

DA TEORIA LINEAR DO DIREITO: MUDANÇAS NO PENSAMENTO TRIDIMENSIONAL COMO CONSEQUENTE EFEITO DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Norton Maldonado Dias¹

RESUMO: O presente trabalho buscou, pelo viés da metodologia dedutiva, verificar as reais influências do pós-positivismo, principalmente quanto à elevação dos valores e princípios à condição de norma jurídica, sendo colocados paralelamente ao lado das tradicionais normas-regras. Ocorre que as mudanças valorativas influenciadas pelo pós-positivismo e neoconstitucionalismo acaba levantando a hipótese de implicação e significativas consequências em um dos pontos da teoria Tridimensional do Direito, mais especificamente quanto ao valor, haja vista ser vislumbrada, dentro da perspectiva de Miguel Reale, de modo distinto ao fato e norma jurídica. Ao final, fica bastante claro que houve, de fato, expressivas mudanças no Direito sob a perspectiva do fato, valor e norma jurídica; precipuamente, no caso concreto da aplicação do valor principiológico na qualidade da norma jurídica pelo postulado da ponderação, quando a tradicional tridimensionalidade fica reduzida em uma perspectiva de apenas dois polos, em suma, linear, verificável no caso concreto quando o próprio valor se expressa na norma jurídica.

Palavras-chave: Teoria Tridimensional do Direito. Princípios. Pós-Positivismo.

ABSTRACT: The present work sought, by the bias of the deductive methodology, to verify the real influences of post-positivism, mainly regarding the elevation of values and principles to the condition of the legal norm, being placed parallel to the traditional norms-rules. It turns out that the value changes influenced by post-positivism and neo-constitutionalism ends up raising the hypothesis of implication and significant consequences in one of the points of the Three-Dimensional Law theory, more specifically as to value, since it is seen from the perspective of Miguel Reale, Manner, and legal standard. In the end, it is quite clear that there were, in fact, significant changes in the Law from the perspective of the fact, value and legal norm; in the concrete case of the application of the principle value in the quality of the legal norm by the postulation of the weighting, when the traditional tridimensionality is reduced in a perspective of only two poles, in sum, linear, verifiable in the concrete case when the own value is expressed in the Rules.

Keywords: Three-dimensional Theory of Law. Principles. Post-Positivism.

¹ Advogado no Mato Grosso e São Paulo. Professor de Faculdades de Direito no Mato Grosso, sendo titular na Faculdade de Direito de Sinop nas disciplinas de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Civil. Professor de Direito Constitucional no projeto Resolve Direito, curso preparatório para o exame da OAB inserido no programa da mesma instituição. Mestre em Direito - 2016. Graduação em Direito - 2009 (Centro Universitário Eurípedes de Marília). Especialização em Direito Internacional e Econômico Pós-graduação - 2012 (UEL - Universidade Estadual de Londrina - Paraná). Advogado (2009). Atuação na pesquisa com cadastro (10/2014) no grupo de pesquisa vinculado ao Diretório do CNPQ: Gramática dos Direitos Fundamentais.

INTRODUÇÃO

Pelo viés da metodologia dedutiva e bibliográfica, o trabalho buscou abordar quais as reais influências do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo quando eleva os princípios à condição de norma jurídica na teoria tridimensional do Direito no pensamento de Miguel Reale.

O objeto do presente trabalho versou sobre influência do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo na noção de Direito na linha do pensamento de Miguel Reale, acerca da visão tridimensional, onde o Direito decorre não só do valor, não só dos fatos e não só da norma, mas da complexidade desses três fatores que dinamizam o Direito. Afirmando, assim, a respectiva influência nesta forte vertente do culturalismo e do pensamento de Kant acerca da Teoria dos Valores. Porém, o trabalho procurou abordar a natureza dos princípios como forma de verificar possíveis distinções entre princípios e valores, já que os princípios são normas jurídicas, estando na dimensão da norma (dentro da proposta tridimensional) e os valores ocupam outra dimensão na perspectiva tridimensional do Direito, ou seja, dentro do pensamento de Miguel Reale, uma vez admitido que princípios são norma jurídica, norma e valor estariam em polos distintos. Elevando a problemática questão dos princípios enquanto valores ou como norma jurídica, para, enfim, verificar se no poliedro tridimensional do Direito, estariam em polarizações distintas ou não.

Para tal, o trabalho retratou o pensamento de Miguel Reale em sua proposta tridimensional, abordando as influências do culturalismo jurídico dentro desta perspectiva, para posteriormente abordar o pós-positivismo e a elevação dos princípios à condição de norma jurídica.

A proposta lembra a defesa de Kelsen acerca da separação da moral e do Direito no tempo do positivismo hermético como forma de comparar o pós-positivismo e o processo de resgate dos valores morais para respectiva inserção na acepção de norma jurídica.

Foi feita, também, a distinção entre regras e princípios, haja vista que, sendo espécies normativas distintas, exigiram-se postulados de aplicação distintos, do mesmo modo que se usava na regra o postulado da subsunção, usou-se nos princípios o postulado da ponderação de interesses.

Ao final, a proposta leva em consideração o casuísmo da ponderação de interesses na aplicação dos princípios, analisando se a tridimensionalidade das três polarizações diversas do pensamento realiano seria preservada.

1 DO PENSAMENTO REALEANO E A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

A ontognoseologia atrela o sujeito e o objeto, na verdade, revê os conceitos valor, cultura, pessoa, conduzindo uma concepção tridimensional à experiência jurídica de fato, valor e norma, sendo este a perspectiva do próprio Direito que contribui para a construção da respectiva concepção:

[...] A ontognoseologia, que correlaciona devidamente sujeito e objeto como termos que se exigem reciprocamente em uma relação de complementariedade, revisou os conceitos de valor, cultura, pessoa, etc. conduzindo a uma concepção tridimensional da experiência jurídica, em que fato, valor e norma se dialetizam segundo uma dialética de implicação e polaridade (LLORENTE, 1989, p. 142).

A compreensão tridimensional do Direito propõe um atrelamento de fatos com valores para efeito de sua validade objetiva, por isso pressuposto da compreensão de uma norma é indispensável para a respectiva interpretação:

A compreensão tridimensional do Direito sugere que uma norma adquire validade objetiva integrando os fatos nos valores aceitos por certa comunidade num período específico de sua história. No momento de interpretar uma norma é necessário compreendê-la em função dos fatos que a condicionam e dos valores que a guiam. A conclusão que nos permite tal consideração é que o Direito é norma e, ao mesmo tempo, uma situação normatizada, no sentido de que a regra do Direito não pode ser compreendida tão somente em razão de seus enlaces formais (CARVALHO, 2011, p. 186).

Os três elementos de uma norma que se fazem sempre presentes no Direito em qualquer expressão da vida jurídica, valendo uma separação que por muito tempo veio sendo defendida, declinando as Ciências Sociais com o estudo dos fatos, do *juris* com o aprofundamento no estudo da norma jurídica e, por fim, a filosofia como um aprofundamento da noção de valor:

[...] Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou sociólogo do Direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (CARVALHO, 2011, p. 70).

Ocorre que, com alguns valores galgando a própria condição de norma jurídica como consequentes efeitos nas relações por influência de um novo constitucionalismo, importa ressaltar que, atualmente, o jurista também deve ser um filósofo dos valores e sociólogo dos fatos para efeito da necessidade cada vez mais exigente para observação da realidade.

Tudo depende, por conseguinte, da natureza da realidade observada, havendo casos em que a implicação se dá entre termos opostos, como acontece no campo do Direito, onde fato, valor e norma atuam um sobre o outro, dessa tensão resultando a norma jurídica que supera a contrariedade, tal como tenho demonstrado na minha teoria tridimensional do Direito. Em tais casos, pode-se falar, especificamente, em dialética da implicação-polaridade (REALE, 2000, p. 189).

Os valores constituem na esfera do dever ser, de modo que a sua objetividade é impensável sem ser referida no plano da história, compreendido com variantes axiológicos que elevam o valor como fonte da qual decorre as diferentes formas de comportamento:

Sendo os valores fundantes do dever ser, a sua objetividade é impensável sem ser referida ao plano da história, entendido como experiência espiritual, na qual são discerníveis certas invariantes axiológicas, expressões do valor fonte (a pessoa humana) que condiciona todas as formas de convivência juridicamente ordenada (REALE, 2003, p. 75).

Vale, inclusive, esclarecer que Miguel Reale diz no capítulo inicial da obra Teoria Tridimensional do Direito, a relevância da inserção da filosofia no complexo de fatos históricos e sociológicos, elevando respectiva a sua compreensão:

A razão de ser da Filosofia do Direito não pode ser apreciada em abstrato, mas em suas necessárias correlações com o complexo de fatos históricos e sociológicos dos quais decorre a nova atitude observada (REALE, 2003, p. 23).

Assim, importa lembrar que o Direito consiste em uma realidade sempre em mudanças, admitindo alguns constantes em termos valorativos universais e que prevalecem em termos das mudanças observáveis no tempo:

A vida do direito não pode, efetivamente, ser concebida senão como uma realidade sempre em mudança, muito embora, a meu ver, se possa e se deva reconhecer a existência de certas ‘constantes axiológicas’, ou, por outras palavras, de um complexo de condições lógicas e axiológicas universais imanentes à experiência jurídica (REALE, 2003, p. 85).

Não se pode perder de vista que o Direito pode ser vislumbrado como um processo aberto exatamente porque é próprio de valores, como fonte dinamizadora do ordenamento jurídico, embasando, inclusive, suas mudanças:

[...] O Direito é um processo aberto exatamente porque é próprio dos valores, isto é, das fontes dinamizadoras de todo o ordenamento jurídico, jamais se exaurir em soluções normativas de caráter definitivo (REALE, 2000, p. 574)

Importa bastante afastar as dimensões isoladas e exclusivas que já foram afirmadas por pensamentos de outrora. Em suma, Kelsen compreendia o Direito tão somente com a norma; os jusnaturalistas (Direito Natural tomista) afirmaram que o Direito é somente o Valor; sociólogos, como o fato, no caso de Marx, e economistas, como o fato econômico e a produção econômica. Porém o Direito deveria envolver tais aspectos e não rigidamente separá-los, haja vista que o Direito decorre, justamente, das diferentes interferências:

Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito, não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito, ao mesmo tempo, é norma, é fato e é valor (REALE, 2003, p. 91).

Não se pode perder de vista que a esfera do culturalismo jurídico do qual a Teoria Tridimensional do Direito adveio, bem como a relevância do pensamento de Kant e sua obra *Kritik der Sitten*, onde foi verificado que a produção da capacidade de ser livre e fazer as escolhas advém do culturalismo jurídico:

Constata-se, daí, que a Teoria Tridimensional do Direito insere-se no âmbito do culturalismo jurídico. Ora, o culturalismo jurídico foi uma corrente que, de certa forma, nasceu com o pensamento kantiano. Kant, em sua obra *Kritik der Sitten*, havia observado que a produção, em um ser racional, da capacidade de escolher os próprios fins em geral e, conseqüentemente, de ser livre, deve-se à cultura. (GONZALEZ, 2000, p. 3).

A perspectiva tridimensional do Direito advém do culturalismo com expressivas influências do pensamento de Kant que fez alusão à teoria dos valores, assim, segue a perspectiva tridimensional para Direito, afirmando as ciências jurídicas como consequente das três dimensões: fato, valor e norma jurídica.

2 DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS COMO UMA NOVA CONCEPÇÃO DE NORMA JURÍDICA

Para se compreender qualquer das mudanças na perspectiva tridimensional do Direito por influência do pós-positivismo ou novo constitucionalismo, eleva-se atenção centralização das normas constitucionais:

A Constituição nesse novo cenário passa a ocupar o centro do sistema, devendo os Poderes Públicos, quando da observação e aplicação das leis, além das formas prescritas na Constituição, estarem em consonância com seu espírito, seu caráter axiológico e seus valores destacados (LENZA, 2009, pp. 09-10).

Haja vista que valores constitucionalizados como princípios exigem serem elevados na qualidade de *status* constitucional, alterando a forma de aplicação com “uma nova visão interpretativa e das tarefas da Ciência e Teoria do Direito, cuja preocupação reside no desenvolvimento de um trabalho crítico e não apenas descritivo” (NOVELINO, 2010).

O certo é que toda norma enuncia algo que deve ser, em virtude de ter sido reconhecido um valor como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório. Há, pois, em toda regra um juízo de valor, cuja estrutura mister é esclarecer, mesmo porque ele está no cerne da atividade do juiz ou do advogado (REALE, 2001, p. 31).

A pessoa humana é o “único ser capaz de inovar ou de instaurar algo de novo no processo dos fenômenos naturais, dando nascimento a um mundo que é, de certo modo, a sua imagem na totalidade do tempo vivido” (REALE, 2002, p. 204):

Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para não os confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral (KELSEN, 2006, p. 75).

Percebe-se em Kelsen a distinção que defende em relação ao Direito e Moral, valendo, inclusive, o comparativo em relação à teoria tridimensional do Direito que compreende o Direito como resultado de fato, valor e norma:

Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isso não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deva harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste (KELSEN, 2006, p. 75).

Nesse pontual recorte de Hans Kelsen, vale as possibilidades reconhecidas por este autor de coincidirem aos valores que, segundo respectivo pensamento, estão separados, podendo ou não coincidirem.

Importa, também, que o Direito é um sistema de normas que formula uma pretensão de correção com mínimo de eficácia social, pertencendo aos princípios e argumentos normativos nos quais apoia o procedimento de aplicação do Direito:

[...] o direito é um sistema de normas que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consistindo na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição geralmente eficaz e que não são extremamente injustas, bem como à totalidade das normas promulgadas de acordo com esta Constituição, que possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e não são extremamente injustas, à qual (3) pertencem princípios e outros argumentos normativos nos quais se apoia o procedimento de aplicação do Direito e/ou tem que se apoiar a fim de satisfazer a pretensão da correção (ALEXY, 2004, p. 123).

O próprio Alexy admite que nem todos os valores implicam em princípios, porém explica a menção e referência de que as demais normas estejam compatíveis com uma estrutura escalonada que excluem outras, quando extremamente injustas, da seara do Direito:

[...] um sistema desprovido de pretensão à correção não possa ser considerado sistema jurídico, e que na prática os sistemas jurídicos a formulam. Que os elementos outrora descritos (legalidade em conformidade com o ordenamento, eficácia social e a correção material) referem-se além da constituição, às normas postas em conformidade com essa constituição, existindo uma estrutura escalonada, excluindo-se normas extremamente injustas da seara do direito. E, por fim, que incorpora-se ao direito o procedimento de sua aplicação, pois tudo aquilo em que se apoia ou que tem que se apoiar alguém que aplica o direito almejando sua correção o direito abarca. Ou seja, que princípios não identificados como jurídicos sobre as bases da validade de uma constituição bem como demais argumentos normativos fundamentadores de decisões pertenceriam ao direito (ALEXY, 2004, pp. 123-126).

Analisando o pensamento de Robert Alexy, que reconhece a estrutura escalonada de normas injustas que podem ser excluídas do sistema em razão de serem injustas, valendo o procedimento no sentido de que a sua aplicação almeja correção sistêmica, vale ressaltar que as colisões dessas normas que deixaram de ser princípios para serem solucionadas por novos postulados de aplicação que prioriza o caso concreto (casuísmo):

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá 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 diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência [...] (ALEXY, 2008, pp. 93-94).

A distinção entre regras e princípios compreendem normas jurídicas distintas que exigiram um novo postulado de aplicação, haja vista a abrangência axiológica subjacente que evolui a construção conceitual normativa e a construção conceitual dos fatos:

[...] As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que

lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (ÁVILA, 2012, pp. 77-78)

Analisando a distinção, os princípios, enquanto normas, buscam finalisticamente a evolução de um estado de coisas e a construção comportamental nesse sentido:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2012, p. 88)

Assim, o critério diferenciador do “caráter hipotético-dedutivo”, do caráter do “modo final de aplicação” e, por fim, do critério do conflito normativo também constitui um passo decisivo no aprimoramento das novas modalidades de normas jurídicas com influência de um novo constitucionalismo:

[...] a) Critério do “caráter hipotético-condicional” é relevante na medida em que permite verificar que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz. Esse critério não é, portanto, infenso a críticas; b) Critério do “modo final de aplicação”, embora tenha chamado atenção para aspectos importantes das normas jurídicas, pode ser parcialmente reformulado; c) Critério do “conflito normativo” também se constitui em um passo decisivo no aprimoramento do estudo das espécies normativas. Apesar disso, é preciso aperfeiçoá-lo. Isso porque não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso. (ÁVILA, 2004, pp. 32, 36, 43)

Analisando, as regras são normas imediatamente descritivas, os princípios são normas imediatamente finalísticas, prospectivas e abrangentes, possuem outras características em detrimento às regras, e, por isso, a necessidade de pensar um novo postulado de aplicação:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovida e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2004, p. 70).

Analisando as enunciações normativas de valor genérico, condicionante e orientadoras da compreensão do ordenamento jurídico. Valendo ressaltar, assim, que uma nova forma de pensar tanto para a aplicação, bem como para a integração: [...] enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. (REALE, 1994, p. 48).

Assim, como há um estudo todo voltado às normas-regras, eleva-se, também, um estudo voltado para os princípios com respectiva classificação (omnivalentes, plurivalentes e monovalentes):

[...] a) princípios omnivalentes, quando são válidos para todas as formas de saber, como é o caso dos princípios de identidade e de razão suficiente; b) princípios plurivalentes, quando aplicáveis a vários campos de conhecimento, como se dá com o princípio de causalidade, essencial às ciências naturais, mas não extensivo a todos os campos do conhecimento; c) princípios monovalentes, que só valem no âmbito de determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais de direito. (REALE, 2002, pp. 317-318)

Portanto, com um novo constitucionalismo, eleva-se esta diferenciação, de que princípios e regras são espécies do gênero norma jurídica e que, por razões de serem diferentes, exigem aplicações e elaborações de postulados, também, bastante diferentes:

A distinção entre princípios e regras não é uma distinção do conceito de norma, mas das condições da ação, sob as quais as normas são aplicadas. Esse fato, porém, não exclui que cada norma, *per se*, possa ser aplicada de tal modo que todos os sinais característicos efetivos e normativos de uma situação sejam examinados. Provavelmente, esse será um desenvolvimento inevitável em sociedade complexas, justamente no caso daquelas normas que, no âmbito do possível, aparentemente constituem “declarações” definitivas. (GUNTER, 2004, p. 319)

Inclusive, importa reportar que a dicotomia e dualidade entre as espécies normativas é decorrência do novo constitucionalismo e pós-positivismo, haja vista a importância deste processo ou fenômeno ao resgate dos valores à condição de norma jurídica, pois antes dele os princípios eram meras intenções metajurídicas:

Assim, sucede que os princípios precedem outros, bem como no caso concreto são verificados e ponderados os pesos de cada princípio:

[...] o que sucede é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípio com maior peso. (ALEXY, 1993, p. 89).

Vale ênfase na expressão “mandados de otimização”, tão reiterados e repisados pela doutrina, relevando as existentes distinções entre regras e princípios, abordados não só por Humberto ávila, mas também por Alexy :

[..] los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades jurídicas y reales existentes. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas ono. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. (ALEXY, 1993, p. 86)²

Em suma, a configuração atualmente existente e vigente nesse sentido consiste:

Seria uma fronteira débil para Esser, Bobbio, Larenz e Canaris. Essa vertente divisa uma diferença não de qualidade, mas de grau ou quantidade entre as regras e os princípios, e ainda assim sem contornos bem definidos, sendo o que ocorre, por exemplo, quando se afirma que os princípios são mais gerais que as regras, nada impedindo, contudo, encontrarem-se regras gerais. E finalmente haveria, para outros, uma forte demarcação conceitual entre as regras e princípios. Aqui são destaque Ronald Dworkin e Robert Alexy, e mais recentemente Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (CAVALCANTE, 2008, p. 73).

Destaca-se, por exemplo, o pensamento de Larenz, acerca dos princípios compreendidos como diretivos, evidenciando valores que devem “tornar visível e pôr em evidência a unidade valorativa do ordenamento jurídico interno” (LARENZ 2001). Já o “sistema externo” é

² [...] os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Por outro lado as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito da fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio. (Tradução nossa)

formado por conceitos abstratos construídos a partir da generalização de fatos-tipo, objeto de uma regulação jurídica:

Os princípios jurídicos não têm o caráter de regras concebidas de forma muito gerais, às quais se pudessem subsumir situações de fato, igualmente de índole muito geral. Carecem antes, sem exceção, de ser concretizados. [...] Os princípios podem entra em contradição entre si. A sua actuação pode ocorrer diferentemente daquilo que acontece com a aplicação das regras, numa medida maior ou menor'. (LARENZ, 2001, p. 676).

Outra abordagem que eleva a invocação, salientando-se a visão de Canotilho que também irá fazer significativas distinções entre regras e princípios:

a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta. c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (DWORKIN) ou na idéia de direito (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. f) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante. (CANOTILHO, 1999, pp. 166-167)

Assim, princípios possuem em sua natureza os valores, e Miguel Reale (1996, p. 37) afirma que valores são objetivados apenas no mundo da cultura, fazendo parte da experiência histórica: “O valor é uma realização humana, uma projeção do espírito”, inclusive explicando a denominação em que foi compreendida a proposta teórica do historicismo axiológico ou histórico-cultural:

[...] nos fenômenos naturais, o método de abordagem se refere à possibilidade de explicá-los, isto é, constatar a existência de ligações constantes entre fatos, deles deduzindo que os fenômenos estudados daí derivam; já nos fenômenos humanos, se acresce à explicação o ato de compreender, isto é, o cientista procura reproduzir intuitivamente o sentido dos fenômenos, valorando-os. A introdução do compreender traz para a ciência o discutido conceito de valor. As ciências humanas passam a ser explicativas e compreensivas à medida que se reconhece que o comportamento humano, não tendo apenas sentido que lhe damos, tem também o sentido que ele próprio se dá [...]. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 03).

Para que se compreendam as influências do pós-positivismo ou novo constitucionalismo na perspectiva tridimensional do Direito, faz-se necessário que os valores sejam estudados e aprofundados, ou seja, a esfera axiológica seja avaliada e desenvolvida:

Valores [...] pertencem ao âmbito da axiologia, cujo elementar conceito é o bom e suas respectivas avaliações atinem ao melhor ou pior. [...] As avaliações do que seja bom, mau, melhor ou pior, além de poderem ser as mais variadas possíveis, não são as razões que justificam o que é devido. E isso exatamente porque o dever-ser o é para todos e a todos vincula; o que é bom o é para alguns e, não sendo para outros, não admite entendê-lo por obrigatório. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 593).

O jurista Ronald Dworkin no trabalho intitulado “*Justice for Hedgehogs*” (2011, p. 528), aborda e desenvolve uma teoria unitária de valor, preocupando-se com argumentos morais consistentes que justifiquem ações práticas.

Portanto, os valores se tratam de convicções que devem se encaixar de maneira consistente, dentro de uma complexidade, a fim de assegurar uma base para justificação de escolhas práticas, uma vez que correspondem a concepções comuns a um grupo de pessoas, e por ele reconhecidos. Inclusive. Há que se faça a distinção entre valores e princípios, baseado nas consequências que valores *per se* não possuem:

[...] os princípios não devem ser confundidos com valores. Estes, diferentemente dos princípios que têm sentido deontológico, não indicam consequências jurídicas pelo não cumprimento do comportamento desejado; portanto, os valores não são considerados normas, indicam apenas relações de preferência. Já os princípios que possuem força normativa têm o poder de impor deveres e criar direitos. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 593).

Em que pese a distinção, os princípios não deixam de ser aqueles valores que galgaram a constitucionalização e foram agraciados com os consequentes jurídicos inerentes das normas jurídicas, de modo que não se pode falar em um afastamento absoluto do valor e do princípio, mas sim de uma concepção mais abrangente de valores, onde os valores constitucionalizados e com respectivas atribuições de normas jurídicas, inerentes dos consequentes jurídicos mencionados, correspondem aos princípios.

Ronaldo Dworkin (2002, p. 38), também, chegou a abordar a distinção, fazendo menção ao paralelo entre regras, princípios e valores, mas encontrou significativas dificuldades na distinção até mesmo entre regras e princípios.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente não será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (DWORKIN, 2002, p. 38).

Os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, sendo evidentes ou por terem sido comprovadas, sendo pressupostos indispensáveis exigidos pelas necessidades de pesquisa:

Os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. (REALE; 2006, p. 303)

Na verdade, os princípios não deixam a concepção valorativa, sendo aquele valor como constitucionalizado e com o respectivo reconhecimento jurídico de seus consequentes e implicações inerentes da norma jurídica e o novo constitucionalismo ou pós-positivismo nada mais é, senão o reconhecimento dos princípios não mais como meras recomendações, mas com todo o arcabouço cogente da norma jurídica. Ressaltando, também, pelas distinções já abordadas, passa a exigir um postulado particular de respectiva aplicação (ponderação de interesses).

3 DE UMA NOVA PERSPECTIVA COM A INSERÇÃO DOS VALORES PRINCÍPIOLÓGICOS NA APLICABILIDADE DA NORMA JURÍDICA

A expressão “mandados de otimização” para se referir aos princípios só é possível, precisamente, em razão de princípios poderem ser equiparados aos valores, de modo que a axiologia e a concepção de valores ao nível do “dever ser” podem ser consideradas como bem, pois valores têm como características a possibilidade de qualificação, ou seja, viabilizam que juízos possam classificar, medir e comparar, possibilidades inerentes a ponderação como postulado de respectiva aplicação.

Porém, vale ressaltar que o próprio Alexy assevera acerca da distinção já feita e que vale reiteração no sentido de que os princípios referenciam um devido, enquanto os valores referenciam uma faculdade daquilo que pode ser melhor, tendo em vista um estado de coisas. Quando, na verdade, princípios podem ser vislumbrados como espécie ou desdobramento de valores que foram admitidos como norma jurídica com todo o arcabouço cogente ou daquilo que é devido. De modo que a distinção deve ser vislumbrada com restrições que jamais devem cometer o equívoco de suprimir a carga valorativa dos princípios, sendo este um desdobramento daquilo que foi faculdade para se tornar aquilo que é devido com a inserção na norma jurídica, decorrente do pós-positivismo:

Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.³ (ALEXY, 1993, p. 147)

Os valores estão, inclusive, na seleção axiológica para a respectiva normatização, bem como a manutenção do aspecto normativo para eventual correção, levando a pesquisa dirigida soluções e pesquisas dirigidas a uma teorização adequada das normas de direitos fundamentais:

³ O que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Assim, pois, os princípios e os valores se diferenciam somente em virtude do seu caráter deontológico e axiológico respectivamente. (tradução nossa)

É importante ressaltar que o próprio Alexy aceita as dificuldades emergentes de sua construção teórica, mesmo porque a identificação de moral correta com moral fundamentável não se apresenta perfeitamente configurada, ensejando espaços de incerteza. Também, a preservação do caráter normativo da pretensão de correção depende não apenas de argumentos puramente lógicos, mas de uma fundamentação moral, caso se pretenda obter razoável grau de coerência. Entretanto, a teoria distintiva das estruturas de princípios e regras, se não oferece soluções definitivas, leva muito adiante as pesquisas dirigidas a uma teorização adequada das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2004, p.48)

A moral de Alexy caracteriza como teologia racional que não afasta tipologias morais superiores, preocupando-se com o desenvolvimento da aplicação de normas de direitos fundamentais, com expressivos demonstrativos de Direito e moral com significativa proximidade.

Complica-se não admitir o aspecto valorativo de princípios que não deixaram de ser valores para serem norma jurídicas, muito pelo contrário são valores que galgaram os arcabouço normativo e seus respectivos consequentes jurídicos, por isso o “reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça” Bonavides (1994, p. 232).

O postulado de aplicação de princípios consiste na ponderação de interesses, pois, diferentemente das regras, não há apenas um princípio a ser aplicado no caso concreto, mas uma série de princípios concomitantemente que serão flexibilizáveis e adequáveis até o prevalecimento de um em detrimento dos demais.

Assim, na aplicação das regras se tem o valor, a norma-regra e o fato (caso concreto); aludindo a perspectiva tridimensional já abordada; porém, uma vez admitido o princípio como espécie ou desdobramento do valor (sendo o valor especificado e normatizado com arcabouço de norma jurídica vinculante), pode-se dizer que a proposta tridimensional não se mantém na aplicação do princípio, pois no caso da aplicação do postulado da ponderação, o princípio que prevalecerá não é só a norma, mas o próprio valor.

Portanto, a perspectiva tridimensional não se mantém quando a norma jurídica é o próprio valor (princípio), correspondendo somente na aplicação no caso concreto pelo viés da ponderação de interesses, desfigurando a tridimensionalidade do fato, valor e norma e linearizando a relação com a aplicação do valor-norma no caso concreto.

CONCLUSÃO

As dimensões de direitos tiveram vários pontos desfavoráveis quando estende sua proposta à cronologia de proteção quanto aos conteúdos, desenhando um primeiro momento de previsão correspondente aos direitos civis e políticos, depois acerca de uma segunda dimensão referente aos direitos sociais e econômicos e, por fim e se restringindo à presente proposta, uma terceira dimensão de direitos atinentes à fraternidade.

A proposta de Miguel Reale foi, justamente, vislumbrar um Direito que não fosse isoladamente o valor, nem isoladamente o fato, bem como não fosse isoladamente a norma jurídica como pretendeu o positivismo hermético, e se afastou o pós-positivismo ou novo constitucionalismo.

O novo constitucionalismo, também conhecido como pós-positivismo, sucumbiu com a correspondência única e absoluta de norma e regras, posto que antes a norma era apenas sinônimo de regras e os princípios eram meras faculdades recomendatórias, ou ainda, fundamentadoras das regras. A própria função interpretativa e integradora já foi considerada uma significativa conquista na evolução do novo constitucionalismo.

Havendo significativas distinções bastante expressivas e reiteradas no Direito, eleva-se que uma vez sendo de características diversas, não se pode conseguir a aplicação com o mesmo postulado, no caso da norma-regras, trata-se da subsunção do fato com a norma. Já, tendo em vista os princípios com a respectiva carga valorativa, foi identificado à aplicação verificável no caso concreto da ponderação de interesses.

Assim, a distinção feita doutrinariamente diz respeito à afirmativa de que valores não possuem consequentes jurídicos e arcabouço de normas jurídicas. Porém, em que pese que os princípios possuam força de norma jurídica e com todos seus efeitos cogentes e vinculantes, a distinção de valores e princípio acaba sendo questionada e se tornando vulnerável quando se admite a natureza valorativa do próprio princípio que só se diferencia dos demais valores quando galga a condição de norma jurídica.

Assim, o princípio na verdade seria aquele valor que foi constitucionalizado, tornando-se devido e com todos os consequentes jurídicos inerentes da norma. Não se tratando de diferenças entre princípio e valor, mas sim de gênero e espécie, uma vez que o princípio é uma

espécie ou desdobramento de carga valorativa que foi constitucionalizado ou elevado à condição de norma por influência do próprio novo constitucionalismo.

Observa-se, porém, que o complicador encontrado no desenvolvimento do presente trabalho corresponde, justamente, no fato de que não há apenas a aplicação de um único princípio enquanto norma jurídica no respectivo caso concreto, mas sim a aplicação de vários princípios no caso concreto e, por isso, é que o postulado é o da ponderação. Uma vez que os princípios seriam ponderados para ver qual deve prevalecer sobre o outro; enquanto na regra, observa-se que há apenas uma para um determinado fato, por isso a subsunção quando às características se enquadrarem.

No caso da regra, portanto, verifica-se a adequação de apenas uma em relação ao caso concreto para vislumbrar a respectiva subsunção, enquanto no princípio existem vários princípios enquanto normas a serem aplicáveis, trata-se de uma perspectiva poliédrica antes da aplicação através do postulado e na aplicação ao caso concreto a opção por apenas um princípio ou norma jurídica para aquele determinado caso. Assim, na aplicação ao caso concreto não há fato, valor e norma, pois o princípio que expressa o valor consiste na própria norma jurídica, em suma, o princípio é o valor aplicado como norma, não existindo a polarização de três dimensões (fato, valor e norma); mas sim duas polarizações dimensionais com o fato e a própria norma jurídica, consistente no princípio (carga valorativa que foi normatizada com todas as características cogentes de norma).

Portanto, a perspectiva tridimensional do Direito teve expressivas influências do pós-positivismo que elevou valores às condições de normas jurídicas, ou seja, os princípios passaram a ser a própria norma e na sua aplicação ao caso concreto a dimensão do valor não pode estar polarizada de forma diversa da norma jurídica, pois o valor é a própria norma no caso dos princípios, configurando uma proposta linear entre norma e fato e não mais fato, valor e norma.

Valendo ressaltar que a presente proposta não afasta a perspectiva tridimensional de forma integral, uma vez que se observa de forma bastante reiterada do aspecto das dimensões do fato, valor e norma quando há a aplicação da subsunção de uma regra ao fato; porém na aplicação do princípio o valor é o próprio princípio, normatizado em forma de norma, reduzindo a uma aplicação linear do direito ao caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **El concepto y la validez Del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004.

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

_____. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**. Doxa – Publicaciones periódicas, n. 5, 1988.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgilio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, p. 87

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. Malheiros Editores Ltda, São Paulo – 2004.

BAGOLINI (Luigi) — **Diritto e Scienza Giuridica nella Critica dei Concreto**. Milão, 1942; **Direito e Moral na Doutrina da Simpatia**, trad. De Dora Ferreira da Silva, São Paulo, 1952;

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Ciência Política**. São Paulo : Malheiros, 1996

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CALHEIROS, Clara. In: **Miguel Reale e o pensamento luso-brasileiro**; Atas do IX Colóquio Tobias Barreto. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileiro, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, José Mauricio de. **Caminhos da moral moderna, a experiência luso-brasileira**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1995.

_____. **Curso de introdução à filosofia brasileira**. Londrina: EDUEL, 2000.

_____. **Contribuição Contemporânea à História da Filosofia Brasileira: balanço e perspectivas**. Londrina: EDUEL, 2001.

_____. **O homem e a filosofia: pequenas meditações sobre a existência e a cultura**. 2. ed., Porto Alegre: Edipucrs, 2007.

_____. **Miguel Reale: ética e filosofia do direito**. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

CUNHA, Paulo Ferreira. Da teoria da justiça. Diálogo com o pensamento jusfilosófico de Miguel Reale. In: **Atas do IV Colóquio Tobias Barreto**. Viana do Castelo: Câmara Municipal, 1998.

_____. Teoria do Direito e Teoria Tridimensional do Direito em Miguel Reale. In: Miguel Reale e o pensamento luso-brasileiro; **Atas do IX Colóquio Tobias Barreto**. Lisboa: Instituto de Filosofia Luso-Brasileiro, 2010.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador: a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios**. – Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008.

CZERNA, Renato Cirell. **O Pensamento Filosófico e Jurídico de Miguel Reale**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Armênio Amado Editor: Coimbra, 1979.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1948.

DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A noção de norma jurídica na obra de Miguel Reale. In: O pensamento de Miguel Reale, **Atas do IV Colóquio Tobias Barreto**. Viana do Castelo: Instituto de Filosofia Luso-Brasileiro, 1998.

GUNTER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. **Derecho Justo**. Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas; 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LLORENTE, Francisco Olmedo. **La filosofía crítica de Miguel Reale**. Cuenca: Ediciones de la Universidad, 1989.

LAVEDÁN, María Isabel Ferreiro. **La definición del derecho como uso de Ortega y Gasset**. In: ALONSO, Fernando H. L. e SÁENS, Alfonso Castro. *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*. Madrid: Tebar, 2005.

ORTEGA Y GASSET, José. **Unas Lecciones de Metafísica**. Obras Completas. 2 reimpressão, v. XII, Madrid: Alianza, 1997.

PAIM, Antônio. **A problemática do culturalismo**. 2. ed., Porto Alegre: Edipucrs, 1995.

PENHA, Álvaro Mariano. **Conceitos de Direito e a Tridimensionalidade Jurídica**. Disponível em: Acesso em 7, dezembro. 2016, 20:03.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 2. Ed. São Paulo – Saraiva, 1976.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. Ed. São Paulo – Saraiva, 1994.

_____. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O Direito como Experiência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SICHES, Luis Recaséns. **Panorama del Pensamiento Jurídico em el Siglo XX.** Tomo editorial, S. A México; 1963.

RECEBIDO EM: 31/07/2017.

ACEITO EM: 15/09/2017.