

LINGUAGEM, REGRAS E PRINCÍPIOS

LANGUAGE , RULES AND PRINCIPLES

Debora Ceciliotti Barcelos¹

RESUMO

A polêmica acerca da distinção entre princípios e regras no âmbito das normas jurídicas sustenta-se pelas especificidades de suas aplicações e pelas singularidades no interior do ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, os estudos da linguagem oferecem-se como suporte teórico capaz de reorientar a interpretação das normas jurídicas que estabelecem os direitos fundamentais. Na esteira do trabalho de Robert Alexy discute-se sobre as distinções entre regras e princípios apontando-se suas principais características e aplicação nos casos difíceis. A teoria do Direito passou por profundas transformações que impactaram o processo civil haja vista ser um ramo da ciência do direito conseqüentemente o campo de Hermenêutica foi ampliado a fim de dar condições de entendimento e aplicação das normas. Uma das principais mudanças ocorreu na teoria das fontes e dentre estas destacamos o surgimento da teoria dos princípios. A reflexão se dá no momento em que o princípio se assenta na teoria do direito como espécie de norma jurídica ao lado das regras, e que através dele se pede em juízo assim como por meio de princípios se produz conseqüências jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; regras e princípios; interpretação das normas jurídicas.

ABSTRACT: The controversy about the distinction between principles and rules within the rules of law is sustained by the specifics of the singularities and their applications within the legal system. From this perspective, language studies offer theoretical support as able to reorient the interpretation of legal rules that establish the fundamental rights. In the wake of

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal do Espírito Santo

Pós Graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho/RJ

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim /ES

the work of Robert Alexy talks over the distinctions between rules and principles pointing to its main features.

The theory of law had profound changes that impacted the civil case by considering a branch of science of law consequently the field of hermeneutics was extended to give conditions of understanding and application of standards. A major change occurred in the theory of sources and among them we highlight the emergence of the theory of principles. Reflection occurs when the principle is based on the theory of law as a sort of legal rule alongside the rules, and that means it is asked in court as well as by principles produces legal consequences.

KEYWORDS: Fundamental rights; rules and principles; interpretation of legal norms.

1.Introdução

A Teoria dos Direitos Fundamentais enquanto disciplina jurídica constitui-se como principal arcabouço teórico de interpretação dos direitos fundamentais constitucionais. Por ela avança-se na compreensão da razão humana, sempre em confronto com a complexidade social.

É, pois, nessa complexidade que atua o Estado como organizador das relações e embates sociais, gerados pelos anseios e interesses individuais e coletivos.

Uma vez que se atribui ao Estado o controle dos mecanismos que organizam os interesses dentro da sociedade, urge a defesa dessa sociedade sob a forma de limitação normativa do seu poder por meio dos Direitos Fundamentais os quais podemos sintetizar como um conjunto de valores, direitos e liberdades.

Ao consultar a constituição de 1988, observamos uma preocupação especial em relação aos direitos fundamentais, dada à perspectiva democrática da sua construção. É imperativo afirmar que os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente inscreveram o país na modernidade das relações internacionais, conferindo maior representatividade social à própria constituição. Em resposta a uma configuração histórica forjada na participação política da sociedade frente ao totalitarismo estatal, a constituição de 1988 teve como diretriz o compromisso com os valores fundamentais e princípios essenciais ao desenvolvimento do país.

A referida constituição garantiu os dispositivos necessários aos comandos normativos que têm conferido importante objeto de estudo à Ciência do Direito na compreensão das injunções legais em favor último do respeito aos direitos fundamentais.

Os Direitos Fundamentais, por sua vez, podem ser entendidos como uma gama de instrumentos de proteção do indivíduo socialmente reconhecidos, sistematizados e formalizados pela Constituição frente à atuação do Estado. No caso específico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos fundamentais encontram-se elencados basicamente em seu artigo 5º, no qual são previstos os direitos e deveres individuais e coletivos.

Os direitos fundamentais cumprem, enfim, a função de defesa da sociedade na forma da limitação do poder do Estado. Ora, decorre dessa relação uma circunstância histórica que limita seu alcance e torna complexa a natureza da sua constituição. Há uma historicidade que cinde e caracteriza o conjunto de valores, direitos e liberdades que os constitui. Não há como prescindir de certas considerações acerca da perspectiva histórica e social que cerceia a instituição dos direitos fundamentais, bem como a compreensão da sua abordagem no campo teórico.

Do exposto, decorre uma complexidade teórica na questão da distinção entre normas e princípios. É esta a questão sobre a qual pretendemos discorrer aqui, apontando e analisando o posicionamento de alguns mentores e teóricos, com distinção ao trabalho de Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Buscamos entender e discutir as diferenças entre regras e princípios jurídicos no âmbito da discussão do ordenamento jurídico na conjuntura atual da teoria do Direito. Explicitadas as principais diferenças entre regras e princípios, cumpre ainda analisar a jurisprudência na qual se resolve um caso de colisão entre princípios, com vistas a reafirmar as singularidades do seu trato jurídico em contraposição aos conflitos entre regras. Este artigo inscreve-se entre aqueles que se debruçam sobre a compreensão e a interpretação das normas jurídicas a partir da perspectiva da contribuição que os estudos da linguagem conferem à Ciência do Direito.

2. Da interpretação pela linguagem

Muitos estudiosos da Ciência do Direito têm se debruçado sobre as questões que concernem à interpretação dos comandos normativos que constituem o rol dos direitos fundamentais.

Incide atualmente sobre os processos de significação dos enunciados linguísticos grande parte do trabalho teórico da Ciência do Direito em favor da compreensão e da interpretação normativa dos direitos fundamentais, que, por sua vez, encontram-se circunscritos ao Direito Constitucional. Trata-se, portanto, do emprego do estudo da linguagem e seus constituintes em favor da interpretação dos enunciados.

Sob a ótica da revolução filosófica chamada de “giro linguístico”, marcado pela publicação da obra “*Tractatus Lógico-Philosophicus*” de Ludwig Wittgenstein, grande parte dos problemas relativos ao conhecimento são tratados como problemas de linguagem (Moussallem,p.10, 2006)

Entendida como a capacidade de comunicação por meio de signos, a linguagem passou, grosso modo, a sobrepor a realidade, uma vez que o universo humano só pode ser entendido a partir dela.

O mundo, por sua vez, é tomado como uma construção de significações e, como os eventos não provam nada em si mesmos, o papel da linguagem é resgatá-los para que existam. Assim, se faz necessária sempre uma interpretação do real.

Nessa perspectiva, o conhecimento pode ser entendido como o saber proposicional (Moussallem,p. 12,2006). A linguagem (na sua função descritiva) ao constituir a realidade passa a ocupar lugar essencial na relação de conhecimento, uma vez que este, sob a ótica da filosofia da linguagem, além de ser identificado pela linguagem é composto por ela.

Os estudos da linguagem pretenderam conferir maior rigor às preocupações do Direito, dada à necessidade de minimizar a vaguidade dos signos ou a imprecisão dos enunciados em favor da *não-contradição entre os enunciados num mesmo sistema*.

Moussallem (2006) *destaca quatro conceitos que julgou importantes para esta virada lingüística:*

“Verdade por correspondência, verdade por coerência, verdade por autoridade e verdade por consenso. Para nós, importa destacar que a verdade por consentimento é responsável pela criação dos paradigmas que reforçam a teoria de que a linguagem é constituidora do real (Moussallem, p.12,2006).

O fato é que não há conhecimento sem linguagem, seja ela prescritiva, em que se manifesta o direito positivo (deve-ser) ou linguagem metalinguagem que se traduz na linguagem descritiva do cientista do direito (descritiva, linguagem sobre outra linguagem), de acordo com (Moussallem,p.13, 2006).

O Direito, por seus próprios mecanismos, se reproduz linguisticamente a ponto de criar suas próprias unidades: as normas jurídicas.

Assim é que, na busca da melhor aplicação da justiça do Direito, os estudos problematizam a condição absoluta dos enunciados normativos e sua lógica usual, apontando para a observância da linguagem em suas relações através da compreensão do funcionamento lingüístico.

A linguagem tem despertado o interesse de estudiosos também no campo da semiótica, provocando discussões de interesse para o Direito, ao buscarem estabelecer uma triangular conexão entre sintaxe, semântica e pragmática, como afirmam Sidnei Guerra e Lílian Márcia Balmant (p. 301,2005).

Não obstante a ausência de um aporte filosófico capaz de dar conta totalmente da hermenêutica dos princípios, matéria deste trabalho, significativas contribuições têm sido construídas em favor da ciência do Direito sob essa perspectiva.

3. O embate entre regras e princípios.

Dentre as teorias que foram elaboradas frente à insuficiência das abordagens tradicionais dos direitos fundamentais, destaca-se a contribuição do trabalho de Robert Alexy que adianta: “*A distinção entre regras e princípios não é nova. Mas a despeito de uma longevidade e de sua utilização freqüente, a seu respeito imperam falta de clareza e polêmica.*” (ALEXY, 2008 ,p. 87)

A partir dessa insuficiência teórico-estrutural propõe-se vasta discussão sobre distinção entre regras e princípios jurídicos, no âmbito das normas jurídicas.

É importante posicionarmos regras e princípios no contexto das normas de direitos fundamentais. Como escreve Humberto Ávila, vários teóricos contribuíram para a distinção entre as espécies normativas. Na sua *Teoria dos princípios* (ÁVILA,2009) o autor cita o trabalho de Josef Esser, para quem os princípios são certas normas que oferecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. “*O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.*” (ÁVILA, 2009, p. 35)

Segundo Ávila (2009), Karl Larenz reafirma a importância dos princípios “*na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.*” (ÁVILA, 2009, p.35)

Canaris, outro teórico lido por Ávila (2009), aponta duas características de distinção entre regras e princípios:

“Os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização. (...) Os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo somente por um processo dialético de complementação e limitação.” (ÁVILA, 2009, p. 36).

Destaque-se o caráter ponderativo de princípios contrapostos. Há uma preocupação com os limites existentes entre os princípios que se estabelecem pela ligação que apresentam entre si.

Dworkin (2008), um destacado estudioso do Direito, ao promover um ataque ao modo aberto de aplicação dos “princípios positivistas”, preconiza que os princípios, ao contrário das regras não determinam absolutamente uma decisão, “*mas somente contêm fundamentos os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.*” (ÁVILA, 2009, p. 37). A distinção entre regras e princípios para Dworkin, “*consiste numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos como afirma Robert Alexy*” (ÁVILA, 2009, p. 37)

Baseado no modo de aplicação e no relacionamento normativo, dando destaque tanto a regras quanto a princípios, impõe-se o trabalho de Robert Alexy (2008), a quem pretendemos seguir de perto na análise das distinções entre regras e princípios, bem como na sua aplicação no caso prático.

Posicionando a relevância da discussão, Alexy (2008) escreve;

“*regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regra quanto princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, a distinção entre duas espécies de normas.*” (ALEXY, 2008, p.87)

Alexy entende regras e princípios como espécies distintas de normas, tomadas, portanto, como um gênero. Ao analisar a estrutura dessas normas de direitos fundamentais, o

autor toma como objeto as diferenciações teórico-estruturais apontando como fundamental a distinção entre regras e princípios:

“Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios, Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução dos problemas centrais para a dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições de direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros (...). Constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.” (ALEXY, 2008, p.85)

Alexy aponta que os critérios a partir dos quais se estabelece a distinção entre regras e princípios compreendem uma ampla circunscrição que engloba desde critérios mais gerais até àqueles de importância capital à ordem jurídica. Para ele, *“Há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos”*. (Alexy, 2008, p.87). O autor aponta que há um descompasso em relação à adoção dos critérios a partir dos quais se distingue regras e princípios. À impossibilidade de se distinguir normas e princípios, dada à extrema heterogeneidade dos critérios, Alexy (2008) aponta para a necessidade de se atentar para as diversas convergências e diferenças e dessemelhanças que são encontradas no interior da classe das normas. Assim, não há como sustentar uma distinção baseada na ideia de que os princípios apresentam graus diferenciados de generalidade na ordem jurídica, uma vez que as regras também podem apresentar a mesma configuração.

Pelos escritos de Alexy (2008), princípios e regras não se encontram em situação de hierarquia, são estruturas qualificadas como espécies normativas, configurando, portanto, uma diferença qualitativa e não de grau.

Para o autor, há um critério capaz de distinguir de forma satisfatória entre regras e princípios: o critério da otimização:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que 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 somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. (ALEXY, 2008, p. 90)

Para Alexy (2008), a natureza da distinção entre regras e princípios apresenta-se de modo a considerar uma otimização, ou seja; devem se dar na maior medida possível considerando as possibilidades jurídicas e fáticas postas.

Ao contrário, ao analisarmos as regras, veremos que elas não se configuram como fundamentos de otimização, uma vez que as regras podem ou não ser aplicadas na ordem fática.

É nessa medida em que se apresentam tratamentos distintos para regras e princípios, sobretudo no tocante aos conflitos entre regras, ou seja, quando o próprio Direito entra em contradição.

Isso se dá pelo emprego de dois juízos concretos de dever-ser contraditórios, a partir das consequências jurídicas que se contradizem. Nesse caso, ou se introduz uma cláusula de exceção numa dessas regras, permitindo assim a incidência da outra, ou que uma delas seja declarada inválida. É nessa circunstância que as condições fáticas devem ser consideradas.

Isso tudo se deve à concomitância estrutural entre princípios e regras, de modo que uma colisão de princípios pode ser apresentada como uma colisão de regras e toda colisão de regras como uma colisão de princípios. É essa a coincidência estrutural, uma vez que ambos se sujeitam a um cumprimento gradual.

Para discutirmos de perto essa questão estrutural, veja-se que a Constituição Federal da República Brasileira de 1988 (CRFB/88) também se compõe de regras e princípios.

Já em seu art. 3º. Encontramos um exemplo de princípios:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". (MORAIS, 2011).

Podemos considerar que aqui apresenta-se um caso de princípios, uma vez que deve ser cumprido gradualmente na melhor medida possível no âmbito das práticas jurídicas, como vimos na teoria de Alexy (2008).

Da mesma forma, as regras também integram a CRFB/88:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...]

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

Essas normas só permitem um cumprimento integral e são, portanto, conforme Morais (2011) tomadas como regras.

Podemos entender melhor a diferença entre regras princípios ao analisarmos os casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras (ALEXY, 2008, p. 92). Comuns a esses casos “*é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução de conflito*” (ALEXY, 2008, p. 92).

As regras não podem ser consideradas simultaneamente, se apresentarem contradições entre si. Como descreve Alexy, um conflito entre regras somente pode ser resolvido se for introduzida uma cláusula de exceção, situação em que uma das regras conflitantes for declarada inválida. O autor exemplifica a atuação de uma cláusula de exceção:

“Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.

Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico.” (ALEXY, 2008, p. 92)

Uma regra está estabelecida no ordenamento normativo, ela é passível de aplicação num caso concreto. Assim, suas consequências jurídicas devem ser consideradas. Entretanto, uma regra jurídica, que atende a juízos concretos de dever-ser, pode colidir-se com outra regra que, naturalmente, apresenta a mesma configuração no ordenamento jurídico. Nesse caso,

aplica-se a cláusula de exceção na primeira regra, outrossim, uma das regras deverá ser declarada inválida e afastada do sistema normativo como meio de preservá-lo. Aplica-se, assim, o que chamamos de validade jurídica.

Entretanto, aqui, nada se diz quanto a qual das regras deverá ser declarada inválida. Nesse caso, segundo Alexy (2008), o conflito poderá ser resolvido com o emprego de critério de resolução de conflitos entre regras jurídicas: o hierárquico, em que a regra hierarquicamente superior derroga a regra inferior (*lex superior derogat legi inferiori*); O cronológico, em que a regra posterior derroga a regra anterior (*lex posterior derogat legi priori*) e o critério da especificidade, pelo qual há preponderância da regra especial sobre a regra geral (*lex specialis derogat legi generali*).

Assim, a regra que impera num conflito de regras num caso, também impera num conflito de regras em outro caso similar, resguardadas as singularidades de cada caso. “*O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade.*” (ALEXY, 2008, p. 93)

Por outro lado, ao analisarmos os princípios, observamos uma característica capital capaz de distingui-los de imediato das regras. Diferentemente das regras, que não podem coexistir quando contraditórias, dois princípios podem coexistir sem invalidar-se, mesmo em situação de contradição:

“Se dois princípios colidem, (...) um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele 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.” (ALEXY, 2008, p. 93)

Alexy (2008) aponta uma ponderação entre os princípios a partir do caso concreto, quando, sem previsão de qual dos princípios deve prevalecer, se determina a qual princípio deve se atribuir maior peso.

Embora, nesse caso, o princípio da proporcionalidade possa ser aplicado, impõe-se a dificuldade sobre a prevalência dos princípios no caso concreto. Entretanto, o autor escreve sobre o grau de cumprimento de um princípio. Quanto menos for aplicável um princípio, tanto mais será aplicável o outro princípio que oferecer conflito. Nesse caso, não seria tão difícil prever quais seriam os possíveis prejuízos que um determinado princípio poderia causar caso fosse “retirado” do ordenamento jurídico.

Essa idéia reafirma a importância do peso do princípio jurídico, sem, entretanto considerar esse critério o preponderante, uma vez que o caso concreto não deve se sujeitar ao absolutismo de critérios precedentes.

“Levando em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. (...) As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro consistem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio Que tem precedência.” (ALEXY, 2009, p. 96-99)

Nessa perspectiva, nem o direito da dignidade humana seria absoluto, uma vez que é, de antemão, um princípio estabelecido antes do caso concreto e de conceito tão geral, que qualquer interpretação plausível pode ser aceito.

Essa ideia engendra a chamada “lei de colisão”, defendida por Alexy(2008) como um dos fundamentos da sua perspectiva sobre a teoria dos princípios. Não há, pois, uma teoria absoluta de precedência entre os princípios. Cumpre ressaltar o exposto com as seguintes palavras de Alexy:

“princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre Razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.” (ALEXY, 2008, p. 104)

Do exposto, podemos inferir que a fundamentação das partes e a imparcialidade do julgador é condição básica da argumentação. Do mesmo modo, interferem também os valores culturais que cada juiz carrega em sua formação. Embora não sendo absolutamente neutro, dada a sua condição humana, deve primar pela imparcialidade, como quer o sistema jurídico.

Não há, pois, como considerar pertinente uma decisão que contrarie outras decisões semelhantes, a não ser que as circunstâncias sejam outras. Aplica-se, então, o princípio da proporcionalidade, acima mencionado.

Embora tenhamos mais de uma modalidade de colisão entre as normas jurídicas, optamos por discutir um caso de colisão entre princípios para ilustrar nosso trabalho. Analisando as singularidades que as colisões de princípios apresentam, buscamos reafirmar suas distinções em relação às regras, raciocínio que norteia nosso trabalho. A análise da jurisprudência a seguir reafirma, em última análise, as diferenças no trato com os gêneros de normas jurídicas em questão. Trata-se de uma APELAÇÃO (CIVEL – 261220 - TRF 3) interposta pelo INSS contra sentença proferida na ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Ministério Público Federal em face do INSS cujo objetivo era garantir a criança J. L., acometida da moléstia denominada "puberdade precoce verdadeira", tratamento mediante fornecimento do medicamento NEODECAPEPTYL. Restou decidido em Sentença que a criança enferma de doença rara “*puberdade precoce verdadeira*”,

cujo tratamento medicamentoso é de elevado preço, não poderia ser interrompido por conta da família da menor não reunir condições econômicas para custeá-lo, devendo, portanto, o Estado garantir-lhe o devido tratamento.

O INSS figurou como parte legítima para atuar no feito tendo em vista as fontes de financiamento da seguridade social, o fornecimento do medicamento é medida que se impõe em face dos princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e à criança.

A criança obteve a tutela jurisdicional favorável a sua pretensão baseada em princípios contidos na Lei maior, diante do “caso difícil” que se apresentou aquela jurisdição, mesmo não havendo lei infraconstitucional regulamentado a questão o Tribunal, utilizando-se de argumento de princípios para decidir. O relator David Diniz (juiz federal convocado pelo Tribunal para atuar na lide apresentada) norteou a construção do seu relatório sob luz da doutrina de Ronald Dworkin.

O TRF da 3ª Região decidiu a lide a partir da interpretação da norma constitucional utilizando-se no seu plano de decisão modelo síntese de ponderação de princípios a luz da teoria do filósofo alemão Robert Alexy, pois no pedido de fornecimento do medicamento à menor (direito a prestações estatais *stricto sensu* – direitos sociais fundamentais), se deparou o relator, *in casu*, com o conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade, conforme o artigo quinto da constituição e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes.

Segundo Rufino (2009, p. 87) no modelo de Alexy o Tribunal seguiu o seguinte: *“Assim, de acordo com a lei da ponderação a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação dessa fundamentação”*.

Ponderando, então, o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e à criança prevaleçam em face dos princípios democráticos e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto. No relatório do juiz David Diniz também encontramos o caráter norteador e sua importância para a argumentação jurídica:

“O Direito - não se sabe se por equivocada derivação de uma distorção do positivismo - possui em sua pragmática, enquanto fornecedor de critérios para decidibilidade de

questões controvertidas, grande dificuldade para lidar com aspectos relacionados à bondade e conteúdos de alto teor moral que não sejam referências diretas de regras. Daí o papel justificador extremamente importante – e realçado ao longo de toda a nossa decisão - desempenhado pelos princípios, mormente aqueles de status constitucional”

A primeira turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região destaca na decisão o uso da ponderação para decidir sobre qual princípio nortearia a decisão do magistrado:

“Cuida-se de modelo de ponderação, em que os princípios que jogam a favor da criança possuem caráter de direito vinculante prima facie. Ou seja, ele sobrevive pela possibilidade de sua realização, mesmo quando confrontado com os princípios que jogam em sentido contrário (princípio democrático e da separação dos Poderes).

A decisão teve por embasamento jurídico os princípios de proteção ao hipossuficiente, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade posto que o fornecimento da medicação traria **imenso benefício – vital, literalmente – ao necessitado**, tais princípios quando confrontados com o princípios democráticos e da separação dos Poderes, no caso posto, observa-se que estes sofreriam abalo inexpressivo diante do abalo que poderia ocorrer caso o judiciário, em respeito a separação dos poderes, decidisse não fornecer o medicamento a menor. Diante disso ou tribunal lança o seguinte questionamento: **“o fornecimento do Neo-decapeptyl pelo INSS a menor J. L. poderia ser entendida como ingerência do Poder Judiciário ao Poder Executivo ?”**

No plano dos princípios **que militam em favor da proteção à menor e à sua saúde - caso concretizados-ocasionariam grande lesão do princípio democrático e à separação dos Poderes**². Aplicando-se o “modelo síntese” proposto por Alexy ao caso concreto, o TRF 3, sopesou e considerou que **prevaleceriam os princípios constitucionais da solidariedade, de proteção à saúde, de proteção à criança e de preservação da dignidade humana em face dos princípios democrático e da separação de poderes (minimamente atingidos).**

4. Considerações finais

² A tripartição de poderes em: Legislativo, Executivo e Judiciário começou a ser prevista como cláusula pétrea fundamental (art. 60, § 4º, III) na CF/88 após ter sido reconhecido pela Declaração Francesa como um Princípio Humano Fundamental).

Os direitos fundamentais são direitos assegurados pelas normas constitucionais em sua constituição ontológica e estrutural. Deles emerge a discussão sobre as distinções entre regras e princípios, entendidas como normas do dever ser, formuladas pelas expressões deônticas.

Os princípios dizem respeito aos valores básicos de toda a sociedade. Deles decorre, em última análise, o senso de justiça pelo qual se institui o Direito. Somente princípios que se pautem pela justiça são capazes de produzir uma legislação justa. A atuação dos princípios na elaboração das leis bem como no preenchimento de suas lacunas é, pois, de fundamental importância para a ciência do Direito.

Os princípios são normas jurídicas estabelecidas pelo espírito humana que engendra o Direito e suas relações, daí sua superioridade e anterioridade em relação às regras. Por sua vez, as regras engendram a realização dos princípios. As regras são manifestações dos princípios elaboradas à luz da lógica teoria do Direito.

Havemos de reconhecer, sem dúvida, a contribuição de algumas análises teóricas que sugerem o abandono de qualquer distinção entre regras e princípios, como aponta o trabalho de André Rufino do Vale (2009). Com foco nas normas, essas teorias apontam que a interpretação/aplicação poderia dar-se de forma diferenciada, de acordo com o contexto de aplicação. Esse pensamento está na base da tese da conformidade, questionada pelo trabalho de Vale (2009).

Se há, de fato, uma pendência teórica capaz de pressupor certa fluidez entre os limites de normas e princípios, há também a condição para o questionamento de suas distinções (Alexy, 2008). Não há, desse modo, como desconsiderar, minimizar ou mesmo reduzir teoricamente as discussões sobre diferenças entre regras e princípios. Eis que está estabelecida essa questão como um problema teórico a ser tratado pela Ciência do Direito, sobretudo no que concerne à dogmática dos direitos fundamentais.

Decorre da distinção entre regras e princípios a aplicação adequada das normas de direitos fundamentais e, em última análise, as implicações no âmbito da constitucionalidade da lei.

Na mesma perspectiva, vimos, na análise do caso apresentado por nós, que o aspecto interpretativo, sobretudo no âmbito dos princípios é matéria que expõe a complexidade do ordenamento jurídico em suas relações factuais, incorrendo em considerações de ordem política, social e ideológica.

Cumpra observar que sempre se faz necessário a exposição do método ao qual está sujeita determinada decisão judicial, o que, pode, em última análise, reafirmar determinada jurisprudência em detrimento de outras formas de atuação. As normas são por vezes “fugidias”, dado aos distintos usos em que são aplicadas, bem como aos diferentes tratamentos que a elas podem ser dados na fase de aplicação, de interpretação e argumentação (Vale, 2009).

Do exposto, podemos aceitar como conclusão provisória sobre a distinção entre normas e princípios as seguintes palavras de André Rufino do Vale:

“(…) se não é possível fixar uma distinção rígida entre regras e princípios, mas não se quer também abandonar tal distinção, o caminho a ser seguido é no sentido de desvendar as diferenças flexíveis entre ambos os tipos de normas” (VALE, 2009, p.228).

A distinção qualitativa, apontada por Robert Alexy (2008), parece empregar o melhor critério para a distinção entre regras e princípios. Por ela a regra pode ser ou não cumprida na inteira medida de seu enunciado normativo.

No tocante às colisões, observa-se que o fato de duas normas, aplicadas independentemente, conduzirem a resultados incompatíveis é comum tanto às colisões de princípios quanto a conflitos de regras.

O tratamento dado às colisões é distinto, por sua vez, na forma da sua solução. Elas se darão no plano da validade, no caso das regras, e, no caso dos princípios, se resolverão de acordo com as circunstâncias reais e jurídicas do momento de sua aplicação, como pudemos verificar no caso apresentado por nós neste trabalho.

A preocupação com as distinções entre regras e princípios, no âmbito das normas jurídicas, tem nos estudos da linguagem um suporte fundamental para a construção da base teórica da compreensão e interpretação das normas jurídicas, sobretudo no diz respeito a normas e princípios, como pudemos constatar ao depararmos com as ideias que atuam na base da construção teórica. Esta assentando que princípio é uma espécie de norma jurídica ao lado das regras, hoje com base em um princípio pode se pedir algo em juízo assim como são proferidas decisões judiciais embasadas em princípios, pois estes como norma produzem consequências jurídicas ainda deve ser acompanhados e discutidos tendo em vista seu conceito aberto e amplitude de aplicação.

Referências

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

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. TRF3. Disponível em: Disponível em: < <http://http://www.trf3.jus.br> > Acesso em: 01 de fev. 2012.

DE SOUSA, Felipe Oliveira. *Breves considerações acerca da distinção semântica/pragmática: o que é e por que interessa aos juristas?* <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1545>. Acesso em 05 de março de 2012.

GUERRA, Sidney e Lílian Márcia Balmant Emerique. *Hermêutica dos Direitos Fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito de Campos .Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005.

MORAIS, Dalton Santos. A proporcionalidade, a ponderação de princípios (proporcionalidade) e a razoabilidade no projeto do novo CPC à luz da teoria de Robert Alexy. Disponível em: <http://www.oabes.org.br/artigos/553864/>. Acesso em 02 de fev. 2012

MOUSSALLEM, Tarek Moysés. *Fontes do Direito tributário*. 2 ed. 2006. Ed. Noeses. RJ

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009.