, Jaap. A theory of legal reasoning and a logic to match. In: PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. *Logical models of legal argumentation*. Dordrecht: Kluwer Academic, 1997.
- HABA, Enrique. Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales. *Doxa*, Alicante, n. 22, p. 49-78, 1999.
- _____. Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho: el Bluff Dworkin. *Doxa*, Alicante, n. 24, p. 165-201, 2001.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *Post scriptum al concepto del derecho*. Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. México: UNAM, 2000. (Serie Estudios Jurídicos).
- JUST, Gustavo. Nelson Saldanha e a idéia de uma teoria hermenêutica do direito. *Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito (UFPE)*, Recife, v. 17, n. 17, p. 117-138, 2007.
- _____. O direito como ordem e hermenêutica: a filosofia do direito de Nelson Saldanha. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009.
- MAIA, Antonio Carlos de Souza Cavalcanti. Textura aberta da linguagem e interpretação jurídica: considerações acerca da tese da autoctonia do discurso jusfilosófico: considerações introdutórias. In: STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- NEVES, Marcelo. Palestra de Marcelo Neves sobre a interpretação e estado de direito: distinção entre princípios e regras. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 4., 2008, São Paulo.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

POUND, Roscoe. *Introdução à filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos Direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

SALDANHA, Nelson. *Estudos de teoria do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. *Filosofia do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Ordem e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)*, Recife, n. 10, p. 203-216, 2000.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, 2003.