

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA ODERLÂNIA TORQUATO LEITE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Maria Oderlânia Torquato Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-206-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias do Direito. 3. Realismo Jurídico.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O XXV ENCONTRO DE BRASÍLIA reuniu pela quarta vez o Grupo de Trabalho (GT) "Teorias do Direito e Realismo Jurídico", proposto inicialmente no CONPEDI UFPB. O núcleo da discussão no GT toca em vários temas como se pode perceber pela exposição dos artigos que compõem este livro.

Basicamente o leitor encontrará aqui os seguintes âmbitos de desenvolvimento do debate, inicialmente os artigos de cunho mais puramente teórico, e nestes também incluídos aqueles que concentram a análise a partir de um marco teórico, no caso são destaques Hart, Dworkin, Gadamer e Alexy. Ainda no plano da teoria do direito temos alguns artigos com foco no debate entre linguagem e direito, estes porém já transitam do âmbito mais abstrato para o concreto e preparam o terreno para o diálogo de viés constitucional, aí destacando-se o protagonismo do Judiciário, o ativismo judicial etc como temas afins.

Assim, o debate sobre o realismo jurídico, expressando na sua versão norte-americana o foco no protagonismo do poder judiciário e na sua versão escandinava o cerne linguístico para percepção do jurídico, ambas vertentes encontram guarida nos dezenove capítulos que compõem este livro resultado do GT ocorrido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, na Capital Federal, numa parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Em apertada síntese, compõe o primeiro momento do livro os artigos com as seguintes abordagens teóricas do direito: "TEORIA DA NORMA: UMA FORMA ESTRUTURADA DE ANÁLISE DO DIREITO", que propõe a conciliação de dois postulados para o modelo teórico de norma jurídica que permite uma compreensão ampla e estruturada do Direito. De um lado, a semiologia permite compreender o processo de interpretação e a formação de sentido para o jurista, e, de outro, a ideia de norma como mandamento condicional hipotético possibilita sua análise estrutural; "A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO" no presente trabalho o objetivo é explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo, no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, nos moldes da Escola de Frankfurt, quanto à leitura da estrutura jurídica no contexto das sociedades plurais e complexas que marcam os tempos hodiernos; "AS

BASES E OS DESAFIOS DA CIÊNCIA DO DIREITO : UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS" cuja análise proposta visa compreender a maneira pela qual os princípios adquiriram tal característica e, especialmente, o papel cumprido por eles quanto à sua eficácia jurídica; "A DISTINÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS, E O CONFLITO ENTRE O SIGNIFICADO CLÁSSICO E O SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO DE SEUS CONTEÚDOS" neste o estudo resulta do intento de estabelecer um conceito que harmonize fundamentos jurídicos reconhecidamente opostos, demonstrando a separação essencial do conteúdo jurídico dos direitos positivos e negativos.

Ainda num âmbito teórico mas focado no aspecto linguístico-argumentativo, três artigos vêm em sequência: "FONTES DO DIREITO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E NA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO: DADO OU CONSTRUÍDO?" analisando a teoria das fontes do direito a partir da dogmática tradicionalista, da escola do Constructivismo Lógico- semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, respondendo, para cada um desses paradigmas, se o direito é "dado" ou "construído"; "SIGNIFICADO, PROCESSO E LINGUAGEM" defendendo a tese que não há compreensão fora de seu contexto, e o contexto significa na medida em que uma comunidade determina e atua quando com ele defrontada. Dessas considerações busca-se analisar como a filosofia do direito reagiu a essas mudanças, e as saídas propostas na filosofia do direito contemporânea; e "O PAPEL DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO NA JUSTIFICATIVA DA DECISÃO" que busca demonstrar o papel central e contemporâneo do silogismo na argumentação jurídica como importante instrumento para justificar uma decisão judicial.

Passando para o foco autoral e assim sendo o critério de agrupar temas, seguem os artigos: "DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL: ENTRE HART E DWORKIN" cujo trabalho se destina a analisar a teoria de Hart e de Dworkin no que diz respeito, principalmente, aos seguintes quesitos: regras, regras de reconhecimento, princípios e discricionariedade judicial; Ainda explorando a discricionariedade o artigo "CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL" objetiva traçar as semelhanças e distinções entre o garantismo e o (neo)constitucionalismo, aqui avaliado como um constitucionalismo principialista; e concentrado no debate entre aqueles autores, "O DEBATE JURÍDICO ENTRE DWORKIN E HART: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL EM “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” E “O CONCEITO DO DIREITO” tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin, e de H. L. A Hart em especial, as três teses sobre o que seria o Positivismo Jurídico e contrastá-las com as ideais de Hart; Já cotejando Dworkin com Gadamer, o artigo intitulado "OS PRINCÍPIOS

NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIRETRIZES DE REGULAÇÃO A PARTIR DOS TRABALHOS DE RONALD DWORKIN E HANS-GEORG GADAMER" traz a questão da hermenêutica constitucional, na qual se possa ancorar a legitimidade jurídico-normativa dos Princípios e nesse caminho teórico, apresentam-se diretrizes para a delimitação de um núcleo objetivo de legitimação do Poder Jurisdicional, com base na "resposta correta" em Dworkin e na "correção da interpretação", proposta por Hans-Georg Gadamer; Passando para o referencial em Alexy, temos os artigos: "A TESE DO CASO ESPECIAL NA FORMA DA TEORIA DO DISCURSO: UM ESTUDO EM ROBERT ALEXY" cuja tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso pode ser considerada o elemento de destaque da teoria do direito de Robert Alexy, uma vez em que nela já se encontram as bases de todo seu pensamento, inclusive a teoria dos princípios e o conceito de direito; e "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.856/RJ – UM ENSAIO CRÍTICO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY" ao abordar a "lei do sopesamento" de Robert Alexy que se propõe a determinar qual "deve ser" o princípio a ser utilizado em caso de colisão entre princípios e tenta demonstrá-lo na decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, quando a Suprema Corte decidiu sobre o angustiante problema das "rinhas ou brigas de galo"; sobre a proporcionalidade, o artigo "MODELO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE" estuda a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade as decisões, mas não elimina o subjetivismo, pois não há uma aplicação objetiva com valores pré-definidos, ainda que propicie obrigatoriedade de uma forte argumentação jurídica na fundamentação da decisão.

Com cerne constitucional, o bloco final de artigos encerram o livro, são eles: "O NEOCONSTITUCIONALISMO E O MODERNO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO, UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DOS JUÍZES DIANTE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS" no qual se observa que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, mas atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, pois uma corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista vem impondo uma nova visão sobre as formas de relacionamento entre os Poderes; "CIRCUNSTÂNCIAS FAVORECEDORAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO DEBATE E SOLUÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICO-SOCIAIS" com um análise pontual sobre as circunstâncias que favorecem o importante papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, na proteção dos interesses das minorias e no debate político; "NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA" o

presente propõe uma análise dos impactos da classificação das normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, na visão da teoria tripartite do ilustre jurista José Afonso da Silva, no atual panorama de constitucionalização simbólica; "O CONSTITUCIONALISMO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O CRESCENTE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES SUBSTANCIALISTAS" tratando da evolução do constitucionalismo até o neoconstitucionalismo, com foco nas Constituições Brasileiras de 1946 e 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tem por objetivo principal compreender por que a Corte Constitucional pátria vem dominando o cenário político não obstante a atipicidade desse movimento; e continuando o debate sobre o protagonismo judicial "ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA REALIDADE BRASILEIRA SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL" parte da investigação da expressão "ativismo judicial" para analisar a interpretação judicial do tipo construtiva ou autorrestritiva tendo como objeto de estudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre desaposentação.

Eis, pois, uma breve apresentação dos artigos com o fito de estimular o leitor a diretamente ir para os artigos. Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena Freitas

Adjunta IV UFPB/PPGCJ - líder do Grupo de Pesquisa/CNPq "Realismo Jurídico"

Profa. Dra. Maria Oderlânia Torquato Leite

Adjunta I - URCA

AS BASES E OS DESAFIOS DA CIÊNCIA DO DIREITO : UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.

THE FOUNDATIONS AND THE CHALLENGE OF LAW SCIENCE: AN ANALYSIS OF THE NORMATIVITY LEGAL PRINCIPLES

Maria Oderlânia Torquato Leite ¹
Francisco Roberto Dias de Freitas ²

Resumo

O presente artigo tem por escopo o estudo da normatividade dos princípios. Essa concepção de que os princípios são, pela sua própria natureza, elementos-chaves da normatividade é relativamente recente e desafiadora, uma vez que ela começa a ganhar força com o advento do pós-positivismo. Portanto, a análise proposta por este trabalho visa compreender a maneira pela qual os princípios adquiriram tal característica e, especialmente, o papel cumprido por eles quanto à sua eficácia jurídica.

Palavras-chave: Ciência do direito, Princípios, Normatividade

Abstract/Resumen/Résumé

This article is to scope the study of normativity of principles. View that the principles that are by their very nature, key elements of normativity is relatively new and challenging, as it begins to gain momentum with the advent of post-positivism. Therefore, the analysis proposed by this study aims to understand the way in which the principles acquired such a feature, and especially the role played by them as to their legal effectiveness.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Science of law, Principles, Normativity

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora Adjunta da Fundação Universidade Regional do Cariri – URCA. E-mail: oderlania@yahoo.com.br

² Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental – DINTER PUCPR/URCA. Professor Assistente da Fundação Universidade Regional do Cariri – URCA. E-mail: profrobertodias@gmail.com

I. INTRODUÇÃO

A consciência acerca do papel normativo dos princípios vem crescendo entre os estudiosos do direito, tendo adquirido enorme importância no cenário atual, reclamando dos juristas todo o esforço para garantir a sua aplicabilidade e efetividade. Em qualquer das dimensões do fenômeno jurídico (sua estrutura, seus valores e fins, sua operação concreta), os princípios cumprem papel fundamental.

Os princípios atuam de modo decisivo na dinâmica de ajuste do Direito à vida social, moldando a interpretação da regra jurídica e se associando a ela no processo de sua incidência sobre a realidade dos seres humanos. Seja na antecipação de fórmulas de organização e conduta para serem seguidas na comunidade ou na absorção de práticas organizacionais e de conduta já existentes na convivência social, os princípios desempenham o papel fundamental na ordem jurídica aplicável aos valores mais essenciais do universo do Direito.

O presente trabalho objetiva analisar e explicitar o caráter normativo dos princípios jurídicos. Para isso adentraremos no campo da ciência jurídica para nela, buscarmos o lugar dos princípios e em seguida analisaremos o caráter predominantemente normativo que os mesmos carregam.

II - CIÊNCIA JURÍDICA:

A propagação do saber científico tornou-se o paradigma das sociedades modernas e o *status* científico vem sendo perseguido, sem exceção, por todas as áreas do conhecimento humano. Nesta trajetória, os valores que os indivíduos e os grupos sociais vivenciam cotidianamente e que se realizam e consolidam no meio social caminham paralelamente ao desenvolvimento das ciências.

A origem da filosofia e da ciência diz respeito à admiração do homem perante a natureza e o mundo cultural está não só na origem da filosofia, mas também na atividade científica. Como outrora, também hoje o cientista se defronta com o problema da mudança das coisas e dos homens. Sob a superficial aparência da falha, o homem busca uma consciência interna latente que seja universal e necessária. A ciência nasce como a tentativa de ultrapassar o conhecimento dos fenômenos aqui e agora, em constante mudança, como busca do permanente.

Foi nos séculos XVIII e XIX que com o desenvolvimento das ciências ocorreu o processo de sua separação da filosofia. MICHEL VILLEY(1999:27) afirma que *a partir do início do século XVII a ciência nasceu, autônoma e logo desligada da filosofia, mas ameaçando tomar o seu lugar, a ciência, no sentido moderno da palavra*. Conhece-se seu

triunfo e como elas proliferaram: a matemática, a astronomia, a química e a física(contrária a física da Antiguidade, porque o sentido moderno se limita ao estudo da matéria inerte)etc,. Como o gênero da ciência moderna deveria conquistar novos terrenos, constituíram-se a biologia(as ciências naturais) depois as ciências humanas e sociais: psicologia, economia, história científica, todos os ramos da sociologia, a linguística etc. Sem falar das ciências normativas como lógica ou a estética.

O termo ciência designa um tipo específico de conhecimento, não há, entretanto, um critério único que determine a extensão, a natureza e os caracteres desse conhecimento (FERRAZ JR., 1980 : 9). A ciência ao contrário da filosofia, não busca o conhecimento do universo em sua inteireza, mas se volta a um corte epistemológico que aparta somente um fragmento e neste concentra seu estudo,. Assim, toda ciência possui um objeto próprio e determinado, pois é este objeto que delimitará o método e a técnica utilizados na produção do conhecimento.

A ciência é o conjunto de conhecimento metodicamente adquirido e sistematicamente ordenado, fundado em relações objetivas e que pode ser verificado e comprovado.(HEIDEGGER,1992:103). Se não reunir essas características que são próprias da investigação científica não é ciência, é matéria opinável, isto é, uma questão de opinião.

O cientista tem como principal objetivo encontrar uma teoria que seja pura e abrangente para explicar um determinado fenômeno observado. É através da elaboração das teorias que as pesquisas são realizadas. As teorias são refutadas e testadas até que se identifique a mais coerente. Assim, o conhecimento “constitui o instrumento pelo qual a consciência cognoscente apreende o seu objeto.” (HESSEN, 1964:..27). Seguindo essa linha, JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA disse que “ A ciência é uma teoria do real, é o conhecimento qualificado, e o objeto é a coisa sobre a qual versa este conhecimento qualificado.(1996:42).

De fato, o que a ciência realiza, no âmbito de sua atuação, é exatamente conceber, caracterizando e criando através de interpretações próprias (porém, com escopo de generalização), a melhor explicação de um dado fenômeno particular (natural ou social), em um considerado momento histórico (no qual aspectos culturais, geográficos, organizacionais, etc. necessariamente possuem sua esfera, maior ou menor, de influência).

AGOSTINHO RAMALHO MARQUES NETO (2001:47) falando sobre as teorias científicas considera que estas resultam sempre de um processo ativo de construção. A característica fundamental de uma ciência é a sua a valoratividade, que reside na distinção entre juízos de fato, que representam uma tomada de conhecimento da realidade, cuja

finalidade é apenas informar uma constatação, e juízos de valor, que são uma tomada de posição frente à realidade, de forma a influir sobre as escolhas dos indivíduos.

Também é característica da ciência a sua temporariedade, não é o conhecimento científico definitivo, muito embora busque a permanência. Isto ocorre, tendo em vista que, tanto a técnica como o método evoluem, fornecendo novos subsídios ao estudioso. Quando se coloca em teste uma teoria e ela não corresponde a realidade esperada significa que os paradigmas anteriormente estabelecidos são quebrados para que se possibilite uma explicação mais consistente do objeto em estudo. Isso não poderia ser diferente dada a falibilidade do homem. Embora se busque o conhecimento absoluto do objeto este nunca será alcançado. E esse raciocínio é assegurado pela teoria de KARL POPPER que o conhecimento científico é estigmatizado pelo estatuto da provisoriedade e da aproximação, até enquanto não falsificado.

ARNALDO VASCONCELOS ao comentar sobre o processo científico diz que a ciência, vista fundamentalmente como atividade, é algo da ordem do agir, do fazer. Nesse sentido, é processo, vale dizer, empreendimento desdobrável em diversas fases. Pelo menos quatro: 1) o período inicial da valoração e coleta de dados; 2)aquele concernente à formulação da hipótese ou teoria; 3) o período dedicado à sua refutação, geralmente o mais longo deles; 4) a fase final destinado à elaboração das leis ou normas respectivas, com o qual se conclui o ciclo do trabalho científico.(VASCONCELOS, 2008 : 28)

Embora tendo consciência de que a teoria é quem constitui o objeto do conhecimento e é através dela que se gestam os métodos adequados para a pesquisa, também comungamos do pensamento de que o conhecimento é inconcebível sem a prática. Teoria e prática são movimentos do conhecimento científico que se comunicam porquanto ambos se complementam.

Diz AGOSTINHO RAMALHO MARQUES NETO(1982: 41): *Uma teoria que afaste qualquer possibilidade de vir a aplicar-se, praticamente não passa de um conjunto de proposições vazias de sentido e de utilidades. Por outro lado, uma prática que não seja a expressão e aplicação de conhecimento teóricos é uma prática cega, assistemática, fortuita e, por isso mesmo, ineficaz. .*

De outra parte, mas no mesmo sentido, procuraremos deixar claro o conceito de ciência jurídica, sendo este um dos objetivos do nosso estudo, a expressão ciência jurídica que na nossa compreensão é ciência sinônima de ciência do direito é uma invenção da Escola Histórica alemã, no século passado. Esta Escola empenhou-se em dar a investigação do direito um caráter científico. A expressão *juris scientia* é criação sua, como é seu o mérito de dar-lhe caráter, mediante um método próprio de natureza histórica. A ciência do direito propriamente

ditada nasce em Bolonha no século XI. Com um caráter novo, mas sem abandonar o pensamento prudencial dos romanos, ela introduziu uma nota diferente no pensamento jurídico: sua dogmaticidade. O pensamento dogmático, em sentido estrito, pode ser localizado, nas suas origens, neste período. Seu desenvolvimento foi possível graças a *Littera Boloniensis*, os quais foram transformados em textos escolares do ensino na universidade.

Para REIS FRIED¹ a verdade é que o Direito, como ciência, possui, numa aproximação para fins didáticos, dois diferentes momentos interpretativos. O primeiro, – comum a todas as ciências e que se processa através da tríade fator/valor/norma, – caracteriza um processo tipicamente legislativo de criação da própria norma abstrata. O segundo, – peculiar à chamada ciência jurídica – , desenvolve um processo genuinamente judicial de aplicação efetiva da norma abstrata por meio da caracterização (através de um complexo hermenêutico de mecanismos de interpretação da norma jurídica) da norma concreta (ou efetiva).

Todavia, não obstante a inerente complexidade do assim concebido processo hermenêutico, o Direito, sob o prisma classificatório, não pode se restringir (e de fato não se restringe) a simples designação de ciência social hermenêutica, posto que a denominada ciência jurídica também se caracteriza, de forma diversa das demais ciências, por ser uma ciência particular de projeção comportamental (ou, como preferem alguns autores, ciência de projeção de um mundo ideal (meta do dever-ser) e por ser uma ciência inexoravelmente axiológica (valorativa).

A ciência do direito divide-se em duas partes: a teórica que chamamos de sistemática jurídica e a prática que chamamos de técnica jurídica. O conteúdo de ambas transparece do seu próprio conceito: disciplina que tem por objeto a exposição sistemática de um Direito (parte teórica, sistemática jurídica) e o estudo dos problemas ligados a aplicação do direito. A sistemática jurídica começa por uma tarefa classificadora, porque o Direito se oferece como um aglomerado de regras de conduta que não estão organizadas segundo um esquema lógico. A técnica jurídica é formulação e aplicação. Porque as normas jurídicas são formuladas e aplicadas, há uma técnica para formulá-las, outra para aplicá-las.

Adotamos a classificação da ciência jurídica de OSCAR D'ALVA SOUZA FILHO (2000, p. 21) : descritiva, vez que, além de descrever os fatos e as sanções aplicáveis, e também construtiva, pois está em constante mutação a fim de se adequar às necessidades

¹[http://www.mp.sp.gov.br/\(11\)ODireitocomociência.html](http://www.mp.sp.gov.br/(11)ODireitocomociência.html)

humanas, que mudam continuamente, de acordo com os avanços e retrocessos nas relações sociais experimentados em decorrência da modernidade

III -O DIREITO COMO CIENCIA NORMATIVA

Muito se discutiu se o Direito era realmente uma ciência. Tese amplamente refutada na atualidade contemporânea que entende o Direito como ciência autêntica e autônoma.

Quando analisamos o Direito, temos que ter em conta que estamos diante de um fenômeno social, baseado precipuamente nas necessidades humanas. Daí que torna-se impossível estudar o Direito sem considerar o elemento humano, que com suas necessidades "provocam uma permanente atualização do sistema jurídico baseada na força imanente e transcendente do princípio da Justiça".

A cientificidade do Direito foi discutida sob o prisma de duas vertentes. A primeira identifica o direito como uma realidade humana que faz parte de uma unidade indissolúvel do mundo físico (objeto jurídico) e identifica a ciência do direito como o conhecimento do fenômeno jurídico, o fato mesmo de adesão pela sociedade de sua submissão a um poder/domínio/força que controlaria as distorções da vida em sociedade, um estudo da *captação* da realidade das normas jurídicas, manifestações históricas. A partir do desenvolvimento da ciência do direito nestes moldes, se desenvolveria uma tecnologia do direito, preocupada com a instrumentalização das normas jurídicas; um saber comprometido com uma visão que não vai além da reprodução do direito dominante, o que atualmente se denomina dogmática jurídica.

A segunda vertente atribui como objeto da verdadeira ciência jurídica o estudo das normas, apenas, em tentativa de salvaguardar como científica a atividade prática do jurista. À ciência do Direito não caberia conhecer o direito, saber o que ele é, mas aplicá-lo normativamente, dizendo o que é direito, por meio da interpretação e sistematização dos dados normativos positivados segundo uma linguagem rigorosa.

FÁBIO ULHOA COELHO(1994:16), ao afirmar a existência da ciência do Direito, o faz com assentamento nas seguintes premissas: A doutrina reúne conhecimento de caráter tecnológico e científico. Ao afirmar que determinada norma jurídica dever ser interpretada num sentido, o doutrinador constrói um saber tecnológico, insuscetível de verificação pelos valores verdades/falsidades. Apenas ao examinar as razões pelas quais uma sociedade gerou determinadas normas jurídicas, e não outras, ele desenvolve um conhecimento científico, cuja veracidade ou falsidade pode ser metodologicamente verificada.

O objeto das investigações jurídicas, a norma jurídica, um dado do real, deve ser tratado mediante operações técnicas, como a técnica da legislação, dos regulamentos e das jurisprudências que servem para assegurar aos cientistas do direito que nada hão de procurar fora disto. FERRAZ JR.(2001,: 174). Neste contexto, na modernidade, o objeto das ciências, assim como objeto da ciência jurídica, é um objeto teórico que traduz imediatamente a experiência vivida, *representado* fielmente por uma linguagem representante.

A ciência do Direito como afirma MIGUEL REALE(1992:120) é uma ciência histórico-social que tem como objeto a experiência social na medida e enquanto esta normatividade se desenvolve em função de fatos e valores, para assegurar de maneira bilateral-atributiva, a realização ordenada da convivência humana.

A ciência do Direito, trabalha com fenômenos sociais, aplicando um complexo sistema interpretativo-descritivo de fatos sociais, não limitado à mera valoração dos mesmos, num extenso processo de normas. Indo além da interpretação e revisando a própria norma, concebe segunda norma, desta feita, de natureza aplicativa.

A ciência do direito pretende distinguir-se, via de regra, pelo seu método e também pelo seu objeto. Ela é vista pelos juristas como uma atividade sistemática que se volta principalmente para as normas(positivas, vão dizer alguns). As teorias jurídicas da ciência do direito, como usualmente esta é praticada, não escondem enunciados de natureza prescritiva. Ao expor diversas teorias referentes a um problema jurídico qualquer, o jurista não se limita a levantar possibilidades e, em certas circunstâncias a suspender o juízo, mas é forçado a realizar, por vezes, uma verdadeira opção decisória. Isto porque sua intenção não é apenas conhecer, mas também conhecer tendo em vista as condições de aplicabilidade de norma enquanto modelo de comportamento obrigatório.(FERRAZ JR, 2010:14)

A verdade é que o Direito, como ciência, possui, numa aproximação para fins didáticos, dois momentos que transita. Num primeiro, assim como as demais ciências, e tendo como estrutura o trinômio fato/valor/norma, constitui o processo legislativo de concepção da norma *in abstratum*.

Noutro momento, podemos dizer, exclusivo e inerente à Ciência Jurídica, há o processo de efetiva aplicação do material abstrato, através da identificação da norma concreta ou efetiva.

Sob o prisma classificatório, não pode, o direito, se restringir (e de fato não se restringe) a simples designação de ciência social hermenêutica, posto que a denominada ciência jurídica também se caracteriza, de forma diversa das demais ciências, por ser uma ciência particular de projeção comportamental (ou, como preferem alguns autores, ciência de

projeção de um mundo ideal (meta do dever-ser) e por ser uma ciência inexoravelmente axiológica (valorativa).

Para REIS FRIEDE(1999: 42) o Direito se caracteriza, sob o prisma hermenêutico, como uma ciência de "duplo processo interpretativo" (ou sobre-interpretação), igualmente se processa como uma ciência de valoração factual ampliada, ou mesmo de "sobre valoração".

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO(2008: 726) ao falar sobre a epistemologia jurídica enquanto teoria da ciência do direito diz pressupor o estabelecimento de um conceito de direito. E arremata esclarecendo que também é o que se faz no direito, com uma peculiaridade em relação as ciências – pelo menos aquelas modernas, pois se o direito também o for, penso que é uma ciência antiga.

IV - OS PRINCÍPIOS PARA A CIÊNCIA DO DIREITO : ESTABELECENDO AS BASES

O atual momento metodológico da teoria normativa e sobretudo do direito acentua, sobremaneira, a necessidade, e nos parece razoável, de se analisar doravante o conceito de princípios e dentre eles o mais adequado para o estudo em referência.

Como recurso lógico comum a todas essas inflexões por que passam a filosofia e teoria jurídicas contemporâneas, exsurge o primado de se investigar o caráter normativo dos princípios. No entanto, existe a ausência de um aporte filosófico-dogmático definitivo acerca da teoria dos princípios. O estatuto epistemológico dos princípios jurídicos ainda está em gestão, e os mais significativos avanços advieram da hermenêutica constitucional contemporaneamente erigida. Com efeito, apesar dos recentes esforços da doutrina na depuração teórico-dogmática daquilo que se convencionou chamar de princípio jurídico, ainda há muito por se produzir, principalmente no que diz respeito ao seu conceito para a ciência do direito.

O dicionário brasileiro da língua portuguesa aponta várias acepções para a palavra princípio – momento em que alguma coisa tem origem, origem, começo, causa primária, elemento predominante da constituição de um corpo orgânico – todos os significados atribuídos a esta palavra trazem a idéia daquilo que serve de base a alguma coisa, sem, no entanto, estabelecer uma definição aplicável ao campo jurídico. Princípios designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam (ESPINDOLA, 2002 : 53).

Na nossa compreensão princípios jurídicos significam os referenciais básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito.

Entretanto, para uma contemporânea definição de princípio, necessário remontar a 1956, com JOSEF ESSER. Os princípios são aquelas normas que estabelecem fundamento para que determinado mandamento seja encontrado. Para ele os princípios, ao contrário dos outros tipos de normas (regras), não explicitam uma ordem, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem. (ESSER, 1961: 40).

Segundo KARL LARENZ (1997: 474) para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é a conexão entre hipótese de incidência e uma consequência jurídica.

LUIS DIEZ PICAZO seguindo o pensamento do jurista espanhol F. de Castro declara que os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade. (BONAVIDES, 2006: 258).

Coube ao jusnaturalismo escolástico, através de Tomás de Aquino elevar os princípios gerais de direito a autoridade de fonte formal do ordenamento jurídico. A chamada Escola Espanhola de direito natural, incorporou a formulação aquiniana, transmitindo-a, no bojo da teoria geral do direito internacional público aos tempos modernos.

Os princípios têm a responsabilidade, na ciência jurídica, de organizar o sistema e atuar como ponto de partida para todo o ordenamento jurídico. Servem como base no sistema jurídico, fazendo com que diversas normas sejam fundamentadas, estruturadas e compreendidas. Seriam pensamentos diretores, nas quais os institutos e as normas vão se apoiar e fixar, ajudando a consolidar e interpretar normas.

Mas, como ponto de partida, princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subseqüentes, sendo o alicerce, os fundamentos da ciência. Os princípios podem ou não estar expressamente escritos no ordenamento jurídico, muito embora em sua maioria não estejam. Eles informam, orientam e inspiram preceitos legais por dedução e podem deles ser extraídos, via raciocínio indutivo, mas com as regras não se confundem.

À concepção do ordenamento como contendo princípios e que tais princípios sejam normas são levantadas sérias objeções. Autores como GRAU (1998:150) assim se posiciona: A objeção fundamental é que os princípios são exigíveis não por serem eles mesmos dotados

de capacidade normativa,mas porque são aplicados pelo juiz e, assim, se respaldam em uma decisão fundada na força da coisa julgada.

Um ponto delicado quanto a diferença entre princípio e norma é o concernente à sua incidência. Princípio não descrevem suportes fáticos para sua incidência(não tem prótese), nem discriminam os respectivos efeitos(não tem apódose), tudo ao contrário do que acontece com as normas. Estas pretendem ser instruções sobre o modo como se aplicam os princípios tem um âmbito de eficácia e uma cominação implícita de nulidade, o que se explica seja visto, por alguns, como uma norma “de grande generalidade”. Por isso convém sublinhar a irreduzibilidade dos princípios.

A norma distingue-se dos princípios porque contém uma regra, instrução, ou imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questões...Os princípios são núcleos de condensação nos quais confluem bens e valores constitucionais. (CANOTILHO, 1991:49).

Para o direito continental a norma jurídica distingue-se do princípio jurídico não pelo seu nível de abstração, mas pela determinabilidade do evento material a que se aplica. O princípio surge, face à clausula geral, não como diretiva determinada ou determinável, mas como seu fundamento, critério e justificação. FRIEDRICH MÜLLER apud CUNHA(2006: 55).

Das lições de AGOSTINHO DO NASCIMENTO NETTO, no Artigo *Princípios Constitucionais*(2001: 5) apreendemos que longo e penoso foi o caminho percorrido pelos princípios para que lhes fosse reconhecida a cogência, mas atualmente não existe mais espaço para os que não lhes reconheçam a normatividade.

Os princípios, antes da chegada dos códigos, não passavam de fonte secundária de interpretação, com a positivação em regras por eles informadas os princípios deram um verdadeiro salto qualitativo e acabaram aportando nas Constituições, aumentando, significativamente, a importância e o prestígio, segundo registro de PAULO BONAVIDES(2006:259)

Foi o Código Civil austríaco datado de 1810 o primeiro a recomendar a utilização dos princípios gerais de direito, denominados na ocasião de princípios do direito natural. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC) de 1917 e a LICC de 1942 trouxeram os princípios gerais de direito para o nosso ordenamento jurídico. Nos termos destas legislações que adotaram a doutrina do primado da lei, os princípios gerais de direito ainda se constituíam fonte subsidiária do ordenamento jurídico. Posteriormente, admitidos como fonte formal, advindo, desta feita, vinculatividade, os princípios gerais de direito constituem o canal de comunicação entre a filosofia e a ciência do direito. E ARNALDO VASCONCELOS(2006:

221) afirma: *se sua presença não significa que o ordenamento jurídico é incompleto, pelo menos quer dizer que ele é provisório, no sentido de estar sempre refazendo.*

Partindo dessa "pré-compreensão" de princípio e já distinguindo-os das normas, cumpre agora fazer distinção entre regras e princípios, que é, na atual fase de evolução da Teoria Geral do Direito, objeto de estudo de muitas controvérsias. Apesar da existência de relevantes antecedentes a respeito da distinção entre princípios e regras, a discussão atual encontra seu marco precisamente no famoso artigo de Ronald Dworkin, "O modelo de regras" (*The Model of Rules*), publicado em 1967 e posteriormente incluído na obra "Levando os direitos a sério" (*Taking Rights Seriously*). O objetivo deste artigo era proceder a um "ataque geral ao positivismo" (*a general attack on positivism*), especificamente, em sua "versão mais poderosa" formulada por Herbert Hart. Segundo Dworkin, a teoria positivista de Hart, ao tratar o direito como um sistema formado unicamente por regras, não conseguia compreender o processo de argumentação desenvolvido nos chamados "casos difíceis" (*hard cases*), onde operam normalmente outros tipos de padrões jurídicos distintos das regras propriamente ditas, como os princípios e as diretrizes políticas (*principles and policies*). Os princípios não poderiam ser reconhecidos por meio de um critério formal (*test of pedigree*), como a regra de reconhecimento de Hart, de modo que o modelo de regras positivista deveria ser substituído por um modelo compreensivo de princípios e outros padrões jurídicos.

Dworkin então estabelece uma distinção entre regras e princípios de natureza qualitativa ou lógica (*logical distinction*), com base na orientação diferenciada que cada tipo de norma fornece para as decisões jurídicas. Com este artigo Dworkin provoca uma ampla discussão internacional acerca da qualidade de norma jurídica aludida aos princípios, suscitando, assim, um "ataque geral contra o positivismo" (*general attack on positivism*), como bem lembra LUÍS AFONSO HECK (2003: 54). Nas palavras do autor norte-americano, os princípios desempenham um papel fundamental na argumentação de sustentação das decisões judiciais (Dworkin, 2002: 45). Dworkin argumenta que, ao lado das regras jurídicas, há também os princípios. Estes, ao contrário daquelas, que possuem apenas a dimensão da validade, possuem também uma outra dimensão: o peso.

A teoria dworkiniana renovou temas centrais como a relação entre direito e moral, a criação judicial do direito, a argumentação jurídica, a tipologia das disposições normativas, trazendo assim novos enfoques para as teorias que intentaram superar a dicotomia jusnaturalismo e positivismo e seus reducionismos teóricos.

Robert Alexy introduziu suas teses no artigo "Sobre o conceito de princípios jurídicos" publicado em 1979, no qual, apontando os defeitos da teoria de Dworkin, tomou-a como base

para uma reformulação da distinção entre princípios e regras. Alexy parte de um pressuposto semelhante ao de Dworkin: o de que a distinção entre princípios e regras é uma distinção qualitativa e não de grau. A tese fundamental da teoria dos princípios, e que representa a principal evolução de Alexy em relação a Dworkin, está na caracterização dos princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Segundo Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização.

Pois bem, ante os conceitos definidores acima expostos de autores que separaram a idéia de princípio da de regras, corroborando do mesmo pensamento trazemos aqui que a palavra princípio conota a idéia de “mandamento nuclear de um sistema”, utilizando celebre conceito CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO(2000: 230), em lição que já se torna clássica diz que Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes formas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.(...)Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos.

E PAULO BONAVIDES(2006:230) chega a conclusão de que : *Em resumo, a teoria dos princípios traz 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 espécie diversificada do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a tal hegemonia e preeminência dos princípios.*

Pois bem, o que é importante assinalar, a despeito da multi acepção e dimensionalidade do sentido da palavra, é que, no atual estágio de evolução da ciência do Direito, os princípios jurídicos, em qualquer ângulo em que se coloque o jurista ou operador

do direito, caracterizam-se por uma normatividade forte e predominante, podendo ser encontrados explicita e implicitamente, nos códigos(desde 1916) na Constituição Federal e demais legislações. “Tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor uma obrigação legal”, na sugestiva passagem de RONALD DWORKIN. E mais: “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma [rectius, regra].

V - O CARÁTER NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Chegamos ao ponto central do nosso estudo que é destacar a normatividade dos princípios dentro do ordenamento jurídico, enfatizando sua finalidade. No tópico anterior já buscamos saber o conceito de princípio com o qual estabelecemos a base para o nosso propósito.

Inicialmente, convém, dizer que ESSER apud BONAVIDES(2006: 271) reconhece que o princípio atua normativamente, é parte jurídica e dogmática do sistema de normas, é ponto de partida que se abre ao desdobramento judicial de um problema.

Para BONAVIDES(2006:259) a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na fase jusnaturalista os princípios eram tomados como axiomas jurídicos, normas estabelecidas pela reta razão, que tinham como principal meta atingir o conceito de bem. Nesta fase os princípios habitavam uma esfera ainda por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça. Tal ideia foi combatida pelo segundo momento a fase do positivismo legalista (séc. XIX e XX), com a Escola da Exegese, onde os princípios eram considerados fontes meramente subsidiárias, com a função integradora ou programática supraleais, o que ocasionou um esvaziamento da sua função normativa e provocou a separação entre o Direito e a moral. Na terceira fase, o pós-positivismo, que corresponde às últimas décadas do século XX, surge a força normativa autônoma e preponderante dos princípios, servindo de pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, retomando a racionalidade prática no Direito.

A utilização dos princípios estava circunscrita a uma situação de lacuna normativa, como dispõe o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil: “quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

O que aconteceu neste período chamado, por alguns doutrinadores de pós-positivista, dentro das várias reflexões, mudanças no modo de pensar e fazer o direito, encontrou-se a supervalorização dos princípios como a redenção de uma hermenêutica fechada, postura denominada, por fins metodológicos, de principialismo.

Dessa maneira, o que se assistiu, deste o período posterior a Segunda Guerra Mundial até a contemporaneidade, foi uma ascensão do papel dos princípios nos ordenamentos jurídicos.

Como já exposto, inicialmente, os princípios apresentavam valor subsidiário, sendo acessados somente em casos de obscuridade da lei. Depois, assumiram o mesmo nível de vinculação das regras.

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindo dos textos religiosos, filosóficos e jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta.(...) O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade.

O professor ARNALDO VASCONCELOS(2006: 218) situa o estudo dos princípios gerais de direito e situa com uma dificuldade a mais: *apesar de terem positividade não constituem normas jurídicas*.

E adiante, em sua obra, Teoria da Norma Jurídica, o autor supra explana seu posicionamento sobre a normatividade dos princípios: *"Os princípios gerais de Direito, nada obstante sua força vinculante(LICC, art. 4º), não são, contudo, normas jurídicas no sentido formal, tanto que lhes falta a segunda parte, a perinorma. Podem ser, e, na verdade, são eles veiculados através de quaisquer espécies de normas, constituindo conteúdo seja da lei, do costume, da jurisprudência ou da doutrina. São normas pela metade, incompletas, mas, em todo caso, normas. Essa, sua peculiaridade irresistível. Há exagero positivista, inadmissível, quando se diz que tais tipos de normas, a exemplo dos textos constitucionais onde se proclamam os direitos e garantias do indivíduo, constituem apenas declarações políticas, afirmações doutrinárias, aspirações ideológicas ou coisas do mesmo jaez (...) "não representa mera aspiração ideológica (...), mais do que isso: uma norma jurídica iguais às outras, sem mais, nem menos, tanto que não lhe falta a possibilidade de sancionamento".(2006:221)*

E complementa, o autor cearense: para vincularem eficazmente, não necessitam os princípios gerais de direito ter autonomia normativa.(2006: 222)

Para falar sobre normatividade dos princípios retornaremos a Dworkin que em nossa opinião é o expoente principal da distinção entre princípios e regras. Ele introduziu a distinção

no capítulo 2 do *Taking Rights Seriously* - Levando os direitos a sério – em que distinguiu as regras postuladas, canônicas, aplicáveis, do tipo tudo-ou-nada, das normas que operam como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Ofereceu como exemplo de princípio jurídico que “nenhum homem pode lucrar com seu próprio erro.” e “ o princípio da liberdade de contrato : os tribunais devem examinar contratos de compra e venda para verificar se os interesses do consumidor e do público são tratados justamente; e os tribunais não se permitirão ser usados como instrumentos de desigualdade e injustiça.”

Ronald Dworkin voltou-se contra o positivismo, valendo-se da conexão Direito/Moral, e, refazendo sua concepção, concluiu que os problemas da ciência do direito são problemas de princípios morais. A teoria do direito é uma interpretação da prática social, o pensamento casuístico a partir de um problema. Dessa postura resultou a elevação conceitual da norma à categoria de gênero, do qual o princípio e a regra são espécies.

Das reflexões de Dworkin infere-se que um princípio aplicado a determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva.

É interessante registrar que após o capítulo 4 do *Taking Rights Seriously* - Levando os direitos a sério - Dworkin deixa claro que os princípios que lhe interessam são, nitidamente princípios jurídicos e não necessariamente morais. Em um sistema jurídico maduro e decente, deveríamos esperar uma sobreposição significativa entre as classes dos princípios jurídicos e morais, mas nenhuma identidade entre elas ou subordinação de uma à outra.

Durante todos os seus escritos posteriores ao capítulo supra referido(4), Dworkin já reconhecia a juridicidade/normatividade dos princípios, distinguindo-os dos princípios jurídicos de princípios morais. Dworkin distingue os princípios jurídicos dos princípios morais afirmando que os princípios jurídicos são princípios que justificariam a maioria do Direito positivo além de um nível de limiar(imperioso) – e são moralmente os melhores princípios dentre os princípios possíveis que atingem ou ultrapassam o limiar de “ ajuste”.

A teoria desenvolvida por Robert Alexy, baseada nos conceitos de Dworkin, surge da necessidade de métodos específicos de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, dada a vagueza das suas formulações. É importante registrar que, a partir deste momento, os princípios geram direitos e se tornaram predominantes, alcançando, embora de forma divergente, o patamar da normatividade(ALEXY, 2008 : 87). Robert Alexy concebe a teoria dos princípios considerando que norma é o gênero, do qual são espécies as regras e os princípios. Ambos dizem o “dever-ser” sendo expressados por termos deônticos, prescrevendo proibições ou permissões. A diferença de princípios e regras é portanto

diferença entre duas espécies de normas. Como as regras contêm desse modo estipulações no espaço fático e jurídico do possível, isto significa, segundo ele, que, então existe aí, entre as regras e os princípios, distinção qualitativa e não de grau e que toda norma é regra ou princípio.

Na lição de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, as regras “possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais - prossegue o autor -, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente.

Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, in abstracto, antinômicos entre si.

Já no século passado, JEAN BOULANGER, que, segundo PAULO BONAVIDES, foi o mais insigne predecessor da normatividade dos princípios, foi o primeiro a fazer estudo analítico e classificatório sobre tipos e variedades de princípios de direito, dizia: “Há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância, mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocábulo é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio (...) o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicação. E arremata: a verdade que fica é a de que os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva.” (BONAVIDES, 2006 : 288)

BONAVIDES(2006: 288) nos traz como arremate em sua obra quando fala da normatividade dos princípios que : *Tudo quanto escrevemos fartamente acerca dos princípios, em busca de sua normatividade, a mais alta de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica, se resume no seguinte: não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas , mas entre regras e princípios, sendo as normas gênero, e as regras e os princípios a espécie.(...) e complementa: a essa altura, os princípios medem normativamente,*

ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra.

Por fim, tanto as regras quanto os princípios são necessários à composição do sistema jurídico. Realmente, considerando que a Constituição é um sistema de normas, e que alguns princípios, doravante, são peremptoriamente normas de hierarquia constitucional, não há mais como negar o seu caráter jurídico e vinculante, impondo, por esse motivo, a sua observação, densificação e concretização pelos três poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) e, por que não dizer, pela própria sociedade, que, longe de querer adentrar em discussões jusfilosóficas, é a principal destinatária das normas jurídicas.

Concretizar o princípio, seguindo a lição de CANOTILHO, é fazer com que ele chegue até a norma de decisão, ou seja, é fazer com que o princípio “construa” a norma jurídica concreta, passando de normas generalíssimas abstratas (dos textos normativos-constitucionais) a normas concretas de decisão (contextos jurídicos-decisionais).

Percebemos que os princípios jurídicos são uma parte bem delimitada do direito que pode ser validamente adotados como o objeto da ciência do direito, inclusive por serem concebidos como normas que comportam uma série indefinida de aplicações, por fim, como normas dotadas de capacidade expansiva.

É interessante trazer à baila o reconhecimento que os princípios jurídicos ganharam nos ordenamentos jurídicos principalmente por parte das Constituições contemporâneas que os abarcaram, pois dotados de um elevado grau de normatividade, caso típico é a Constituição de 1988 que “positiva” este entendimento quando afirma que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (§2º, do art. 5º).

VI - CONCLUSÃO:

Partindo das premissas fixadas neste estudo, chegamos à conclusão de que o sistema jurídico, composto por normas organizadas de forma hierárquica deve ser substituída por um modelo de sistematização circular, complexo e gradual, possuindo os princípios um papel significativo, pois possibilita uma visão ampliada dos casos concretos, proporcionando uma solução mais adequada através de uma metodologia sistematizada.

Os princípios integram o Direito, nele exercendo distintas funções. Trata-se da *função interpretativa*, *normativa subsidiária* (ou supletória) e *função normativa própria* (ou função normativa concorrente). Ao estabelecermos a função fundamentadora dos princípios significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas

jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) estaria também presente nos princípios de Direito. Ao estabelecer a função normativa aos princípios, significa dizer que eles não sendo normas (pelo menos no sentido formal), possuem caráter de normas. Teriam, pois, os princípios, apenas, caráter normativo.

Também, é o que afirma VASCONCELOS(2006:221) *Os princípios não são normas no sentido formal(...) podem ser, e, na verdade, são eles veiculados através de quaisquer espécies de normas, constituindo conteúdo seja da lei, do costume, da jurisprudência ou da doutrina. São normas pela metade, incompletas, mas, em todo caso, normas. Essa, sua peculiaridade irresistível.*

Os princípios saltando dos códigos para as constituições, amplifica a sua importância e exige melhor instrumental intelectual para sua correta aplicação.

VII - BIBLIOGRAFIA:

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo:Malheiros, 2008.

_____. Teoria da Argumentação Jurídica: A teoria do discurso racional como teoria de justificação jurídica. Trad. Zilda HutchinsonSchil Silva. 3. ed. São Paulo: Landy, 2008.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10 ed. Brasília: UnB, 1999.

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

_____. Constituição e Normatividade dos Princípios: Discursos e Prefácios. São Paulo: Malheiros, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes Canotilho. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. _____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. 4ª ed. São Paulo: Saraiva,1994.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESSER, Josef. Principio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Barcelona: Bosch, 1964.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. II:04; II:06; II:09

FRIEDE, Reis. Ciência do direito, norma e interpretação e hermenêutica jurídica. 7ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da ciência Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Notas para uma epistemologia jurídica dos direitos fundamentais (na constituição federal brasileira de 1988 por ocasião dos seus vinte anos) revista eletrônica de direito e política. Programa de pós-graduação em ciência jurídica da UNIVALI em Itajaí. V. 3 nº 3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em www.univali.br.

HEIDEGGER, M. Introdução à Metafísica. Tradução e notas Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1978.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MARQUES NETO. Agostinho Ramalho. A ciência do Direito: conceito, objeto e método. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, s.d..

PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA. José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Atlas, 1996.

SAMPAIO FERRAZ JR., Tercio. A ciência do Direito. 2ª ed.. A ciência do direito. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA FILHO, Oscar D'Alvia Ensaio de filosofia do direito : (temas gregos, medievais, modernos e atuais, Fortaleza, CE : ABC Edições, 2000.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da Norma Jurídica. 3ª ed. - São Paulo, Malheiros. 2008.

VILLEY, Michel. Filosofia do Direito", Martins Fontes – 2003 – São Paulo),
_____. Villey, Michel. La Formation de lapensée
juridiquemoderne, PUF, Paris, 2003.