

# HERMENÊUTICA E COLISÃO DE DIREITOS

---

Vladimir Balico\*

**Sumário:** *Parte 1; I - HERMENÊUTICA GERAL; a) Conceito e caracterização histórica; b) Schleiermacher; b1) CÍRCULO HERMENÊUTICO; c) Wilhelm Dilthey; d) Martin Heidegger; e) Hans-Georg Gadamer; Parte 2; II - HERMENÊUTICA JURÍDICA; a) Introdução; b) As teorias da Interpretação; c) Interpretação e Aplicação; III - PROCESSOS DE COMPREENSÃO E INTERPRETAÇÃO: CRITÉRIOS METAJURÍDICOS; IV - ESCOLAS DE HERMENÊUTICA: DOGMÁTICA E ZETÉTICA; Parte 3; V - O DIREITO COMO SISTEMA; VI - A IDÉIA DE SISTEMA COMO BASE DO DISCURSO CIENTÍFICO; VII - O DIREITO E SEUS PRINCÍPIOS GERAIS; VIII - FONTE NORMATIVA; IX - CONFLITOS DE PRINCÍPIOS GERAIS NA FONTE NORMATIVA: o surgimento da colisão de direitos; X - ANTINOMIA E COLISÃO DE DIREITOS; XI - CONSIDERAÇÕES FINAIS; GLOSSÁRIO.*

## I – HERMENÊUTICA GERAL:

### a) Conceito e caracterização histórica:

As linhas iniciais deste estudo começam com uma frase de *Richard E. Palmer*, extraída da obra *Hermenêutica*, da Coleção O Saber da Filosofia, Editora Edições 70: “*O diálogo, e não a dissecação, abre o universo de uma obra literária*”. Esta frase é uma excelente crítica ao modelo que se tornou dominante na arte da interpretação: a imagem do cientista que isola o objeto para ver como ele é feito (assim como no Iluminismo se dissecavam sapos para estudá-los). Para interpretar entendo que não podemos puramente seguir métodos científicos já pré-estabelecidos, mas sim compreender humanisticamente o que significa interpretar uma obra.

Tomando por base texto de Nelson Saldanha na *Enciclopédia Saraiva do Direito (volume 42)*, podemos afirmar que “a palavra *hermenêutica* se liga de um modo geral às ciências humanas, na medida em que estas lidam com expressões e sinais, com testemunhos, documentos, formas diversas de manifestar-se a vida sócio-cultural. Hermenêutica significa, em sentido bastante amplo, a atividade interpretativa em qualquer dos diversos planos em que se podem considerar os chamados objetos culturais: linguagem, religião, Direito, etc.. Basicamente, ela concerne ao descobrimento ou desentranhamento de significados; quase sempre tais significados se encontram dados em sinais, e estes se acham em forma de textos: daí a hermenêutica aparecer como interpretação de textos sagrados, textos normativos, textos literários”.

---

\* Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

Enquanto corrente do pensamento alemão, a hermenêutica acabou por ser profundamente influenciada pela fenomenologia e pela filosofia existencial. Com base nesse fato, iremos posteriormente traçar um breve histórico da sua discussão por quatro grandes estudiosos da Alemanha: *Schleiermacher*, *Dilthey*, *Heidegger* e *Gadamer*. Em linhas gerais podemos dizer que, dentro do romantismo alemão do século XIX, *Schleiermacher* sistematizou e desenvolveu a idéia de hermenêutica; no fim do mesmo século, *Dilthey* reviu o problema, em consonância com seu conceito de “ciência do espírito”. Posteriormente, o existencialismo permitiu alguns desdobramentos. E *Gadamer*, sob a influência parcial de *Heidegger*, procurou fundar uma “hermenêutica filosófica”, revendo as relações históricas entre os conceitos de verdade e método.

Atualmente, podemos considerar que a hermenêutica define-se como o estudo da compreensão das obras humanas, onde seus princípios aplicam-se tanto às obras escritas como a qualquer obra de arte. Na concepção, que ora se adota, a hermenêutica possui uma ligação estreita com a Semiótica. Já que podemos falar de uma semiótica da Arquitetura, também podemos falar de uma hermenêutica da Arquitetura. Em sede de semiótica (signos, linguagem), é interessante buscar o significado primeiro da palavra Hermenêutica que, levada até a sua raiz grega mais antiga, sugere o processo de “tornar compreensível”, especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem, sendo a linguagem o meio por excelência neste processo.

#### a) A figura de HERMES

Considerando que há sempre dois mundos, o mundo do texto, da obra de arte e o do leitor, podemos dizer que *Hermes* continua presente hoje, traduzindo de um mundo para o outro.

#### b) **Schleiermacher:**

A grande contribuição de *Schleiermacher* para a hermenêutica foi que, após ele, deixou ela de ser vista como um tema disciplinar específico do âmbito da teologia, da literatura ou do Direito; passou a ser a arte de compreender uma expressão lingüística. Para ele, a compreensão enquanto arte é voltar de novo a experimentar os processos mentais do autor do texto (Hermenêutica psicológica).

#### b1) **Círculo hermenêutico**

Compreender é uma operação essencialmente referencial; compreendemos algo quando o comparamos com algo que já conhecemos. Aquilo que compreendemos agrupa-se em unidades sistemáticas, ou círculos compostos de partes. O círculo como um todo define a parte individual, e as partes individuais em conjunto formam o círculo. Por uma interação dialética entre o todo e a parte, cada um dá sentido ao outro; a compreensão é, portanto, circular. E porque o sentido surge dentro deste círculo, é ele chamado de círculo hermenêutico.

O conceito de círculo hermenêutico envolve uma contradição lógica: se temos que captar o todo antes de poder conhecer as partes, então nunca compreenderemos nada. E, no entanto, afirmamos que as partes tiram o seu sentido do todo. Por outro lado, não podemos começar com um todo, não diferenciado em partes. Será que o conceito de círculo hermenêutico não tem validade? Pelo contrário, temos que dizer que a lógica não valida totalmente as tarefas de compreensão. Há como uma espécie de salto no círculo hermenêutico e compreendemos simultaneamente o todo e as partes.

### c) Wilhelm Dilthey

Segundo Palmer, *Dilthey tinha como objetivo apresentar métodos para alcançar uma interpretação “objetivamente válida”*. Sua preocupação principal era conceber a *Hermenêutica como arte da compreensão, sendo aplicável a todas as humanidades e as ciências sociais, a todas as disciplinas que interpretam as expressões da vida interior do homem, quer essas expressões sejam gestos, atos históricos, leis codificadas, obras de arte ou literatura*.

*Dilthey* sustentou que os estudos humanísticos ou as chamadas ciências humanas tinham que forjar novos modelos de interpretação dos fenômenos humanos. Estes tinham que derivar das características da própria experiência vivida; tinham que se basear nas categorias de sentidos e não nas categorias de poder, nas categorias da história e não nas da matemática. *Dilthey* viu a distinção essencial que existe entre os estudos humanísticos e as ciências naturais.

A partir de *Dilthey*, o projeto de compreender a vida em termos da própria vida, o desejo de aprofundar o aspecto histórico do conhecimento e a crítica a um cienticismo que se insinua nos estudos humanísticos passaram a desempenhar um papel de relevo na *Hermenêutica*.

### d) Martin Heidegger

No tópico denominado “O método fenomenológico de investigação”, da obra “*Ser e tempo*”, *Heidegger* refere-se explicitamente ao seu método como sendo uma “*Hermenêutica*”. *Heidegger* relaciona a *Hermenêutica* de uma só vez com as dimensões ontológicas da compreensão e simultaneamente com a sua fenomenologia específica. Podemos dizer que sua fenomenologia significa deixar que as coisas se manifestem como o que são, sem que projetemos nelas nossas próprias categorias. Significa uma inversão da orientação a que estamos acostumados, ou seja, não somos nós que indicamos as coisas, são as coisas que se nos revelam. A fenomenologia é um meio de ser conduzido pelo fenômeno, por um caminho que genuinamente lhe pertence.

Para *Heidegger*, é impossível ocorrer uma interpretação totalmente destituída de pressupostos. O que aparece do objeto é o que deixamos que apareça.

Para *Palmer* (interpretando *Heidegger*), a hermenêutica, como teoria da compreensão, é conseqüentemente uma teoria da revelação ontológica. *Heidegger* não permite que encaremos o problema ontológico separadamente da existência humana. A sua análise junta a hermenêutica à ontologia existencial e à fenomenologia e aponta para um fundamento da hermenêutica que não se baseia na subjetividade, mas na faticidade do mundo e na historicidade da compreensão.

Podemos dizer que, com *Heidegger*, a Hermenêutica continua com as suas teses tradicionais, querendo descobrir um significado escondido e esclarecer o que é desconhecido: a revelação é desocultação. *Heidegger* não vê a Hermenêutica como uma filosofia que deve orientar a exegese, mas sim como uma teoria da compreensão “per se”. Sustenta que toda a compreensão está embasada no caráter histórico da compreensão existencial. Abre-se caminho para a Hermenêutica “filosófica” de *Gadamer*.

### e) Hans-Georg GADAMER

Para *Gadamer*, a compreensão não se concebe como um processo subjetivo do homem face a um objeto, mas sim como o modo de ser do próprio homem; a hermenêutica não se define enquanto disciplina geral, enquanto auxiliar das humanidades, mas sim como tentativa filosófica que avalia a compreensão, como processo ontológico do homem. O resultado destas interpretações é um tipo diferente de teoria hermenêutica, a Hermenêutica filosófica.

É essencial perceber a distinção entre a hermenêutica filosófica de *Gadamer* e o tipo de hermenêutica que se orienta para os métodos e para a metodologia. *Gadamer* não se preocupa diretamente com os problemas práticos da formulação de princípios interpretativos corretos; antes pretende esclarecer o próprio fenômeno da compreensão. Isso não significa que negue a importância da formulação de tais princípios; pelo contrário, eles são necessários às disciplinas interpretativas. Na realidade, *Gadamer* trabalha sobre uma questão preliminar e fundamental: como é possível a compreensão, não só nas humanidades mas em toda a experiência humana sobre o Mundo? Essa é uma questão que se coloca às disciplinas da interpretação histórica, mas que vai muito mais longe do que elas. É neste ponto que *Gadamer* liga explicitamente a *Heidegger* a sua definição de Hermenêutica.

Para *Gadamer*, a verdade não se alcança metodicamente, mas sim dialeticamente. O método é incapaz de revelar uma nova verdade, apenas explicitando o tipo de verdade que já existe no método. A Hermenêutica de *Gadamer* sugere um novo tipo de objetividade fundamentada no fato de que aquilo que se revela não constitui uma projeção de subjetividade mas algo que atua sobre a nossa compreensão quando se apresenta.

## II – HERMENÊUTICA JURÍDICA

### a) Introdução

A cultura jurídica contemporânea, principalmente nos países de tradição romanística, tem-se defrontado com alguns impasses epistemológicos e metodológicos. A

concepção do Direito como fruto da vontade e do poder e, como tal, devendo ser aplicado de forma mecânica na solução dos conflitos, ignorando realidades econômicas e sociais, acha-se contestada em seus fundamentos pela própria mudança ocorrida na estruturação do poder político. O processo de democratização, que desde a Segunda Grande Guerra vem ganhando força, sendo, mais recentemente, impulsionado pelo fim da chamada “Guerra Fria”, bem como o grande desenvolvimento tecnológico que possibilita a comunicação de massa que ultrapassa as fronteiras dos chamados Estados Nacionais, como o rádio, a televisão e a Internet, acarretaram também uma mudança substantiva na natureza da ordem jurídica. Esta passou, progressivamente, a ter de lidar com conflitos de interesses e de valores de uma sociedade pluralista e complexa, em que a norma de direito reflete a vontade democrática na sua formulação e envolve, portanto, na sua aplicação, o emprego de **critérios metajurídicos**.

### **b) As teorias da Interpretação:**

A interpretação de algum fato envolve a estrutura objetiva daquilo que se põe como matéria de compreensão. O processo de exegese implica a análise da estrutura ou natureza daquilo que se quer interpretar. Para se interpretar uma norma jurídica é necessário saber que espécie de realidade é a norma jurídica. Assim, para se dizer como deve ser interpretada uma norma de direito deve-se assumir posição sobre o que é o direito.

Para Miguel Reale (*O direito como experiência*, 2. ed., Saraiva, 1999) torna-se insustentável uma teoria de interpretação que não considera os valores, os fins e a problemática filosófica. Considera ele, também, inadmissíveis as teorias de interpretação atreladas a ideologias, posicionamento do qual ousamos discordar, como ficará visto no decorrer do texto. [No momento, podemos retomar *Heidegger*, para quem é impossível ocorrer uma interpretação totalmente destituída de pressupostos. O que aparece do objeto é o que deixamos que apareça]. Entende ainda Miguel Reale que “*existe algo condicionando os processos hermenêuticos, não obstante as mutações inevitáveis dos ambientes culturais, capaz de propiciar uma base de entendimento e de comunicabilidade, integrando-se, em complementaridade dinâmica, os pontos de vista do filósofo, do teórico e do dogmático do direito*”.

Para contornar os problemas acima elencados foram criados processos técnicos apropriados e relativamente seguros, ora considerando a regra de direito um simples enunciado de relações entre fatos (**tese fisicalista**), ora mero enunciado de relações lingüístico-formais (**tese analítica**). Para essas posições o que se passou antes da formulação da norma não cabe à Ciência do Direito e sim à Sociologia. A interpretação do direito começaria com dados ou proposições cujo significado deve ser captado, por inteiro, na sua validade objetiva autônoma, no âmbito do ordenamento jurídico do Estado.

Mas isso é apenas uma supressão de problemas que, futuramente, acabam por reaparecer no momento da discussão dos diversos processos e vias a serem seguidos pelo intérprete em face da experiência jurídica concreta.

### c) Interpretação e Aplicação

A hermenêutica jurídica tem sido conceituada como parte da ciência jurídica que estuda os processos de interpretação das leis, daí derivando inúmeras teorias.

Para Luiz Fernando Coelho (*Lógica jurídica e interpretação das leis*, 2. ed., Forense), como lógica jurídica transcendental que é, a hermenêutica compreende desde o estudo das fontes, como caracterização daquilo que é juridicamente normativo na comunidade, até os problemas da aplicação da norma jurídica, passando pela interpretação e integração.

O que distingue a hermenêutica da interpretação e da aplicação é justamente a diferença que vai da teoria científica à sua prática, isto é, a primeira é a ciência, as outras duas constituem a técnica. A hermenêutica tem por objeto, portanto, os princípios científicos que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do Direito, para o efeito de sua aplicação. A hermenêutica não se refere somente à lei, mas ao direito nela instituído. O seu objetivo é descobrir o direito, isto é, o conteúdo normativo contido nas formas de expressão do direito.

A hermenêutica tradicional pressupõe certo grau de autonomia significativa das normas jurídicas, como se fosse possível descobrir um sentido preexistente, tal como a vontade do legislador, por exemplo, e que as expressões normativas reproduzem. Em oposição a esse entendimento, a concepção crítica assume que o trabalho da descoberta de um sentido consiste, em verdade, numa atribuição de significado; ou seja, o intérprete não é nenhuma máquina que, pelos procedimentos metodológicos (*Gadamer, Verdade e Método*), possa simplesmente descrever um significado autônomo e unívoco; ele é na realidade um criador de sentido e, como tal, consiste (o intérprete) numa instância ideológica de atribuição de significados heterônimos. Nas palavras de Luiz Fernando Coelho, na mesma obra *supra* citada: “*Não é o sentido da norma que se impõe ao jurista, mas é o jurista que estabelece o sentido da norma de acordo com sua formação cultural e ideológica, de sorte que é o jurista a única e autêntica fonte do direito*”. Peter Häberle fala em pré-compreensão do intérprete.

### III – PROCESSOS DE COMPREENSÃO E INTERPRETAÇÃO: CRITÉRIOS METAJURÍDICOS

Não se pode deixar de entender e analisar o Direito de uma maneira sistêmica. Se não interpretado como um sistema, estará a avaliação totalmente deslocada do campo pragmático, fator que influencia sobremaneira a elaboração das normas. Mais uma vez nos valemos dos ensinamentos do notável jurista Luiz Fernando Coelho: “*O processo de compreensão envolve a juridicidade como algo vivo e permanentemente atuante, onde os valores, as relações de conduta e os enunciados normativos formam um todo incindível*”, que podemos denominar de Círculo Hermenêutico.

A compreensão da totalidade do Direito é sempre uma compreensão normativa, pois a intuição dos valores e o conhecimento empírico dos fatos da experiência jurídica,

segundo o prisma daqueles valores, implicam o conhecimento de conteúdos normativos. Afirmar que a compreensão do Direito é um ato de conhecimento normativo é não só afirmar que a norma jurídica é o objeto da interpretação – a norma dentro de seu contexto tridimensional – como também declarar que toda norma jurídica tem de ser interpretada, pois é no ato de interpretação que ela se revela ao jurista como direito.

Pode-se dizer que interpretar é compreender, conhecer o sentido daquilo que se estuda e avalia; em suma, entender os fenômenos em razão dos fins para os quais foram produzidos.

#### IV – ESCOLAS DE HERMENÊUTICA: DOGMÁTICA E ZETÉTICA

Existem várias escolas de hermenêutica, mas na verdade todas refletem um dualismo metodológico, conforme a prevalência da atitude racionalista ou empirista. Na primeira, o intérprete tenta descobrir os princípios gerais e preservá-los a despeito das mudanças sociais; na segunda, procura adaptá-los e, de certa forma, subordiná-los àqueles dados da experiência histórica. Esse dualismo possibilita o agrupamento das escolas hermenêuticas segundo duas orientações fundamentais, a **dogmática** e a **zetética**.

A orientação dogmática decorre da concepção tradicional de que o direito está, todo ele, contido nas leis. Dessa forma, a função do intérprete passa a ser unicamente a de adequar o fato à lei, mediante o procedimento lógico da subsunção, utilizando-se muitas vezes do método racional-dedutivo. Essa orientação experimentou sempre considerável recrudescimento nas épocas das grandes codificações e compilações, quando os juristas tendem a crer que a função do intérprete não é senão a de inserir os casos concretos à lei, isto é, colocar os fatos da vida sob a regência das leis vigentes. O pensamento jurídico fica dominado pela idéia da onipresença da lei, a idéia de que a lei resolve tudo. Enfatiza o princípio jurídico como elemento da experiência a ser preservado. Em outras palavras, a vida social deve subordinar-se a certos postulados de caráter geral, e por meio dessa hierarquia, acreditam os adeptos da orientação dogmática, reside a segurança das relações jurídicas e a garantia da paz social, meta do direito.

As escolas hermenêuticas de orientação dogmática podem ser classificadas segundo o modo como concebem o princípio e, assim, tem-se uma dogmática legalista, para a qual o princípio dogmático é a lei; uma dogmática conceitualista, em que é identificado no conceito jurídico universal, racionalmente inferido das normas positivas de toda espécie; e uma dogmática analítica, onde o princípio se identifica com algo metafísico como a vontade do soberano, ou no postulado lógico-formal. Essas três orientações são representadas, respectivamente, na França pela escola da exegese, no mundo germânico, pela escola de jurisprudência conceitual e, no sistema da *common law*, pela escola da jurisprudência analítica.

A corrente adversa, denominada zetética, agrupa as escolas de interpretação jurídica que reagiram aos exageros do dogmatismo exegético, conceitualista e analítico e o

tentaram superar, mediante uma atitude de oposição a todo apriorismo jurídico e procurando interpretar o direito de acordo com os fins por ele visados. Entende essa corrente que os enunciados normativos, a linguagem do Direito, jamais devem fundamentar decisões que não se coadunem com esses fins, os quais se inserem no contexto da vida social.

Segundo Luiz Fernando Coelho: “...*embora voltadas para o conteúdo social e axiológico do Direito, a hermenêutica de orientação zetética reduz-se à zetética intradogmática, porque voltada para a legitimação da ordem jurídica, não sendo por isso compatível com a função transformadora e construtiva do direito e da jurisprudência*”.

Em uma síntese do acima exposto, cite-se novamente Luiz Fernando Coelho: “...*retomo a tese de que a interpretação jurídica deve ser sempre metadogmática, porque dimanada (derivada) de uma noção crítica e prospectiva do direito e voltada para seu princípio basilar, o princípio construtivo ou da transformação, que oponho ao princípio da ordem e da segurança, meros artificios retóricos para a manutenção de privilégios aristocráticos*” (grifo nosso).

## V – O DIREITO COMO SISTEMA

Segundo André Lalande (*Vocabulário técnico e crítico da filosofia*, Martins Fontes), sistema é “*o conjunto de elementos dependentes uns dos outros, de modo a formar um todo organizado*”. Já Tércio Sampaio Ferraz Jr. entende por sistema o modo de ver, de ordenar, logicamente, a realidade, que por sua vez não é sistemática. Ensina o Professor Willis Santiago Guerra Filho, na obra *Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica* (p. 110) que o termo “sistema” surge já no século XVIII, com o Movimento do Direito Racional Jusnaturalista, advindo do influxo das meditações cartesianas, fundantes da concepção de ciência vigente nos tempos modernos. “*Sistema*”, conforme se entendia àquela época, é definição bem próxima da definição atual, coincidindo com a idéia geral que se tem de um todo funcional composto por partes relacionadas entre si e articuladas de acordo com um princípio comum.

Não se pode dizer que o sistema jurídico é um dado real, empírico, até porque é uma ciência humana, sendo por isso provida de uma grande dose de valoração. É uma construção científica que tem como função explicar a realidade a que se refere. A idéia de sistema está presente em todo o pensamento jurídico dogmático, nos princípios e valores dos quais ele parte e na essência do processo interpretativo, sendo apresentado ou não o argumento da utilização do sistema.

A função do jurista não é a mera transcrição de normas e valores, já que estes não se agrupam em um todo ordenado, mas sim a descrição e a interpretação, que consistem na determinação das conseqüências e efeitos produzidos por esses elementos (Maria Helena Diniz, *Dicionário Jurídico*, Saraiva, 1998, 4 v.). Pode-se entender pela definição acima exposta que o direito é formado por outros subsistemas. Miguel Reale, na sua famosa



explanação a respeito da tridimensionalidade do direito, sustenta que o sistema compõe-se de três subsistemas: de normas, de valores e de fatos, todos isomórficos entre si.

## **VI – A IDÉIA DE SISTEMA COMO BASE DO DISCURSO CIENTÍFICO**

Em termos esquemáticos, pode-se considerar que, mediante conceitos eleitos em cada cultura jurídica, o direito tende a tratar o igual de modo diferente, de acordo com a medida da diferença (princípio da igualdade). Por mais primitiva que seja a sociedade onde a questão se ponha, só podemos falar em direito quando os confrontos de interesses mereçam saídas previsíveis, diferenciadas em função do que se entende ser relevante.

O papel do sistema no direito vai, porém, bem mais longe. Como realidade cultural, o direito deve ser conhecido, para ter aplicação. A aprendizagem dos fenômenos jurídicos torna-se, pois, indispensável. A objetivação assim permitida não pode, no entanto, relegar a idéia de que o direito é sempre um fenômeno cultural. A sua existência depende da criação humana e a sua estruturação advém da adoção pelos elementos que compõem uma sociedade, de certos modelos de comportamento.

Por essa razão, a hermenêutica assumiu papel de destaque na reflexão jurídica contemporânea. O processo hermenêutico considera a norma como parte integrante do sistema jurídico, mas considera-a, também, como meio para a solução de conflitos que não se caracterizam por suas dimensões estritamente legais, pois comportam aspectos sociais e valorativos, determinantes para a própria eficácia do Direito. O contraponto entre o fato e a lei, na compreensão hermenêutica, torna-se mais evidente quando o procedimento interpretativo incorpora entre os dois pólos referidos a questão dos valores. Explícita está, então, a necessidade de uma hermenêutica que trabalhe o Direito de forma concreta, assumindo alguns pressupostos metodológicos que permitam pensar na elaboração de uma nova leitura para um novo Direito. Até porque, levando-se em consideração os fatos culturais, o direito está em constante evolução, tendo de ser cada vez mais um sistema aberto. Daí, a necessidade da chamada interpretação adaptativa ou evolutiva.

## **VII – O DIREITO E SEUS PRINCÍPIOS GERAIS**

No Brasil, vários são os Códigos que se reportam aos princípios gerais do direito. Entretanto, sempre fica a dúvida: quais exatamente são os princípios a que a lei remete? Isso ocorre porque não se especifica em que consistem tais princípios, raramente enumerados. Levando-se em consideração a mutabilidade social e, por conseguinte, do Direito, tal enumeração seria mesmo desnecessária e, até certo ponto, falha.

Tome-se por base a escola Jusnaturalista. Para seus seguidores, os princípios gerais do direito identificam-se com o Direito Natural, sendo então os princípios de justiça, formadores de um Direito ideal. Dentro da concepção positivista, os princípios gerais do direito são aqueles que embasam e servem de fundamento para a instituição da norma.

No momento em que se tem de determinar como se operam, e conseqüentemente quais os princípios gerais do direito, esbarra-se nos critérios a serem adotados. Tanto podemos enunciar centenas de princípios, fugindo da característica pura do termo “princípio”, como podemos correr o risco de produzir enunciados excessivamente abstratos e genéricos, dificultando em demasia sua aplicação e conseqüente eficácia.

Os princípios gerais são na realidade a fonte básica e primária do ordenamento jurídico. Já estão presentes na elaboração da norma, possuindo supremacia em relação à lei e aos costumes, pois se possuem força para gerá-los, também a possuem para invalidá-los.

## VIII – FONTE NORMATIVA

A fonte normativa está inserida nas fontes estatais reguladoras do direito positivo – sendo as denominadas “leis”. As leis advêm da legislação, que é o conjunto das normas jurídicas emanadas do Estado, por meio de seus vários órgãos. Quanto mais democrático o Estado, maior será a predominância do Poder Legislativo na elaboração das leis. A fonte normativa tem por objeto fixar diretrizes e requisitos de fato e de direito, e que devem ser obedecidos, para a validade da produção das normas.

Maria Helena Diniz (*Conceito de norma jurídica como problema de essência*, 3. ed., Saraiva, 1999) nos ensina que: “*A norma não é um enunciado acerca de um objeto de conhecimento, mas uma prescrição e como tal um imperativo*”.

Assim, ficamos com o conceito da douta Professora que, usando as palavras de Goffredo Telles Jr., conceitua norma jurídica como “imperativo autorizante”. Diz ainda a mesma autora, na obra acima citada: “*O elemento eidético ‘imperativo’ revela seu gênero próximo, incluindo-a no grupo das normas éticas que regem a conduta humana, diferenciando-a das leis que regem os outros seres. E o ‘autorizante’ revela a sua diferença específica, distinguindo-a das demais normas, pois só a jurídica é autorizante*”.

A norma jurídica enquanto imperativo traduz-se na medida daquilo que se pode ou não praticar, na medida do que *deve ser* feito sem liberar o autorizamento contido na norma que permitirá ao lesado agir, coagindo, diretamente ou por intermédio do Estado, o violador da norma ao seu cumprimento, à reparação do dano ou à reposição das coisas ao estado anterior.

Dessa forma, embora tanto a norma moral como a jurídica constituam norma de comportamento de conduta com base ética, apenas as jurídicas possuem emissor determinado e previamente qualificado, apenas elas possuem um modo formal, legal ou constitucional para serem criadas.

De Plácido e Silva (*Vocabulário jurídico*, 17. ed., Forense, 2000) define: “*Norma legal, em sentido genérico, é toda norma jurídica, ou toda regra, todo preceito emanado do poder competente e fixado na lei ou no regulamento*”.

## IX – CONFLITOS DE PRINCÍPIOS GERAIS NA FONTE NORMATIVA:

### O surgimento da colisão de direitos

Por mais atento que seja o legislador, jamais conseguirá evitar contradições internas dentro do ordenamento jurídico, principalmente se entendido o Direito como um sistema e interpretado de forma sistêmica. Várias vezes, na análise do caso concreto, ocorre a chamada antinomia real, que não é solucionada por critérios que resolvem as antinomias aparentes, que são a hierarquia, a cronologia e a especialidade das normas. Quando ocorre o conflito entre dois direitos que possuem chancela da mesma norma, a constitucional, por exemplo, possibilitando a confluência simultânea de dois de seus princípios, está sacramentada a colisão de direitos.

Pedro Frederico Caldas (*Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*, Saraiva, 1997) oferece-nos uma breve noção a respeito dos critérios hermenêuticos, de interpretação, a serem utilizados pelos operadores do direito: “*À mingua de um critério único de validade e eficácia indiscutíveis, a solução do conflito ficará, sob certos aspectos, à discrição do intérprete. Não se tome, todavia, a discrição, como aqui posta, com o significado de ter o intérprete as mãos desembaraçadas para agir arbitrariamente, mesmo porque as decisões jurisdicionais devem ser motivadas, sob pena de completa desvalia. A discricionariedade estaria em eleger os processos hermenêuticos recomendados pelo caso concreto, sopesados à luz de todas as suas circunstâncias*”.

## X – ANTINOMIA E COLISÃO DE DIREITOS.

Entendemos que o critério de antinomia de normas não esgota a colisão de direitos. Tratando-se de antinomia aparente, o critério de antinomia de normas é plenamente suficiente, utilizando-se a hierarquia, a cronologia e a especialidade. Mas a colisão de direitos pode ser também resultante de uma antinomia real, que é a contradição entre duas normas emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, fazendo com que o aplicador fique numa posição insustentável, tanto pela ausência de qualquer critério normativo para sua solução, como pela existência de conflito entre os critérios aptos a resolvê-la. Posto o conflito e escrutinado o sistema, não se encontrando critério apto de saída, o órgão aplicador, no caso, o juiz, terá de fazer uma opção, perante o caso concreto, por um dos termos em conflito. O magistrado não terá o poder de eliminar a antinomia, que subsistirá após sua decisão, porque na verdade o que será resolvido é o caso concreto submetido à sua apreciação, e não a colisão normativa.

Uma das formas de solucionar tal caso, e utiliza-se para isso a hermenêutica jurídica, é a aplicação dos princípios do direito, que serão hierarquizados pelo próprio sistema dependendo da complexidade do caso concreto em análise. O mais utilizado, juntamente com o princípio da igualdade, é o princípio da proporcionalidade, pelo qual os meios e fins devem ser equacionados, para se avaliar se o meio utilizado é, ou não, proporcional em relação ao fim. Constitui um limite à liberdade de conformação do legislador, pois, mediante

sua aplicação, pode-se mensurar suas opções políticas em harmonia com os fins constitucionalmente previstos, coibindo-se desvios de finalidade ou excessos de poder. Insere-se o princípio da proporcionalidade no da legalidade, sendo bastante utilizado para a solução de colisão de direitos, tendo em vista que o juiz, dentro de cada caso concreto, deve sopesar as normas em conflito com a realidade fática do problema posto e, com discricionariedade, apresentar uma solução à divergência.

## XI- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podem as perspectivas metodológicas da atualidade ser sintetizadas em duas idéias fundamentais: a natureza cultural do Direito e a necessidade de dotar as decisões jurídicas de uma estruturação científica.

A natureza cultural do Direito coloca a ordem jurídica na categoria das criações humanas, configuradas por evolução paulatina e por uma complexidade causal que as torna imprevisíveis e não-inseríveis em modelos rígidos de lógica formal. Entendemos, portanto, o Direito como um fenômeno factualizado: o jurista deve apreendê-lo, do exterior, tal como ele se encontra, de acordo com coordenadas históricas, geográficas e sociológicas.

A fenomenologia jurídica não se esgota, porém, no fator de irracionalidade que a sua natureza cultural necessariamente postula. Assenta-se ela em decisões que se querem previsíveis e que devem variar de acordo com uma certa adequação, em função do princípio da igualdade, que postula tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da diferença, e do princípio da proporcionalidade, pelo qual os meios e fins devem ser equacionados, para se avaliar se o meio utilizado é, ou não, proporcional em relação ao fim. Devem, portanto, as decisões obedecer a regras estruturadas cientificamente pela hermenêutica jurídica, inclusive com o intuito de superar as colisões de direito que possam ocorrer.

Chegamos à conclusão de que a colisão de direitos ocorre justamente do confronto entre a natureza cultural do direito e a estruturação científica das suas decisões. Ocorre que, até por não discutirmos com maior profundidade a Hermenêutica Geral, continuaremos a afirmar, no máximo, que o problema a ser enfrentado reside, pois, na busca de esquemas que permitam lidar com os dois extremos em estudo: afastar-se do legalismo exacerbado e aproximar-se do contexto histórico das relações sociais.

## Glossário

**Metafísica:** Conhecimentos extraídos, *a priori*, por conceitos, sem o recurso aos dados da experiência (*Kant*).

**Ontologia:** Parte da filosofia que estuda o ser enquanto ser.

**Fenomenologia:** O método filosófico que visa a apreensão das essências absolutas das coisas (*Husserl*).

## Bibliografia

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação de leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v.
- FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de direitos*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 2000.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988.
- FLÓREZ - VALDES, Joaquín Arce y. *Los principios generales Del derecho y su formulación constitucional*. Cuadernos Civitas, 1990.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método I*. Trad. de Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 5. ed. Espanha: Sígueme, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Verdad y método II*. Trad. Manuel Olasagasti. Espanha: Sígueme, 1992.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1999.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. de Márcia de Sá Cavalcante. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Rio de Janeiro: Martins Fontes [s/d].
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Trad. de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: 70, [s.d.].
- REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

