

PRINCÍPIOS JURÍDICOS E REALIDADE NORMATIVA

*Vinicius Fernandes Ormelesi**

SUMÁRIO: Introdução 1. A ciência do Direito 1.1 evolução do pensamento jurídico 1.2 jusnaturalismo 1.3 escola histórica 1.4 positivismo jurídico 1.5 outras correntes e tendências atuais 2. A teoria dos princípios 2.1 princípios, valores e regras 2.2 distinção entre princípios e valores 2.3 distinção entre princípios e regras 2.4 por uma sistematização entre princípios, valores e regras 2.5 nosso conceito de princípio 3. Normatividade dos princípios Conclusão Referências bibliográficas. Referências.

RESUMO: O presente trabalho estuda os princípios jurídicos dentro da concepção dogmática da ciência jurídica atual. O estudo é realizado a partir de uma digressão histórica no pensamento jusfilosófico. Para elucidar e fundamentar a discussão proposta, são apresentadas as principais teorias acerca dos princípios jurídicos, principalmente nos últimos anos com o crescimento da teoria pós-positivista. Enfatizam-se os mais importantes trabalhos teóricos sobre o assunto com viés crítico e analítico. Levantadas as considerações teóricas mais relevantes, são tecidos apontamentos e propõe-se outro enfoque acerca da questão da normatividade dos princípios.

PALAVRAS-CHAVE: direito. princípios jurídicos. pós-positivismo. normatividade.

ABSTRACT: This work studies the legal principles within the science's aspect of current legal dogmatic. The study is conducted from a historic tour in the philosophic law thinking. To elucidate and substantiate the proposed discussion the major theories about legal principles are presented, particularly those in recent years after the rise of postmodern positivist theory. The most important theoretical works on the subject are emphasized with critical and analytical bias. The paper raises the most relevant theoretical considerations and accents and suggestions are done to offer another approach about the issue of normative principles.

KEYWORDS: Law. legal principles. post-positivism. normativity.

INTRODUÇÃO

O estudo dogmático do Direito, sobretudo em países de tradição civilista como o Brasil, sempre tendeu a menosprezar a posição dos princípios jurídicos dentro do ordenamento positivo. Essa é uma realidade que impera desde o jusnaturalismo até os dias atuais. Ilustre-se a questão no fato de os princípios serem mencionados na Lei de Introdução ao Código Civil, cujo nome foi recentemente alterado para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, no seu artigo 4º somente depois da analogia e dos costumes.

A ciência jurídica sempre teve como centro de seu objeto a norma. Entretanto, mesmo não visando alterar totalmente essa visão, as recentes teorias pós-positivistas revisitaram o conceito de norma, acolhendo os princípios no seio de suas indagações. Assim, nasce a importância de nosso estudo aqui desenvolvido, no qual procuraremos expor essas novas teorias, bem como analisá-las considerando a forma como os princípios jurídicos são tratados por elas, a fim de poder melhor definir e situar o conceito jurídico de princípio.

As seções que se seguem contemplam desde um apanhado histórico-evolutivo do pensamento jurídico, passando pela categorização dogmática do conceito jurídico de princípio e pelas críticas e proposições teóricas até se chegar às considerações finais.

* Graduado e mestrando em Direito pela UNESP; Membro do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Brasileiro e Comparado – NUPAD; email: viniciusormelesi@hotmail.com

1. A CIÊNCIA DO DIREITO

O primeiro desafio do jurista responsável se apresenta em tentar definir o objeto da ciência que estuda. Neste ponto, o cientista do Direito já é atormentado por uma indagação ancestral: é o Direito em si uma ciência? Antes de adentrarmos nesta questão, é preciso que se estabeleça a importância vital que tem o Direito para todos os Estados e para todas as sociedades. Podemos afirmar que Direito, sociedade e Estado estão numa estreita relação de simbiose no mundo pós-moderno. Convém lembrar a lição do professor Dalmo de Abreu Dallari:

Onde o Direito for menosprezado ou eliminado, ficando em seu lugar a força econômica, militar, ou qualquer outra – a ordem que se estabelecer será necessariamente rígida, inflexível, e por isso mesmo contrária à própria natureza humana, sendo, inevitavelmente, incapaz de durar por muito tempo.¹

Assim, o Direito se configura como a via mais segura de solucionar os conflitos inerentes à vida em sociedade. Afasta-se a vingança e barbárie. Na medida em que a sociedade se constitui num ente político-jurídico (Estado), começa a ser necessário estabelecer normas que organizem esse ente e o transformem em uma ordem. Não se conseguiu outro meio que não o Direito para se operar tal transição.

É dentro deste viés que precisamos iniciar nossa exposição. Relembremos que um dos motes principais deste trabalho é analisar o conceito jurídico de princípio, encarando-o sob o ponto de vista de seu significado e importância na ciência jurídica, de onde se faz imprescindível a análise da ciência jurídica de uma maneira geral e do Direito em si. Gustav Radbruch, ao comentar sobre a ciência do Direito e sobre os profissionais que a manejam, infere serem três as atividades do jurista perante a lei: interpretação, construção e sistema.²

Contudo, diríamos que não somente a lei integra o Direito. O problema remonta às fontes do Direito. Por fontes do direito designam-se os processos ou meios que fazem nascerem as regras jurídicas, a forma como se positivam e adquirem vigência e eficácia³. Assim, a lei seria apenas uma das fontes, juntamente com os costumes, os negócios jurídicos, a doutrina e as decisões dos tribunais, entre as quais os princípios jurídicos operam papel maior. Mais do que fontes, para qualquer ciência, eles são sustentáculos. São verdades prospectivas inquestionáveis e necessárias ao conhecimento racional.

Neste sentido, as fontes são fatores que compõem e criam o direito numa perspectiva geral. Há quem se oponha a que ao Direito possa ser dada uma teoria geral, em virtude de uma vedação epistemológica, diametralmente oposta à natureza do Direito. Deste modo, o Direito poderia ser encarado apenas sob quatro pontos de vista fundamentais: a sociologia, a história, a dogmática e filosofia jurídicas.⁴

Entretanto, sabedores de tal situação, são os próprios cientistas do Direito que dividem a ciência jurídica em dogmática jurídica, história do Direito e filosofia do Direito⁵, cada uma delas trabalhando com um aspecto do fenômeno jurídico. Como se percebe depois dessas considerações iniciais, é certo que o objeto da ciência do Direito

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 3.

² RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 216.

³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 140.

⁴ MACHADO NETO, Antonio Luis. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 76.

⁵ ROUSSEL apud LESSA, Pedro. **Estudos de Filosofia do Direito**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 53.

é o próprio Direito⁶. Uma compreensão do fenômeno jurídico se faz necessária, eis que surge a ciência do Direito ou Jurisprudência. Antes de partirmos à investigação cardeal, vejamos o pensamento das principais escolas jurídicas e como consideravam os princípios.

1.1 Evolução do pensamento jurídico

O primeiro estágio a ser superado pelo Direito foi a separação da religião. Na antigüidade, o Direito estava embebido nos cerimoniais litúrgicos⁷. Sobremaneira no judaísmo, Direito e Religião estavam entrelaçados. O Cristianismo veio depois a atenuar o caráter jurídico da religião mosaica. O Direito começou a ser encarado como autônomo somente na Grécia, com Platão (Das Leis, República) e Aristóteles (Política, Ética a Nicômaco), principalmente no que tange à idéia de justiça. Sendo, para o primeiro, a virtude suprema, aquela que serve ao próximo, habitante do mundo das idéias. Na visão do outro, é principalmente distributiva e repousa no ideal de equidade.

Em Roma, o Direito adquiriu caráter mais científico. Era frequentemente dividido em *jus naturale*, *jus gentium* e *jus civile*. Sendo o primeiro “aquilo que a natureza ensinou a todos os animais” (*quod natura omnia animalia docuit*), nas palavras de Ulpiano. O segundo é entendido como o direito das gentes, aquele direito positivo comum a todos os povos, que todos dele se utilizam (*quasi quo jure omnes utuntur*). Por fim, o *jus civile* é o direito vigente de cada povo, suas leis. “Os juristas romanos jamais perderam de vista a vida concreta e a natureza das coisas, e souberam fazer progredir continuamente o direito segundo o conteúdo das novas exigências, mas com uma técnica formal perfeita”.⁸

Da Idade Média, o que mais nos interessa é a divisão da lei segundo São Tomás de Aquino. Ele a reparte em: lei eterna, lei divina, lei natural e lei humana. A primeira é a razão celestial que governa todo o universo, incognoscível ao homem e que ainda não foi objeto de revelação. A lei divina se diferencia da primeira justamente neste quesito, pois se trata da lei sagrada já posta ao conhecimento do homem, como o Decálogo. A lei natural é a inteligível a partir da observação da natureza, muito semelhante ao *jus naturale*. A lei humana seria aquela proveniente da invenção do homem. O problema fundamental que Tomás de Aquino coloca é com relação à necessidade de observância. Segundo a doutrina tomística, todas devem ser observadas, sobretudo, em prol da manutenção da ordem (*propter vitandum scandalum vel turbationem*), exceção feita à lei humana que jamais pode se sobrepor à divina⁹. No mais, durante o período medieval, o Direito ficou reduzido aos comentários dos glosadores ao *Corpus Juris Civilis* romano, organizado pelo imperador bizantino Justiniano no século VI.

A Renascença foi marcada pelo retorno às origens da antigüidade clássica. O ideal mais vistoso foi o humanismo. Os renascentistas passaram a encarar o homem como centro das coisas e houve um resgate da Filosofia, principalmente a aristotélica. Outros pontos de relevo da época são o embate entre as novas teorias astronômicas (Galileu e Bruno) e a teologia cristã e a Reforma religiosa. As instituições vigentes começam a ser questionadas dando início a um processo que estouraria na Revolução francesa, alguns séculos mais tarde. Por outro lado, os Estados começam a firmar sua

⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito**: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 38.

⁷ Cf. COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**. Trad. João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006. p. 39-40.

⁹ Idem. p. 47.

autoridade e o Direito passa a ser invocado para justificar sua soberania. Grandes pensadores surgem neste período, como Maquiavel e Bodin.

O crucial é apreender que, devido ao caráter ainda embrionário da ciência, não se tinha uma dimensão sistêmica do pensamento científico, estando os princípios na penumbra dos dogmas e das verdades naturais. A partir daqui, passaremos a analisar o Direito segundo suas escolas mais influentes, porquanto impraticável aos objetivos deste estudo uma análise apurada e detida de cada pensador.

1.2 Jusnaturalismo

A escola do justo natural deve ser encarada mais do ponto de vista de uma corrente de pensamento do que como uma escola propriamente dita. Vários jurisfilósofos de variadas épocas se alinham segundo este pensamento, cujas linhas e matizes principais procuraremos indicar brevemente. Nos dizeres de Paulo Nader:

O raciocínio que nos conduz à idéia do Direito Natural parte do pressuposto de que todo ser é dotado de uma natureza e de um fim. A natureza, ou seja, a propriedade que compõe o ser define o fim a que este tende a realizar. Para que as potências ativas do homem se transformem em ato e com isso ele se desenvolva, com inteligência o seu papel na ordem geral das coisas, é indispensável que a sociedade se organize com mecanismos de proteção à natureza humana. Esta se revela, assim, como o grande condicionante do Direito Positivo. O adjetivo 'natural', empregado à palavra direito, indica que a ordem de princípios não é criada pelo homem e que expressa algo espontâneo, revelado pela própria natureza.¹⁰

Segundo o direito natural, existe um direito anterior ao feito pelo homem; não coincidente com o realizado nos acordos, contratos ou leis. É encarado ora de forma teológica ora sobre lentes racionalistas. No jusnaturalismo impera o pressuposto de que há uma verdadeira identidade entre direito e justiça. A esta posição se alinham Stammler, Kant, Del Vecchio, Hegel, Locke, Hobbes, Rousseau (contratualistas)¹¹ entre outros. Deve-se ao jusnaturalismo e aos brocardos latinos, as primeiras versões acerca dos princípios jurídicos, como idéias decorrentes da própria natureza do homem, do bom senso e da prática social.

1.3 Escola histórica

O historicismo jurídico tem suas raízes no idealismo de Hegel¹². O maior expoente do pensamento historicista no meio jurídico foi Friedrich Karl Von Savigny. Segundo ele, o direito se formula a partir da experiência daquilo que foi e sempre será¹³.

No que tange ao aparente conflito com a escola do justo natural, a maior dissensão diz respeito às idéias jusnaturalísticas da imutabilidade e universalidade do fenômeno jurídico.

¹⁰ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 367.

¹¹ BASTOS, Aurélio Wander. **Introdução à Teoria do Direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. p. 6-8.

¹² Para Hegel, o mundo só é cognoscível através da análise das épocas históricas que o compõem, dentro de uma idéia dinâmica e constante de devir. Este processo se dá de maneira dialética, por meio do conflito de idéias-chaves resultando em sínteses, que passam a ser teses com o tempo e que darão origem a novas sínteses, sucessivamente. Cf. GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 386.

¹³ BASTOS, Aurélio Wander. op. cit. p. 24.

Nessa orientação, os princípios jurídicos são colocados em xeque. O adjetivo fundamental que servira de corolário aos princípios até então, a perenidade, desaparece. Como que retomando o pensamento mutacional de Heráclito, Savigny nega que possam haver verdades jurídicas universais eternas. A escola histórica considera o direito como produto da evolução temporal em constante transformação, sendo o fundamento do direito as tradições jurídicas de cada povo. A esta escola também pertencem Hugo e Puchta.

1.4 Positivismo jurídico

O positivismo jurídico é uma projeção do positivismo filosófico de Augusto Comte no âmbito jurídico. Na forma de seu Curso de Filosofia Positiva, Comte exclui toda a metafísica da apreciação científica e estabelece o padrão do método científico como partindo da observação, passando pela formulação da hipótese e sua verificação na experimentação. Nas considerações de Paulo Nader:

O positivismo jurídico [...] rejeita todos os elementos de abstração na área do Direito, a começar pela idéia de Direito Natural, por julgá-la metafísica e anticientífica [...] despreza os juízos de valor, para se apegar apenas aos fenômenos observáveis. Para essa corrente de pensamento o objeto da Ciência do Direito tem por missão estudar as normas que compõem a ordem jurídica vigente. Nessa tarefa, o investigador deverá utilizar apenas os juízos de constatação e de realidade, não considerando os juízos de valor. Em relação à justiça, a atitude positivista é a de um ceticismo absoluto. Por considerá-la um ideal irracional, acessível apenas por vias da emoção, o positivismo se omite em relação aos valores.¹⁴

Dentro do positivismo jurídico só existe uma ordem jurídica, a que é criada pelo Estado. Da corrente positivista fizeram parte a escola exegética francesa, a pandectista alemã e a analítica de jurisprudência inglesa.

O pensamento exegético teve início na França do século XVIII encorajado especialmente com a edição do Código Civil Napoleônico em 1804, tendo entre seus principais defensores Aubry, Laurente, Bugnet e Thibault. Os exegéticos acreditavam que era possível resolver toda e qualquer situação do mundo real a partir do que dispunha a lei. Havia um ideal de que a lei conseguiria prescrever todas as hipóteses de situações e relações jurídicas. Tais premissas levaram os exegéticos a um verdadeiro culto aos códigos.

A pandectista¹⁵ acolheu algumas considerações do historicismo e teve como principal diretriz a elaboração de uma teoria geral do direito positivo. O substrato fundamental desta escola é o resgate do direito romano e sua adaptação aos costumes germânicos. Entre os pandectistas destacam-se Merkel, Bierling, Bergbohm além do grande Rudolf Von Ihering, cuja teoria sobre a posse ainda é adotada no sistema civil brasileiro. A origem da jurisprudência dos conceitos se encontra nesta escola.

A escola analítica de jurisprudência foi beber no empirismo inglês de Locke e Hume e procurou reduzir o direito aos costumes, aos precedentes judiciais e à lei. Caracteriza-se pela formulação de conceitos fundamentais e pelo desprezo aos juízos de valor, assim como suas irmãs já mencionadas. Teve seu principal nome na figura de John Austin.

¹⁴ NADER, Paulo. op. cit. p. 376.

¹⁵ Referente à pandecta ou Digesto, compilação.

De maneira geral, “no positivismo jurídico podem ser enquadradas todas as teorias que consideram ser o direito expressão da vontade do legislador, definindo-o como comando e reduzindo-o ao direito do Estado”¹⁶. No Brasil, refletiram essa tendência, sobretudo, Pedro Lessa e Francisco Campos.

Se no historicismo os princípios jurídicos são postos em dúvida, no positivismo são abnegados com todas as forças. Na refutação da cientificidade dos juízos de valor, os princípios, por não possuírem caráter positivo (posto), acabam sendo esquecidos. Somente a lei passa a ser tida como manifestação real do direito e somente a análise da lei passa a ser considerada com expressão científica de seu estudo.

A crítica que se dirige geralmente ao positivismo jurídico é abalizada no fato de esta corrente enxergar apenas a face do direito sem grande preocupação com seu conteúdo. O ceticismo positivista reduz o homem a um fenômeno físico-causal e conduz a regimes totalitários. Além disso, a doutrina positivista não satisfaz os anseios sociais pela Justiça nem garante que a lei seja usada sempre em prol da sociedade.

1.5 Outras correntes e tendências atuais

Sem pretensão alguma de esmiuçar todas as vertentes do pensamento jurídico mundial, depois de mencionadas as correntes clássicas, passemos ao estágio atual do desenvolvimento jurídico. É certo que o positivismo jurídico desembocou no normativismo de Kelsen, talvez a escola jurídica mais importante e influente de nosso século. A doutrina kelseniana provém da teoria nomológica. Kelsen apóia toda sua teoria no conceito de norma fundamental.

A norma fundamental, determinada pela Teoria Pura do Direito como condição da validade jurídica objetiva, fundamenta, porém, a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coercitiva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos. [De tal sorte que] a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política mas tão-só uma função teórico-gnoseológica.¹⁷

Outra vertente é o sociologismo jurídico. Originado da afirmação da Sociologia como ciência a partir de Comte e das investigações de Durkheim e Max Weber. O sociologismo defende que o fato social explica e justifica o direito através da aplicação do método sociológico no campo jurídico. Com Marx e Engels, o sociologismo assume outra veste, passando a dar maior ênfase aos antagonismos de classes e a ver o direito como objeto de força e controle.

Um ponto comum no sociologismo jurídico é a defesa do pluralismo de ordenamentos, apregoado principalmente por Gierke. Em 1899, como decorrência, surge na França o movimento do Direito Livre, encabeçado por Gény e Salleilles entre outros. Defendendo que o dinamismo dos fatos excetua os códigos, o constitucionalista Léon Duguit ficou célebre por combater o individualismo da legislação francesa no período entre guerras.¹⁸

No que tange ao culturalismo jurídico, podemos dizer que foi uma tendência que se disseminou bastante na América Latina. Segundo esta linha de pensamento, o Direito

¹⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado de. op. cit. p. 391.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 242-243.

¹⁸ GUSMÃO, Paulo Dourado de. op. cit. p. 403-404.

habita o mundo da cultura, não o mundo natural como queriam os jusnaturalistas, nem é tão somente o ordenamento positivo segundo os positivistas. Entre nós, a maior expressão do culturalismo jurídico se deu na obra do filósofo e jurista Miguel Reale.

A nota marcante da filosofia de Reale é a tridimensionalidade do direito. Assim, ele se traduz numa relação simbiótica entre fato, valor e norma. Conforme explica Paulo Nader:

O fenômeno jurídico, qualquer que seja a sua forma de expressão, requer participação dialética do fato, valor e norma. A originalidade do professor brasileiro está na maneira como descreve o relacionamento entre os três componentes. Enquanto que para as demais fórmulas tridimensionalistas, denominadas por Reale genéricas ou abstratas, os três elementos se vinculam como em uma adição, quase sempre com prevalência de algum deles, em sua concepção, chamada específica ou concreta, a realidade fático-axiológica-normativa se apresenta como uma unidade, havendo nos três fatores uma implicação dinâmica. Cada qual se refere aos demais e por isso só alcança sentido no conjunto. As notas dominantes do fato, valor e norma estão, respectivamente, na eficácia, fundamento e vigência.¹⁹

Cabe-nos, em igual medida fazer breve menção ao egologismo do argentino Carlos Cossio, ainda dentro do aspecto jurídico-cultural. Segundo a teoria egológica, o direito é expressão cultural da natureza volitiva humana (ego), constituído de condutas, que exprimem a liberdade humana, limitada apenas pelas normas.

A fundamental exigência de que a ciência do direito se ocupe do direito positivo não quer dizer outra coisa que a exigência normal de que dita ciência se ocupe de condutas efetivamente existentes, de realidades e não de ficções, da conduta de uma comunidade dada no tempo e no espaço. (tradução nossa)²⁰

Também dentro desta sistemática se insere a teoria vitalista do direito de Recaséns Siches. Partindo da concepção da razão vital de Ortega y Gasset, ele afasta o direito tanto do reino dos valores como do reino natural para inseri-lo no plano humano. O direito se projeta na sociedade na forma de norma, formulada segundo valores e pressões sociais.²¹

Depois destas observações, convém lembrar que não desejamos explorar todas as correntes do pensamento jurídico-filosófico, mas apenas trazer ao bojo do presente trabalho aquelas que se nos afiguram como as mais importantes. De uma maneira geral, mesmo sendo repristinados no âmago dogmático em razão da teoria das lacunas no ordenamento jurídico, encabeçada pelo realismo e das indagações sobre a vigência da lei e sua eficácia social, o papel dos princípios no universo jurídico ficou reduzido ao de fonte secundária nos últimos anos do positivismo jurídico.

Caberia ainda fazer menção ao constitucionalismo²², sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, em virtude dos questionamentos sobre direitos humanos e da teoria dos direitos fundamentais, com os quais os princípios passaram a ser

¹⁹ NADER, Paulo. op. cit. p. 383.

²⁰ AFTALION, Enrique R. et al. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972. p. 205.

²¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. op. cit. p. 399.

²² A respeito do neo-constitucionalismo, ver HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009 e HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madrid: Tecnos, 2002.

identificados. Na seção seguinte analisaremos pormenorizadamente o ressurgimento dos princípios no ambiente jurídico com o pós-positivismo.

2. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Na pós-modernidade, principalmente depois das teorias de Alexy e Dworkin, a doutrina tem se preocupado em fazer a distinção entre princípios e regras. Isso reflete uma superação do positivismo clássico, que já vinha sendo questionado pelo constitucionalismo emergente das declarações de direitos fundamentais e das cartas constitucionais dos países no pós-guerra. Evidentemente, a concepção do direito com base nos princípios, representa uma ruptura com as tradições e inaugura uma nova etapa da metodologia do direito. “O Estado contemporâneo [...] não dispensa a conformação das regras aos princípios constitucionais e sabe que isso somente pode ser feito com o auxílio da jurisdição.”²³

2.1 princípios, valores e regras

Nos Estados de Direito é notória a presença de princípios constitucionais que fundamentam a ordem jurídica estatal com as exigências morais e éticas relevantes para a comunidade. Esse fenômeno é marcado pela inserção nas cartas políticas das nações de princípios e valores.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 também foi influenciada por este constitucionalismo do pós-guerra, em reação à decadência de regimes autoritários, assim como as Constituições portuguesa de 1976, alemã de 1949 e italiana de 1948. A carta magna do Brasil consagra em seu preâmbulo os valores supremos da sociedade brasileira, tal como a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça etc., encontrando expressão normativa através de princípios e regras distribuídos ao longo do texto constitucional.

No bojo das normas constitucionais, sobretudo naquelas que dispõem sobre direitos fundamentais, encontra-se alto teor valorativo, na medida em que traduzem para a linguagem normativa os valores supremos da sociedade.

Nesta seara, torna-se imprescindível o exame detido e aprofundado das normas, princípios e valores. Nosso trabalho encabeça uma divagação teórica acerca da principiologia, razão pela qual não podemos preterir uma conceituação jurídica dos princípios, e ela, assim cremos, só se concretiza quando se têm nítidas as semelhanças e principalmente as diferenças entre esses três entes.

Deste modo, devemos cuidar da questão em duas etapas. Primeiramente, faremos a distinção entre valores e princípios, com base nas teorias de Alexy, Peczenik, Reale e Habermas e, logo em seguida, entre princípios e regras, para, ao final, considerarmos uma possibilidade de distinção entre princípios e normas, igualmente pautando-nos nas considerações de Larenz, Dworkin e Alexy.

2.2 Distinção entre princípios e valores

Costuma-se partir do pressuposto de que valores são semelhantes a bens e, justamente em virtude disso, podem ser ponderados. Não está de todo errada essa afirmação, porém, os valores são bem mais do que isso. Max Scheler, baseando-se na fenomenologia de Edmund Husserl, afirma que os valores habitam o imo emocional do

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo** – curso de processo civil. V. 1. São Paulo: RT, 2006. p. 50.

homem, que se traduzem na experiência emocional formadora de unidades fenomenais determinantes da consciência e as atitudes.²⁴

O principal problema que se identifica é a confusão existente entre o que se entende por valor e o que se entende por princípio. Tal limbo terminológico se justifica pelas semelhanças entre os dois, como bem salienta Alexy: tanto princípios como valores podem colidir e serem concretizados de forma gradual.²⁵

A solução que Alexy propõe se assenta no plano conceitual lógico. Ele infere estarem os princípios relacionados a mandamentos, diretrizes, proibições e permissões, habitando o mundo do dever-ser, sendo, portanto, deontológicos por natureza. Os valores, ao contrário, expressam mais a idéia de bom, ligados à certeza, segurança, beleza, ficando no plano dos conceitos axiológicos. Haveria ainda o plano antropológico, no qual estariam a vontade e o interesse, por exemplo.

Destarte, no campo deontológico estão as regras e os princípios, como espécies do gênero norma, caracterizados pela tônica do *dever ser*, sendo verdadeiros mandamentos (as regras mandados definitivos e os princípios mandados de otimização), no nível axiológico a separação se dá entre *regras de valoração* (que não podem ser objeto de ponderação) e *valores* (que podem ser objeto de ponderação).²⁶

Dessa maneira, a diferenciação fundamental, segundo Alexy, é uma questão semântica, significando os princípios aquilo que é devido e os valores aquilo que é melhor. Nesse sentido, também caminha a concepção de Peczenik. Para ele, os valores se aproximam do conceito de ideais. É ínsito aos valores o juízo de ponderação moral, podendo ser individuais, sociais, religiosos. Os princípios, ao seu turno, proclamam valores, enquanto as regras determinam condutas e compromissos entre valores.²⁷

Todavia, Peczenik não inova muito na aceção de Alexy e acaba por concluir, como este, que a diferença principal entre princípios e valores reside nos planos deontológico e axiológico. Os princípios possuem caráter de obrigatoriedade e os valores de bem, útil e melhor.

Para Miguel Reale, a categoria valor constitui-se num dos pressupostos da experiência jurídica efetivada pela teoria da tridimensionalidade. O autor esclarece serem os valores bens, materiais ou espirituais, criados pelo homem no decorrer da história. As valorações são consubstanciações de interesses, através dos quais a atividade humana procura satisfazer a vontade presente num valor, impedindo que um não-valor possa se sobrepor àquele.²⁸

Resta mencionar a visão de Habermas. Ele aceita a colocação dos princípios no patamar deontológico, mas estabelece que os valores são principalmente teleológicos. Deste modo, os princípios, como normas, se subsumem em válidos ou inválidos antagonicamente, a revelia do que ocorre com os valores, que podem ser ponderados gradualmente.²⁹

Outro aspecto importante sobre os princípios é o caráter absoluto que carregam. Em contraposição, os valores não pretendem ser absolutos, apenas orientando o que seja mais benéfico dentro de um agrupamento humano. Em última análise, os princípios não

²⁴ SCHELER, Max. **A reviravolta dos valores**. Tradução de Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 43-44.

²⁵ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 164.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 145.

²⁷ PECZENIK, Aleksander. **Law, morality, coherence and truth**. p. 146-176. A theory of legal doctrine. *Ratio Juris*, v.14, n.1, March 2001. p.75-105.

²⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 543.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 328.

permitem contradições, no sentido de se complementarem, ao passo que os valores visam prevalecer uns sobre os outros.³⁰

2.3 Distinção entre princípios e regras

A separação conceitual entre regras e princípios possui relevante importância no âmbito das discussões acerca dos direitos fundamentais. Por isso mesmo, tal divisão se encontra presente no âmago das disciplinas de direito público que pretendam um aprofundamento teórico maior.³¹

A fim de posicionar a questão, analisaremos a teoria de Karl Larenz. Para ele, os princípios não são normas, mas sim critérios e fundamentos para consolidação de uma norma. Os princípios não são regras por lhes faltar o caráter formal de proposições jurídicas, de modo que se apresentam como diretrizes. Desse modo, os princípios se prestam a estabelecer parâmetros para a feitura e interpretação das regras jurídicas num ideal de obtenção do Direito Justo.³²

Passemos a expor as considerações de Ronald Dworkin³³. Conforme o seu pensamento, a distinção entre regras e princípios não se dá no plano lógico ou qualitativo, uma vez que ambos fornecem critérios para a solução de casos concretos nas decisões judiciais. As regras seguem a lógica disjuntiva, ou são válidas e se aplicam ou não são e não se aplicam. A análise é feita conforme o enunciado da regras abarca ou não o contexto dos fatos. No caso dos princípios não, Dworkin admite que os princípios possam ser apreciados segundo sua importância, inclusive pelo julgador. Outra consideração deste autor é no tocante à possibilidade de regras se assemelharem a princípios quando trazem em seus enunciados e dispositivos conceitos indeterminados.³⁴

Em grande contraste com a tese de Dworkin, caminhou a teoria de Robert Alexy³⁵. A primeira objeção que Alexy levanta é que a concepção de Dworkin não permite averiguar como se dá o conflito entre princípios e como ele se resolve. Ele admite que o conflito de regras gera uma mútua exclusão e o entre princípios é permeado por dimensões valorativas. Alexy estatui três fases de análise em sua teoria principiológica: a tese da otimização; a lei da colisão; e a lei da ponderação.³⁶

Neste viés, são os princípios mandados de otimização, que devem ser cumpridos de forma a realizar o máximo que as possibilidades fáticas e jurídicas permitam. Portanto, no que se refere à tese da otimização, as teses de Alexy e Dworkin se complementam, já que o primeiro também admite que uma norma ou é um princípio ou é uma regra. A grande diferença se dá no plano da lei de colisões. Para Alexy, a colisão de regras jurídicas com dispositivos antagônicos se resolve por simples aplicação de ferramentas hermenêuticas³⁷. O conflito de princípios se decide com um dando lugar ao outro sem que perca sua incidência ou validade, mas meramente segundo a conveniência do caso concreto. Isso já nos conduz à última tese de Alexy quanto à

³⁰ HABERMAS, Jürgen. op. cit. p. 329.

³¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.18.

³² LARENZ, Karl. **El Derecho Justo**: fundamentos de ética jurídica. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 33-35.

³³ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

³⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. op. cit.

³⁶ ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. In **Ratio Juris**. v.13. n. 3. Setembro, 2000.

³⁷ Para uma visão geral da hermenêutica jurídica, ver: MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ponderação, a qual reflete uma conexão entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade.³⁸

Antes de finalizar, convém fazer menção aos estudos do professor Humberto Ávila que, no cenário nacional, representa a síntese entre as teorias normativas dos princípios. Em suas palavras, eles seriam

[...] 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 a sua promoção.³⁹

Encerramos nossa exposição das principais teorias acerca do tema, com a consideração de que, no atual contexto e estágio metodológico do Direito, o fato de o princípio assumir a condição de norma representa inquestionável avanço teórico. Antes, os princípios gozavam apenas de juridicidade, assim como os costumes, com o pós-positivismo, ganham a normatividade, passando a serem considerados na ciência do Direito com o respeito e o status que merecem.

2.4 Por uma sistematização entre princípios, valores e regras

Os estudos a respeito dos valores, das regras e dos princípios são muito caros ao Direito, assim como também o são à Moral e à Ética. Dessa maneira, incumbe-nos a tarefa hercúlea de procurar, ainda que de forma elementar, sistematizar a relação existente entre esses três entes. Para tanto, recorreremos a uma analogia simples, porém deveras esclarecedora, que é a do templo grego.

Imaginemos um templo grego. No solo e subsolo de sua estrutura se encontram os alicerces que permitem às colunas ficarem em pé. Esses alicerces são os princípios, aqui primariamente identificados com os preceitos, pressupostos que fundamentam uma ordem jurídica. Constituem verdadeiros axiomas, senão postulados, assim como os da matemática. Verdades epistemologicamente necessárias à manutenção do sistema de Direito.

As colunas representam as normas jurídicas. Estas podem estar estritamente apoiadas nos alicerces (normas-princípio) ou um tanto mais soltas, apenas sobrepostas (normas-regra). O teto do templo simboliza o ordenamento jurídico, sustentado por uma conjunção harmônica de princípios e normas (alicerces e colunas). As colunas podem ser trocadas, senão refeitas ou reformadas, mas sempre sobre o mesmo baluarte.

Os valores são representados por tudo de estranho que possa adentrar no templo. Eles podem desgastar as colunas, assim como ajudar a erigi-las, contudo seu traço característico principal é essa volatilidade. Os valores mudam conforme a época, a sociedade e a região, interferem no mundo jurídico e se digladiam por uma posição confortável dentro do templo.

Portanto, em retomada às considerações teóricas iniciais, poderíamos destacar três planos lógicos onde esses entes se situam. No âmbito ontológico, aquele referente à natureza do direito, estão os princípios jurídicos. As normas habitam, por definição, o plano deontológico, o do dever ser. Por fim, os valores, conforme já explicitado,

³⁸ Talvez seja por isso que, entre nós, Humberto Ávila considere o princípio da proporcionalidade como um pressuposto normativo, algo que antecederia as normas. Conferir sua Teoria dos Princípios, já citada.

³⁹ ÁVILA, Humberto. op. cit. p. 78-79.

pertencem à dimensão axiológica. No primeiro, está ínsita a idéia de sustentar, no segundo a idéia de ordenar e no último a idéia de qualificar.

2.5 Nosso conceito de princípio

Arrematando essa seção, falta apenas uma melhora na conceituação do que acreditamos possa ser tido como um princípio no âmbito do direito. É mais fácil compreender o conceito de princípio por exclusão em relação ao conceito de norma. Os princípios compõem o direito pressuposto assim como as normas o direito posto. Entre eles não existe hierarquia e quando conflitam não existe embate, mas sim composição. Não ordenam, orientam. Não são revogados quando não aplicados. Não são ferramentas de hermenêutica que ditam sua aplicabilidade e sim as circunstâncias concretas e os valores envolvidos.

3. NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

O pós-positivismo garantiu normatividade aos princípios, que com o neo-constitucionalismo adquirem e alçam o grau de direitos fundamentais no bojo da maioria das constituições dos países. Paulo Bonavides explica e resume esse processo de maneira exemplar:

É na idade do pós-positivismo que tanto a Doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. [...] A construção doutrinária da normatividade dos princípios provém, em grande parte, do empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito em buscarem um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo. [...] Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.⁴⁰

Todavia, embora não discordemos do avanço que a normatividade dos princípios trouxe para a ciência jurídica, é preciso salientar algumas ponderações. Os princípios deixam de estar no campo metafísico para integrar o campo concreto. Essa materialização dos princípios é benéfica apenas do ponto de vista da aplicabilidade imediata, mas pode lesar o caráter epistemológico dos mesmos. Os princípios não são normas que servem a proteger direitos ou garanti-los, mas são as próprias células que

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 265, 276 e 294.

compõem o Direito em si. Quando se recorre a eles está-se buscando as raízes do Direito.

O pós-positivismo desloca os princípios para a dimensão deontológica, porém não tem como garantir que eles sejam sempre observados, já que uma das características fundamentais de qualquer norma é a possibilidade de não ser respeitada. O grau de importância dos princípios não aumenta apenas por estarem contidos na constituição. A constituição é uma carta política, mutável e possível de ser revista. O que o pós-positivismo fez não foi dar normatividade aos princípios, mas sim criar um gênero de normas com a aparência de princípios. O que se fez foi normatizar alguns princípios para que pudessem ter maior eficácia do que a que tinham quando eram meras fontes.

Dessa maneira, voltamos a afirmar que não nos distanciamos tanto da norma hipotética fundamental. Existe o risco da normatização dos princípios ser mera positivização dos princípios em tratados de direitos humanos e cartas constitucionais. Ainda que nossa posição possa ser considerada um retrocesso, cremos que é preciso que existam linhas universais e imutáveis das quais o Direito e os ordenamentos jurídicos sempre poderão se socorrer.

Em última análise, um fenômeno que o pós-positivismo produziu foi o interesse de cada ramo do direito em externar a elencar cada um de seus princípios. No passado, os princípios jurídicos eram codificados como as diretrizes do direito civil, penal, etc. Assim, a dogmática analítica buscou no direito do trabalho o princípio protetor, no direito administrativo o princípio da legalidade. Os princípios jurídicos estão no direito pressuposto, apenas podem ser realmente princípios (pressupostos elementares) quando existem por si, *extra legem*, quando não precisarem estar em leis e constituições para serem respeitados da mesma maneira como são respeitadas as normas.

Portanto, mesmo com a dogmática jurídica tendo consolidado a existência de normas-princípio e de normas-regra, os antigos princípios jurídicos oriundos das divagações do direito natural, hoje modificados como verdades epistemológicas ainda possuem pleno cabimento no mundo jurídico e habitam as profundezas mais ontológicas do Direito.

CONCLUSÃO

Vale ressaltar que nossa pretensão não é uma insurreição contra o pós-positivismo, mas sim um esclarecimento didático da atual situação dos princípios jurídicos na sistemática da teoria do Direito enquanto ciência dogmática normativa. Nosso estudo buscou empreender um resgate histórico da construção do pensamento jurídico ocidental, de forma a analisar o entendimento jurídico de princípio desde os primórdios do direito antigo até as modernas formulações do pós-positivismo.

Para o arremate deste artigo, convém ainda rememorar a transformação da natureza jurídica dos princípios de brocardos para fontes, de fontes para ideários gerais e de paradigmas para verdadeiras forças motrizes do fenômeno jurídico. No entanto, também devemos salientar que essa tão aclamada transformação não pode ser compreendida em seu sentido estrito. Deve-se considerar que o que realmente houve foi uma somatória de adjetivos ao conceito de princípio, tornando o vocábulo polissêmico. Assim, embora haja normas-princípio, há também princípios-fonte e princípios-axiomas. Não se pode permitir que a vaidade da superação teórica academicista jogue fora séculos de crescimento jurídico-cultural.

Em suma, espera-se ter sido possível dissecar as questões suscitadas de maneira clara e objetiva, precisando a diferença entre o princípio jurídico enquanto verdade epistemológica, ponto de partida ou pressuposto em que se apóia o edifício jurídico,

semelhantes às leis das ciências físico-matemáticas e a norma-princípio, como mandado de otimização alheio à lógica substantiva das regras, presente no corpo estrutural dos ordenamentos jurídico-políticos das nações.

REFERÊNCIAS

AFTALION, Enrique R. et al. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. On the structure of legal principles. In **Ratio Juris**. v.13. n. 3. Setembro, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BASTOS, Aurélio Wander. **Introdução à Teoria do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

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

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**. Trad. João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Filosofia do Direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madrid: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **El Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2002.

LESSA, Pedro. **Estudos de Filosofia do Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

MACHADO NETO, Antonio Luis. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo** – curso de processo civil. V. 1. São Paulo: RT, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PECZENIK, Aleksander. **Law, morality, coherence and truth**. p. 146-176. A theory of legal doctrine. Ratio Juris, v.14, n.1, March 2001. p.75-105.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SCHELER, Max. **A reviravolta dos valores**. Tradução de Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 1994.