

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

VINICIUS FERNANDES ORMELESI

**A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS ANTE A TRANSFORMAÇÃO
HISTÓRICA DOS SISTEMAS JURÍDICOS**

FRANCA

2013

VINICIUS FERNANDES ORMELESI

**A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS ANTE A TRANSFORMAÇÃO
HISTÓRICA DOS SISTEMAS JURÍDICOS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

FRANCA

2013

Ormelesi, Vinicius Fernandes

A normatividade dos princípios ante a transformação histórica dos sistemas jurídicos / Vinicius Fernandes Ormelesi. –Franca : [s.n.], 2013
139 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Carlos Eduardo de Abreu Boucault

1. Princípios gerais do direito. 2. Direito - Filosofia. 3. Direito – Historia. I. Título.

CDD – 340.1

VINICIUS FERNANDES ORMELESI

**A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS ANTE A TRANSFORMAÇÃO
HISTÓRICA DOS SISTEMAS JURÍDICOS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente _____

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____ de _____ de 2013.

*Dedico este trabalho aos meus pais, ao meu
irmão e à minha namorada.*

AGRADECIMENTOS

Ao findar uma etapa, há sempre muitos para agradecer, “nenhum homem é uma ilha” e as pessoas que menciono aqui são todas fundamentais para a realização deste trabalho, se cheguei até este ponto é por causa delas.

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus, pela graça que nunca me faltou e a Nossa Senhora, pela constante intercessão.

Aos meus pais, José Luiz e Jersoli, pelo amor e pela confiança depositada em mim e ao meu irmão, Marcelo, pelo afeto e carinho sempre presentes.

À minha namorada, Ana Luiza, minha pequena, pelo amor sempre sincero, que passou comigo as agruras do trabalho e forneceu o estímulo sem o qual seria impossível chegar aonde cheguei.

Aos meus avós e familiares pela ajuda e pelo respaldo e também aos pais da Ana, por terem sido meus pais em Franca.

Aos meus amigos pela camaradagem. O Fabio, pela amizade e companhia, pelos esclarecimentos de metodologia da História e pelas fontes fornecidas. Leandro e Bernardo, pelo incentivo, Adriano, Naiara e Lívia, pelo apoio, Andréia, pelo companheirismo, Conrado, pela amizade e Henderson e Marcela por me instigarem a prestar o processo seletivo nos idos de 2010.

Agradeço também ao Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault, meu estimado orientador, que soube me conduzir com sabedoria, além do zelo e da paciência que teve comigo.

Aos meus colegas de Mestrado, Henrique, Bárbara, Vitor Hugo, Sandor, Naiara e Vinicius, pelo coleguismo nesses anos todos.

Aos meus alunos e colegas de docência do Cursinho da UNESP e da Faculdade de Educação São Luis de Jaboticabal pelas trocas de saberes.

Ao corpo docente e aos funcionários da UNESP, campus de Franca, em especial às professoras Yvete Flávio da Costa, pela amizade e pelo carinho, e Helen Barbosa Raiz Engler, pela afetividade e ao funcionários Mauro pela ajuda e gentileza sempre dispensadas e Laura pela atenção e presteza.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pela bolsa e auxílios concedidos.

*“Iuris praecepta sunt haec: honest vivere,
alterum non laedere, suum cuique tribuere”*

*Ulpianus
(Digesta 1,1,10)*

(Os preceitos do direito são viver honestamente, não
lesar a ninguém, dar a cada qual o que é seu. Ulpiano,
Digesto, 1,1,10)

ORMELESI, Vinicius Fernandes. **A normatividade dos princípios ante a transformação histórica dos sistemas jurídicos**. 2013. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

RESUMO

O presente trabalho estuda os princípios jurídicos enfocando suas origens no contexto das transformações históricas dos sistemas jurídicos ocidentais (romano-germânico e anglo-saxão) a partir do prisma da normatividade. Evidencia as diretrizes fundamentais e mantenedoras destes sistemas de forma a obter uma idéia central e convergente dos mesmos com base no método comparativo. Analisa o tratamento dispensado aos princípios no Direito no transcorrer da construção do pensamento jurídico, propiciando as bases teóricas indispensáveis à ciência à luz do contexto histórico. Precisa o conceito jurídico de princípio e sua importância para os ordenamentos, com base na teoria dos sistemas jurídicos. Sob o aspecto da origem, do conceito e da aplicação, a fim de esmiuçar sua posição no ordenamento jurídico, sua essência e sua necessidade, o trabalho diferencia a juridicidade da normatividade dos princípios. Estabelece diretrizes epistemológicas à concepção jurídica de princípio. Propõe uma categorização dos princípios que satisfaça as necessidades teóricas e metodológicas do Direito. O estudo constata a origem dos princípios jurídicos nas formulações pré-sistemáticas do Direito, identificados com máximas morais, preceitos de sabedoria e fórmulas da casuística consagradas nos costumes dos juízes. Entende como crucial a contribuição do jusnaturalismo à construção do pensamento sistemático do Direito e mostra a relevância da mudança de paradigma desencadeada pelo positivismo. Revela o ápice do positivismo com a teoria normativista e critica os chamados pós-positivismos. Assume a necessidade do clareamento entre valor, regra e princípio. Percebe a importância da classificação dos princípios. O trabalho ainda conclui pela unificação da norma em princípios e regras no momento decisório e pela existência de pelo menos três modalidades de princípios no Direito.

Palavras-chave: construção histórica do direito. sistemas jurídicos. princípios jurídicos. normatividade.

ORMELES, Vinicius Fernandes. **La normativité des principes en face de la transformation historique des systèmes juridiques**. 2013. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

RÉSUMÉ

Le présent travail étudie les principes juridiques en se concentrant sur ses origines dans le contexte des transformations historiques des systèmes juridiques occidentaux (romano-germanique et Anglo-Saxon) du prisme de la normativité. Il met en évidence les orientations fondamentales que les maintiennent afin d'obtenir une idée centrale et convergente de ils mêmes basé sur la méthode comparative. Il analyse les principes de traitement en droit lors de la construction de la pensée juridique, fournissant les bases théoriques essentielles à la science à la lumière du contexte historique. Il précise le concept juridique de principe et son importance pour les cadres, basé sur la théorie des systèmes juridiques. Sous l'aspect de l'origine du concept et la mise en œuvre, afin d'examiner sa position dans le système juridique, son essence et sa nécessité, il différencie juridicité de la normativité des principes. Il établit des lignes directrices épistémologiques à la conception des principes juridiques. Il propose une catégorisation des principes qui satisfait les exigences théoriques et méthodologiques du droit. L'étude révèle l'origine des principes juridiques dans les pre-systématiques formulations du droit, identifiées avec les maximes morales, préceptes de sagesse et de formules sur le matériel contenu dans les coutumes des juges. Il comprend comment cruciale la contribution du droit naturel à la construction de la pensée systématique du droit et montre l'importance du changement de paradigme déclenché par le positivisme. Il révèle le positivisme et son point culminant avec la théorie normativiste et critique des soi-disants post-positivismes. Il suppose la nécessité de blanchiment entre les concepts de valeur, de règle et de principe. Il se rend compte de l'importance de la classification des principes. Le œuvre conclut par l'unification des normes dans les règles et principes dans le moment de prise de décision et par l'existence d'au moins trois types de principes de droit.

Mots clés: construction historique du droit. systèmes juridiques. principes juridiques. normativité.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 O PENSAMENTO JURÍDICO EM SUA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA	13
1.1 Método histórico.....	13
<i>1.1.1 Metodologia da História</i>	<i>16</i>
<i>1.1.2 Aplicação da metodologia da História ao direito</i>	<i>22</i>
1.2 Direito na história: formantes históricos do pensamento jurídico	25
<i>1.2.1 Pensamento jurídico-filosófico</i>	<i>26</i>
<i>1.2.2 Configuração histórica da metodologia da ciência do direito.....</i>	<i>39</i>
<i>1.2.3 Gênese histórica dos princípios jurídicos.....</i>	<i>45</i>
1.3 Princípios entre o cambiar do pensamento jurídico	46
CAPITULO 2 SISTEMAS JURÍDICOS OCIDENTAIS E COMPREENSÃO SISTÊMICA DO DIREITO	49
2.1 Os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais.....	50
<i>2.1.1 Sistema romano-germânico</i>	<i>52</i>
<i>2.1.2 Common law</i>	<i>56</i>
<i>2.1.3 Pontos de contato, subsistemas e particularidades</i>	<i>61</i>
2.1 A concepção do Direito como sistema.....	63
<i>2.1.1 Teoria do ordenamento jurídico</i>	<i>64</i>
<i>2.1.2 Teoria sistêmica do direito</i>	<i>70</i>
2.3 Princípios jurídicos em sua razão sistêmica.....	78
CAPÍTULO 3 BASES EPISTEMOLÓGICAS DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	81
3.1 A juridicidade dos princípios.....	81
<i>3.1.1 Princípios no mundo natural.....</i>	<i>84</i>
<i>3.1.2 Conteúdo moral dos princípios.....</i>	<i>88</i>
<i>3.1.3 Princípios como fontes do direito</i>	<i>92</i>
3.2 A normatividade dos princípios.....	96
<i>3.2.1 Realidade normativa dos princípios jurídicos.....</i>	<i>101</i>
<i>3.2.2 Normas e conteúdo normativo</i>	<i>105</i>

3.3 Princípios no âmbito do Direito.....	107
<i>3.3.1 Princípios como postulados teóricos do Direito – ontologia jurídica.....</i>	<i>108</i>
<i>3.3.2 Princípios como normas – deontologia jurídica.....</i>	<i>110</i>
<i>3.3.3 Princípios como valores – axiologia jurídica.....</i>	<i>112</i>
<i>3.3.4 Princípios na mecânica do sistema jurídico.....</i>	<i>115</i>
3.4 Uma proposta de principiologia.....	117
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	125
REFERÊNCIAS.....	130

INTRODUÇÃO

As dimensões culturais, nas quais está inserido o direito, possuem hoje um grau de complexidade tamanho, que pretender atingir suas origens ou suas razões históricas é quase impossível. O tratamento do fenômeno jurídico é algo delicado de ser feito, pois o direito, assim como a sociedade contemporânea, passa por um momento de revisão de paradigmas. A ordem tende a ceder espaço à afirmação do ser enquanto unidade individual e livre. Daí o porquê do direito, classicamente um instrumento de manutenção da normalidade, também se vê às voltas com a liquidez da pós-modernidade. Num mundo da cultura do descartável, da informação massificada e da luta incessante pelo progresso (ou pelo que se considera progresso), o fenômeno jurídico pode passar por uma crise existencial.

Se no passado o Estado de Direito representou uma conquista da civilização ocidental, hoje, o Estado muitas vezes atravança o desenrolar de um processo histórico-econômico que ajudou a consolidar nos séculos XVIII e XIX. Também, a reformulação do jurídico, ordinariamente um campo do dever, para um campo do direito (pensado como subjetivo) modifica o paradigma ontológico da juridicidade. Em outras palavras, um direito que antes se baseava em impor obrigações, agora tonaliza a defesa dos direitos individuais e coletivos. Era um direito que primava somente pelo cumprimento dos contratos, e que hoje prima pelo cumprimento das garantias fundamentais. Ou seja, os direitos formais se transformaram em direitos humanos.

Essa mudança se deu, obviamente, não por outro motivo se não através de um longo processo histórico de reivindicações sociais. Primeiro por classes sociais antagônicas, depois por grupos políticos e econômicos, agora por setores da sociedade, cada vez mais massificada e com dificuldade em identificar esses atores. Nisso surge o conceito de difuso, aquilo que é de todos, que cabe a todos defender, mas que não se consegue delimitar quem seja. Logicamente, o mundo do direito não poderia deixar de ser duramente influenciado por tais transformações. Por outro lado, a carga valorativa imprimida ao direito pelo devir histórico reclama uma virada epistemológica.

Nesse sentido, o mais importante baluarte do edifício do direito, o código (notadamente os códigos civis), é lançado ao precipício da história, não suportando a passagem inexorável das areias do tempo. Ele cede lugar à constituição (ou às constituições, pensando-se nos variados países), que assume definitivamente a função de epicentro de um sistema jurídico. Não que a constituição não existisse, mas ela rivalizava com o código. O velho constitucionalismo da organização do Estado, do controle de constitucionalidade formal

e das regras jurídicas, desvanece-se perante o novo constitucionalismo dos direitos fundamentais, das ordens sociais democráticas e dos princípios normativos.

Assim, nesse itinerário textual acerca das mudanças ontológicas nas diretrizes do direito, surgem (ou ressurgem) os famigerados princípios de direito. Fomentado também por uma concepção que prioriza o sentido da norma e não seu aspecto formal, que difere texto e norma e que afasta o clássico método do silogismo, o pensamento jurídico contemporâneo tem se assentado em possibilidades hermenêuticas e não em enquadramentos normativos. As normas gerais e abstratas devem se ajustar às situações específicas e concretas. Como que numa “revolução da equidade”, o direito é “dever-ser” sendo, ou seja, em constante mudança. As recentes teorias só concebem uma norma enquanto norma interpretada e o princípio ganha importância devido à possibilidade hermenêutica que ele oferece.

No entanto, investigar sobre os princípios no Direito é tarefa tormentosa. Implica revolver séculos de transformações culturais, procurando identificar seus reflexos nas instituições, nas leis, nos costumes, no pensamento jurídico, nas decisões judiciais, entre tantos aspectos de modalidades normativas. Notadamente, nenhum estudo teria como se ocupar de todos esses fatores, que beiram a uma história universal. Deste modo, deve-se, de início, estabelecer as fronteiras da análise a ser empreendida por este trabalho.

O primeiro recorte que se impõe é uma questão geográfica. Exclui-se da apreciação o mundo dito oriental, cingindo-se a pesquisa ao direito da civilização ocidental, de matriz greco-romana e inspiração judaico-cristã. Outra vertente epistemológica importante remonta aos aspectos da manifestação desse direito. Assim, são postas, em segundo plano, leis e instituições, por exemplo, para se direcionar a investigação ao pensamento jurídico ocidental. Também, o enfoque temático se direciona para a categoria dos princípios, consubstanciados nas entidades que a doutrina optou por chamar de princípios no decurso dos ciclos históricos do direito.

Este projeto se colmata numa análise histórica, razão pela qual é indispensável um entendimento acerca da História, tanto como consciência humana no tempo, quanto como disciplina especializada. Com isso, mesmo assumindo como um ponto de partida a tese da historicidade do fenômeno jurídico, essa visão precisa ser questionada, ser posta a prova. O método histórico-dialético, que aqui se elege como parâmetro de análise, exige do pesquisador jurídico certo conhecimento de teoria da História, bem como da chamada “história geral”. Trabalhar o direito historicamente importa submeter o jurídico à crítica histórica, procurando-se averiguar as razões históricas da juridicidade. Em outras palavras, compreender como, por que e quando o direito se tornou direito.

Uma empreitada de tal envergadura exige igualmente disposição para se atuar de maneira transdisciplinar. A História, ela mesma, na dimensão contemporânea se preocupa em dialogar com a Sociologia, com a Política, com a Filosofia, com a Economia, não se configurando mais como uma narrativa dos grandes feitos ou das grandes personalidades, mas, sim, uma narrativa da cultura humana nas contingências temporais. Do mesmo modo, o Direito deve se abrir a outras abordagens. O estudo aqui proposto aproxima Direito e História no que se refere ao tema dos princípios jurídicos. A presença dessas unidades conceituais com o nome de princípios no direito é um fenômeno que encontra raízes históricas a serem desvendadas e os motivos de hoje haverem mais ou menos princípios no direito possuem igualmente fundamentações históricas que devem ser estudadas.

É necessário salientar, também, que esses princípios, os quais essa pesquisa visita, encontram-se no sistema jurídico. Não por outra razão, esse trabalho não poderia passar ao largo de tentar compreender a formação desse sistema, situado historicamente, e sua importância central à identificação, ao entendimento e à aplicação dos princípios jurídicos. Essa pesquisa reflete sobre o problema de existirem princípios pré-sistemáticos e princípios sistemáticos no direito, pois o aparecimento, ou o advento do sistema jurídico, marca ainda, talvez, não o surgimento, mas a moderna modulação dos entes principiológicos.

Os princípios normativos se distanciam da consagrada fórmula dos “princípios gerais de direito”, não são mais fontes subsidiárias. Portanto, num cenário como o descrito, quais as nuances delicadas podem ser percebidas entre os princípios jurídicos? Detalhes que os tornam tão complexos apesar de advirem de uma idéia tão simples, a de noção elementar. Como se deve tratar deste tema na realidade atual? Em suma, acatando-se o peso etimológico do termo princípio, sobre eles não há conclusões definitivas a serem firmadas ou conceitos fechados a serem elaborados, mas apenas reflexões provisórias e noções abertas, sob pena de se negar aos princípios o que têm de mais valioso, sua inesgotável fecundidade semântica.

CAPÍTULO 1 O PENSAMENTO JURÍDICO EM SUA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA

Neste capítulo, procura-se apreciar alguns temas de valorosa relevância à compreensão do fenômeno jurídico e da hipótese aqui trabalhada. O parâmetro inicial será uma perspectiva histórica e o objeto primeiro da análise será o pensamento jurídico. Para o desenvolvimento deste estudo, a abordagem procurará demonstrar alguns pressupostos. Primeiro, é crucial lastrear o estudo do pensamento acerca do Direito na história humana. Segundo, é indispensável ter clara a diretriz histórica a ser perseguida, ou seja, faz-se necessário entender como funciona a metodologia histórica e como se trabalha com a historiografia. Terceiro, a investigação de algo tão complexo quanto o direito é sempre difícil de ser engendrada sem alguns cortes epistemológicos, razão pela qual se opta por circunscrever a pesquisa à chamada civilização ocidental e cingir a análise ao âmbito do pensamento jurídico, excluindo as apreciações legislativas, jurisprudenciais e institucionais, ao menos nessa primeira seção.

Assim, cumpre salientar que esse estudo compactua com o ponto de vista de que o fenômeno jurídico se dá numa dimensão espaço-temporal, daí porque se rechaça que seja possível estudá-lo desvinculado da realidade histórico-cultural em que se desenrola. Em suma, nessa etapa o foco se deterá na questão da historicidade do direito. Os objetivos perseguidos nesta fase se referem ao suporte teórico reclamado por um estudo de filosofia e teoria do direito acerca dos princípios jurídicos, procurando desvendar sua natureza, sua presença e sua aplicação no direito além de formular críticas às concepções consagradas e propor caminhos para estudos futuros.

1.1 Método histórico¹

Iniciando esta análise, muito necessário se faz um esclarecimento do que é o método científico, de como ele se emprega na disciplina da História ² quando se especializa em um

¹ Algumas das considerações feitas neste item já foram por nós analisadas em outro momento. Cf. ORMELESI, Vinicius Fernandes. *Ciência e metodologia jurídica: dos princípios científicos à teoria da norma jurídica*. **Revista Espaço Acadêmico**. Maringá, v. 12, n. 136, p. 71-78, set. 2012.

² “No sentido restrito do termo, o método que fundamenta essa fé no caráter científico da história é a técnica de crítica dos documentos escritos. Crítica externa e crítica interna, domínio da paleografia, da diplomacia ou da epigrafia permitem estabelecer ‘cientificamente’ a validade dos documentos e reconstruir os fatos.” DUMOULIN, Olivier. *Método histórico*. In: BURGUIÈRE, André (Org.). **Dicionário das ciências históricas**. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Imago, 1993. p. 538. Saliente-se que essa definição de método é apenas perfunctória. Existem inúmeros caminhos de tratamento da disciplina histórica, encerrando-se essa concepção num paradigma positivista. Apesar de todas as críticas que se possa aventar ao positivismo histórico, um conceito preliminar, mesmo que fundado na égide positivista, cumpre ao menos o papel de elucidar a questão.

método autônomo de uma ciência e como será transportado para outra ciência, inclusive ponderando-se a viabilidade disto. Falar em método significa procurar uma diretriz ou conjunto de diretrizes que tenham o condão de conduzir algo de um ponto de partida a outro de chegada. A própria etimologia da palavra método (do grego *methodos*)³ revela essa nuance apontada, pois se traduziria por caminho. E conjecturar acerca de um método científico, assumindo que História e Direito são ciências, requer certa meditação a respeito do que é ciência e quais são suas formas. Ciência (do latim *scientia* e em grego *epistheme*, conhecimento) está relacionada a formas de saber e de compreender.

Se a trajetória científica tem seu início na questão do método, pode-se dizer ser uma questão que remonta às querelas da separação entre ciência e filosofia, que vai se assoberbar na apropriação pelas ditas ciências naturais do método indutivo delineado pelos filósofos empiristas⁴. Tal método se estriba na ausência de pressupostos, uma vez que retira todas as conclusões da observação criteriosa da realidade, do qual também decorre o conceito de experiência tão presente no vocabulário científico de hoje. Em oposição se encontra o método dedutivo de matriz racionalista⁵, calcado na inferência lógica do silogismo (premissa maior e menor e conclusão) tido como superior por ser lastreado unicamente na razão, embora possa conduzir a conclusões errôneas se imprecisas as premissas.

Essa metodologia científica primordial se refinou em 1935 com a publicação de *A lógica da investigação científica* de Karl Popper, na qual ele introduz o requisito da falseabilidade na pesquisa científica depois de criticar o método indutivo, consistindo na validação das hipóteses mediante refutação, negando que as não contrariáveis possam ser consideradas científicas⁶. Popper também foi o responsável por delinear o método hipotético-dedutivo, sobre o qual a ciência moderna está assentada⁷. Também, não se pode deixar de

³ “Este termo tem dois significados fundamentais: 1. qualquer pesquisa ou orientação de pesquisa; 2. uma técnica particular de pesquisa. No primeiro significado, não se distingue de ‘investigação’ ou ‘doutrina’. O segundo significado é mais restrito e indica um procedimento de investigação organizado, repetível e autocorrigível, que garanta a obtenção de resultados válidos.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962. p. 678.

⁴ O método indutivo foi cultivado pelos filósofos empiristas, principalmente de língua inglesa como Bacon, Hobbes, Locke e Hume. Contudo, é necessário esclarecer que a indução, como forma de conhecimento, já era utilizada por Sócrates em seus diálogos, conforme retratado por Platão.

⁵ O método dedutivo consolidou-se com os trabalhos dos filósofos de pensamento racionalista como Descartes, Spinoza e Leibniz.

⁶ MATTAR NETO, João Augusto. **Metodologia científica na era da informática**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 72.

⁷ Kaplan bem resume em que consiste este método: “[...] o cientista, através de uma combinação de observação cuidadosa, hábeis antecipações e intuição científica, alcança um conjunto de postulados que governam os fenômenos pelos quais está interessado, daí deduz ele as conseqüências por meio de experimentação e, dessa maneira refuta os postulados, substituindo-os, quando necessário por outros e assim prossegue.” KAPLAN, Abraham. **A conduta na pesquisa: metodologia para as ciências do comportamento**. São Paulo: Herder, 1972. p. 12.

mencionar a concepção das teorias científicas como estruturas ⁸, que encontramos em Lakatos (heurística) e em Kuhn (paradigmas e ciência normal). ⁹

Faz-se necessário destacar a clássica distinção entre as ditas ciências descritivas e as chamadas ciências normativas. Neste dualismo, as primeiras seriam estudos do real, no âmbito do ser, sendo ciências propriamente ditas, ao passo em que as segundas seriam estudos do ideal, focadas no âmbito do dever-ser, mais afeitas ao que se denominaria de artes. Contudo, essa posição sofre críticas e merece aprofundamento e discussão maior.

Deve-se ponderar em primeiro plano que mesmo disciplinas descritivas não são apenas investigações do real, pois também objetivam uma validade universal (universais hipotéticos) e tomam a forma de construção racional (teleológica). Todas as ciências partem de um ponto de vista abstrato para proceder ao estudo do objeto, havendo uma tendência de se mesclarem, convergindo o real com o ideal. Essa discrepância presumida entre o mundo da experiência possível e o mundo das coisas em si mesmas não se justifica quando se admite que, para os propósitos práticos, experiência e realidade são a mesma coisa.

Assim, todas as ciências são, em tese, normativas, pois todas partem da interpretação orgânica e unitária da realidade experimental em termos de ideais próprios de regulação. Todas operam com olhares mais ou menos abstratos sempre em uma perspectiva técnica, que se torna normativa de seu próprio procedimento. Se há uma diferença, ela é sutil, possuindo as ciências descritivas um ponto de vista factual, já que explicam a realidade de dentro, ao passo que as normativas possuem um ponto de vista teleológico, pois são propositivas e imanentemente racionais, explicando a realidade de fora. ¹⁰

Não caberia aqui, pelo recorte metodológico que se opta por fazer, questionar a natureza da História como ciência normativa ou descritiva, mas como se verá adiante, ela está, a despeito de não se integrar entre as chamadas ciências naturais, mais próxima das ciências

⁸ Alan Chalmers aponta três motivos para isso: “Mencionamos até agora dois motivos para que as teorias devam ser vistas como estruturas organizadas de alguma espécie: o fato do estudo histórico demonstrar que as teorias possuem essa característica e o fato de que é somente por meio de uma teoria coerentemente estruturada que os conceitos adquirem um sentido preciso. Um terceiro motivo tem origem na necessidade da ciência de crescer. Está claro que a ciência avançará mais eficientemente se as teorias forem estruturadas de maneira a conter em seu interior indícios e receitas bastante claros quanto a como elas devem ser desenvolvidas e estendidas.” CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 112.

⁹ Ibid., p. 123-124. “As abordagens de Lakatos e Kuhn têm algumas coisas em comum. Em especial, ambas fazem a seus relatos filosóficos a exigência de resistirem à crítica da história da ciência. O relato de Kuhn precede a metodologia dos programas de pesquisa científica de Lakatos e acho justo dizer que Lakatos adaptou alguns dos resultados de Kuhn para seus próprios propósitos. O relato de Lakatos foi apresentado em primeiro lugar neste livro porque é visto, da maneira melhor, como a culminação do programa popperiano em uma resposta direta a ele, e uma tentativa de melhorar os limites do falsificacionismo. A diferença mais importante entre Kuhn, de um lado, e Popper e Lakatos, de outro, é a ênfase do primeiro nos fatores sociológicos.”

¹⁰ ALBEE, Ernest. Descriptive and normative sciences. **The Philosophical Review**, Ithaca, v. 16, n. 1, p. 40-49, jan. 1907. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2177577>>. Acesso em: 3abr.2012.

descritivas, já que tem sido encarada por muito tempo como um relato. Em termos de metodologia histórica quase não se questiona a descrição da realidade, mas sim qual realidade descrever ou como descrever essa realidade.

1.1.1 Metodologia da História

Este item procura cumprir a função de apresentar um pouco da teoria histórica ao leitor do trabalho, muitas vezes não versado na ciência histórica, mas também serve ao estudo que se pretende por permitir um embasamento teórico da discussão que se pretende adiante. Depois de se enfrentar a questão do método, cumpre-nos analisar a metodologia (estudo do método) da História ¹¹. A História é o estudo de um fato no tempo, esse fato é um fato humano. O próprio vocábulo em grego (*hístōr*) designa observação ou investigação.¹² A análise e compreensão da história perpassam o entendimento do pensamento histórico que forma a chamada consciência histórica. Essa consciência histórica corresponde às mais variadas situações genéricas da vida humana experimentadas no tempo e interpretadas através dele.¹³ A história como uma ciência procura ser uma realização concreta e particular desse saber histórico. É a forma pela qual os homens se orientam no seu agir e o interpretam a partir da vivência no tempo.¹⁴

O estudo das variadas maneiras de se investigar um fato histórico compreende a metodologia da História. Não há um só método, como se tratará a frente, entretanto a essência do método histórico repousa na apreensão de um fato através de um observador dentro de uma dimensão espaço-temporal. E esse fato se chama histórico já que indica um acontecimento passado e não repetível.¹⁵

¹¹ Não se deve confundir História ou a filosofia da história com Historiografia. Agnes Heller esclarece: “Historiografia (em sentido amplo da palavra a ‘escrita da história’) e a filosofia da história são justamente aquelas objetivações que visam ao entendimento da história.” HELLER, Agnes. **Uma teoria da história**. Tradução de Dilson Bento de Faria Ferreira Lima. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993. p. 69.

¹² FUNARI, Pedro Paulo A.; SILVA, Glaydson José da. **Teoria da história**. São Paulo: Brasiliense, 2008. p. 14.

¹³ “São as situações genéricas e elementares da vida prática dos homens (experiências e interpretações do tempo) que constituem o que conhecemos como consciência histórica. Elas são fenômenos comuns ao pensamento histórico tanto no modo científico quanto em geral, tal como operado por todo e qualquer homem, e geram determinados resultados cognitivos.” RÜSEN, Jörn. **Razão histórica: teoria da história: os fundamentos da ciência histórica**. Tradução de Estevão de Rezende Martins. Brasília, DF: Ed. UNB, 2001. p. 54.

¹⁴ *Ibid.*, p. 55-57.

¹⁵ “Considerado em essência, o chamado método histórico é um processo de conhecimento experimental indireto no tempo ou no espaço, de conhecimento de um fato obtido por intermédio de um outroespírito. [...] Por que esse método foi definido como histórico? Porque no que concerne aos acontecimentos passados - que são produzidos uma única vez e que não se repetem - esse método de conhecimento é o único possível, excetuando-se os fatos constatados pelo próprio historiador.” SIMIAND, François. **Método histórico e ciência social**. Tradução de José Leonardo do Nascimento. Bauru: EDUSC, 2003. p. 27-28.

Como este trabalho é uma pesquisa na área do Direito, parece interessante uma breve notícia acerca do desenvolvimento da História, já que esta apresenta aspectos que o jurista muitas vezes desconhece. Assim, opta-se por fazer-se uma rápida digressão a fim de contextualizar o estudo, trazendo-se algumas nótulas sobre o pensamento histórico e a historiografia. Ressalte-se que isso é feito com pretensão quase didática, já que foge ao escopo do trabalho uma análise pormenorizada acerca da metodologia da História.

Antes da invenção da História já se pensava no sentido do tempo, ligado aos ciclos e gerações. Já havia uma compreensão das ações do homem na contingência espaço-temporal, como se pode notar em passagens de livros religiosos como a Bíblia ou a Torá. Ainda vinculada à arte literária, foi com Heródoto¹⁶ que a história ganhou o sentido de testemunho, de relato racional de acontecimentos através da lembrança, utilizando a escrita em prosa e distanciando-se da epopéia. Depois com Tucídides ela se tornará menos mítica, lastreada em documentos mais do que em testemunhos, buscando-se as causas imediatas de um fato, como a busca de uma verdade num tribunal. Aristóteles dirá na Arte Poética que a História é um gênero narrativo que, procurando no particular e no irrepetível, limita-se a narrar apenas o que aconteceu, não ambicionando explicar o homem ou o mundo. Mais tarde, os historiadores romanos Políbio e Salústio retomarão as propostas principais de Tucídides.¹⁷

Por muitos séculos a maneira de encarar a História não se alterará, ficando resumida a História cristã à linearidade dos fatos culminantes da Bíblia: a criação, a encarnação de Deus e a espera do juízo final. As narrativas assumem um caráter teológico, firmando-se em Deus e em seus desígnios e na busca de valores eternos e intemporais¹⁸. Na modernidade, mesmo com Maquiavel, Voltaire e Vico, a História continuava uma paixão literária, não estando organizada numa ciência nem institucionalizada na universidade.¹⁹

Tal situação somente se altera com o surgimento da Filologia (estudo das línguas). Impulsionando os estudos históricos, inaugura-se o positivismo histórico. Essa situação se posiciona dentro de um cenário de profundas mudanças de paradigmas ocasionadas pela

¹⁶ “A História como a conhecemos é uma criação grega. Se Cícero dizia de Heródoto ser ele ‘o pai da História’, também os intelectuais do Renascimento em diante o diziam e dizem. Tal ponto de partida reconhecido para a História ocidental como disciplina não é algo natural; decorre de uma escolha feita pelos renascentistas.” CARDOSO, Ciro Flamarion. **Um historiador fala de teoria e metodologia**: ensaios. Bauru: EDUSC, 2005. p. 118.

¹⁷ FUNARI, Pedro Paulo A.; SILVA, Glaydson José da. **Teoria da história**. São Paulo: Brasiliense, 2008. p. 18-24.

¹⁸ Chama-se história providencialista a concepção histórica que admite a existência de um tempo ordenado segundo a vontade de Deus e sua interferência (providência divina) na criação. A história narrativa seria aquela preocupada apenas com a transmissão de fatos e registro de acontecimentos. Exemplo disso pode ser citada a história pelas dinastias que era praticada na China imperial. Cf. CRUBELLIER, Maurice. Teorias da história. In: BURGUIÈRE, André (Org.). **Dicionário das ciências históricas**. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Imago, 1993. p. 741.

¹⁹ FUNARI; SILVA, op. cit., p. 25-28.

publicação do *Curso de Filosofia Positiva* de Auguste Comte (1798-1857) de 1830 a 1842, no qual ele altera a epistemologia propondo um conhecimento em etapas: teológico, metafísico e positivo, estando a ciência nesta última fase.

A História positivista ²⁰ pode ser caracterizada pelo “rompimento com a tradição literária” utilizando-se de um “discurso árido e erudito” através do qual se fará a “crítica das fontes históricas em busca da verdade” e a “descrição do que propriamente aconteceu” ²¹. É também a responsável pela institucionalização da disciplina na universidade.²² Como consequência da influência do positivismo na História, pode-se citar a escola metódica ²³ na França na segunda metade do século XIX. Será uma escola fortemente influenciada pela derrota francesa na guerra franco-prussiana em 1870. A investigação histórico-científica observará um rigor metodológico e verá importância capital no documento. ²⁴

A compreensão histórica adquire outra face com a filosofia de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) ²⁵. A partir da *Fenomenologia do Espírito*, ele concebe o ser como um devir, um contínuo vir a ser que se processa dialeticamente na história ²⁶. Essa visão da história como um processo, altera o modelo da narrativa linear, passando a história a ser

²⁰ “O aspecto teórico do positivismo [...] sistematizou o conhecimento com base nas categorias de factos e leis, como elementos fundamentais de qualquer estrutura teórica de conhecimento ou de confronto para caracterizar a tradicional distinção entre factos e teoria. De resto, foi sob este aspecto que o positivismo generalizou os princípios das ciências naturais às ciências sociais [...] Parece que Comte, então, propôs como solução que a história deveria apenas tratar de descobrir e seleccionar factos, para ficar a sociologia com a incumbência de interpretá-los.” SOUSA, Daniel de. **Teoria da história e conhecimento histórico**. Lisboa: Horizonte, 1982. p. 101.

²¹ FUNARI, Pedro Paulo A.; SILVA, Glaydson José da. **Teoria da história**. São Paulo: Brasiliense, 2008. p. 32.

²² Apesar de todas as críticas que se possa fazer ao positivismo, é preciso reconhecer que, à época que ganhou força, ele representou um movimento de ruptura e renovação. Foi o desaguadouro de uma luta contra o místico, defendendo uma concepção antropocêntrica de ciência, que começara nos fins da Idade Média com o humanismo e se arrastara por toda a modernidade até se consolidar na Ilustração. O positivismo nada mais é do que o braço filosófico do pensamento liberal, o ápice do individualismo e da crença num poder absoluto do homem. É um exagero do racionalismo, consiste na deificação da razão humana. Esse homem, deus de si mesmo, deveria então venerar as suas próprias criações, sendo a maior delas a ciência positiva.

²³ Guy Bourd é e Hervé Martin dirão que “l’*école méthodique* veut imposer une recherche scientifique écartant toute spéculation philosophique et visant à l’objective absolue dans le domaine de l’histoire.” BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. **Les écoles historiques**. Paris: Seuil, 1983. p. 137.

²⁴ FUNARI; SILVA, op. cit., p. 42.

²⁵ Hegel coloca a História entre as ciências do espírito. Espírito num significado oposto ao de matéria, que congloba a ação humana e suas paixões, as quais ele considera que assumem sua forma perfeita na figura do Estado. “It must be observed at the outset, that the phenomenon we investigate — *Universal History* — belongs to the realm of Spirit. The term ‘World’ includes both physical and psychical Nature. Physical Nature also plays its part in the World’s History, and attention will have to be paid to the fundamental natural relations thus involved. But Spirit, and the course of its development, is our substantial object.” HEGEL, Georg W. F. **The philosophy of history**. Translation by J. Sibree. Ontario: Kitchener, 2001. p. 30. (grifo do autor).

²⁶ “No cabe desligar la Teoría de la Historia o, si se prefiere, la Filosofía de la Historia, de Hegel, de su Teoría del Espíritu. Como tampoco cabe considerar éstas separadas del adjetivo que mejor califica la concepción hegeliana de la realidad: ‘dialéctica’ [...] Junto a esta imbricación con el momento histórico y su papel en la transformación de la realidad; es propio de la dialéctica un carácter ‘relacional’ y ‘procesual’.” BAU, Carlos S. Olmo. Ética, derecho y política en la filosofía de la historia: Hegel y Marx. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, Madrid, n. 4, p. 125-139, 2000/2001. p. 128.

fruto dos embates entre forças opostas. O modo dialético²⁷ de conceber a realidade de Hegel é que proporcionará o desenvolvimento do historicismo²⁸, movimento que repercutiu particularmente no pensamento jurídico do século XIX. Também, indique-se o papel das contribuições do historicismo para a crítica das idéias metodológicas do positivismo.

É preciso que se mencione a repercussão do pensamento de Karl Marx (1818-1883) na metodologia da História.²⁹ Tendo estudado Hegel e sendo influenciado particularmente por sua fenomenologia e pela sua dialética, Marx fundamentará sua dialética na história universal movida pelo embate de forças, antagonismos de classes que compõem o materialismo histórico³⁰. Seguindo a linha dos Jovens Hegelianos, Marx fará a crítica do idealismo de Hegel e proporá a História como obra das ações humanas no processo histórico, sendo sua objetivação feita através de uma concepção dialética da história (idéia do devir). É igualmente determinante na teoria marxista da história a compreensão do fenômeno econômico, o qual ele identifica como principal motor da dialeticidade histórica. Assim, o materialismo histórico de Marx emprega como metodologia a análise das transformações ocorridas nas relações de produção e distribuição de bens e seus reflexos na sociedade.³¹

A metodologia histórica vai se transformar novamente com os trabalhos de Lucien Febvre e Mark Bloch, representantes da primeira geração da escola dos *Annales* e também com Fernand Braudel, da segunda geração. Em síntese, a escola procurou criticar a história metódica e positivista, construindo um objeto de estudo com importância interdisciplinar.

²⁷ “O mundo para Hegel é o vir a ser do espírito, em que a alienação (estranhamento do homem ao seu meio, espaço em que não se reconhece) é o grande ponto de partida rumo ao desenvolvimento racional e inexorável da história.” FUNARI, Pedro Paulo A.; SILVA, Glaydson José da. **Teoria da história**. São Paulo: Brasiliense, 2008. p. 46.

²⁸ “Entre 1870 e 1920, vários pensadores alemães, Dilthey, Rickert, Simmel, minaram os fundamentos do cientismo na história. Diante do positivismo que identificava objetividade e história científica, sua ‘filosofia crítica da história’, o historicismo, demonstra que todo conhecimento objetivo do passado só se realiza através da experiência subjetiva daquele que o estuda. Além dos matizes teóricos, o historicismo tem o mérito de desvendar a intervenção do historiador na triagem e na organização dos fatos; agindo em nome de uma concepção implícita do mundo, o historiador limita-se a refletir a história de seu tempo.” DUMOULIN, Olivier. *Historicismo*. In: BURGUIÈRE, André (Org.). **Dicionário das ciências históricas**. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Imago, 1993. p. 387.

²⁹ “A teoria da história é uma teoria de lutas de classes, com exceção da comunidade original. E, por sua vez, as classes são interpretadas como grupos de poder puramente econômico. As classes são produtos das relações entre produção e comércio. Estão economicamente condicionadas.” FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do direito**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 170.

³⁰ FUNARI; SILVA, op. cit., p. 47. “À concepção teleológica da história de Hegel se junta, em Marx, um projeto político de libertação da humanidade, no qual o processo histórico se dá fora do mundo das idéias.”

³¹ O termo “materialismo histórico”, todavia não é criação de Marx, mas sim de Friedrich Engels, como parte de uma sistematização da doutrina marxista que se seguiu à sua morte. “Inventando em 1892 o ‘materialismo histórico’ (o *Anti-Dühring* falando mais modestamente de 1878 de ‘concepção materialista da história’), Engels enunciou o que seria uma história ‘marxista’: não tanto uma disciplina construída ao longo da pesquisa empírica quanto a ilustração setorial desse ‘materialismo’ que os trabalhos de Morgan ou dos físicos confirmariam a validade em outros domínios da ciência.” PARIS, Robert. *Marxista (História)*. In: BURGUIÈRE, André (Org.). **Dicionário das ciências históricas**. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Imago, 1993. p. 522. (grifo do autor).

Movimento este que viria a desembocar na chamada Nova História ³², identificada pela fragmentação intelectual derivada do contexto da crise da disciplina e das Ciências Humanas como um todo. A Nova História pretendeu alargar ao máximo os temas de pesquisa, com novas abordagens e novos objetos, além do apego ao estudo das mentalidades (uma História mais antropológica). ³³

Atualmente, pode-se dizer em linhas gerais que o estudo da História orbita em torno de uma postura antipositivista, que rompe com as metalinguagens, na qual se valoriza o objeto de conhecimento numa perspectiva mais filosófica e lingüística. ³⁴ É possível citar ainda o estruturalismo como corrente de pensamento que afetou as ciências entre elas a História. ³⁵

Feito esse breve apanhado do amadurecimento da metodologia histórica, deve-se apontar que está entre as principais preocupações da Historiografia (a escrita da História) a consciência de que o historiador faz parte de seu momento histórico e a leitura que faz dos fatos que investiga é sempre subjetiva e fruto de sua própria interpretação. ³⁶ Em razão disso, Agnes Heller observa que “[...] todas as teorias sugerem ao leitor uma resposta à questão de como e por que algo efetivamente aconteceu.” ³⁷ Assim, a escrita histórica, narrativa por excelência, é sempre uma visão recortada da amplitude do fato efetivamente em si, motivo pelo qual a história é uma perspectiva a partir do olhar que alguém tem em algum momento sobre algum fato. A História investiga a verdade sabendo que nunca a desvendará por completo.

³² Guy Bourd e e Herv e Martin informam que “[...] *le courant novateur n glige l’événement et insiste sur la longue durée; d place son attention de la vie politique vers l’activité économique, l’organisation sociale et la psychologie collective; s’efforce de rapprocher l’histoire des autres sciences humaines.*” BOURD E, Guy; MARTIN, Herv e. **Les écoles historiques**. Paris: Seuil, 1983. p. 171.

³³ FUNARI, Pedro Paulo A.; SILVA, Glaydson José da. **Teoria da história**. S o Paulo: Brasiliense, 2008. p. 65-75.

³⁴ *Ibid.*, p. 76-88.

³⁵ BOURD E; MARTIN, op. cit., p. 264. “*Ainsi se sont définies peu   peu les procédures d’une histoire structurale, qui a su faire siennes les démarches d’ethnologie, de la linguistique et de la sémiotique, pour tenter de parvenir   l’intelligibilité profonde des faits passés, en d ca d’écume des  v nements et du pullulement des destins individuels.*”

³⁶ Conforme esclarece Durval Muniz de Albuquerque Júnior: “O conhecimento histórico   perspectivista, pois ele também   histórico e o lugar ocupado pelo historiador também se altera ao longo do tempo.” ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de. **História: a arte de inventar o passado**. Bauru: EDUSC, 2007. p. 61.

³⁷ HELLER, Agnes. **Uma teoria da história**. Tradu o de Dilson Bento de Faria Ferreira Lima. Rio de Janeiro: Civiliza o Brasileira, 1993. p. 179.

Assim, se a História estuda o homem no tempo³⁸, conclui-se com Albuquerque Júnior que “[...] não devemos reivindicar para a História mais do que seu lugar como saber específico” se, diante das impossibilidades cognoscitivas, “[...] ela jamais será uma ciência capaz de proposições inquestionáveis” nem terá como ser “[...] uma arte com total liberdade de criação.” Isso ocorrendo devido a não se poder “[...] submeter o devir histórico a uma filosofia, a uma razão e explicação unívoca.”³⁹

A existência humana está condicionada ao tempo.⁴⁰ A História se preocupa em apreender e interpretar o sentido da experiência temporal através da consciência histórica. Jörn Rüsen esclarece que “[...] a consciência histórica é o trabalho intelectual realizado pelo homem para tornar suas intenções de agir conformes com a experiência do tempo”⁴¹, é o esforço do homem para dominar a passagem inexorável do tempo, numa tentativa de vencê-lo. O tempo é assim descrito como um obstáculo, como uma barreira ao agir, chamado “tempo natural”, diferente do “tempo humano”, representado pela organização da atividade humana segundo uma ordem cronológica.⁴²

Em última análise, Julio Aróstegui informa que o método historiográfico perpassa pelas fontes de informação, ou seja, a matéria sobre a qual o historiador trabalha, sendo os dados que ele deve recolher para firmar sua pesquisa. Outra peculiaridade do método é sempre estar circunscrito ao tempo, daí porque segue uma ordem cronológica. Também é preciso ter presente que qualquer história é sempre uma história global, uma vez que as atividades humanas se encontram sempre entrelaçadas, problema esse ainda sem solução na História, pois o discurso tende a enfatizar uma ou outra realidade. Além, é claro, da necessária preparação técnica do historiador para manusear e interpretar as fontes que analisa.⁴³

³⁸ Está é uma alusão à definição clássica da História feita por Marc Bloch, como sendo o “estudo do homem no tempo”. Nas palavras dele: “*On a dit quelquefois: ‘l’Histoire est la science du passé’. C’est à mon sens mal parler. [...] ‘Science des hommes’ avons-nous dit. C’est encore beaucoup trop vague. Il faut ajouter: ‘des hommes dans le temps’. L’Histoire ne pense pas seulement ‘humain’. L’atmosphère où sa pensée respire naturellement est la catégorie de la durée.*” BLOCH, Marc. **Apologie pour l’histoire ou métier d’historien**. 6. ed. Paris: Armand Colin, 1967. p. 2-5. (grifo do autor).

³⁹ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de. **História: a arte de inventar o passado**. Bauru: EDUSC, 2007. p. 64.

⁴⁰ Na bela formulação de Paul Ricoeur, quase construída como um adágio: “[...] o tempo torna-se tempo humano na medida em que é articulado de um modo narrativo, e [...] a narrativa atinge seu pleno significado quando se torna uma condição da existência temporal.” RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa**. Tradução de Constança Marcondes César. Campinas: Papyrus, 1994. p. 85. T. I.

⁴¹ RÜSEN, Jörn. **Razão histórica: teoria da história: os fundamentos da ciência histórica**. Tradução de Estevão de Rezende Martins. Brasília, DF: Ed. UNB, 2001. p. 59.

⁴² *Ibid.*, p. 59-60.

⁴³ ARÓSTEGUI, Julio. **A pesquisa histórica: teoria e método**. Tradução de Andréa Dore. Bauru: EDUSC, 2006. p. 94-96.

1.1.2 Aplicação da metodologia da História ao direito

Conciliar esses dois ramos do saber não é uma tarefa eminentemente fácil. Todos aqueles que se dedicam à pesquisa histórica no direito concordariam que esse estudo é feito muitas vezes sem um domínio adequado da teoria da História, quando é feito por juristas ou da ciência do direito quando é feito por historiadores. Trabalhar História e Direito juntos exige ter a disposição de trabalhar de forma interdisciplinar. Há de início, certo desconforto, uma vez que o Direito é visto, na óptica dos historiadores, como um instrumento de condão reacionário ou conservador, enquanto que os juristas encaram a História, a exemplo do que fazem com outras ciências humanas, apenas como ferramenta para seus trabalhos.⁴⁴

Deve-se esclarecer que a influência da História no Direito⁴⁵ pode ser percebida através da escola histórica do pensamento jurídico⁴⁶, do advento do método hermenêutico-histórico na ciência do direito e da presença de uma preocupação constante dos juristas com a história do direito, como disciplina autônoma. O enfoque inicial deste trabalho tomará a escola histórica como ponto de partida.

O historicismo jurídico⁴⁷ tem suas raízes no idealismo de Hegel. O maior expoente do pensamento historicista no meio jurídico foi Friedrich Carl von Savigny (1779-1861).⁴⁸ Segundo ele, o direito que existe se formula a partir da experiência daquilo que foi e sempre

⁴⁴ BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. Perspectiva dogmática e erudição historiográfica: ainda a ausência de senso crítico no estudo do Direito. In: _____ (Coord.). **História e método em pesquisa jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 20.

⁴⁵ “A História do Direito não se reduz a um inventário, nem se limita a erguer e a revolver os antecedentes históricos das instituições ora vigentes [...] Na condição de ciência que é, descreve e revela; pesquisa e esclarece; coordena explicita a vida jurídica de um povo em seus mais variados aspectos [...] é tanto uma ciência histórica, quanto jurídica.” AZEVEDO, Luiz Carlos de. **História do direito, ciência e disciplina**. Osasco: FIEO, 1998. p. 3.

⁴⁶ “A história torna-se no século XIX o instrumento de um saber jurídico reivindicado para e por uma dogmática encarnada em seus peritos. Entrementes, na França pós-revolucionária, onde o legislador colocou no terreno do intemporal um complexo discreto de normas decorrentes de sua vontade, a ciência do direito tornou-se essencialmente exegética.” THOMAS, Yan. Direito. In: BURGUIÈRE, André (Org.). **Dicionário das ciências históricas**. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Imago, 1993. p. 240.

⁴⁷ Tome-se a explicação esclarecedora de Nelson Saldanha no verbete sobre historicismo: “Desde finais do século XIX [...], formou-se a idéia de uma fundamental *historicidade* das coisas humanas, não só a dos impérios e das dinastias de que tratava a historiografia tradicional, mas também a das idéias, dos valores e do próprio ser humano criador de valores e idéias. [...] O historicismo é um modo de pensar que basicamente se refere à condição histórica dos problemas e dos conceitos concernentes ao homem. [...] Para uma consideração filosófica do Direito (ordem, conduta, norma, hermenêutica, experiência), o historicismo representa um perspectivismo.” SALDANHA, Nelson. Historicismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; Ed. UNISINOS, 2006. p. 435. (grifo do autor).

⁴⁸ Savigny, assim como Hegel, considera a história um devir contínuo, na qual a única certeza consiste na transformação. Muito embora compartilhe do idealismo de Hegel, ele se afasta de sua dialética, uma vez que entende que o direito brota espontaneamente nas sociedades como consequência natural da vida em conjunto. Savigny assume assim uma postura romântica, identificando o direito positivo com a emanção ou consolidação do espírito jurídico de um povo.

será ⁴⁹, o constante devir. O direito positivo é, para ele, a consolidação do espírito jurídico de um povo. Savigny procurou refutar as idéias jusnaturalísticas de imutabilidade e universalidade do fenômeno jurídico. ⁵⁰

Como que retomando o pensamento mutacional de Heráclito, Savigny nega que possa haver verdades jurídicas universais e 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 (*volksgeist*) ⁵¹. Assim, os fundamentos do direito, imerso nos domínios históricos, contrastam com as pretensões universalistas, devendo este ser integrado ao contexto social e reconhecido como instável e dinâmico. ⁵²

O pensamento de Savigny se reveste de importância na pesquisa jurídica por ter sido ele o primeiro a considerar a metodologia histórica no entendimento do Direito e na interpretação das leis. ⁵³ Ele afirmou que as relações de vida, obrigações, casamento, contrato, propriedade convertem-se em institutos jurídicos e formam o sistema jurídico, sendo que as leis seriam nada mais do que emanações desses institutos e deveriam ser interpretadas de forma lógico-gramatical e histórico-sistêmica. ⁵⁴

Se a História, como disse Marc Bloch, é o estudo do homem no tempo, a História do Direito é o estudo do direito no tempo, direito este que nada mais é do que produto das ações

⁴⁹ “*Todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a las cuales por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de Derecho consuetudinário; esto es, que el derecho se crea primero por los costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácticamente activa, jamás em virtud del arbitrio de ningún legislador.*” SAVIGNY, Friedrich Carl von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho.** Tradução de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1946. p. 48.

⁵⁰ Tal qual a experiência histórica, segundo Paul Ricoeur, traduzir-se-ia pela narrativa do tempo histórico no qual “[...] a configuração textual faz a mediação entre a prefiguração do campo prático e a sua refiguração pela recepção da obra”, pode-se dizer que os estudos de Savigny o levaram a resumir o papel da ciência do direito à narrativa cronológica do fenômeno jurídico e em sua interpretação. Cf. RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa.** Tradução de Constança Marcondes César. Campinas: Papirus, 1994. p. 87. t. 1.

⁵¹ Da mesma forma, “[...] *las características del tiempo histórico hegeliano son la continuidad homogénea, de un lado, y la contemporaneidad, de otro.*” BAU, Carlos S. Olmo. Ética, derecho y política en la filosofía de la historia: Hegel y Marx. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, Madrid, n. 4, p. 125-139, 2000/2001. p. 129.

⁵² AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito.** São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 138.

⁵³ Todavia, Savigny não alterou a idéia de direito vigente à sua época. O que fez foi redirecionar a apreciação do direito para o âmbito interpretativo, afastando-o do paradigma racionalista da construção sistemática do direito através de postulados e análises lógico-dedutivas. “*Friedrich Karl von Savigny, who initiated this development with his studies in Roman law, did not in any way challenge the traditional idea of law. What he opposed was the disposition to liken law to a system of mathematics that can be deduced from axioms, an analogy that appealed to those who saw in codification the universal remedy for all defects in a legal system. Savigny argued that the character of law is rather like that of a language, about which rules can be formulated but whose complexity can never be fully expressed by such rules.*” LETWIN, Shirley Robin. **On the history of the idea of law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 185.

⁵⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 13-16.

do homem.⁵⁵ John Gilissen aponta que “[...] a história do direito visa fazer compreender como é que o direito atual se formou e desenvolveu, bem como de que maneira evoluiu no decurso dos séculos.”⁵⁶ Mesmo sem a pretensão de desautorizar Gilissen, depois de se compreender o atual estágio da pesquisa histórica, através da digressão feita no item anterior, descabe conceber que se possa averiguar uma contínua e elegante “evolução” na sociedade, ou na história do homem.⁵⁷ É preciso que se reflita acerca disso, a História há muito já abandonou a crença no evolucionismo histórico – algo que vem desde Comte – como estágios de aperfeiçoamento da civilização humana. A nota marcante da História atual é o total repúdio ao positivismo. Deixou-se de se estudar uma história política, para se estudar uma história da cultura.⁵⁸

Convém relatar que a discussão da influência e da importância da História nas pesquisas jurídicas está relacionada à institucionalização da disciplina história do direito nos cursos jurídicos.⁵⁹ Andrei Koerner comenta que não há uma tradição em pesquisa historiográfica do direito no Brasil, havendo apenas contribuições isoladas. Também, anota que, na pesquisa histórica do direito, não se deve dar à doutrina jurídica a prerrogativa de fonte principal.⁶⁰ Portanto, a história do direito não é uma coletânea da doutrina jurídica, devendo ser uma investigação das razões históricas que levaram os juristas a pensar como pensam, ou os legisladores a formularem o direito que formulam ou as instituições a serem firmarem como são, dentre outros aspectos a serem trabalhados pelo historiador do direito.

⁵⁵ Reitere-se que é o estudo do direito no tempo, não apenas o direito do passado ou do que foi escrito no passado, como já se afirmou. Assim como a História já superou o paradigma positivista da primazia documental, a história do direito precisa ser uma história da cultura jurídica. Veja-se um exemplo dessa concepção positivista entendida hoje como insatisfatória. “*L’histoire du Droit comme l’histoire générale n’est pas une observation du passé, mais de ce qui a été écrit dans le passé et sur le passé.*” TOURTOULON, Pierre de. **Les principes philosophiques de l’histoire du droit**. Paris: Payot, 1919. p. 501.

⁵⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macásta Malheiros. 3. ed. Coimbra: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 12.

⁵⁷ “A aparente ‘coerência’ da evolução humana durante a História não passa de ficção. [...] Essa abordagem teleológica da história serve apenas para justificar e legitimar a história dos vencedores. Esse talvez seja um dos pontos mais importantes para a reflexão do jurista.” BAITZ, Rafael. O saber histórico na pesquisa jurídica: as teses acadêmicas e suas introduções históricas. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (Coord.). **História e método em pesquisa jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 41.

⁵⁸ “Antes deste século, o enfoque da história era essencialmente político: uma documentação da luta pelo poder, onde pouca atenção mereceram as vidas das pessoas comuns, ou as realizações da economia ou da religião, a não ser em tempos de crise como a Reforma, a Guerra Civil inglesa, ou a Revolução Francesa. *O tempo histórico dividia-se segundo reinados e dinastias.*” THOMPSON, Paul. **A voz do passado: história oral**. Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. p. 22. (grifo nosso).

⁵⁹ BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. Perspectiva dogmática e erudição historiográfica: ainda a ausência de senso crítico no estudo do Direito. In: _____ (Coord.). **História e método em pesquisa jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 22.

⁶⁰ KOERNER, Andrei. Nômades, provincianos, fronteirizos: reflexões sobre a institucionalização acadêmica da história do direito no Brasil. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airtton Cerqueira Leite (Org.). **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 445.

Igualmente, é preciso comentar a respeito das pesquisas feitas na área do Direito que se utilizam da História para fundamentar suas análises. Grande parte delas é feita sem a menor consciência do que seja a História ou do que ela representa. Olhando para as teses e dissertações jurídicas produzidas no país, Carlos Eduardo de Abreu Boucault, faz algumas constatações preocupantes. Diz ele que há um extensivo uso da palavra “evolução” sem o cuidado adequado, milênios de transformações histórico-culturais são condensados em poucas páginas de texto, em seções ou capítulos com títulos vagos e inexpressivos como “origem histórica” ou “antecedentes históricos” apenas para fazer o “merecido tributo aos vultos do passado” de forma reverencial, além de que as obras referenciadas raramente são de especialistas em história do direito.⁶¹

Como este trabalho pretende um estudo do sistema e dos princípios jurídicos numa perspectiva histórica, é indispensável reiterar nessa seção alguns eixos que se pretende perseguir. A pesquisa histórica no Direito é ao mesmo tempo jurídica e histórica. Isso significa que nem um nem outro lado deve ter predominância e ao se proceder dessa forma, deve-se ter em mente uma historiografia crítica, numa perspectiva de conflitos, de avanços e retrocessos dos institutos jurídicos, abandonando-se de uma vez por todas o paradigma de que as transformações humanas ocorrem de maneira linear. A pesquisa histórica se coloca como indispensável, na medida em que “[...] não é possível desvincular o direito atual das causas que determinaram a sua juridicidade.”⁶²

1.2 Direito na história: formantes históricos do pensamento jurídico

Conforme tratado nas seções precedentes, espera-se traçar um panorama geral do pensamento jurídico-filosófico na história a luz de uma metodologia histórica contemporânea. Ressalte-se que foi preferido, para intitular o presente capítulo, o termo “construção” ao termo “evolução” pelas razões já indicadas. Almeja-se demonstrar que as alternâncias no pensamento jurídico nem sempre se constituíram em avanços ou melhorias, sobretudo no que reputa ao tema dos princípios jurídicos, de que se tratará mais adiante. Assim sendo, o objetivo maior dessa etapa do trabalho é oferecer os subsídios necessários para a análise principiológica que se pretende. Os levantamentos auferidos aqui devem fornecer as bases

⁶¹ BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. Perspectiva dogmática e erudição historiográfica: ainda a ausência de senso crítico no estudo do Direito. In: _____ (Coord.). **História e método em pesquisa jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 30-32.

⁶² AZEVEDO, Luiz Carlos de. **História do direito, ciência e disciplina**. Osasco: FIEO, 1998. p. 4.

teóricas indispensáveis a um estudo consistente, crítico e prospectivo acerca dos princípios no mundo do direito.

1.2.1 Pensamento jurídico-filosófico

Tomando por base a divisão feita por Sílvio de Macedo, em seu livro *História do Pensamento Jurídico*, adota-se a partição em pensamento clássico, cristão, moderno e contemporâneo, vez que se opta também por não tratar da história do direito não-ocidental neste trabalho devido às proporções vultosas que ele assumiria, impossíveis de serem levadas a cabo numa dissertação. A História do Direito tem, por objeto e conteúdo, três temas principais: a história das fontes, das instituições e do pensamento jurídico.⁶³ Nesta seção, procura-se expor brevemente essa terceira face da disciplina.

O primeiro estágio a ser superado pelo Direito foi a separação da religião.⁶⁴ Na antigüidade, o Direito estava embebido nos cerimoniais litúrgicos.⁶⁵ Costuma-se apontar, como características marcantes da vida ética na Antiguidade, a presença do elemento religioso numa posição de primazia, a tradição no patamar máximo de autoridade, a condição inferior do indivíduo estando absorvido no grupo social e a imperante mentalidade de desprezo pelos

⁶³ JUSTO, A. Santos. **Nótulas de história do pensamento jurídico**: história do direito. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 5.

⁶⁴ O direito arcaico, principalmente aquele dos povos sem escrita, tem sua matriz na vida em comunidade (a tribo), nas regras de convivência e nos rituais religiosos. Na explicação de Wolkmer, “A dificuldade de se impor uma causa primeira e única para explicar as origens do direito arcaico deve-se em muito ao amplo quadro de hipóteses possíveis e proposições explicativas distintas. O direito arcaico pode ser interpretado a partir da compreensão do tipo de sociedade que o gerou. Se a sociedade pré-histórica fundamenta-se no princípio do parentesco, nada mais natural do que considerar que a base geradora do jurídico encontra-se primeiramente, nos laços de consangüinidade, nas práticas de convívio familiar de um mesmo grupo social, unido por crenças e tradições. [...] O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito aos seus ditames, fazia com que o direito fosse respeitado religiosamente, daí que, em sua maioria, os legisladores antigos (reis sacerdotes) anunciaram ter recebido as suas leis do deus da cidade. De qualquer forma, o ilícito se confundia com a quebra da tradição e com a infração ao que a divindade havia proclamado. Neste aspecto, nas manifestações mais antigas do direito, as sanções legais estão profundamente associadas às sanções rituais.” WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. In: _____. (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed.rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 17-18.

⁶⁵ Cf. COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

ofícios mecânicos e pela profissão mercantil.⁶⁶ Exemplifique-se com a etimologia da palavra negócio (do latim *nec*, negar e *otium*, ócio, lazer). Aquele que praticava o negócio negava-se a praticar os afazeres do espírito, como a arte e a filosofia, para praticar a atividade comercial, perseguindo a riqueza. Assim, o negociante sujava-se com as atividades comezinhas indignas do cidadão (o *cive* ou o *politis*).

Sobremaneira no judaísmo, direito e religião estavam entrelaçados, por mais que o Cristianismo tenha vindo depois a atenuar o caráter jurídico da religião mosaica. A compreensão da justiça era um saber místico, transcendental, também porque a maioria das regras era de preceitos cerimoniais e obrigações religiosas, notadamente sobrenaturais. É possível afirmar serem dois os fatores determinantes da mudança da mentalidade no mundo antigo, a disseminação das grandes religiões monoteístas e a invenção da filosofia como sistema de saber racional⁶⁷. A fé num deus único rompe com o legado da tradição politeísta e do culto aos antepassados e a filosofia desmistifica os aspectos litúrgicos da vida em comunidade e encerra certos tabus milenares, permitindo que a natureza seja estudada do ponto de vista da razão e não apenas da crença.

⁶⁶ “A compreensão do mundo antigo passa, necessariamente, pelo reconhecimento de que a religião comanda a vida inteira das pessoas, do nascimento à morte. Ela domina a vida familiar, assim como ávida da cidade, fora do lar doméstico. Família e cidade, com efeito, foram os dois grandes pólos formadores da sociedade antiga [...] Os antigos sempre mantiveram os olhos postos no passado, enxergando as gerações precedentes como envoltas numa aura mitológica, de heroísmo e sacralidade. Daí o apego propriamente religioso que os povos da antiguidade nunca deixaram de mostrar às tradições herdadas dos antepassados [...] O indivíduo, absorvido no grupo familiar ou na coletividade política urbana, era totalmente despido de autonomia [...] Um último aspecto vivamente contrastante da civilização antiga com a moderna, sobretudo nos tempos atuais de hegemonia mundial do espírito capitalista, é a profunda desconsideração que os antigos sempre votaram àqueles que se dedicavam ao comércio, atividade considerada indigna de um cidadão.” COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 49-64.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 66-87. “Da mesma forma que a filosofia socrática buscou, ao se opor ao relativismo dos sofistas, um critério absoluto de verdade, no campo do conhecimento científico e no da vida ética, assim também o monoteísmo revolucionou a vida religiosa dos povos antigos, ao substituir a imanência mundana, própria dos deuses mitológicos, pela transcendência absoluta da divindade [...] Não foi apenas o monoteísmo o grande fator de mudança no ideário da civilização greco-romana. A invenção do saber filosófico, na Grécia, ao abrir da mesma forma a todos a perspectiva do universal, contribuiu decisivamente para o despertar da consciência da unidade do gênero humano [...] Compreende-se, assim, que enquanto a mitologia abunda em polissemias, pois o incessível pelos sentidos deve ser compreendido de forma comparativa ou analógica, a filosofia, tal como inventou Sócrates, é toda fundada no conceito, vale dizer, no uso de termos unívocos para designar, separadamente, cada objeto da reflexão, bem como os princípios de identidade ou não-contradição: nada pode ser e não ser ao mesmo tempo. Foi desse saber filosófico, assim compreendido, que nasceu toda a ciência moderna.”

O Direito começou a ser encarado de forma um pouco mais autônoma somente na Grécia ⁶⁸, 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 repousando no ideal de equidade. Os gregos sempre tiveram um profundo respeito pela lei ⁶⁹, senão uma admiração, já que submeter-se às leis e gozar de sua proteção era um privilégio do cidadão grego ⁷⁰. Pouco se dispõe de fontes acerca do direito grego antigo, não tendo restado documentos sobre suas leis, havendo apenas menções dispersas. ⁷¹Na prática os gregos não produziram muitas leis ⁷², seu direito não era complexo, nem chegaram a construir uma ciência jurídica como o fariam os romanos mais tarde, entretanto, prezavam o valor da legislação como proteção contra o arbítrio dentro da idéia de democracia. ⁷³

Platão (427-347 a.C estimado) nasceu em Atenas e foi discípulo de Sócrates, o grande filósofo de seu tempo. Tal como o mestre, opôs-se duramente aos sofistas e dedicou boa parte

⁶⁸ “O principal contributo dos Gregos para a cultura jurídica deve-se aos seus trabalhos sobre o governo ideal da cidade. Foram os inventores da ciência política, a ciência do governo da pólis.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Coimbra: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 75. “*The Greeks thought that the city-state was the natural and right unit for human society. They knew that it did not exist among other peoples but that was just another sign of the inferiority of barbarians. [...] They felt that the city-state was a natural development first of the family and then of the village. [...] It did not occur to them that it might be desirable in the interests of peace and security to transform the cultural unity of Greece into a political unity.*” BOWRA, Cecil Maurice. **The Greek experience**. London: Weidenfeld and Nicolson, 1957. p. 65.

⁶⁹ Ibid., p. 66. “*Laws were believed to embody ancient traditions and to give a precise form to what had for centuries been canonized by custom.*”

⁷⁰ “A liberdade era vista mais como o privilégio de obedecer a leis iguais do que como poder de autodeterminação e independência no seio do grupo.” REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 22.

⁷¹ “Os gregos não elaboraram tratados sobre o direito, limitando-se apenas à tarefa de legislar (criação das leis) e administrar a justiça pela resolução de conflitos (direito processual). Adicionalmente, devido à precariedade dos materiais de escrita utilizados na época (inscrições em pedra e madeira e textos escritos em papiro), um texto literário, filosófico ou lei escrita, somente chegaria aos nossos dias, não pela conservação do original, mas pelas contínuas transcrições e reproduções e até mesmo citações por autores posteriores.” SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 62

⁷² GILISSEN, op. cit., p. 75-76. “Para os pensadores gregos, a fonte do direito é o νόμος (nomos), que se traduz geralmente por lei. [...] Na prática, os Gregos fizeram poucas leis, no sentido romano e moderno do termo; porque o νόμος designa tanto o costume quanto a lei. Serão os Romanos os primeiros que virão a distinguir, duma maneira precisa, o sentido de cada uma dessas duas fontes do direito.”

⁷³ BOWRA. op. cit., p. 67. “*The only safeguard was to have codes of law which were known to everyone. [...] Once laws were codefied and made public, sometimes by being carved on Stone in a public place, there was no doubt of their contents, and a festering grievance was removed. Such codes could cover both constitutional and private law and lay down both how a city should be governed and what penalties should be paid for crimes against the person. They also dealt in detail with property, inheritance, the ownership of slaves and kindred matters.*”

de sua obra ao tema da justiça ⁷⁴, considerada por ele uma virtude dos sábios. Tal qual está representado na pintura de Rafael Sanzio, com o dedo apontando para cima, Platão foi um filósofo idealista. Sua filosofia baseia-se na teoria das idéias e da reminiscência como forma de conhecimento do mundo sensível. A passagem que melhor ilustra essa concepção está na *República*, na alegoria do mito da caverna ⁷⁵. Platão pode ser considerado um dos pais da filosofia do direito, representante do pensamento jurídico dos gregos, tendo abordado temas centrais como a justiça das leis e das decisões, o fundamento das leis e a moralidade dos homens. Para ele, indubitavelmente o princípio de todo direito é uma tentativa de justiça, o ideal do justo.

Aristóteles (384-322 a.C) foi discípulo de Platão e professor de Alexandre Magno. Assim como Platão, tem a justiça como uma idéia nuclear. Entretanto, para ele é importante acentuar a diferença entre ela e a *phronesis* (sabedoria relativa às coisas humanas), que os romanos traduziriam mais tarde como *prudentia*. Dessa forma, identifica a justiça com a virtude das relações sociais, da sabedoria prática acompanhada da razão, estando suas maiores reflexões acerca do tema na *Ética a Nicômaco*. Outro traço importante da concepção aristotélica de justiça reside no conceito de equidade (*epieikeia*), a justiça do caso concreto ⁷⁶. Aristóteles pode ainda ser considerado um dos precursores do direito constitucional, pela análise pormenorizada que faz das constituições de várias cidades-estado em sua *Política*. Diferentemente de Platão, que buscava entender como o mundo ideal deveria ser, Aristóteles procurou entender como o mundo era, razão pela qual seu pensamento é mais sistemático e seus princípios são mais causais e empíricos do que ideais e metafísicos.

Em Roma, o Direito adquiriu caráter mais técnico e menos especulativo. Era freqüentemente dividido pelos jurisconsultos em *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile*. Sendo o primeiro “aquilo que a natureza ensinou a todos os animais” (*quod natura omnia animalia*

⁷⁴ Platão “[...] prega o predomínio da justiça distributiva sobre a comutativa, da superioridade do mérito sobre o regulamento legislativo, da lei viva sobre a lei escrita, do direito natural sobre o direito positivo.” MACEDO, Sílvio de. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p. 17.

⁷⁵ Ver o Livro VII de *A República*. Aí também, ele delineou uma cidade perfeita, calcada na idéia de justiça, que teria como governantes os sábios (filósofos), pois eles deveriam estimar a sabedoria e seriam o cérebro do Estado, seria protegida pelos guardiões, que prezariam a coragem acima de tudo e seriam o peito do Estado, sendo, finalmente, sustentada pelos trabalhadores (comerciantes e artesãos), os braços do Estado, que se guiariam pela temperança. Cf. PLATÃO. **A república**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2012.

⁷⁶ “O conceito de Justiça em Aristóteles fez convergir para o mesmo ponto filósofos e juristas, na melhor acepção científica, e políticos e legisladores, no melhor sentido prático. [...] A lei apresenta uma dicotomia de lei natural e lei escrita, de caráter universal e que necessita de um corretivo, que se chama equidade.” MACEDO, op. cit., p. 24-28.

docuit), nas palavras de Ulpiano ⁷⁷. O segundo é entendido como o direito das gentes, aquele direito positivo comum a todos os povos, que todos dele se utilizam (*quasi quo iure omnes utuntur*). Por fim, o *ius civile* é o direito vigente de cada povo, as leis do Estado que se aplicavam ao cidadão na *civitas*. “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.” ⁷⁸

A própria representação da justiça em Roma se altera para uma mulher de olhos vendados com uma balança com fiel ostentando os pratos em equilíbrio. Isso revela a importância maior do ouvir (*audire*) para depois dizer o direito (*ius dicere*).⁷⁹ Nesse sentido, dada a importância dessa atividade na sociedade romana, havia uma magistratura do estado, a pretura (de *praetor*), destinada a exercer a jurisdição (*iurisdictio*).⁸⁰ O modo de pensar o direito em Roma é casuístico, tendo sido editadas até a época do império poucas leis (*leges*), estando entre elas a das XII Tábuas ⁸¹. Apenas no Alto Império o direito se prolifera em leis e

⁷⁷ Dele também é o conhecido adágio “*Iuris praecepta sunt haec: honest vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*” Digesto 1, 1, 10. Cf. KRUEGER, Paul et al. **Corpus juris civilis**. 5. ed. Berlim: Weidmann, 1888. Disponível em: <<http://archive.org/details/corpusjuriscivil01krueuoft>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

⁷⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006. p. 39-40.

⁷⁹ “Os olhos vendados chamam atenção para o sentido do ouvido que indica o valorativo, o prático, o saber-agir, a *prudencia*, o ordenar, a atenção ao concreto.” JUSTO, Antonio Santos. **Nótulas de história do pensamento jurídico: história do direito**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 19. (grifo do autor).

⁸⁰ O verbo *dicere* (dizer) não carrega somente o sentido de declarar, mas também de ditar, fazer cumprir, estabelecer. Assim, os estudiosos do direito romano não são unânimes em conceituar o significado exato da jurisdição em Roma. Co-existem duas teorias, uma separando a jurisdição do pretor do *imperium* (o poder de mando) do Estado. Outra fazendo coincidir os dois. Todavia, prepondera a tese da especialidade da jurisdição, distinguindo-a do poder de comandar, reconhecendo-se, entretanto, a existência de atos jurisdicionais em Roma revestidos quase que exclusivamente de império (como os interditos, por exemplo). Cf. BÖTTCHER, Carlos Alexandre. ***Iudicet iudicare iubeat*: reflexões sobre as origens do processo civil romano e bipartição**. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁸¹ A Lei das XII Tábuas surgiu no contexto do decenvirato (462-449 a.C), período em que a cidade de Roma foi governada por dez magistrados eleitos e encarregados de elaborar uma nova constituição que aplacasse as disputas entre a plebe e os patrícios. Entretanto, entre as leis aprovadas estava a interdição do casamento entre plebeus e patrícios, o que causou o fim do decenvirato. Tal proibição logo foi abolida com a lei Canuleia em 444 a.C. Cf. FERRERO, Guglielmo. **História romana**. Tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Martins, 1947. p. 17-18.

constituições imperiais ⁸², que serão depois recolhidas, já no Império Bizantino, no *Digesto* (do latim *digerere*, que significa ordenar, ou *pandectas* em grego) ⁸³ por Justiniano I.

Até este momento da história do pensamento jurídico ocidental, desconhece-se a noção de sistema jurídico e os princípios do direito são encarados de forma não normativa. Constituem-se em máximas morais de boa conduta ou ideais de justiça e orientações de como bem julgar àquele que se incumbiria de proferir as decisões. Na Grécia, a tônica do pensamento jurídico orbita em torno da concepção de justiça (a questão do o que é um julgamento justo), ao passo que em Roma ela fica mais voltada aos casos práticos, aos problemas advindos da aplicação das leis e dos conflitos de interesses, principalmente particulares (a questão do como fazer um julgamento correto).

Na Europa, enquanto que no Império Bizantino a tradição romana é preservada ⁸⁴, na parte ocidental, com a cristianização do Império e o fim da autoridade romana em 476 d.C, “[...] um sistema jurídico próprio da comunidade dos cristãos, o direito canônico, desenvolve-se à margem do direito romano, sem o absorver, instala-se um sistema dualista – direito laico e direito religioso – que vai se manter até o século XX.” ⁸⁵ Essa situação somada às variadas legislações editadas pelos reis bárbaros é que confere o caráter pluralista do direito na Era Medieval. Também, outra transformação se fará sentir no direito com o aparecimento das

⁸² “Entre as leis da época republicana a que é conhecida com o nome de ‘Lei das XII Tábuas’ merece uma atenção particular [...]. A própria existência das XII Tábuas foi posta em dúvida por alguns historiadores do direito. O texto perdeu-se [...]. A sua redação tendeu a resolver um certo número de conflitos entre plebeus e patrícios [...]. No conjunto, a Lei das XII Tábuas revela um estágio da evolução do direito público e privado comparável ao que é conhecido em Atenas pelas leis de Drácon e Sólon. A solidariedade familiar é abolida, mas a autoridade quase ilimitada do chefe de família é mantida; a igualdade jurídica é reconhecida teoricamente; são proibidas as guerras privadas e instituído um processo penal; a terra, mesmo a das gentes, tornou-se alienável; é reconhecido o direito de testar. [...] Na época clássica do direito romano (século II a.C até o III d.C) sob o Alto Império, o direito privado romano aparece como um sistema individualista, enquanto que do ponto de vista político, a liberdade dos cidadãos ia diminuindo sem cessar. [...] O direito romano do Baixo Império desenvolve-se dos séculos IV ao VI da nossa era, de Constantino a Justiniano. Período de decadência política e intelectual, de regressão econômica.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Coimbra: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 86-87, 91.

⁸³ Na Idade Média, o *Digesto* será conhecido como *Corpus Juris Civilis* (corpo do direito civil) em oposição ao direito da Igreja contido no *Corpus Juris Canonici* (corpo do direito canônico). Diz-se do *Digesto* que: “[...] son influence fut initialement très limitée en Occident. L’instrument de la persistance du Droit romain était, on l’a vu, le *Breviaire d’Alaric dont la fortune fut, en Gaule et en Germanie surtout, considérable, jusqu’à la renaissance bolonnaise.*” FOLZ, Robert et al. **De l’antiquité au monde medieval**. Paris: Presses Universitaires de France, 1972. p. 168.

⁸⁴ “O direito romano é a manifestação mais luminosa e nobre da sociedade do segundo século, de uma sociedade que, desejando romanizar-se, se vê animada de um espírito novo.” FERRERO, Guglielmo. **História Romana**. Trad. Brenno Silveira. São Paulo: Martins, 1947. p. 281.

⁸⁵ GILISSEN, op. cit., p. 127.

universidades e o renascimento cultural e urbano na Baixa Idade Média.⁸⁶ É neste momento apenas, o final da Idade Média, que a ciência do direito começa a nascer, ainda muito ligada à Teologia, emprestando dela também seu método, a exegese.⁸⁷

No pensamento jurídico medieval, encontra-se uma marcante presença da teologia cristã. Entre seus maiores expositores está Aurélio Agostinho (354-430), bispo de Hipona, mais tarde Santo Agostinho⁸⁸. Ele preocupava-se com a questão da Justiça que, articulada numa tríade, atingiria a perfeição ao lado da verdade e do amor, mas negava que as leis fossem modelos de bondade ou instrumentos educacionais, sendo tratadas como meios de manutenção da paz entre indivíduos que perseguem fins distintos. Segundo ele, “[...] sendo o Direito um fenômeno de ordem coexistencial, configura-se como postulado da ordem universal humana, manifestando-se como tendência à coesão, à unidade, à concórdia.”⁸⁹ Ele já distinguia a lei em eterna, a realidade transcendente de natureza universal, natural, a iluminação da mente humana dessa realidade e temporal, as leis contidas no direito positivo.

São Tomás de Aquino (1225-1274) organiza seu pensamento sobre uma metafísica aristotélica de uma cadeia causal de “moventes que movem os movidos” (potência e ato), estabelecida de forma hierárquica na natureza. Disso se conclui ser lógica e necessária a

⁸⁶ “*Il peut y avoir dans une université quatre divisions ou facultés: les arts (lettres et sciences), la théologie, la médecine, le droit (droit civil ou romain et droit ecclésiastique ou canon) mais souvent une ou plusieurs facultés n’existent pas dans telle ou telle université. Les universités et les facultés ont leurs chefs élus par les membres de la corporation: le recteur et les doyens.*” LE GOFF, Jacques. **Le Moyen Age**. Paris: Borda, 1962. p. 143.

⁸⁷ Na Baixa Idade Média, o direito novamente se altera com o advento das universidades e o aumento da atividade legislativa e judicial motivada pelo início do enfraquecimento do sistema feudal. “O pleno renascimento da atividade jurisprudencial nos séculos XIII e XIV apresentou como característica básica: a) unidade e ordenação das diversas fontes do direito (direito romano-justianeu, direito canônico e direitos locais); b) unidade do objeto da ciência jurídica (a jurisprudência romano-justianéia); c) unidade quanto aos métodos científicos empregados pelos juristas; d) unidade quanto ao ensino jurídico, comum por toda a Europa continental; e) e a difusão de uma literatura especializada escrita em uma língua comum, o latim.” MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 159.

⁸⁸ “*Whereas in the ancient Greek tradition, there is a tension between law as a means of securing a peaceful communal life among individuals pursuing diverse purposes and law as a pattern for a good life, Augustine unequivocally denied that law is a pattern for goodness or an instrument of education. The question about whether peace or perfection is the proper purpose of law, which had before been merely an implicit issue in discussions of law, was made central by Augustine.*” LETWIN, Shirley Robin. **On the history of the idea of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 59.

⁸⁹ MACEDO, Sílvio de. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p. 44-45.

submissão do homem a Deus, dos súditos aos soberanos, dos filhos aos pais.⁹⁰ Interessante é sua divisão das leis, consistindo 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 sobrepor-se à divina.⁹¹ Tanto Santo Agostinho quanto São Tomás de Aquino enfocam os princípios como preceitos gerais, como diretrizes morais ao aplicador da norma. No mais, durante o período medieval, o estudo do Direito ficou reduzido aos comentários dos glosadores⁹² ao *Corpus Juris Civilis* romano (Digesto de Justiniano).

Como se verá, a partir do final da Idade Média até fins da Idade Moderna, o pensamento jurídico orbitará em torno de uma corrente jusfilosófica que será conhecida como jusnaturalismo ou escola do direito natural. Mesmo com a teoria do direito natural, a concepção de princípio estava distante da que se tem hoje. Essa concepção estará ora ligada a uma razão universal terrena ora ao pressuposto divino transcendental. Ambas têm origem na filosofia grega e nos trabalhos dos jurisconsultos romanos sobre o *ius naturale* como visto.

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

⁹⁰ “The universe is a hierarchy of ‘movers’, in which power descends from the first mover to subordinates in their due order, just as the plan of a work of art descends from the chief craftsman to the craftsmen who work under him. Just as in nature, where higher things move the lower because of the preeminent natural powers conferred upon them by God, so also in human affairs superiors impose their will upon inferiors because of the authority established by God. The submission not only of children to the father, but also of families to the political ruler is as natural as the rule of the soul over the body and of God over the world. As subjection to a ruler belongs to the chain of agencies provided by God for the perfection of each kind of being, it is ordained by God that the plan, or ratio, of what is to be done in the political community flows from the king’s command to his chain of inferior administrators.” LETWIN, Shirley Robin. **On the history of the idea of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 69.

⁹¹ DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Trad. João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006.p. 47.

⁹² As glosas eram pequenos comentários que procuravam explicitar o sentido de muitas palavras e descobrir a *ratio* das normas. No começo, eram apenas escritas entres as linhas (glosas interlineares) depois passaram a ser postas à margem da página (glosas marginais). São elas que dão nome à escola, constituindo um notável esforço de finalidade prática utilizando o método exegético, o mesmo utilizado na interpretação bíblica. A escola dos glosadores mais tarde originará a dos comentadores no final da Idade Média. JUSTO, Antonio Santos. **Nótulas de história do pensamento jurídico: história do direito**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 26-31.

épocas se alinham segundo este pensamento, como Thomasius⁹³ e Pufendorf⁹⁴, cujas linhas e matizes principais procuram-se indicar brevemente. Segundo o direito natural, existe um direito anterior ao feito pelo homem; não necessariamente coincidente com o realizado nos acordos, contratos ou leis. No jusnaturalismo impera o pressuposto de que há uma verdadeira identidade entre direito e justiça. 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. É possível arriscar como princípios do direito natural a imutabilidade, universalidade, naturalidade e eternidade do fenômeno jurídico.

No período medieval, o Cristianismo encontra sua primazia no domínio da vida social cotidiana e da autoridade política, que somente começará a declinar nos fins da Baixa Idade Média. É a época do teocentrismo⁹⁵, estando a Igreja no centro da organização político-administrativa e na produção do conhecimento.⁹⁶ A ética cristã assume muitas vezes o lugar do direito romano, e aos poucos a expressão *jus* vai sendo substituída pela popular *derectum*, mais afeita ao ideal de retidão da vida em comunhão com a santidade.⁹⁷

Essa tendência metafísica do pensamento jurídico medieval se justifica. O direito no medievo impregnou-se novamente da religião, agora cristã, que se disseminara por quase toda a Europa. Exemplo disto é relatado por Georges Duby ao colacionar trechos do Fuero de

⁹³ “Thomasius vê o direito como duplo: há o direito primário, que existe independente da vontade humana, e o secundário, que deriva da lei humana e do pacto social. O primeiro é também chamado inato ou natural e o segundo, adquirido ou positivo. Enquanto o direito natural é conhecido pela inteligência [...], o direito positivo depende de um ato de poder [...]” Ele pretende que o fundamento do direito é a felicidade, e que a felicidade autêntica só é atingida com uma vida decorosa, honesta e justa. LACERDA, Bruno Amaro. **Teorias esquecidas da justiça**. Belo Horizonte: Líder, 2006. p. 60-61.

⁹⁴ Pufendorf “[...] é um dos mais célebres escritores da escola do direito natural; todavia, não se pode dizer que lhe tenha levado uma contribuição de grande originalidade. [...] O homem é levado a associar-se por instinto social [...]. Pufendorf antes de tudo confirma a distinção entre o direito e a teologia; além disso, distingue o direito natural do direito positivo, estabelecendo uma clara antítese entre eles. O primeiro tem a supremacia: existe antes do Estado, conserva sempre o seu império; e o direito positivo deve com ele conformar-se. O direito natural oferece as normas diretivas da legislação.” DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006.p. 82-83.

⁹⁵ O teocentrismo pode ser definido como o pensamento segundo o qual uma figura divina ocupa o local de predominância no pensamento humano. Assim, a consciência histórica teocêntrica será uma existência temporal voltada à reverência, compreensão e fé num ente sobrenatural superior. O princípio teocêntrico é a presença de Deus acima de todas as coisas.

⁹⁶ “A catedral é, por definição, a igreja do bispo [...] A catedral é inteiramente aberta. É proclamação pública, discurso mudo que se endereça à totalidade do povo fiel e, acima de tudo, demonstração de autoridade [...] A catedral afirma que a salvação se ganha na ordem e na disciplina, sob o controle de um poder, ou antes, de dois poderes associados, o do bispo e o do príncipe.” DUBY, Georges. **A Europa na Idade Média**. Tradução de Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 59, 61-62.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 62. “A igreja, porém, não domina pelas armas, mas pela palavra. Ensina dogmas, a via reta da qual ninguém deve se desviar, uma ética que cada qual deve por em prática sem hesitação nem murmúrio.”

Cuenca datados de 1189⁹⁸, que ilustram a presença marcante da religião e do pensamento cristão nas leis e na administração da justiça. Diga-se também que a Igreja Católica foi responsável pela conservação e difusão do direito romano, evidenciado pelos seus esforços de catequização dos povos bárbaros, ainda que alguns não tão bem sucedidos, junto com a fé os evangelizadores levavam os costumes e a tradição romanista.⁹⁹

Entretanto, a Idade Média entrará em colapso nos séculos XIV e XV com a abertura do mediterrâneo, as navegações, o enfraquecimento da autoridade papal e a formação das monarquias nacionais, num período conhecido como Renascimento. A Renascença foi época de grandes mudanças, marcada pela heterogeneidade e pelo retorno aos clássicos greco-romanos, acompanhado de um humanismo¹⁰⁰ filosófico e jurídico que combaterá a *communio opinio doctorum* (opinião dos doutores sobre o direito romano) formada pela escola dos glosadores e dos comentadores.¹⁰¹

É importante expor algumas características da escola do Direito natural teológica, ou neo-escolástica¹⁰². Essa corrente de pensamento foi um movimento de reação às transformações ocorridas nos séculos XV e XVI, notadamente a Reforma Protestante, tendo encontrado seguidores principalmente na península Ibérica. Ela se alinha à Contra-Reforma Católica, estando entre os principais temas debatidos a questão do direito natural e a teologia

⁹⁸ “XI. 39. A mulher que aborta voluntariamente. A mulher que aborta voluntariamente será queimada viva, se ela confessar; senão, será absolvida pela prova do fogo. XI. 42. Aquelas que conhecem as ervas e os encantamentos. A mulher que conheça as ervas e os encantamentos será queimada viva ou então absolvida pela prova do fogo.” DUBY, Georges. **A Europa na Idade Média**. Tradução de Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 22.

⁹⁹ “*Simple appoint par conséquent, un des éléments, parmi d’autres, du Droit romain qui est entré depuis de la fin de l’Antiquité dans le Droit de l’Eglise, le Droit justinien ne sera réellement connu au nord des Alpes qu’après la renaissance dont il fut l’objet en Italie: elle se prépare depuis la fin du X^e siècle.*” FOLZ, Robert et al. **De l’antiquité au monde medieval**. Paris: Presses Universitaires de France, 1972. p. 170.

¹⁰⁰ “*El humanismo es una cultura abierta, libre y dinámica, es decir, una cultura consciente de que es puramente humana y de que, como tal, no puede imponer al hombre opresiones o alienaciones fundamentales.*” ROMANO, Ruggiero; TENENTI, Alberto. **Los fundamentos del mundo moderno**. Traducción de Marcial Suárez. Madri: Siglo XXI, 1972. p. 131.

¹⁰¹ “Os juristas da escola de Bolonha foram os primeiros, na Idade Média, a estudar o direito como uma ciência. Afastaram-se dos antigos quadros do *Trivium*, deixando o estudo do direito de estar incorporado no estudo da retórica e da dialética. Analisando o conjunto da codificação de Justiniano, estudaram o direito romano como um sistema jurídico coerente e completo, independentemente do direito do seu tempo [...]. A escola de Bolonha, se não introduziu, pelo menos generalizou e sistematizou o método da glosa [que] é, na origem, uma prevê explicação de uma palavra difícil; era de uso corrente no ensino da gramática no *Trivium*. Os juristas de Bolonha alargaram este gênero de explicação a toda uma frase [...]. O exame aprofundado de uma questão de direito era apresentado sob o nome de *quaestio*.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Coimbra: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 343. (grifo do autor).

¹⁰² Entre os maiores nomes da escolástica tardia está Francisco Suarez (1548-1617). Ele via a lei natural “[...] como manifestação racional da Lei Eterna, caracterizando-se pela indicação daquilo que a mesma natureza considera bom ou mal” (sic) e a lei coativa “[...] marcada pela obrigatoriedade que não é essencial, mas tida como efeito, tendo seu significado de aplicação do Direito Processual.” MACEDO, Sílvio de. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p. 68.

e a posição dos indígenas no *ius gentium*. O direito natural teológico parte do pressuposto de que tudo é criado por Deus e a natureza, a criação divina, é governada por leis eternas, imutáveis, inatas e universais. A eternidade, a imutabilidade a naturalidade e a universalidade dessas leis se justificam pela perfeição da obra do criador. Assim, o direito natural está acima do direito positivo, e seus princípios devem servir de parâmetro à elaboração das leis humanas, já que é própria do homem sua ordenação ao bem e a Deus (“do pó vieste, ao pó retornarás”).

Contrastando com a neo-escolástica, reagindo à doutrina da lei eterna, defendendo a autonomia da razão perante a fé e confiando na razão como capaz de tudo desvendar, a escola do Direito natural de matriz racionalista ¹⁰³ separa-se da Teologia e “defende a autonomia científica do direito natural como ciência dos princípios supremos da convivência social” ¹⁰⁴. Todos seus idealizadores buscaram explicar a tendência humana da vida em sociedade através do método empírico-dedutivo, por mais que representassem um pensamento ahistórico, fundado em leis racionais fixas e imutáveis. Essas leis fixas são tratadas como princípios, entretanto, não princípios como normas jurídicas, mas como verdades naturais, premissas identificadas numa razão superior às leis humanas, produto de uma especulação metafísica. A proposta do direito natural racional não é questionar o dogma da fé inicialmente, mas defender a existência de um direito superior ao positivo independentemente da existência de Deus. O que se coloca é que existe uma natureza que se manifesta ao homem, e este, através de sua racionalidade descobre nela a presença de normas universais, que a coordenam e devem ser as balizas do direito que ele próprio (o homem) elabora.

¹⁰³ Talvez o maior expositor dessa corrente seja Hugo Grócio (1583-1645). A doutrina de Grócio se baseia no entendimento do direito natural como ditado pela reta razão e fundamentado na própria natureza humana (sociabilidade natural), ao passo que o direito positivo se funda na inviolabilidade dos pactos (*pacta sunt servanda*) e o Estado tem origem no contrato social. Para ele “[...] o Direito é a Expressão da Razão e seu conteúdo é a sociabilidade. Grócio procurou dar uma interpretação humana ao Direito, fugindo à concepção dominante na sua época, que aceitava a intervenção da ‘razão de Deus’ na feitura das decisões humanas.” MACEDO, Sílvio de. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p. 76-77.

¹⁰⁴ JUSTO, Antonio Santos. **Nótulas de história do pensamento jurídico**: história do direito. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 42.

O pensamento do jusnaturalismo racional reflete o final da Idade Média ¹⁰⁵, e o florescimento de uma série de novas idéias que irá desembocar no Iluminismo do século XVIII. ¹⁰⁶ O que se verá agora é um desabrochar intelectual na história da humanidade que é o germe do pensamento contemporâneo. O século das luzes ¹⁰⁷ na Europa, em contraste com a idade das trevas, como os próprios iluministas gostavam de a ela se referir, testemunhará grandes mudanças políticas e econômicas, respectivamente as revoluções Francesa e Industrial. ¹⁰⁸ Mesmo o Iluminismo não tendo sido um movimento uniforme, pode-se ponderar que ele foi uma corrente liberal e anti-religiosa principalmente, muito embora em certos momentos tenha perdido de vista esses ideais e produzido novas formas de autocracia. No entanto, o Iluminismo não perde a importância dialética no fluxo da história, pondo-se como a antítese de um Antigo Regime esgotado e atrasado, cuja síntese ainda é uma questão a se investigar hoje.

¹⁰⁵ O final da Idade Média é marcado pela abertura comercial do Mediterrâneo, pelas grandes navegações e pela aparição dos Estados Nacionais, além do Renascimento cultural e urbano. “*À la fin du Moyen Age la carte économique de l’Occident s’est modifiée: nouveaux centres de production, de consommation, d’échange, nouvelles routes. De nouvelles techniques commerciales, telle la lettre de change, se répandent. Mais l’Occident ne peut satisfaire tous ses besoins en matières premières, il est à la recherche de nouveaux fournisseurs. En même temps les mentalités changent. Les humanistes demandent à l’Antiquité grecque et romaine des leçons pour former un nouveau type d’homme désireux de développer toutes ses possibilités. L’art devient attentif aux réalités de la perspective, du portrait, du paysage, en travaillant pour de nouvelles clientèles: princêes, bourgeois. L’imprimerie va permettre la diffusion de la pensée. Un vaste travail intellectuel et technique (cartographie) prépare les grandes découvertes.*” LE GOFF, Jacques. **Le Moyen Age**. Paris: Borda, 1962. p. 305.

¹⁰⁶ “*La pensée du temps est bourgeois plus encore qu’aux siècles précédents. L’esprit de ces bourgeois est rationaliste, positif et utilitaire. Ils veulent partout l’évidence, la clarté, la conformité à la raison, le respect de ses principes: identité, non-contradiction, causalité, légalité. La raison a une valeur transcendente. Elle peut tout, elle atteint tout, elle juge de tout. Elle est la dernière déesse.*” MOUSNIER, Roland; LABROUSSE, Ernest. **Le XVIII^e siècle: l’époque des “lumières”**. 1715-1815. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1967. p. 75.

¹⁰⁷ Há que se ponderar que o Iluminismo não foi um movimento uniforme. Apesar de que a principal crítica era dirigida às concepções religiosas da vida, numa tentativa de despertar a humanidade do malogro da “Idade das Trevas”, houve momentos em que a ilustração se converteu numa nova barbárie, perdendo de vista a autocrítica. Golçal Mayos esclarece que “[...] *la Ilustración [...] es uno de los grandes macrorrelatos modernos que la postmodernidad debe superar; por otro lado, también es cierto que la Ilustración, en cuanto parte esencial de la Modernidad, es un proceso aún inacabado y que reclama que se complete [...].*” MAYOS, Gonçal. **Macrofilosofía de lamodernidad**. Sevilha: dLibro, 2012. p. 64.

¹⁰⁸ “A revolução industrial, na sua mais estrita acepção – ou seja, a revolução do carvão e do ferro – implicou a extensão gradual do uso de máquinas, o emprego de homens, mulheres e crianças em fábricas, a transformação bastante nítida de uma população principalmente formada por trabalhadores agrícolas numa população especialmente dedicada a produzir coisas em fábricas e em distribuí-las, logo que fabricadas.” BARRACLOUGH, Geoffrey. **Introdução à história contemporânea**. Tradução de Álvaro Cabral. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p.44.

Nesse cenário, animado pelos pensamentos de Rousseau ¹⁰⁹ e Kant ¹¹⁰, a lei será considerada a fonte principal do Direito, por ser a expressão da vontade geral, sendo ele o único capaz de assegurar uma estabilidade às relações humanas, devido à sua essência coerciva. Deve-se mencionar a corrente humanitária no direito penal e processual penal, inspirada na Ilustração, estando entre seus expositores Beccaria. Merece nota um movimento de interpretação e resgate do direito romano para conciliá-lo com os direitos nacionais surgido na Alemanha do século XVII, que veio depois a ser conhecido como *usus modernus pandectarum*. ¹¹¹

O Direito e o pensamento jurídico da contemporaneidade é fruto de pelo menos cinco séculos (do treze ao dezoito) de lutas, crises e mudanças políticas e econômicas, que vão transformá-los. No século XIX, o Direito se torna uma ciência positiva, separando-se da filosofia moral, das especulações éticas. Aparece assim o primado do direito positivo ¹¹², objeto da moderna ciência do direito em detrimento do antigo e antiquado direito natural, objeto da filosofia da justiça.

Entende-se ter sido possível demonstrar através desta síntese do pensamento jurídico e sobretudo da existência de princípios no direito que a compreensão das entidades jurídicas às quais se chamou princípios praticamente não se alterou da Antiguidade à Era das Revoluções. Esteve ela relacionada a preceitos de vocação universal e conteúdo ético, produto da natureza,

¹⁰⁹ Rousseau (1712-1778) identifica no estado de natureza a vida simples e feliz do homem, corrompida com o advento da propriedade privada, que gerou a dominação política do mais fraco pelo mais forte. Entretanto, como a sociedade política, dita civilizada, é irrevogável, ele recorre à idéia de contrato social para justificá-la. Deve, pois, o Estado restituir aos cidadãos o gozo da liberdade e da igualdade, perdido com a dominação. O contrato social é “[...] um postulado da razão, uma verdade não histórica, mas normativa e reguladora.” Assim, os cidadãos entregam seus direitos naturais ao Estado, que os devolve como direitos civis. O Estado só pode se regular pela lei, que é expressão da vontade geral e a soberania pode ser invocada pelo povo quando necessário. No contexto da revolução, as idéias de Rousseau tiveram grande impacto, época em que tudo concorria para valorizar as teorias do direito natural, das quais ele era o “último e mais eloqüente intérprete.” DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006.p. 104-108.

¹¹⁰ A teoria jurídica de Kant (1724-1804) está delineada “[...] na *Metafísica dos Costumes*, onde o autor faz, de início, a diferença entre Lei natural e Lei jurídica. Enquanto a primeira é necessária, a segunda é chamada de lei da liberdade. Esta é a causa da Moral e do Direito. A Moral tem sua normatividade interna. O Direito tem suas leis puramente externas a regulamentação da liberdade no plano exterior, social [...] Kant procura dividir o Direito em Natural, que descansa em princípios *a priori*, e o Positivo ou estatutário, que procede da vontade do legislador.” MACEDO, Sílvio de. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p. 103. (grifo do autor).

¹¹¹ “Outra corrente, vivaz naqueles domínios e naqueles países em que as realidades normativas nacionais eram excessivamente vivas para serem escamoteadas pelo saber jurídico tradicional, o pensamento jurídico dedicou-se a uma inserção dessas realidades nos quadros conceituais dos Comentaristas, utilizados até onde eles fossem adequados à nova matéria e supridos, no restante, com figuras teóricas novas. É o *usus modernus Pandectarum*.” HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Boiteux, 2005. p. 249. (grifo do autor).

¹¹² Aponte-se que é com Hegel e não com Comte que a positividade do direito assume caráter essencial. Nas palavras de Miguel Reale: “É na doutrina hegeliana que pela primeira vez se afirma com toda a riqueza de seu significado, o caráter essencial, não acessório da positividade na experiência jurídica, posto o problema da correlação necessária entre o Direito que ‘deve ser’ e o direito que efetivamente se atualiza no processo histórico.” REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 151.

da fé ou da razão, mas sendo sempre ideais e inatingíveis, formulados como máximas, desempenhando função mais apelativa ou emocional do que científica no sistema jurídico. A partir desse estágio, passa-se a trabalhar o Direito dentro da perspectiva da ciência jurídica contemporânea, utilizando-se como parâmetro sua metodologia. Escolhe-se, portanto, como grande divisor de águas, a decadência do direito natural, já demonstrada e analisada nesta seção, seja o jusnaturalismo teológico ou o direito natural racional, também chamado jusracionalismo.

1.2.2 Configuração histórica da metodologia da ciência do direito

Como visto, tais transformações sociais, políticas e econômicas dos séculos XVIII e XIX refletiram no Direito.¹¹³ Inicia-se a chamada era das grandes codificações.¹¹⁴ Inspirado pelo jusracionalismo, surge um movimento de dimensão européia, que procurará fazer a síntese das teorias do direito natural e das teorias políticas do liberalismo. O caráter principal será a tentativa de sistematização do direito em grandes diplomas legislativos (códigos), procurando a fusão entre o direito civil romano e os direitos nacionais do Estado burguês. Notadamente, o fenômeno da codificação influenciará sobremaneira o pensamento jurídico que se seguiu a ela.

Com a chamada escola da exegese¹¹⁵, surgida na França com a edição do Código de Napoleão em 1804¹¹⁶, o positivismo jurídico começa a ser delineado em sua face legalista. É uma corrente de pensamento na qual a lei é considerada como única fonte do direito, a

¹¹³ “O *Bill of Rights* em Inglaterra em 1689, as constituições dos Estados americanos em 1776-1777, a constituição federal dos Estados Unidos em 1787, a Declaração francesa dos Direitos do Homem e as constituições da época da Revolução (1791, 1793 e 1795), actos legislativos ainda hoje em vigor directa ou indirectamente, transpuseram estas ideias políticas e filosóficas para a realidade jurídica.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Coimbra: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 367. (grifo do autor).

¹¹⁴ “Foi a partir do Setecentos que se iniciou a vaga de codificações jusracionalistas [...] entre todos os códigos, sem dúvida, foi o Código Civil francês, o Código de Napoleão, o de maior importância. Embora tenha recolhido certas contribuições da Revolução, foi reconhecidamente o código da burguesia, expressando os seus valores. [...] Ele foi, em essência, um código de direito privado. Há nele, nitidamente, uma tendência antifeudal igualitária e centralizadora.” ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 69, 77-78.

¹¹⁵ “A Escola da Exegese apresenta várias características: 1. Identifica o direito com a lei e esta com o *Code Civil*; 2. A interpretação deve procurar a vontade do legislador; 3. Não há verdadeiras lacunas.” JUSTO, Antonio Santos. **Nótuas de história do pensamento jurídico**: história do direito. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 54. (grifo do autor).

¹¹⁶ “*Dans la réorganisation de la France au temps du Concordat, Bonaparte mena à bonne fin l’élaboration du Code Civil, promulgué en 1804. Ce copieux recueil, préparé par les travaux d’une Commission où, à côté du second consul Cambacérés, figuraient comme principaux membres les juristes Tronchet, Portalis et Bigot de Préameneu, devait être aussi l’affirmation de la bourgeoisie brummaïrienne en temps que classe sociale dominante. Ce Code, par les idées qu’il développait comme par sa clarté exerça au XIX siècle une profonde influence en Europe, et cette influence se propagea jusqu’en Amérique et en Asie.*” DESCHAMPS, Henri-Thierry; POULIGO, René. L’époque contemporaine. In: GOTHIER, Louis; TROUX, Albert (Org.). **Recueil de textes d’histoire**. Paris: H. Dessain, [19--]. p. 125.

interpretação da lei deve buscar a vontade do legislador, a função do juiz se resume num silogismo de adequação do texto legal à hipótese judicial e não se prevê nem se admite a existência de lacunas no direito.

Quase que concomitantemente, surge na Alemanha a corrente do historicismo jurídico, já analisada neste trabalho quando se tratou das influências da História no Direito. Contudo, convém ressaltar que a escola histórica considera como fonte do direito os costumes de cada povo.¹¹⁷ Em termos de metodologia, caberia à jurisprudência (ciência do direito) interpretar e identificar o sentido normativo dos costumes numa análise histórica, para depois categorizar os dados recolhidos em conceitos jurídicos, de forma científica. A lei teria apenas a função declarativa dos costumes.¹¹⁸

As duas escolas, com pensamentos evidentemente distintos, não poderiam ter deixado de entrarem em conflito. E foi o que ocorreu com a célebre disputa entre Savigny e Thibaut¹¹⁹, o primeiro, representante maior da escola histórica, levantou-se contra a codificação tão defendida pelo segundo, que via na ausência de um código alemão a inferioridade e o atraso político.¹²⁰ Todavia, o movimento historicista prevaleceu, inclusive encorpando-se pelo aparecimento da jurisprudência dos conceitos no seio da escola histórica, resultado da ênfase no momento científico da categorização do direito em conceitos.

Com a jurisprudência dos conceitos a doutrina ganha ainda maior importância no estudo e na realização concreta do direito. A cientificidade do pensamento jurídico será enfatizada. O direito passa a ser um sistema lógico de conceitos baseado na lei como ponto de partida hermético e sem lacunas, sendo o elemento constitutivo do sistema o conceito jurídico, uma definição rigorosa dos institutos e termos. Para se aplicar o direito (*sub iudice*), recorre-

¹¹⁷ “Em direito, é a pregação do direito vivo contra o direito abstrato e inerte; é a intuição contra o raciocínio calculador. A Revolução Francesa fora a expressão da razão. Mas Savigny procurou o inconsciente individual e histórico, em busca das forças renovadoras. O espírito popular (Volksgeist) seria a fonte do direito, de que o código seria a cristalização.” MACEDO, Sílvio de. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p. 114.

¹¹⁸ JUSTO, Antonio Santos. **Nótulas de história do pensamento jurídico**: história do direito. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 57.

¹¹⁹ “No duelo Thibaut-Savigny confrontam-se opções pessoais fundamentais – a cultura aristocrática e a política democrática, a tradição européia e o novo sentimento nacional, a ciência e a prática activa.” WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de Antonio Manoel Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. p. 451.

¹²⁰ “Thibaut ao insistir na necessidade de um código comum como garantia da união nacional; Savigny, na sua afirmação de que só mediante uma ciência jurídica renovada, ou seja, só por intermédio de uma cultura científica a Alemanha estava preparada para um código. De todo modo, é forçoso reconhecer que uma das conseqüências dessa reação foi a circunstância de que somente setenta anos mais tarde seria realizado um código alemão.” ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 82.

se ao conceito, vai-se ao sistema, procura-se a solução correspondente aos conceitos e verte-se à realidade novamente.¹²¹

A jurisprudência dos conceitos tomará com Rodolf von Ihering (1818-1892)¹²² um outro rumo. Ele contesta o historicismo, negando que o direito seja algo espontâneo, mas sim produto de luta, da vontade. O direito assume com ele um caráter finalístico. Ele difere a jurisprudência inferior, ou seja, a interpretação do direito feita pelos juízes, da superior, a construção e criação do sistema jurídico, feita pelos cientistas e filósofos do direito.¹²³

Neste estágio, ocasionado pela reviravolta que as teorias de Ihering proporcionaram ao pensamento jurídico na segunda metade do século XIX, aparece o que se chamou de jurisprudência dos interesses¹²⁴. A sociedade da época estava um emaranhado de interesses possivelmente antagônicos, devido à difusão da indústria e da ideologia liberal¹²⁵, daí essa tendência rapidamente ter tomado conta das teorias no âmbito do direito. Essa vertente metodológica do pensamento jurídico desloca o eixo ontológico do direito, que estava nos conceitos, no chamado direito dos professores, para os interesses, para a subjetividade, para o campo da força política. A lei passará a ser encarada como concretização de interesses que predominaram sobre outros, interesses de múltiplas ordens, religiosos, econômicos, culturais, sociais, entre outros.

Esse movimento de raiz voluntarista atingirá o ápice com a doutrina do chamado “direito livre”. Como proposta metodológica, pode-se dizer que essa corrente teórica defendeu a livre investigação do fenômeno jurídico contestando a aplicação esquemática da lei do

¹²¹ JUSTO, Antonio Santos. **Nótulas de história do pensamento jurídico**: história do direito. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 60-62.

¹²² “A Filosofia do Direito de Ihering concentra-se em dois pólos: propósito e luta. É a luta, o empenho pela definição de propósitos, que pode realizar-se no Direito, do qual a lei emerge [...] Por conseguinte, Ihering torna central, para sua Filosofia do Direito, a personalidade humana e a sua liberdade.” FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do direito**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 173.

¹²³ MACEDO, Sílvio de. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p. 121 e 123.

¹²⁴ Identificando como principal nome da escola da jurisprudência dos interesses a figura de Philipp Heck (1858-1943), Karl Larenz: “A jurisprudência dos interesses – e essa é sua afirmação justeorética fundamental – considera o Direito como ‘tutela de interesses’. Significa isso que os preceitos legislativos – que também para HECK constituem essencialmente o Direito – ‘não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesses’.” LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 65.

¹²⁵ “Na Inglaterra, onde a revolução industrial começara cedo e avançava em firme progressão, a natureza fundamental das mudanças depois de 1870 é menos evidente do que em qualquer outra parte [...] Mesmo na Europa continental, talvez com a única exceção da Bélgica, a industrialização foi um produto mais do último quartel do que dos dois primeiros terços do século XIX; foi mais uma consequência do que uma concomitância da ‘era da estrada de ferro’.” BARRACLOUGH, Geoffrey. **Introdução à história contemporânea**. Tradução de Álvaro Cabral. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 43.

positivismo legalista.¹²⁶ A escola também se opôs à exclusividade da lei como fonte do direito¹²⁷, negou a completude do sistema jurídico e deu ênfase à decisão judicial como verdadeiro momento criador do direito. A lei teria apenas a função de limitar as vontades e justificar a decisão. O juiz também é livre e admitiam-se decisões *contra legem* em circunstâncias especiais. Pela importância conferida à personalidade do juiz, o movimento do direito livre pretendeu um resgate da magistratura romana e da função primordial do *ius dicere* do pretor.¹²⁸

Não por outra razão, senão pela instabilidade e insegurança jurídica que o direito livre gerava, a escola não conseguiu impor-se como corrente majoritária, perdendo o embate para a já mencionada jurisprudência dos interesses, que predominou no primeiro quartel do século XX na Europa, principalmente no que se refere ao direito privado. Merece nota o declínio do positivismo legalista: por mais que seu método da subsunção ainda permanecesse, o reinado legislativo como fonte jurídica principal já não satisfazia mais. Todavia, para rivalizar com a jurisprudência dos interesses, outros movimentos de caráter positivista apareceram: notadamente o positivismo normativista de Hans Kelsen.¹²⁹

Isso se dá num cenário de crescimento de uma variante filosófica do ceticismo conhecida por relativismo.¹³⁰ Esse pensamento, originário de reformulações da filosofia de Kant, mostrou-se descrente em relação à verdade, tida como um ponto de vista, não um absoluto. Kelsen pretendeu, através do purismo metodológico (método nomológico), despojar

¹²⁶ “A *libre recherche scientifique du droit*, a que de imediato se associa o nome prestigioso de François Geny, empenhou-se em criticar o positivismo exegético [...]” BRONZE, Fernando José. Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. 75, p. 151-177, 2003. (grifo do autor).

¹²⁷ “Ao lado do Direito estadual, e com a mesma importância, existe o ‘Direito livre’ criado pela decisão jurídica dos cidadãos, pela jurisprudência e pela ciência do Direito. Como todo o Direito, também aquele é um produto da vontade.” LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 80.

¹²⁸ JUSTO, Antonio Santos. **Nótuas de história do pensamento jurídico: história do direito**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 68-69.

¹²⁹ “A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (1881-1973) tem o seu ponto de partida no ideário do neokantianismo: dever-ser e ser aparecem como categorias últimas e não ulteriormente deduzíveis. Essa diferença categorial entre dever-ser e ser constitui a base dessa teoria jurídica. A ciência do direito tem a ver com normas, portanto com um dever-ser, e não com um ser. Se o direito for reconduzido a factos psíquicos ou sociológicos, as categorias do ser e do dever-ser, separadas por um abismo intransponível, misturam-se entre si.” ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa: Quid Juris, 2010. p. 36.

¹³⁰ “O relativismo é uma variante sutil do ceticismo. Entre recentes filósofos do Direito, o relativismo foi exposto, de modo mais impressionante por Gustav Radbruch (1878-1949). Êle mostra muito claramente em sua Filosofia do Direito como o relativismo brotou do kantismo. A posição decisiva é a que se reflete na noção céptica relativa à descoberta da verdade. Para colocar essa noção no terreno específico do Direito, foi elaborada a proposição que diz não serem desvendáveis, quer dizer, demonstráveis, os juízos abstratos sobre o Direito. Radbruch desenvolve estas premissas como fazem quase todos os neo-kantianos, na base de uma separação nítida dos campos existencial e normativo, do ‘é’ e do ‘deve ser’ (*Sein e Sollen*).” FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do direito**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 183. (destaques do autor).

a ciência jurídica de quaisquer resíduos sociológicos, históricos ou políticos para permitir ao Direito alçar o status de ciência rigorosamente sistemática. Também, sua teoria apresenta uma profunda descrença em relação à Justiça.¹³¹

Com a matriz filosófica de Kant¹³², apoiando-se no imperativo hipotético, ele formulou a teoria da norma hipotética fundamental, ponto de partida necessário, pressuposto lógico de qualquer ordenamento jurídico, sustentáculo de toda a cadeia de validades normativas que o compõem (pirâmide). Em sua teoria, Direito e Estado são uma coisa só, este funcionando como uma ordem jurídica, personalizada e que se auto-obriga, além de inexistir diferença entre direito interno e internacional na obra de Kelsen (monismo jurídico).¹³³

Ainda deve-se consignar outra orientação teórica que o Direito assumiu no início do século XX. Se o positivismo foi uma resposta teórica de um mal-estar do final do século XIX¹³⁴, o realismo jurídico se originou num momento de crise, um período da História em que, pela primeira vez, o eixo do mundo se deslocava da Europa para outra região, uma época de problemas de projeção mundial, que já se assomava uma Grande Guerra entre 1914 e 1918 e vivia uma conjuntura econômica extremada, que desaguardaria na Crise de 1929.

Não por outro motivo, o realismo teve duas vertentes principais. Uma escandinava, conhecida por escola de Upsala e outra norte-americana. Ambas as correntes de pensamento tiveram em seu cerne o problema sociológico. As duas procuraram resolver o problema da ciência jurídica através da realidade social. São linhas de pensamento fortemente dominadas

¹³¹ “Para él, lo absoluto, en general los valores absolutos en lo particular, están más allá de la razón humana que solo puede lograr una solución limitada, relativa del problema de la justicia y por eso busca el hombre esa justificación en la religión y en la metafísica y la justicia es desplazada de este mundo trascendente a una autoridad divina.” MAYOR, Alfonso Ávila. Que és la justicia? de Hans Kelsen. **Frónesis**, Caracas, v.15, n.3, dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682008000300009&lang=pt>. Acesso em: 12 mar. 2013.

¹³² É possível afirmar ser Kant o fundador da moderna filosofia do direito. “Kant saw human beings as inhabitants of two wholly distinct worlds. On the one hand, their bodily existence makes them components of the natural, empirical world where all objects are moved by causes external to themselves. In this respect, human beings are mechanisms whose operation is determined by sensory stimuli in accordance with the laws that govern the natural world. But on the other hand, human beings are rational persons. They are not only capable of exercising “theoretical reason” to discover, as Newton had, the laws of the natural world, but they are also possessed of “practical reason,” which enables them to choose which purposes to pursue by means of utterances and actions without reference to contingent wants or circumstances.” LETWIN, Shirley Robin. **On the history of the idea of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.p. 135.

¹³³ MACEDO, Sílvio de. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.p. 132-133.

¹³⁴ “À medida que o século XX avançava, as vantagens que tinham garantido o domínio europeu – nomeadamente, o monopólio da produção de máquinas e o poderio militar conferido pela industrialização – retrocediam e os fatores demográficos subjacentes reafirmavam sua importância [...] Ao mesmo tempo, o período de hegemonia política europeia aproximava-se do final, e o equilíbrio de poder na Europa, que durante tanto tempo governara as relações entre os Estados, estava sendo ultrapassado pela era da política mundial.” BARRACLOUGH, Geoffrey. **Introdução à história contemporânea**. Tradução de Álvaro Cabral. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 89.

pelo empirismo filosófico. Diga-se que as teorias de Max Weber ¹³⁵, principalmente aquela que separa o ponto de vista jurídico do ponto de vista sociológico, exerceram influência considerável no realismo jurídico, sendo decisivas na elaboração da tese segundo a qual todo direito tem sua origem num fato social e a norma jurídica efetiva é aquele que realmente se aplica.¹³⁶

O realismo jurídico escandinavo desconsidera que a própria consciência jurídica possa ser racional, o que já inviabiliza uma posição favorável ao direito natural, sendo inviável um princípio *a priori* de justiça. A única possibilidade, pois, seria uma jurisprudência fundada exclusivamente na experiência e sujeita completamente aos parâmetros da observação e da verificação, como nas ciências naturais. Igualmente, o realismo jurídico norte-americano, dominado pelo pragmatismo, aspirava uma compreensão global do direito através do método sociológico, investigando suas causas e seus fins. Para ele, só existe o direito que se impõe pelas decisões judiciais, assim, a principal tarefa da ciência jurídica é estudar os fatores determinantes de uma decisão.¹³⁷

Do que exposto, nota-se que, enquanto o normativismo de Kelsen procurou estabelecer as bases de uma ciência jurídica autônoma, com objeto e método próprio, o realismo jurídico optou por uma saída no outro extremo, negando qualquer compreensão científica do fenômeno jurídico que não fosse através da Sociologia ou da Psicologia. Evidentemente, pela carência de um pensamento sistemático, o realismo não teve como se firmar em pé de igualdade com o normativismo. Consigne-se também que o realismo norte-americano corresponde a um pensamento abalizado num sistema jurídico diverso do Europeu continental, o chamado *common law*. As diferenças entre os sistemas jurídicos serão tratadas no segundo capítulo.

Das modalidades do positivismo jurídico analisadas, constata-se que, mesmo uma ou outra corrente propondo métodos de interpretação diversos, ou focalizando este ou aquele

¹³⁵ Acerca do pensamento jurídico de Max Weber (1864-1920), Samuel Rodrigues Barbosa aduz: “O ponto de vista jurídico conceitua o direito como uma idealidade. Para o ponto de vista sociológico, o direito está no plano empírico (‘o que de fato ocorre’). À dogmática coloca-se o problema da interpretação concreta, à sociologia, o problema da orientação das ações. Na primeira perspectiva, o objeto do direito é o sentido normativo, derivado da aplicação de um método lógico. Na segunda, o objeto é a ação humana que se orienta por ordens consideradas subjetivamente válidas.” BARBOSA, Samuel Rodrigues. O conceito weberiano de direito: estudo introdutório. In: PISSARRA, Márcia Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. (Coord.). **Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 111-112. (grifo do autor).

¹³⁶ “É também nesta mesma linha que se vêm inscrever os diversos realismos e os vários sociologismos (entre outros, o realismo escandinavo [...] e os estadunidenses *legal realism* [...] e *sociological jurisprudence*.” BRONZE, Fernando José. Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 75, p. 151-177, 2003. p. 169.

¹³⁷ JUSTO, A. Santos. **Nótuas de história do pensamento jurídico: história do direito**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 65-67.

aspecto da manifestação do fenômeno jurídico (momento legislativo e momento decisório), ou mesmo contestando a hierarquia das fontes, todas admitem ser o direito criação humana, positivo. Assim, será também, mutável, contingente, localizado no espaço e no tempo. Este trabalho corrobora com a tese de que apenas uma postura positivista é capaz de reconhecer a historicidade do direito.¹³⁸ Em última análise, o princípio fundamental do positivismo jurídico é a variabilidade do fenômeno jurídico e sua independência de ideais externos ou especulativos sobre justiça. Deste modo, os princípios jurídicos, numa postura positivista, não são encontrados fora do sistema jurídico, na ética ou na filosofia, como queriam os jusnaturalistas, mas são encontrados dentro do sistema, criados por ele e para ele.

1.2.3 Gênese histórica dos princípios jurídicos

Resta ainda a tarefa de investigar o momento do aparecimento na história do pensamento jurídico da concepção primordial de princípio, objeto deste trabalho. Da recolha dessa síntese das principais correntes teóricas e filosóficas do Direito, objetivada na seção anterior, seria possível precisar um ponto específico, um divisor nítido entre um direito “sem princípios” e um direito “com princípios”?

O princípio, do latim *principium*, traduz a ideia grega de *arché*, significa início, base de algo, a causa primeira, podendo ser também um preceito ou uma ideia inicial que serve de fundamento para um raciocínio.¹³⁹ A utilização do termo princípio parece ter se iniciado na Grécia, com os filósofos da natureza em Mileto e suas especulações acerca da origem do mundo.¹⁴⁰ Essa noção de princípio como um protótipo, como fundamento será mais trabalhada em Roma, mas a inclinação dos gregos foi pensar o princípio como modelo, de

¹³⁸ Postura essa que parece a mais indicada por todas as razões enumeradas quando da análise do direito natural realizada no item anterior. Assumindo-se uma perspectiva histórica da manifestação e investigação do fenômeno jurídico, incompatibiliza-se a aceitação da existência de um direito natural. É nota reiterada do jusnaturalismo seu caráter a-histórico. Inclusive, em termos de metodologia científica do direito, essa só surge com o positivismo jurídico, estando os trabalhos sobre direito natural presos na questão da fundamentação do sistema e da ordem, além do problema da legitimidade do poder.

¹³⁹ “Princípio. O ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer. Os dois significados de ‘ponto de partida’ e de ‘fundamento’ ou ‘causa’ estão estritamente conexos à noção deste termo, que foi introduzido em filosofia por Anaximandro [...] Na filosofia moderna e contemporânea a noção de P. tende a perder sua importância.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962. p. 760.

¹⁴⁰ Tales propunha que a água era o princípio de tudo, ao passo que para Anaxímenes era o ar. Anaximandro considerava o *apéion*, o infinito como início de tudo. Também os pitagóricos se inclinaram a achar que os números estavam na essência de tudo. “A primeira tendência propriamente filosófica na história do pensamento grego é representada pela assim chamada escola jônica, que é também a primeira do período naturalista, preocupando-se seus expoentes com a achar a substância única, a causa, o princípio do mundo natural vário, múltiplo e mutável.” PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. **História da filosofia**. 9. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1972. p. 99-100.

onde se originou também a palavra arquétipo. E, como visto, para eles o modelo do direito ¹⁴¹ (*dikáion*, de Diké, deusa da Justiça) era a justiça, que se entendia como igualdade, *íson*. ¹⁴²

Voltando ao questionamento inicial, como o uso do vocábulo “princípio”, em sede de história da Filosofia, é antigo, não se pode precisar exatamente quando essa terminologia migrou para os campos do pensamento jurídico. Entretanto, certo é que as dimensões significativas que a palavra princípio assumiu no curso da história, com reflexos no Direito, foram variando, somando-se aspectos de significado. Uma análise semântica do termo princípio no Direito seria necessária para se tentar entender o sentido deste termo tão ambíguo quanto a própria palavra “direito”. ¹⁴³

1.3 Princípios entre o cambiar do pensamento jurídico

Aqui nesta seção derradeira do primeiro capítulo, pretende-se indicar os vários sentidos do princípio no direito, segundo o pensamento jurídico ocidental. Ainda neste ponto não se abordará a questão do termo na atualidade, que ficará reservada para uma análise pormenorizada no último capítulo deste exame.

Na Antiguidade, os princípios não aparecem nas leis. O uso do termo não é muito freqüente nem entre os filósofos do direito. Os princípios são sempre entendidos como fundamento, como causa primeira, numa concepção metafísica. Habitam a ontologia, sendo mencionados em algumas construções acerca do direito natural, que é costumeiramente chamado de lei natural. Como a ciência do Direito ainda é incipiente, o termo princípio não se distingue conceitualmente. Na Grécia antiga, o princípio é algo natural, compõe o mundo da

¹⁴¹ Ou talvez como o direito deveria ser ou o que deveria seguir. O *arché* grego é um parâmetro. Ele serve de medida e conserva a idéia de modelo. Essa perspectiva é nítida na teoria do mundo das idéias de Platão, segundo a qual os objetos reais seriam manifestações disformes (sombras) de uma idealidade não atingível, porém paradigmática, a servir de orientação, portanto, para o espírito e as coisas humanas reais. Nessa visão, seria a justiça o objeto ideal do direito.

¹⁴² A justiça como igualdade é uma perspectiva pitagórica. Pitágoras, sendo matemático, baseia sua concepção de justiça na relação de igualdade, é justo aquilo que é igual.

¹⁴³ A própria palavra “direito” do latim *de rectum* é uma construção posterior à idéia de direito em Roma. Entre os romanos, direito era *ius*. Daí, derivam justiça, jurisprudência, jurisdição (*iustitia*, *iurisprudentia*, *iurisdictio*). A conotação direito, estar reto, retidão é medieval, diz respeito à ética cristã e a divinização da justiça como virtude. O termo *de rectum* aparece na história como orientação do *ius*, fazer a reta justiça. Originou *direito*, *droit*, *derecho*, *diritto* e *dreptu* nas línguas latinas e *recht* e *right* nas germânicas. Tercio Sampaio Ferraz Junior comenta: “No correr dos séculos, porém, a expressão *ius* foi, pouco a pouco, sendo substituída por *derectum*. [...] Guardou, porém, desde suas origens um sentido *moral* e principalmente religioso, por sua proximidade com a deificação da justiça. Nos séculos VI ao IX, as fórmulas *derectum* e *directum* passam a sobrepor-se ao uso do *ius*. Depois do século IX, finalmente, *derectum* é a palavra consagrada, sendo usada para indicar o ordenamento jurídico ou uma norma jurídica em geral.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 11. (grifo do autor).

natureza das coisas, rege-se pela causalidade. As leis naturais são princípios. Falta a essas leis a positividade do direito legislado, ou mesmo a faceta cultural dos costumes. As leis naturais são universais, eternas e imutáveis, escapam à contingência humana. Em Roma, os princípios são máximas jurídicas, adágios extraídos na experiência prática, sobretudo do *forum*, elaborados pelos jurisconsultos para servirem de modelos ou parâmetros de solução para a casuística. Assim, a construção principiológica do direito passa a ser um pouco mais técnica, já que feita por especialistas.

Com a passagem para a Idade Média, pouco se altera em relação à concepção de princípio. Na medida em que a distinção entre direito positivo e direito natural vai tomando forma e ganhando importância sistemática, os princípios estarão ligados à lei natural. Contudo, a lei natural estará atrelada à dominante concepção cristã da criação do mundo por Deus. Deste modo, os princípios se revestem de um caráter quase sagrado, passando a compor a manifestação da obra do Criador, reforçando-se seu caráter absoluto, de eternidade e de imutabilidade, dada a perfeição da gênese divina. Se os princípios naturais são fruto da ordem universal criada por Deus que rege a natureza do mundo, os mandamentos divinos são diretrizes morais aos homens para que atinjam a salvação.

Na Baixa Idade Média, sobretudo com o Renascimento, a modernidade se fará impor paulatinamente, e o pensamento clássico resgatado manterá a mesma concepção de princípio das leis naturais transcendentais no remodelado direito natural, agora racional. A racionalização dos fenômenos causais da natureza, o progresso de ciências como a física e a astronomia e as transformações políticas, entre elas a secularização da autoridade, repercutirão no Direito de forma a conduzir os pensadores a buscar nele os subsídios instrumentais da institucionalização do poder.

O direito nacional positivo se oporá ao direito natural filosófico. A dicotomia natural/positivo ganhará mais força. Os esforços conduzir-se-ão para sistematizar o direito natural e o direito positivo. O direito natural, que saíra da esfera da natureza, adquirira uma dimensão metafísico-religiosa, racionalizava-se através de um pensamento ético-político. O ápice dessa sistematização, como tratado, será o imperativo categórico de Kant. O direito natural se ocupará das especulações sobre a justiça. O direito positivo, que estivera durante séculos subordinado ao natural, ganhara autonomia. A positividade desencadeada pela modernidade não só tornará a ciência independente da filosofia, como promoverá a institucionalização da autoridade política.

Nesse processo, o direito positivo começará a ter preponderância sobre o direito natural. Isso será promovido por doutrinas que pretenderam sistematizar o direito positivo,

como expressão política, nas leis, na jurisprudência e nas decisões judiciais. Tal era do primado do direito positivo virá a ser coroada com a abnegação do direito natural e conseqüente negativa de sua juridicidade. Todavia, para sustentar essa positividade do direito, a ciência jurídica recorrerá a diversos postulados, que precisarão substituir os antigos preceitos naturais. Esses postulados assumirão o caráter de princípios do direito positivo, dos quais se pode citar a legalidade, a ausência de lacunas no sistema, dentre alguns. Entretanto, como o direito positivo é mutável, esses princípios se alterarão conforme as correntes de pensamento jurídico como se observou na seção anterior.

Contudo, mesmo que se possa afirmar a contingência da positividade no direito, o que se deduz da multiplicidade de ordenamentos, da abundância de escolas jurídicas e da própria essência variável do direito que é posto, o direito passará a conviver com uma realidade permanente e cada vez mais inegável: o sistema jurídico. Dentro dessa casca sistemática, os mais diversos ordenamentos serão estabelecidos. Assim, o sistema demandará uma estrutura, necessitará de premissas – que alguns procurarão na lógica – para se tornar operacional, efetivo. O sistema jurídico exigirá, principalmente da ciência do direito, princípios que lhe permitam existir.

Agora, no próximo capítulo deste estudo, vista a importância que a noção de sistema assumiu, tratar-se-á do assunto da construção de um sistema jurídico, dos tipos de sistema existentes, de suas regras internas de funcionamento, para, ao final, voltar-se à discussão sobre os princípios no Direito.

CAPITULO 2 SISTEMAS JURÍDICOS OCIDENTAIS E COMPREENSÃO SISTÊMICA DO DIREITO

Neste ponto do presente trabalho, a imersão do Direito na história já foi demonstrada, ao menos do ponto de vista teórico. Em termos de pensamento e concepção do direito, fica inegável que este se dê em contingências histórico-culturais. Se o direito é um produto da sociedade – uma criação humana – passa a ser necessário investigar a maneira através da qual ele se faz presente na realidade. Em outras palavras, deve-se perguntar como o direito está institucionalizado na sociedade. Assim, surge a figura do sistema jurídico. Pensar o direito como um sistema implica em considerar um todo organizado composto por normas e que demanda certa técnica e especialização para ser operado. Dizer que existe um sistema jurídico significa apontar para uma realidade das sociedades contemporâneas.¹ Obviamente, essa noção de sistema tampouco se formou instantaneamente. Pelo contrário, a historicidade do direito impõe a perspectiva temporal do surgimento do sistema jurídico. E ainda: de mais de um sistema jurídico.

Dessa forma, passa-se a analisar os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais, respectivamente, o romano-germânico e a *common law*. Neste estudo, far-se-á a apresentação dos dois sistemas, ressaltando suas origens históricas, suas particularidades e seus pontos de contato. Essa comparação não visa tratar de todos os aspectos desses sistemas jurídicos, mas sim evidenciar a influência histórica no direito, que propicia, entre outras coisas, a existência de sistemas jurídicos diversos e tão peculiares. Procura-se, sempre que possível, utilizar da comparação (direito comparado) para elencar os pontos principais de ambos os sistemas.² Depois, a questão teórica do entendimento do direito como um sistema será apreciada. Discute-se a teoria do ordenamento jurídico, questionando-se concepções clássicas para depois examinar-se o direito na perspectiva da teoria dos sistemas sociais. Em última análise,

¹ “O mundo jurídico se infiltra no mundo social como uma rede de previsões, de proibições não-expressas, e de orientações de comportamento que acompanham o indivíduo, membro de uma comunidade, desde o nascimento até depois da morte.” BORGES, Wilson Hilário. **Historicidade e materialidade dos ordenamentos jurídicos**. São Paulo: EDUSP; Ícone, 1993. p. 35.

² Para efeitos desta investigação, é preciso esclarecer que “[...] direito comparado significa comparação de direitos.” Essa atividade consiste em “[...] estabelecer sistematicamente semelhanças e diferenças” entre os sistemas jurídicos, que são entendidos como “ordens jurídicas.” O estudo do direito comparado tende a ser sincrônico, uma vez que pretende uma perspectiva atual, mormente nosso estudo vá se iniciar a partir de uma história comparativa dos sistemas jurídicos. Para tanto, faremos uso do método da macrocomparação. Esta, “[...] realiza-se pela comparação entre sistemas jurídicos considerados na sua globalidade [...]” Proceder-se a comparações globais através de um método que procura relacionar elementos estruturantes homólogos de dois ou mais sistemas jurídicos.” ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 9-10.

pretende-se perquirir qual o papel dos princípios do direito nessas transformações histórico-metodológicas pelas quais passou a teoria do sistema jurídico.

2.1 Os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais

Estando este trabalho relacionado à construção histórica de um pensamento ocidental acerca dos princípios no direito, não se poderia deixar de perpetrar o diagnóstico da situação atual dos dois principais sistemas jurídicos de tradição judaico-cristã.³ Essa ponderação é importante para um entendimento global do fenômeno histórico-jurídico chamado sistema de direito. Existe uma gama imensamente variada de ordens jurídicas autônomas no mundo. Pode-se dizer que o número de direitos existentes se compara ao de línguas e idiomas.⁴

Do mesmo modo, a comparação deve estar integrada ao estudo histórico dos ordenamentos jurídicos⁵, algo que conduz novamente aos domínios da história do direito e interliga esta seção ao esforço da compreensão histórica do pensamento jurídico dispensado na primeira. O intuito da comparação reside na desmistificação de paradigmas⁶, que são, na maioria das vezes, oriundos de preconceitos culturais, e orienta no sentido da inteligência das sutilezas presentes no corpo dos diversos sistemas existentes.

³ A bipartição entre direitos romanistas e *common law* é tônica na obra clássica de René David. Mário Losano critica em certo ponto esta concepção e propõe uma divisão entre sistemas europeus e extra-europeus, que parece ser mais adequada. Entretanto, este trabalho não pretende adentrar na celeuma comparatista da categorização dos sistemas jurídicos, razão pela qual se opta por uma terminologia neutra de sistemas ocidentais e orientais, que beira à ciência política. Ainda, quando se trata de sistemas ocidentais, está na verdade se referindo aos dois referidos sistemas europeus de maior predominância. Embora possuam extrema importância outros sistemas, como os latinos, por exemplo, não é o intuito deste estudo preocupar-se com a questão da separação.

⁴ Por esta razão é que os comparatistas costumam dividir os sistemas jurídicos em famílias. “A diversidade dos direitos é apreciável, se se considerar o teor e o conteúdo das regras [...] As regras podem ser infinitamente variadas; as técnicas que servem para enunciar, a maneira de as classificar, os modos de raciocínio usado para as interpretar, resumem-se, pelo contrário a certos tipos, que são em número limitado. É possível, por isto, agrupar os diferentes direitos em ‘famílias’, da mesma que nas outras ciências [...]. Porém, não há concordância sobre o modo de efetuar esse agrupamento e sobre quais famílias de direitos se deve por conseguinte reconhecer.” DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 16-17.

⁵ Podemos dizer que a comparação pode ser feita de maneira “[...] diacrônica ou sincrônica, dependendo de ter por objeto normas vigentes em épocas diferentes no mesmo lugar, ou normas vigentes na mesma época em lugares diferentes. [...] A esse dois tipos de comparação correspondem as matérias tradicionalmente denominadas história do direito e direito comparado.” LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 543.

⁶ DAVID, op. cit., p. 5. “O direito comparado desvenda todo o exagero de preconceitos e de ficção que esta análise comporta, mostra-nos que outras nações, julgadas democráticas, aderiram a fórmulas muito diferentes, rejeitaram a codificação e opuseram-se a um alargamento, segundo elas perigoso para a democracia, da função da lei; revela-nos, por outro lado, que em outros Estados se consideram como falsamente democráticas as fórmulas cujos méritos afirmamos. O estabelecimento da verdade progride com essas reflexões.”

Portanto, em termos de metodologia comparativa, pode-se observar a presença de elementos determinantes sobre os quais recai a comparação. Esses elementos repartem-se em elementos internos, ou estritamente jurídicos e elementos externos, ou metajurídicos. Os primeiros seriam aqueles relativos ao direito e ao ordenamento, englobando, na visão de Carlos Ferreira de Almeida, a concepção do direito, a estrutura das regras jurídicas, a organização e funcionamento das instituições constitucionais, as fontes do direito, a descoberta do direito aplicável e métodos de interpretação de normas, a organização do Judiciário, as profissões jurídicas e o ensino e a formação dos juristas. No âmbito dos segundos, tem-se a moral e a religião, a posição do indivíduo e dos grupos na sociedade, os valores fundamentais da sociedade, a organização econômico-social, as culturas e as línguas, a história, dentre outros.⁷

Desta forma, a análise dos sistemas jurídicos é permeada de múltiplos fatores. Analisar o direito de um povo implica em analisar toda a sociedade, a cultura, a história, a economia e outros infinitos aspectos que poderiam nos levar a concluir pela impossibilidade de tal empreita. Todavia, em que pese essa dificuldade metodológica, este trabalho procura enfrentar a questão da comparação entre os sistemas jurídicos de tradição romano-germânica e de *common law* atendo-se aos aspectos jurídico-institucionais e histórico-culturais.

Outro problema aparece já de início frente a esta investigação, que é a terminologia sistema. Reserva-se mais adiante um item destinado a essa querela, mas já é possível ofertar inicialmente um conceito preliminar de sistema que satisfaça as necessidades da etapa comparativa. Entende-se por sistema jurídico o conjunto de normas de direito vigentes num determinado território ou aplicáveis a determinado grupo social, que não seja dependente de nenhuma ordem jurídica externa.⁸

A variante histórica por si só já representa uma óbvia diferenciação entre sistemas jurídicos. As condições espaço-temporais conduzem a uma individualização entre os direitos. Pretende-se com o item a seguir ilustrar algumas das diferenças mais importantes ou significativas entre esses dois sistemas devido à importância em ajudar a demonstrar que modulações históricas diversas originam ordens jurídicas diversas, o que reflete em diferentes

⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 21-22.

⁸ “O termo ‘sistema jurídico’ dá, de um direito positivo, essencialmente a imagem de um conjunto de normas, e insiste no aspecto de sistematização e coerência lógica: ele agrada àqueles que privilegiam o caráter lógico do direito e àqueles que atribuem à doutrina um papel importante na elaboração de um direito positivo. Por outro lado, o termo ‘ordem jurídica’ tem um sabor sociologizante e evoca algo mais forte que um conjunto de normas: seja a sociedade, a cultura ou o *Volksgeist* que criam as normas, ou as relações sociais e o conjunto da ordem social que resultam das normas jurídicas.” ARNAUD, André-Jean et al. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Tradução de Vicente de Paulo Barreto. 2. ed. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 729-730. (grifo do autor).

concepções de princípios com veste normativa no ordenamento jurídico. Assim, conforme o direito que se analise, pode haver desde uma inexistência de normas principiológicas até uma predominância das mesmas, como também a presença de princípios sem configuração normativa, ou mesmo concepções ainda mais variadas.

2.1.1 Sistema romano-germânico

A família dos direitos romanistas representa uma fusão entre o direito de Roma⁹ e os costumes dos povos germânicos romanizados.¹⁰ Daí o nome que geralmente identifica esse sistema: romano-germânico. O direito romano serviu de modelo formal às instituições germânicas, principalmente naquelas questões que os costumes não conseguiam resolver. São direitos nos quais a lei firmou-se com o passar dos séculos como principal fonte, em que as normas jurídicas são concebidas como regras de conduta e imperativos morais e fortemente influenciados pela tradição cristã.¹¹

A queda de Roma deixou um vazio institucional na Europa, uma carência jurídica que os costumes germânicos não conseguiram suprir de imediato. Por séculos o direito escrito praticamente desaparece e a única instituição capaz de manter as tradições romanas relativamente vivas é a Igreja Católica. O direito da Igreja vai se preocupar mais com a moral, assumindo também funções civis, sobretudo no que se refere ao matrimônio, e exercendo também jurisdição criminal nos casos de adultério, heresia e sacrilégio, por exemplo. Durante a Alta Idade Média as únicas fontes jurídicas escritas foram as leis canônicas (o direito da

⁹ Costuma-se atribuir ao direito romano uma marcante individualidade em decorrência de sua origem privada, sobretudo em relação ao processo. Hoje, no entanto, a tese da origem privada do processo romano caminha para seu abandono. Na época arcaica, ou seja, anterior à formação da *civitas*, existia uma sociedade agrária, fortemente familiar e patriarcal em Roma. Assim, não se pode crer que os indivíduos elegeassem árbitros particulares para julgar os conflitos de interesses. Parece mais razoável apostar numa submissão à autoridade do *pater familias*, precursora de uma jurisdição civil do *Rex* que viria a aparecer na Monarquia. Cf. BÓTTCHER, Carlos Alexandre. *Iudicet iudicare iubeat*: reflexões sobre as origens do processo civil romano e bipartição. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

¹⁰ “À partir du VI^e siècle, différentes coutumes territoriales et primitives bientôt présentées comme les ‘lois barbares’ s’imbriquent alors sans unité, renvoyant aux oubliettes de l’évolution des peuples les compilations de Justinien. L’obscurantisme du haut Moyen Âge perpétue le déclin du droit: la loi du plus fort règne alors en maître absolue, anarchique et arbitraire.” SÉROUSSI, Roland. **Introduction au droit comparé**. 2. ed. Paris: Dunod, 2003. p. 8-9.

¹¹ “Essa família agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estritamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. [...] A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído, na família romano-germânica, à lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de ‘códigos’.” DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 17-18.

comunidade cristã).¹² Conforme examinado no capítulo anterior, até o século XX, a Europa viverá sob a égide deste dualismo, o direito laico de um lado e o canônico de outro.¹³ Assim, mais do que o direito inglês, os direitos romanistas tiveram uma influência marcante do direito canônico, sobretudo em matéria criminal e de direito de família.

No passado, a cultura romana não fazia distinção isolante entre moral, religião e direito¹⁴, apesar da já existente especialização prática no Direito Romano¹⁵. Na verdade, no período antigo essa mistura se via com mais evidência, enquanto que, a partir da República, o direito se torna mais independente, podendo-se apontar como causas disso a existência de uma magistratura (*praetor*) destinada à solução dos litígios entre cidadãos, o maior aparecimento de leis escritas e o crescimento econômico e a disseminação dos contratos. No entanto, essa interpenetração entre direito e moral ressurgiu na Idade Média e fortaleceu-se a mescla, sendo a separação filosófica obra do movimento de secularização que marcou a cultura européia depois do Renascimento (antropocentrismo do humanismo filosófico), atingindo os direitos romanistas. É na época da formação dos Estados Nacionais que religião, moral e direito se dissociam de forma plena, retomando o direito seu aspecto laico, perdido

¹² “O direito canônico foi, durante a maior parte da Idade Média, o único direito escrito. Enquanto o direito Lácio permaneceu essencialmente consuetudinário durante toda a Idade Média, [...] o direito canônico foi redigido, comentado e analisado a partir da Alta Idade Média. As compilações de direito canônico conheceram uma larga difusão [...] O direito canônico constituiu objeto de trabalhos doutrinários, muito mais cedo que o direito laico; constituiu-se assim uma ciência do direito canônico. O direito canônico, sendo pois um direito escrito e um direito erudito muito antes do direito laico na Europa Ocidental, exerceu uma profunda influência na formação e desenvolvimento desse direito laico.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Coimbra: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 134-135.

¹³ A tradição cristã, ao contrário da judaica, por exemplo, sempre teve patente a separação entre o Estado e a Igreja, algo que se percebe inclusive na passagem bíblica acerca do questionamento do dever de pagar impostos a Roma, momento no qual Cristo responde: “Dai a César o que é de César e dai a Deus o que é de Deus.”

¹⁴ Todavia, em Roma já havia uma especialização meio que profissional presente naqueles que se dedicavam ao direito. O *praetor* era um funcionário do Estado na República Romana, tinha uma função definida. O *iurisconsultum* era um estudioso do direito, um profissional, não um sábio ou um místico como em outras culturas. O saber jurídico estava especializado em Roma, e essa cisão, ocorrida na República, foi que possibilitou ao direito adquirir uma veste dogmática e peculiar entre outros modelos da Antiguidade, foi justamente essa ruptura perpetrada pela experiência política romana, tornando o Direito Romano um fenômeno incomparável de genuinidade como modelo jurídico.

¹⁵ Cf. GILISSEN, op. cit. Costuma-se dividir a história do Direito Romano em quatro etapas: o direito romano antigo, o direito romano clássico, o direito romano durante o Baixo Império e o direito bizantino. No direito antigo, a religião está totalmente entrelaçada com o direito. A época clássica é o momento áureo do direito romano, na qual ele atingiu sua autonomia e sua grandeza, quando foram produzidas as maiores obras dos jurisconsultos. No Baixo Império e na época bizantina, o direito romano volta a sofrer interferência da religião, agora cristã.

com a difusão do cristianismo, consolidando-se dessa forma o caráter autônomo que o direito assumiu no continente europeu.¹⁶

Com o despertar embrionário da ciência do direito na Baixa Idade Média (conforme comentado no capítulo anterior), a redescoberta dos textos latinos, o contato com o Digesto de Justiniano e a formação da Escola dos Glosadores, os direitos romanistas começam a se modelar. Outro fator que terá sua importância destacada será a formação dos Estados Nacionais no início da Era Moderna, fenômeno que representa a centralização do poder político e compreende a assunção pelo Estado (ainda absoluto) do monopólio de produção das fontes jurídicas.¹⁷ Para operar essa cristalização das instituições estatais, a lei será posta como principal fonte do Direito, uma característica que os direitos romanistas conservam bem nítida até os dias de hoje.

É importante também salientar que a tradição romanista tem muito do pensamento do direito natural racional na sua formação.¹⁸ Os esforços dos jusnaturalistas para criar um sistema de direito, uma ordem justa que estivesse acima das demais ordens jurídicas nacionais, permitiu o desenvolvimento da teoria do direito e da ciência da legislação em níveis que a *common law* não atingiu. Entretanto, isso fez com que os direitos romanistas se moldassem sobre uma tradição erudita, distanciada de casos empíricos. A formação da doutrina (*communio opinio doctorum*), do direito dos professores, imprimiu o caráter abstrato às regras jurídicas dos direitos de tradição romana e consagrou o método de aplicação da norma através do silogismo por subsunção.

¹⁶ Na perspectiva da não-dissociabilidade entre direito, moral e religião, concorre o pensamento de Catalano: “Os homens do Ocidente dos últimos dois séculos, organizados em Estados de estrutura econômica capitalística (com exceção da República de Cuba) e de base cultural étnica, em geral distinguem, segundo critérios diversos, as normas religiosas daquelas morais e jurídicas. O *ius Romanum*, ao contrário, tanto o concebido pelo imperador Diocleciano, perseguidor dos cristãos, como também e sobretudo aquele concebido posteriormente pelo imperador cristão Justiniano, constitui um sistema no qual *religio*, *mos* e *ius* estão profundamente compenetrados. O sistema romano, seja o pré-cristão seja o cristão, não conhece o ‘isolamento’ (*Isolierung*) do direito em relação à moral e à religião. O isolamento do direito da religião e da moral é resultado da formação dos ‘Estados modernos’ e das assim chamadas revoluções burguesas, desde aquela que sucedeu nos Países Baixos no século XVII [...] esses revolucionários não prevaleceram e as burguesias se organizaram em torno do conceito de ‘soberania do Estado’ (ou de soberania nacional) e do princípio do isolamento do direito.” CATALANO, Pierangelo. *Religião, moral e direito na perspectiva do ius Romanum*. Roma e América. Direito romano comum. **Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Roma, n. 1, p. 3-14, 1996. p. 3-6. (grifo do autor).

¹⁷ “Quando se iniciou, na Europa, a recepção do Direito Romano, com o trabalho dos glosadores da Escola de Bolonha, e, mais tarde, com o surgimento dos Estados modernos, o processo de aculturação se fez com a edição dos códigos nacionais, os direitos existentes eram o Direito Romano, o Direito Canônico e os direitos locais. Da mescla dos três se formou um jus commune, que era predominantemente Direito Romano, em razão da indiscutível superioridade deste.” PINTO, Agerson Tabosa. **A recepção do direito romano e seus aspectos sociológicos**. Granada: Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 1995. p. 07.

¹⁸ “*L’écologie de pensée dite du ‘droit naturel’, fondée dès le XIII^e siècle sur la logique et la systématisation des règles de droit, gomme à quelques siècles de là la division romaine passablement dépassée ‘droit privé-droit public.’*” SÉROUSSI, Roland. **Introduction au droit comparé**. 2. ed. Paris: Dunod, 2003. p. 11.

O movimento de codificação do século XIX ¹⁹ depois, como visto, darão novo impulso à interpretação exegética e firmarão de uma vez por todas a lei como fonte principal do direito. A vitória do direito positivo sobre o direito natural inaugura a época do positivismo jurídico, e os direitos romanistas se tornam direitos legislados por excelência. ²⁰ Entretanto, da mesma forma como ocorria com o direito natural, o trabalho de construção do sistema jurídico continua a cargo dos doutores, mas agora é uma construção que pretende ser científica e feita de forma positiva, lastreada mais na interpretação dos textos legais do que na especulação filosófica acerca do justo, enquanto que aos magistrados cabia simplesmente a aplicação do método, a realização do mandamento legal, dizer o direito (a boca da lei).

Essa situação perdurará sem alterações significativas até o momento em que os horrores da Segunda Guerra provocarão uma crise de fundamento no direito positivo. A volta do direito natural no Tribunal de Nuremberg e os movimentos de constitucionalização de direitos novamente alteram a face dos direitos romanistas. No pós-guerra, passam a ser direitos constitucionalizados em regimes democráticos e liberais. É nesse ponto, que as regras do direito positivo passam a não mais satisfazerem os anseios das populações, surgindo a teoria dos princípios. A afirmação de princípios constitucionais, ou seja, de normas de caráter superior que dispõem sobre direitos e devem ter primazia sobre as demais uma vez que representam direitos e garantias fundamentais, abre espaço para a era dos pós-positivismos jurídicos.

Este estudo visa estudar justamente essa transformação dos sistemas romanistas de sistemas de regras positivas em sistemas de regras e princípios positivos. Assim, reservam-se as seções do derradeiro capítulo para analisar pormenorizadamente essa temática, razão pela qual se passa a uma breve notícia sobre a tradição anglo-saxônica a título de ilustração e comparação.

¹⁹ “*Le mouvement généralisé de codification ne cherche pas à compiler comme par le passé, mais à ne retenir – après avoir effectué un large remaniement des règles existantes – qu’un corps de règles positif débanassé de tout archaïsme obsolete.*” SÉROUSSI, Roland. **Introduction au droit comparé**. 2. ed. Paris: Dunod, 2003. p. 11.

²⁰ “Por força dessa influência do Iluminismo, aliado ao jusracionalismo, é que se deu um grande impulso à teoria da codificação no final do Setecentos. É certo que não se pode desconhecer a importância da Revolução Francesa [...] No entanto, é necessário salientar o papel do Direito Romano, totalmente negligenciado durante o período de furor revolucionário. Sem o seu resgate não se poderia ter realizado o código civil, na medida em que foram frustradas as tentativas feitas pelos juristas da Revolução.” ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 68.

2.1.2 Common law

A chamada *common law* é o direito comum da tradição inglesa, que remonta aos tempos dos saxões e se estabelece como preponderante com a conquista da Inglaterra por Guilherme da Normandia em 1066 na Batalha de Hastings.²¹ Suas características fundamentais destoam em muito das pertinentes aos direitos de origem romana. É um direito que se firma a partir das decisões de juízes, que precisavam solucionar casos de litígios de interesses específicos. Ele modula-se através de casos judiciais, baseia-se nos costumes dos tribunais. Suas normas se prestam a dirimir conflitos pontuais e práticos e não a formular parâmetros ou hipóteses gerais de conduta, como temos nas legislações de influência romanista.²²

Assim, podemos inferir que a formação da *common law* está ligada ao estabelecimento definitivo do feudalismo na Inglaterra e ao fortalecimento do poder real com a conseqüente criação das cortes reais de justiça, que, através de seus trabalhos, definirão aos poucos os costumes jurídicos gerais do reino. A conquista normanda representa o início da formação da monarquia inglesa e da identidade nacional.²³

A fusão entre a cultura anglo-saxônica e a normanda propiciará o nascimento da *common law*. Essa síntese se fará, ao mesmo tempo, naturalmente e por obra da administração da justiça real, que verá na coesão jurídica um fator de relevância para a unidade do domínio da coroa. A própria origem do nome advém de costumes gerais do reino (*general custom of the realm*).²⁴

Não se deve confundir a *common law* com o *ius commune* do continente. Na tradição inglesa, a expressão significa o direito dos costumes judiciais das cortes reais, em nada se aproximando à doutrina do direito comum, aquele metadireito investigado pelos juristas dos

²¹ “Ainsi s’opéra cette fusion des Anglo-Saxons et des Normands qui devoit donner le peuple anglais. Or, à bien des points de vue, la Common Law est un aspect ou, si l’on veut, est le résultat de cette fusion.” ANCEL, Marc. **La “common law” d’Angleterre**. Paris: Arthur Rousseau, 1956. p. 43.

²² Na lição de René David “[...] as características tradicionais da common law são muito diferentes das da família romano-germânica. A common law foi formada pelos juízes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, de marca desta origem. A regra de direito da common law, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro.” DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 19.

²³ ANCEL, op. cit., p. 43. “Et c’est pourquoi nous pouvons dire que celle-ci eut trois grands effets: elle établit d’une manière définitive la féodalité; elle établit fortement le pouvoir royal; elle établit enfin les cours royales, dont la coutume devient peu à peu la Coutume générale du royaume ou Common Law.”

²⁴ Ibid., p. 47-48. (grifo do autor). “Peu à peu, les lois de Mercie, de Wessex, de Northumbrie, le droit des Normands et le droit des Saxons se fondent en un droit unique, et le chef justicier de Henri II, Glanville, peut intituler son livre: *De legibus et consuetudinibus regni Angliae* ‘Lois et coutumes d’Angleterre’; c’est ainsi qu’on appellera plus tard la Common Law, general custom of the realm.”

séculos XVI e XVII para servir de fundamento aos direitos nacionais e que mais tarde viria a ser umas das origens do direito internacional.²⁵

No âmbito da tradição inglesa, pode-se identificar a centralidade do direito na figura do *case*. O *case* é uma situação prática levada ao tribunal sobre a qual ele precisa proferir uma decisão. A partir da decisão proferida a corte pode criar um *precedent*, que poderá ser usado futuramente em outras decisões.²⁶ A reiteração de julgados no mesmo sentido forma o *custom*. Disso se aduz ser o direito anglo-saxão um direito judiciário²⁷, formado, como já se afirmou, pelos costumes dos tribunais.

Assim, o precedente judicial exerce o papel de principal fonte do direito comum inglês. Dessa forma, destacando que um caso forma um precedente, e vários casos podem evidenciar um costume do tribunal (tendência), nota-se ser a doutrina do precedente um dos principais princípios da *common law*. Igualmente, não é o precedente que direciona a decisão ou a lista de precedentes usada para provar o costume, mas sim o próprio costume em si, que, uma vez evidenciado, vincula o juiz a uma solução semelhante para o caso *sub judice*.²⁸

Se o precedente judicial é a diretriz decisória na *common law*, o sistema de *writs* foi a forma de exercer o *ius postulandi* na Inglaterra desde o início no século XII. Os *writs* têm natureza de direito público por serem emanados do rei²⁹. Quem desejasse solicitar uma providência da Justiça Real podia endereçar um pedido ao Chanceler, que examinava o

²⁵ “O sentido de *common law* é, pois, muito diferente do sentido da expressão ‘direito comum’ *ius commune*, utilizada no continente para designar, sobretudo a partir do século XVI, o direito erudito, elaborado com base no direito romano e servindo de direito supletivo às leis e costumes de cada país.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Coimbra: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 208. (grifo do autor).

²⁶ “The common law in its ultimate origin was merely the custom of the King’s courts [...] the Royal courts have always had some sort of regard for previous decisions [...] this was based upon a desire to save trouble. There was no need to consider a question de novo if it had recently been decided [...] This does not mean that there was anything in the twelfth century even faintly resembling the modern principle of precedent.” PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the common law**. 5th. Boston: Little Brown and Company, 1956. p. 342.

²⁷ “La Common Law [...] est un droit judiciaire, crée par les Cours qui l’administrent. [...] Le précédent est la mesure du pouvoir du juge sur la formation de la Common Law: il en est la source, puisqu’il donne à sa décision une force obligatoire; il en est la limite, puisque le juge doit le respecter et ne peut que le prendre pour base de toute innovation juridique.” ANCEL, Marc. **La “common law” d’Angleterre**. Paris: Arthur Rousseau, 1956. p. 144.

²⁸ PLUCKNETT, op. cit., p. 347. “An important point to remember is that one case constitutes a precedent; several cases serve as evidence of a custom. [...] It is the custom which governs the decision, not the case or cases cited as proof of the custom [...] at the present it is possible for a judge to explain that his decision works substantial injustice, and is questionable on principle, but He is bound by a particular case. This is a typical example of the working of the principle of precedent.”

²⁹ ANCEL, op. cit., p. 50. “Le writ (breve en latin, en français bref), est un court document revêtu du sceau Royal et pourtant un ordre émané du roi.”

pedido e, se o aceitasse, enviava uma ordem a um *sheriff* local ou a um senhor para ordenar ao réu que respondesse ao queixoso.³⁰ Essa ordem era o *writ* (em latim *breve*).

Os *writs* se relacionavam em certa medida com as cartas de direitos³¹ promulgadas pelo parlamento, que continham certas normas gerais e garantias de direitos dos cidadãos em face do poder real, sendo a mais famosa a de 1688. Essas declarações de direitos podem ser encaradas como influência da doutrina do direito natural do continente na tradição inglesa e representa a imposição do princípio da legalidade ao rei e à atividade administrativo-burocrática do Estado.³²

Vale comentar que, no século XIV, surge ao lado da jurisdição tradicional da *common law* a *equity*.³³ Quando os tribunais de Westminster não podiam dar uma solução razoável ao demandante ou a solução dada mostrava-se injusta, alguns particulares começaram a recorrer ao rei diretamente para que este fizesse uso de suas prerrogativas e interferisse nas decisões das cortes. René David infere que, no início, as resoluções reais se assemelhavam à equidade, “[...] contudo, as soluções de *equity* tornaram-se, com o decorrer dos séculos, tão estritas, tão ‘jurídicas’ como as da *common law* e a sua relação com a equidade não permaneceu muito mais íntima.”³⁴

Assim, podemos consignar ter o sistema inglês vivido numa estrutura dualista por muito tempo, até que o preceito dos precedentes se impusesse às duas jurisdições no século XVII. A reação dos juízes ingleses às decisões políticas do soberano, feitas através da figura do Chanceler foi dura, levando inclusive a revoltas até que em 1616 a querela se resolvesse, passando os juízes da *common law* a aceitarem as decisões do Chanceler, desde que se baseassem em precedentes, e o controle do Tribunal da Chancelaria a ser feito pela Câmara dos Lordes desde 1621.³⁵

É preciso que se diga também que, apesar das condições geográficas terem sido favoráveis a um isolamento, o direito inglês sofreu a influência do direito romanista praticado

³⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macásta Malheiros. 3. ed. Coimbra: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 210.

³¹ “*Por medio de cartas de derechos (bill of rights) declaradas, se consideró posible dejar establecidos principios universales que pudieron servir de guía perdurable a la legislación.*” POUND, Roscoe. **El espíritu del “common law”**. Traducción de José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954. p. 104.

³² “*Après la Commonwealth et la Révolution de 1688, après la Déclaration des Droits et l’Acte d’Établissement, le principe de la legalité s’imposait au roi, aux conseils, à la administration, et son triomphe ne marquait pas simplement l’institution d’un droit constitutionnel renouvelé.*” ANCEL, Marc. **La “common law” d’Angleterre**. Paris: Arthur Rousseau, 1956. p. 95.

³³ *Ibid.*, p. 116. (grifo do autor). “*L’équité est née, en Angleterre, par réaction contre la rigidité de la Common Law du XIV^e siècle, contre son impuissance à suffire aux besoins de la société, contre sa technicité excessive à laquelle s’ajoutait une sorte ‘d’apathie’ des juges de Common Law.*”

³⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 298. (grifo do autor).

³⁵ *Ibid.*, p. 298.

no continente. Principalmente no século XVIII, os dois sistemas tiveram várias oportunidades de contato. Enquanto no continente os trabalhos sobre o direito natural faziam sucesso, na Inglaterra esse processo foi mais lento, mas, mesmo assim, conseguiu deixar marcas.³⁶ Entre elas pode-se destacar a idéia de um direito fundamental que surge a partir do século XVII, mas que foi logo abandonada pela inconstância das decisões do Parlamento.³⁷

Resta ainda a necessidade de se fazer uma rápida explanação da *common law* em terras americanas. O desenvolvimento que o sistema inglês tomou nos Estados Unidos (motivado de maneira central nas escolas de direito de Yale e Harvard), que mais interessa a este estudo diz respeito aos trabalhos teóricos elaborados pelo realismo jurídico norte-americano, responsáveis pelas modernas formulações acerca dos princípios que aqui são tratados.³⁸ A metodologia desenvolvida por Karl Llewellyn pode ser considerada a matriz do pensamento jurídico posterior à Segunda Guerra Mundial, que encontra em Dworkin uma manifestação exemplar.

Conforme tratado no primeiro capítulo, as duas principais características do realismo são o apreço pela pesquisa empírica (estudos de caso) e a defesa da interdisciplinaridade do direito, sobretudo em relação à sociologia. Os trabalhos de Llewellyn procuraram alterar a forma como fenômeno jurídico era estudado e reformar também o ensino do direito nas universidades americanas. Entre suas principais contribuições, está a teoria das funções do direito (*Law-Jobs*), considerada uma teoria sociológica do direito. Sua teoria se reparte em cinco faces, cada uma enfocando um aspecto funcional que o direito adquire, sendo elas a fixação do caso problemático (*trouble-case*) ou controvertido, a canalização (*Channeling*) ou direcionamento das condutas, a atribuição de autoridade (*The Say*) e competência, a

³⁶ “All though the eighteenth century English lawyers were reading Continental works on natural law and jurisprudence, while English scholars were themselves producing comparative studies on their own and foreign systems [...] Even at the present day English courts upon occasion will refer to Roman law.” PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the common law**. 5th. Boston: Little Brown and Company, 1956. p. 300.

³⁷ *Ibid.*, p. 337. “It is in the early seventeenth century that the Idea of a fundamental law begins to appear for the first time as a practical principle in the law courts [...] In the eighteenth century, however, the principle was slowly abandoned [...] because subsequent events had proved that there were no legal limitations upon the powers of Parliament.”

³⁸ “Llewellyn tenta com esta teoria elaborar uma metodologia de análise de conflitos que ultrapassa a mera utilização de princípios e regras demonstrando os benefícios de análise dos casos através da conjuntura social a qual se inserem.” FERREIRA, Daniel Brantes. **Realismo jurídico norte-americano: uma contribuição para o ensino jurídico**. 2011. 169 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. p. 141.

integração (*net drive*) das outras funções e o método jurídico (*Juristic Method*) de análise do direito existente na comunidade.³⁹

O método proposto por Llewellyn também procurou opor-se ao método do estudo de caso de Langdell, que havia se consolidado em território norte-americano no século XIX. Langdell defendia com paixão a cientificidade do direito baseando-se numa comparação com as ciências naturais. Para ele, o direito só se aprende do estudo dos livros, da análise dos casos recolhidos em grandes coletâneas, a serem dissecadas em sala de aula. A biblioteca de direito se assemelhava, assim, para o jurista a um laboratório de química para o químico. Deste modo, do exame criterioso desses casos é que se extrairiam os verdadeiros princípios do direito.⁴⁰ Nesse sentido, a função do jurista se resumiria a fazer um diagnóstico científico de precedentes judiciais sem qualquer compromisso com sua aplicação prática. Llewellyn tentou refutar essa metodologia estática, propondo que o direito se analisasse segundo casos concretos conflituosos, servindo o direito como uma ciência da resolução de conflitos e não da análise de repertórios de jurisprudência.

Todavia, as propostas de Llewellyn não conseguiram muitos adeptos na época em que foram formuladas, devido ao momento de crise pelo qual passavam os Estados Unidos na década de 30. O realismo foi acusado de levar ao totalitarismo pela inconstância de padrões morais e, numa situação em que a sociedade se sentia ameaçada pelos regimes autocráticos

³⁹ Na explicação de Daniel Brantes Ferreira, “O caso problema faria parte de qualquer sociedade. Sempre que houvesse uma ofensa, uma disputa ou um dano o caso teria que ser resolvido [...] e deveria sempre estar em desenvolvimento conforme a complexidade do grupo aumenta. A segunda função do direito seria a função de canalização. Ou seja, seria a função de canalizar preventivamente e com antecedência a conduta dos indivíduos do grupo [...] inclui também a função de recanalização dos mesmos conforme ocorram mudanças de vida. [...] A terceira função do direito, a autoridade (*The Say*) trata da distribuição de competências e poderes dentro da sociedade. Ou seja, está relacionada com a legitimação do poder. [...] A quarta função do direito, integração e direção (*net drive*) diz respeito ao efeito em cadeia das três primeiras funções. Ou seja, teria que haver sempre uma integração entre as três primeiras funções para que haja harmonia social. [...] A quinta função do direito, para Llewellyn, seria o método jurídico (*juristic method*). Tal método seria onipresente em toda a sociedade ou grupo. No sentido trazido pelo autor, seria o *modus operandi* do direito em prol da realização e do cumprimento de todas as funções do direito.” FERREIRA, Daniel Brantes. **Realismo jurídico norte-americano: uma contribuição para o ensino jurídico**. 2011. 169 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. p. 144-146.

⁴⁰ “By analogizing the law library to the chemistry lab, Langdell treated juridical decisions as experiments. By logical induction from these experiments, onde could expect to derive the few true principles of law. Perhaps surprisingly to those who assume Langdell to have been the source of most legal conservatism manifested since his time, he had limited regard for *stare decisis*.” CARRINGTON, Paul D. Hail! Langdell!. **Law & Social Inquiry**, Chicago, v. 20, n. 3, p. 691-760, jul. 1995. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-4469.1995.tb00784.x/abstract>>. Acesso em: 25 out. 2013. p. 708-709.

européus, qualquer crítica à democracia não era bem-vinda.⁴¹ Por isso, o movimento encabeçado por Llewellyn não teve como se fortalecer e muitos dos intelectuais que a ele se filiavam ou abandonaram suas convicções acadêmicas ou trataram de disfarçá-las pelo temor de retaliações dos setores mais conservadores. Porém, findada a guerra, as propostas de Llewellyn voltaram com mais força e influenciaram toda uma geração de juristas norte-americanos, primeiro em Yale e depois em Harvard.

2.1.3 Pontos de contato, subsistemas e particularidades

Inicialmente, comparando a estrutura da *common law* com a do sistema romanista, de um ponto de vista macro, pode-se dizer que a “*common law* é um “*judge-made-law*”, ou seja, um direito construído pela experiência forense, no melhor estilo do empirismo britânico, ao passo que a experiência forense desempenhou um papel secundário na formação e transformação dos direitos romanistas.⁴² Da mesma forma, a *common law* é um “direito judiciário” enquanto que o processo tende a ser acessório nas principais formulações romanistas, a legislação possui papel secundário na *common law* e quase desconhece-se códigos, e nos direitos romanistas do continente ela assume paulatinamente um papel proeminente a partir do século XIII e a codificação é a regra.⁴³

Esses dois grandes sistemas podem ser repartidos em outros subsistemas, dependendo do critério diferenciador que se queira adotar, como o da localização geográfica, da modalidade de regime político, entre outros. Claro é que existe uma pluralidade de ordens jurídicas no planeta que se utilizam desses sistemas e se referem a eles. Por mais que haja certo padrão sistêmico, a regra é a variabilidade e adequação às condições locais. Da mesma forma, há subsistemas que possuem influências de ambos, como o latino-americano por exemplo.

⁴¹ “Os realistas, ao criticarem o método do caso e a forma de decisão dos magistrados, haviam colocado para a maioria, de forma não intencional, a idéia de democracia em cheque. Tal fato não seria tolerado num momento em que o país precisava de convicção e reafirmação de seus valores republicanos.” FERREIRA, Daniel Brantes. **Realismo jurídico norte-americano**: uma contribuição para o ensino jurídico. 2011. 169 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. p. 150.

⁴² Roscoe Pound bem resume em que consiste o “espírito” da *common law*. “*El jurista reelabora los materiales tradicionales y el legislador los proporciona nuevos. A base de éstos, el juez procede a crear el Derecho efectivo mediante un proceso experimental en el que los principios, reglas y stantands se aplican a casos concretos y se observa sua eficacia práctica.*” POUND, Roscoe. **El espíritu del “common law”**. Traducción de José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954. p. 175-176.

⁴³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Coimbra: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 208-209.

Todavia, o que necessita ser ressaltada é interpenetração dos dois sistemas. Num cenário de globalização, como é a pós-modernidade, marcado pela diminuição das fronteiras alavancada pela economia transnacional e pela difusão da telemática, *common law* e *civil law* se aproximam. Por outro lado, o que deve ser destacado é, na verdade, a inserção de valores jurídicos próprios da *common law* na tradição romanista ⁴⁴. Percebe-se que mundialização da economia movimenta um fluxo de ocidentalização ⁴⁵ do mundo, ou mais especificamente, de americanização do mundo, uma vez que a globalização é levada principalmente pelas empresas norte-americanas, as transnacionais.

A economia no mundo globalizado não pode esperar o compasso do processo legislativo dos países de tradição romano-germânica, nos quais o Estado burguês já não mais consegue prover de leis o sistema econômico. O mercado se auto-ordena, funcionando melhor nos países de *common law*, onde o direito não sofreu a ruptura da Revolução Francesa, e o império legislativo não pretendeu dominar a sociedade. O empirismo inglês sempre confiou o direito aos técnicos, os juristas, permitindo que a experiência e não a lei determinasse o parâmetro do jurídico. ⁴⁶ A flexibilidade do sistema inglês se amolda melhor às variáveis da práxis econômica, razão pela qual novamente proliferaram-se os árbitros privados e revitalizou-se o pluralismo jurídico. O contrato regula com maior efetividade o dinamismo das relações privadas do que a lei, muitas vezes precedendo-a e prescindindo dela.

Sinalizando apenas uma questão para se refletir ao final deste item, quando, na década de 50, era feita uma conferência na Itália na Universidade de Pádua sobre a “crise do Direito”, já se discutia as razões pelas quais o direito passava por um momento de transformações, entre elas a falência do sistema judicial. Piero Calamandrei alertava aos jovens que o avanço da técnica e da ciência processual na Itália havia conduzido o Judiciário a ser tornar uma casa de embustes, onde os advogados se punham de tocaia esperando distrair o adversário e

⁴⁴ “Existe uma dimensão extraordinariamente cultural [...] que a globalização implica e sobre a qual não se deve guardar silêncio. Concerne uma estimável introdução de valores culturais próprios do mundo de *common law* em nosso mundo de *civil law*.” GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 86-87.

⁴⁵ Nota-se esse processo como um desaguadouro da perda do lugar como centro do mundo que a Europa sofreu em face das potências emergidas do pós-guerra, momento em que se inicia a chamada Guerra Fria. “O eclipse da Europa, a ascensão das grandes superpotências extra-europeias, o fim do sistema de equilíbrio [...] e a consolidação de grandes, estabilizados blocos continentais, num mundo em que as áreas de livre manobra desapareceram e as posições de poder congelaram.” BARRACLOUGH, Geoffrey. **Introdução à história contemporânea**. Tradução de Álvaro Cabral. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 118.

⁴⁶ GROSSI, op. cit., p. 87. “[...] o mundo de *common law*, [...] que não viveu na pele o evento turbador da *Révolution*, que vive ainda uma perfeita continuidade com os velhos valores jurídicos do Medievo inglês, que sente como não natural a estatalidade do direito e sua identificação em um complexo de leis, que ignora a grande aventura da codificação, que confia – ao contrário – o futuro do direito aos técnicos competentes, aos juristas, e entre estes, sobretudo, aos juizes, que o são empirismo anglo-saxão valoriza por estarem imersos na experiência.”

surpreender o juiz a fim de ganhar a causa. Lamentava o mestre italiano, quando comparava os julgamentos de sua terra aos assistidos na Inglaterra, por exemplo, que “[...] os advogados e os juízes ingleses não estariam dispostos a trocar, em matéria de justiça, nossa ciência por seu empirismo.”⁴⁷

2.2 A concepção do Direito como sistema

Verificou-se no estudo histórico das transformações político-jurídicas, evidenciado na seção anterior, que a concepção do direito como um sistema é obra das teorias do direito natural. A bipartição entre o mundo das leis positivas e das leis naturais parece ter motivado os jusnaturalistas a estabelecerem fronteiras bem definidas entre a filosofia moral do direito e a técnica jurídica prática. Assim, ao se delimitar os âmbitos de análise dessas duas dimensões do direito na Idade Moderna, os juristas acabaram lançando as bases, mesmo que inconscientemente, do que hoje se entende por sistema, um todo fechado e consistente que opera de forma auto-referencial e constitui o modelo de estrutura dos ordenamentos jurídicos.

Na cultura ocidental, a concepção de sistema representa um avanço na forma de estudo e de aplicação do direito. É quando aparecem as descrições sistemáticas dos direitos positivos.⁴⁸ Modifica o estudo porque ele passa a ser sistemático, ou seja, não se podem conceber as normas jurídicas isoladamente e as disciplinas do direito tendem a individualizar-se. Altera a aplicação do direito porque o método refina-se, deixando de ser meramente silogístico para abarcar também uma razão sistemática que vem a ser o cerne da interpretação jurídica tanto no momento judicial quanto na elaboração da construção doutrinária do fenômeno jurídico.

Na perspectiva deste trabalho, entende-se o sistema jurídico como o molde da organização do todo ordenado de normas que se chama ordenamento. No entanto, é um entendimento dinâmico do fenômeno jurídico, uma vez que as regras sistêmicas determinam quais normas entram e quais saem do conjunto assim como estabelecem critérios diferenciadores entre elas e critérios de resolução dos eventuais conflitos que possam surgir da sua implementação no mundo factual. Ou seja, o sistema é responsável por determinar a juridicidade dos fatos e normas, nada mais sendo esta do que o revestimento necessário para que um ente possa ser considerado pertencente ao mundo do dever-ser.

⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. **A crise da justiça**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.p. 14.

⁴⁸ “Efetivamente, só se considerava científica uma certa teoria sistemática se ela incluía todos os aspectos do direito: desse modo, sistematicidade, completude e cientificidade acabavam sendo três noções coincidentes.” LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 11.

Em igual medida, é importante salientar a postura hierárquica que as normas assumem quando se inserem num ordenamento. A estruturação dessa hierarquia é determinada pelo sistema, fazendo com que sistema e ordenamento ora se confundam ora se completem, de maneira que se pode afirmar serem as regras sistemáticas as responsáveis por dar vida ao ordenamento e definir as relações entre as normas jurídicas e elas mesmas, as relações entre as normas jurídicas e o ordenamento e as relações entre o ordenamento e outros sistemas sociais (por exemplo, o econômico e o político).

Portanto, o entendimento do sistema não é possível sem uma compreensão do ordenamento. Daí porque da relevância de se estudar essa denominação do conjunto de normas jurídicas, que foi enfrentada por diversos teóricos e pensadores do Direito. Pretende-se nos próximos itens trazer à baila as teorias dos principais estudiosos da questão, entre eles Santi Romano, Hans Kelsen⁴⁹ e Niklas Luhmann. Na seqüência, será perquirida a presença e o papel dos princípios nos sistemas de direito.

2.2.1 Teoria do ordenamento jurídico

A primeira formulação de ordenamento jurídico como um complexo fixo composto pelas unidades básicas do direito (normas) deve-se ao italiano Santi Romano. Ele considerava que um ordenamento jurídico é uma unidade concreta, existente e efetiva, não uma mera soma das partes do todo ou um conceito oriundo de uma abstração teórica.⁵⁰ Ele é solene na defesa da “vida” do ordenamento, o qual ele compara a um organismo, pois é dotado de força

⁴⁹ Ao formular sua teoria, pode-se dizer que Kelsen se estriba em alguns pressupostos kantianos, a saber: a ciência é que define seu objeto de estudo; há uma autonomia entre a ciência jurídica e a unidade do direito; existe um método unívoco; há uma separação entre dois mundos, um da natureza ou do ser e outro do espírito ou do dever-ser (*sein* e *sollen*); existem princípios distintos para as ciências naturais e as ciências do espírito; há diferença entre validade (própria do dever-ser) e eficácia (própria do ser); é necessária uma aplicação da lógica; a ciência jurídica deve responder o como e o porquê do direito; e há a necessidade de um pressuposto uniformizador e auto-reprodutor do sistema (norma fundamental). Do mesmo modo, ele pretende uma união entre o kantismo e o positivismo, daí destacarem-se em sua obra a presença das seguintes premissas positivistas: todo direito é positivo, ou seja, obra de homens para homens; para se observar o direito, deve-se partir dos eixos: uma ordem coercitiva que em termos gerais seja efetiva; e a diferenciação ente o direito e o poder, entre o jurídico e o político. MORENO, José Antonio Sanz. Kelsen y la unidad del Estado/Derecho: de las premisas kantianas a la ficción imaginada. **Política y Sociedad**, Madrid, v. 46, n. 3, p. 175-189, jan. 2009.

⁵⁰ “Un ordinamento giuridico nel senso suddetto non è una somma di varie parti, siano o non siano queste delle semplici norme, ma un’unità a sé – e un’unità, si note bene, non artificiale o ottenuta con un procedimento di astrazione, ma concreta ed effettiva – si deve altresì riconoscere che esso è qualche cosa di diverso dai singoli elementi materiali che lo compongono.” ROMANO, Santi. **L’ordinamento giuridico**. 2. ed. Firenze: Sansoni, 1945. p. 10.

própria, estando em contínuo crescimento, sujeito à expansão. E, nesta vivência quase biológica do ordenamento, é que se funda a admissibilidade do recurso à analogia.⁵¹

Do mesmo modo, Santi Romano não concebe o ordenamento sem antes delimitar os elementos que considera essenciais num conceito sobre o Direito. Assim, uma concepção de direito precisa, antes de tudo, conduzir ao conceito de sociedade. Desse modo, chega-se à necessidade do direito de afastar o arbítrio, carregando a idéia de ordem social. E, por fim, a ordem social é posta pelo direito e distingue-se de outras disciplinas de normas sociais.⁵²

Contudo, como se definiria o direito nessa acepção? Ele esclarece que a expressão “direito” pode ser entendida num duplo significado. Ou como um ordenamento, na sua completude e unidade, sendo, pois, uma instituição, ou como um preceito ou complexo de preceitos. É essa primeira definição, do ordenamento como instituição, que interessa ao presente trabalho.⁵³

Portanto, sendo ele uma instituição, convém considerar o que Santi Romano entende por instituição. Ele é solene ao dar uma explicação simples e breve: é instituição todo ente ou corpo social. Entretanto, deve-se ajuntar a esse conceito um comentário. É preciso que este ente possua uma existência objetiva e concreta, na qual se vislumbra sua individualidade exterior. Também, deve ser uma manifestação da natureza social e não puramente individual do homem. Ela também deve ser fechada e permanente, além de passível de ser considerada em si e por si mesma, possuindo individualidade.⁵⁴

Ao se traduzir a noção do ordenamento jurídico como sendo uma instituição social, precisa-se verificar se ela satisfaz os pressupostos elencados na definição elaborada por Santi Romano. Possui ele uma existência objetiva e concreta? A resposta deve ser pela afirmativa. Ora, pois, veja-se que as normas de que é feito podem ser facilmente identificáveis num

⁵¹ “Si afferma che l’ordinamento medesimo costituisce un ‘tutto vivente’, un ‘organismo’, che há quella ‘forza própria, sebbene latente, di espansione e di adattamento’, sulla quale si fonda l’ammissibilità dell’analogia.” ROMANO, Santi. **L’ordinamento giuridico**. 2. ed. Firenze: Sansoni, 1945. p. 11-12. (grifo do autor).

⁵² Ibid., p. 21-22. “Il concetto del diritto deve, secondo noi, contenere i seguenti elementi essenziali. a) Anzitutto deve ricondursi al concetto di società [...] b) il concetto del diritto deve, in secondo luogo, contenere l’idea dell’ordine sociale: il che serve per escludere ogni elemento che sia da ricondursi al puro arbitrio o Allá forza materiale, cioè non ordinata [...] c) L’ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali.”

⁵³ Ibid., p. 23. “Cosicché l’espressione ‘diritto’ in senso obbiettivo, secondo noi, può ricorrere in un doppio significato. Può, cioè, designare anzitutto: a) un ordinamento nella sua completezza ed unità, cioè un’istituzione; in secondo luogo: b) un preceito o un complesso di precetti.”

⁵⁴ Ibid., p. 29-33. “Per istituzione noi intendiamo ogni ente o corpo sociale. A questa definizione, semplice e breve, occorre però far seguire un più lungo commento. 1) L’ente di cui parliamo deve avere un’esistenza obbiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e visibile [...] 2) Diciamo inoltre che l’istituzione è un ente o corpo sociale nel senso che essa è manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell’uomo [...] 3) L’istituzione è un ente chiuso, che può venire in considerazione in sé e per sé, appunto perché ha una propria individualità [...] 4) L’istituzione è un’unità ferma e permanente, che cioè non perde la sua identità.”

contexto social através de leis, decisões judiciais e negócios jurídicos por exemplo. É também fruto de uma manifestação social e não apenas individual do homem? Por certo que sim. Mesmo que seja possível ao ser humano normatizar sua própria conduta de maneira consciente ou inconsciente, as regras, pelas quais o ordenamento é formado, são produto das interações entre os homens em comunidade e não da consciência de um indivíduo sozinho. Seria também uma estrutura fechada e permanente? Em igual medida, responde-se pela afirmativa. Ainda que o conteúdo material das normas possa variar no tempo e no espaço, a organização das normas numa determinada ordem não se altera, essa ordem é permanente por mais que possa ter arranjos variados.⁵⁵

As normas no ordenamento não são figuras estanques, vale dizer que são inter-relacionadas. De forma que ao se aplicar uma norma é todo o ordenamento que se aplica e a eficácia de um ordenamento jurídico pode ser medida pelo coeficiente de aplicabilidade de suas normas. O ordenamento também se encarrega de excluir as normas que estejam em descompasso com o todo. Numa perspectiva aristotélica o todo não é apenas a soma das partes, mas sim cada parte formando o todo de maneira indistinta, não podendo haver uma norma (parte) que pretenda efetivar-se independentemente de estar de acordo com o ordenamento (todo).

Kelsen distingue estática jurídica de dinâmica jurídica.⁵⁶ Sendo a primeira o estudo das normas jurídicas entendidas em si mesmas, numa espécie de “ontologia” do direito. A segunda corresponde ao estudo da ordem normativa, compreendida como um todo unitário e dinâmico, de estrutura escalonada e assentada num princípio único (norma hipotética fundamental), que visa dar coesão à estrutura. O escalonamento, na explicação de Norberto Bobbio, não exclui a unidade do ordenamento, apenas ressalta que as normas não estão todas no mesmo plano, havendo normas superiores e normas inferiores. A norma suprema seria a

⁵⁵ É pertinente um comentário sobre a importância da obra de Santi Romano, pois, junto a de Maurice Hauriou, foi a responsável por abrir caminho à concepção moderna de Direito como sistema, principalmente devido à teoria da instituição. “É através da teoria da instituição (Hauriou, Romano) e, depois, com Kelsen, que aparece pela primeira vez a ideia de que o direito não é uma coleção de normas dispersas, mas um conjunto coordenado de normas. Mas, ao contrário do que dispõe Aarnio, em Bobbio, Kelsen e Raz, as expressões ‘sistema jurídico’ e ‘ordem jurídica’ vêm tomadas como sinónimos.” QUEIROZ, Cristina. O direito como sistema (interno) de regras e princípios. In: CUNHA, Paulo de Pitta. (Coord.). **Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2006. v. 1.p. 659.

⁵⁶ É possível afirmar que essa divisão kelseniana se inspira na ciência física, notadamente na disciplina mecânica, na repartição energia potencial e energia cinética, eletrostática e eletrodinâmica. Essa similitude é cabível em se pensando na tentativa de dar cientificidade ao Direito empenhada por Kelsen, na qual a paridade era com as ciências naturais, escrevendo Kelsen dentro de uma visão positivista, do que se deduz razoável a semelhança terminológica.

norma fundamental “[...] o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico.”⁵⁷

Num ordenamento jurídico, é preciso determinar o pertencimento das normas ao conjunto. Essa determinação é feita através do conceito de validade⁵⁸. Entretanto, é possível se identificar na literatura jurídica, como aponta Riccardo Guastini, ao menos dois significados do termo “validade”. Dessa forma, tem-se um sentido “forte” ou pleno, no qual a validade estaria diretamente relacionada ao pertencimento da norma ao sistema jurídico, posição adotada pela teoria dos sistemas e por este estudo, além do sentido dito “fraco”, que leva em consideração a existência da norma, sendo válida quando ela é criada (positivada) por uma autoridade com competência jurídica.⁵⁹

Uma norma jurídica válida é aquela pertencente ao ordenamento e somente será válida se estiver de acordo com outra norma. A teoria do ordenamento jurídico pressupõe uma interligação das normas numa cadeia de validades, de maneira que uma se respalda na outra desde a primeira até a última. Convém esclarecer que essa relação é de imputação e não de causalidade, ou seja, uma norma é adjetivada como válida por outra através de uma atribuição positiva (de dever-ser) e não por meio de uma relação de causa e efeito, própria do mundo

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: Ed. UNB, 1997. p. 48-49.

⁵⁸ Comente-se que também existe uma relação entre a validade e os atos privados. No modelo do Estado Liberal, a tentativa codificadora propaga molduras a serem preenchidas pelos atos particulares a fim de serem considerados válidos. Deve haver correspondência entre eles e a lei, sob pena de serem, quando não seguem os moldes da tipicidade, considerados nulos, anuláveis ou mesmo ilícitos. Esse engessamento da autonomia privada é descrito por Paolo Grossi: “[...] o grande princípio formador que percorre o direito burguês é de fato, o da validade, vocábulo que na linguagem técnica dos juristas expressa justamente a correspondência de atos privados a um modelo geral e, sobretudo, respeitável (poderia ser tranquilamente complementado: sobretudo autoritário).” GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 78.

⁵⁹ “Deve-se observar que o vocábulo em questão está sujeito a um uso inconstante. A meu ver, na literatura dogmática são encontrados não menos do que dois conceitos de validade que é necessário distinguir [...] a) Em sentido forte ou pleno, ‘validade’ significa ‘pertinência’ a um sistema jurídico (*membership*): uma norma válida, dentro de um dado sistema jurídico, é uma norma que responde a critérios de identificação próprios desse sistema. Em todo sistema jurídico, os critérios de identificação das normas jazem nas meta-normas em fontes de produção, em critérios de solução das antinomias, etc. b) Em sentido fraco, ‘validade’ significa – para dizê-lo com Kelsen - ‘existência’ [...] neste contexto uma norma existente é, muito simplesmente, uma norma que foi efetivamente criada, ‘posta’, isto é, formulada e publicada (ou promulgada) por uma autoridade normativa *prima facie* competente.” GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 271-272. (grifo do autor).

natural (mundo do ser). Conforme concebida por Kelsen, essa organização se dá na forma de uma pirâmide, na qual no vértice superior estaria a norma inicial.⁶⁰

Também desta forma se explica a existência da norma fundamental. Quando uma norma se reporta à anterior para retirar desta sua validade, essa cadeia poderia ser infinita se não houvesse um ponto de partida⁶¹. Esse ponto de partida é que fecha o sistema dogmáticamente, estando estabelecido apenas como pressuposto necessário para que o ordenamento tenha em que se firmar. Essa norma, que não retira sua validade de nenhuma outra e serve como princípio do ordenamento jurídico, é chamada, na teoria kelseniana, de norma hipotética fundamental. Não é posta, mas pressuposta.

Bobbio explica a norma hipotética numa escala de poderes. Ela estaria no topo de uma série de poder (produção jurídica) ao passo que na base da pirâmide estariam os atos meramente executivos, expressões do dever (execução jurídica). Não cabe perguntar qual o fundamento da norma fundamental, pois ele não existe, e se existisse não poderia ser encontrado dentro do sistema jurídico. Essa questão escapa ao ordenamento e parte para o problema da justificação do poder, algo que o direito não pode responder e que pertence aos domínios da filosofia.⁶² Ao contrário da concepção da *norma normans non normata* (a norma normatizante não normatizada), que seria a palavra de Deus (a Sagrada Escritura) na teologia cristã, a norma hipotética fundamental não parte de uma crença num ente divino e é vazia de

⁶⁰ Problematize-se que a complexidade que o direito assume nas sociedades pós-modernas, sobretudo em virtude das transformações tecnológicas e econômicas, relativiza a dureza do ordenamento piramidal de Kelsen. A rigidez hierárquica das normas tende a se flexibilizar em nome do dinamismo pedido pela economia. Neste sentido, a constatação de Paolo Grossi: “[...] os sociólogos do direito – mas também os juristas mais à vanguarda nas novas trincheiras – falam de rede [...] no sentido de substituir a imagem piramidal potestativa autoritária pela de um sistema de regras não postas uma sobre a outra, mas no mesmo plano, ligadas, uma a outra, por uma relação de recíproca interconexão. Regras que não encontrarão sua legitimidade em uma única fonte suprema identificada em quem detenha o poder supremo político, mas, na maioria das vezes, em um modo espontâneo daquela realidade variada e móvel que é o mercado.” GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 83-84.

⁶¹ Tercio Sampaio Ferraz Junior esclarece que essa questão remonta ao problema da norma inicial, a qual ele chama de norma-origem. No entanto, para se entender essa cadeia de validades “[...] do ponto de vista pragmático, é preciso considerar *validade* e *imperatividade* como conceitos diferentes, não redutíveis um ao outro, e o conceito de *ordenamento* como um sistema que admite não uma, mas várias hierarquias, o que elimina a hipótese de uma (única) norma fundamental e a correspondente concepção de unidade. A posição pragmática é de que uma norma pode ser válida e, não obstante isso, não ter império.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 157. (grifo do autor).

⁶² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: Ed. UNB, 1997. p. 62-63.

cunho valorativo, operando como uma premissa lógica e não como um fundamento ético. Sua função, nas palavras de Kelsen, seria apenas teórica e gnosiológica.⁶³

Apresente-se, em contraponto, que Hart, mesmo não discordando da organização relacional de validade arquitetada por Kelsen, que resume o conjunto normativo numa escala de validades que se reportam sequencialmente à norma inicial, nega que a norma-origem seja pressuposta logicamente. Ele diz que ela simplesmente existe, não sendo nem válida nem inválida, uma vez que o conceito de validade só se aplica para normas de *dentro* do sistema, e a norma de reconhecimento estaria fora dele.⁶⁴ Em outra ponta, Tercio Sampaio Ferraz Junior, adotando uma postura pragmática, recusa a teoria kelseniana da pirâmide, explicando que a estrutura do sistema é complexa, organizando-se de forma circular na qual as competências e as validades referem-se mutuamente, possuindo mais o formato exemplificativo de uma rede do que de uma pirâmide.⁶⁵ Esclarecendo-se essa questão, pode-se dizer que Kelsen e Hart concebem o ordenamento linearmente, no qual as validades estariam dispostas como uma cadeia, ao passo que Tercio Sampaio Ferraz Junior o enxerga mais ramificado, no qual as validades estariam dispostas como uma teia.

Numa outra maneira de se enxergar essa questão, cabe salientar que a validade opera como uma artificialidade do mundo do direito em constante tensão com o que Habermas chama de “facticidade”. A norma válida no sistema não precisa necessariamente se impor para ser válida. Ela é válida por imposição e seu fundamento repousa, em última análise, na normatização, na legitimidade que ela adquire por respeitar um procedimento. O conceito de validade imprime um caráter racional ao ordenamento já que somente é direito aquilo que é direito válido, valendo dizer que só é jurídico o que é identificado como válido.

⁶³ “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*.” KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 242-243. (grifo nosso).

⁶⁴ “*Sólo necesitamos la palabra ‘validez’, y así la usamos comúnmente, para resolver cuestiones que surgen dentro de un sistema de reglas, donde el status de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento. No puede presentarse una cuestión de ese tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporcione los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera.*” HART, Herbert L. A. **El concepto de derecho**. Tradução de Genaro A. Carrió. Buenos Aires: Abelaredo-Perrot, 1963. p. 135. (grifo do autor).

⁶⁵ “A posição pragmática é de que o sistema do ordenamento, não se reduzindo a uma (única) unidade hierárquica, não tem estrutura de pirâmide, mas estrutura circular de competências referidas mutuamente, dotada de coesão.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 157.

Em que pese a questão do fechamento do sistema através da norma inicial, fica clara a noção de que um conjunto normativo é composto por normas. Essas normas são imperativos de conduta que ora expressam proibições, ora impõem obrigações e ora conferem competências ou autorizam comportamentos. A juridicidade desses imperativos está na fonte da qual são emanados e na possibilidade de sanção. Todavia, o ordenamento não é composto apenas por normas, mas contém da mesma forma outros elementos igualmente importantes para o funcionamento do direito (definições, por exemplo). Neste ponto, caminha-se para a dimensão do sistema normativo.⁶⁶

2.2.2 teoria sistêmica do direito

Antes de adentrar no entendimento do direito como um sistema, faz-se referencial uma nota sobre o termo sistema e suas origens, para propiciar uma verdadeira compreensão deste fenômeno quando transportado para o mundo do dever-ser. A palavra é grega (*systemi*, σύστημα)⁶⁷, estando relacionada à noção de partes de uma totalidade e à dedutibilidade entre elas. Consiste na afirmação de que as partes de um conjunto são interdependentes e podem ser reduzidas a um princípio único e uniformizador.⁶⁸

Não se pode dizer que haja apenas uma noção de sistema. Isso porque se trata de um vocábulo polissêmico imerso nas contingências espaciais e temporais e ainda encontrado em

⁶⁶ “Un conjunto normativas un conjunto de enunciados que contiene normas, pero no sólo normas (también puede incluir, por ejemplo, definiciones). Un sistema normativo es un conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias. Y, finalmente, un sistema jurídico es un sistema normativo que contiene normas que prescriben una sanción. La sanción, por lo tanto, no es una característica de cada uno de los componentes del Derecho, sino del conjunto, del sistema.” RODRÍGUEZ, Manuel Atienza. **Tres lecciones de teoría del derecho**. Alicante: Club Universitario, 2000. p. 96. (grifo do autor).

⁶⁷ “Do grego *systemi*, refere-se a uma totalidade construída, composta de várias partes, um conjunto de elementos envolvendo uma ordem, não uma simples justaposição [...] Os estóicos são considerados os criadores da expressão, pois foram exigentes quanto a uma noção de ordem e ligavam a essa idéia geral de sistema ([que] em sentido estrito só será encontrada na modernidade com as bases do ideal de cientificidade) [...] Com a modernidade, e especialmente com a visão cartesiana, o Direito passa a ser visto como regulador do convívio em sociedade, é um Direito racional e formal, o que implica em sistematicidade.” KRETSCHMANN, Ângela. Sistema. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; Ed. UNISINOS, 2006. p. 760-761.

⁶⁸ “Sistema. Uma totalidade dedutiva de discurso. A palavra, desconhecida neste sentido no período clássico, foi empregada por Sexto Empírico para indicar o conjunto das premissas [...] a palavra permanece no uso filosófico para indicar principalmente um discurso organizado dedutivamente [...] A noção de S. moldava-se assim na do procedimento matemático [...] Que o S. é forma da ciência e que ele supõe um princípio único e absoluto, torna-se lugar comum na filosofia romântica [...] O ideal do S., como de um organismo dedutivo baseado num único princípio continua sendo o patrimônio da filosofia [...] Todavia, o termo foi e é empregado também sem relação com esse significado, para indicar qualquer organismo dedutivo, mesmo que ele não tenha um único princípio como fundamento [...] um S. abstrato, um S. axiomático, etc. não são S. porque tenham um único princípio: em vez disso, seus princípios, isto é, os axiomas devem ser independentes reciprocamente, isto é, não devem poder ser deduzidos um do outro.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962. p. 875-876.

variados ramos das ciências. Razão esta pela qual não há uniformidade conceitual. Reitere-se que, apesar disso, a noção de sistema está entre os conceitos fundamentais da ciência do direito e desempenha um papel vital na sua elaboração. Como analisado anteriormente, afirme-se que o constructo sistemático é talvez a maior contribuição do jusnaturalismo para a ciência jurídica. O pensamento sistemático do direito tem suas origens com a era do direito racional dos séculos XVI ao XVIII.⁶⁹ A dessacralização do direito é um fenómeno que ganha dimensão na Idade Moderna e possibilita que ele passe a ser encarado não como uma virtude ético-religiosa, mas como uma reconstrução racional das regras de convivência, que se chamará sistemática.⁷⁰

Todavia, em que pese uma multiplicidade de definições de sistema, todas elas conservam dois caracteres essenciais: ordenação e unidade.⁷¹ A primeira se explica da impossibilidade de se conceber um conjunto de elementos que seja um mero aglomerado disforme de partículas independentes, resultado da simples justaposição de regras. Em tal situação, não se conheceria da juridicidade em virtude do caos que imperaria entre os componentes do sistema. Estando a idéia de direito ligada à idéia de ordem, não se pode dissociar a noção de ordenamento e de sistema. No que tange à unidade, é a necessidade de um elemento unificador, de algo que impute coerência ao conjunto que faz ser inconcebível um sistema numa pluralidade de ordens, pois entre elas haveria conflito, o que novamente comprometeria a ordem. Portanto, o que se quer afirmar é que sem ordem não pode haver unidade, da mesma forma que, na falta da unidade, a ordem ficará prejudicada.

Só é concebível um sistema jurídico positivo enquanto seja um sistema dinâmico. Por sistema dinâmico se entende aquele no qual não há conteúdo fixo, de forma que os elementos

⁶⁹ “O mais importante contributo do jusracionalismo para o direito privado europeu é, contudo, o seu sistema. A jurisprudência européia fora, até aqui, uma ciência da exegese e do comentário de textos isolados, tendo permanecido assim depois do fracasso do projecto sistemático do humanismo. Para o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito positivo, facultou-lhes o sistema; aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais.” WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980. p. 309-310.

⁷⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 47.

⁷¹ “Há duas características que emergiram em todas as definições: da ordenação e da unidade; elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada, exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.” CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 12-13.

do sistema variam no tempo. Assim é um sistema de direito positivo, imerso nas contingências históricas, diferentemente de um sistema estático que poderia ser associado ao direito natural, já que seus elementos constituem verdades eternas, imutáveis e universais. Da mesma forma, diz-se que um sistema é dedutivo quando contém conseqüências lógicas. E ainda, se um sistema possui um subconjunto finito de enunciados, chamados axiomas, dos quais se podem deduzir todos os demais enunciados, os teoremas, esse sistema será axiomático. Num sistema axiomático normativo deve existir pelo menos um enunciado que seja uma norma.⁷²

O tratamento que uma teoria sistêmica assume no Direito possui um viés sociológico intrínseco. Mais do que uma reafirmação da teoria do ordenamento jurídico, a concepção do Direito como um sistema se alinha às teorias dos sistemas sociais e endereça a análise do fenômeno jurídico à apreciação sociológica. Quando se diz que o Direito é um sistema social, significa afirmar sua conexão com o mundo factual, importa em reaproximá-lo do mundo do ser, pretende condicioná-lo a uma dialeticidade com outros sistemas sociais de maneira a terminar com seu isolamento. O Direito parece ser o único a oferecer mecanismos capazes de articular a comunicação entre o mundo do sistema e o mundo da vida, fazendo isto através de sua linguagem e de seu código específico, o normativo.⁷³

Em igual medida, a Sociologia tem essa pretensão aglutinadora, o método sociológico, desde seu surgimento, ousou ser totalizante, paradigmático, tentou assumir a dianteira das ciências do espírito, ora condicionando as análises das ciências vizinhas às suas premissas, ora alongando seus braços para outros ramos do saber. Se o purismo metodológico de Kelsen aparta realidade e direito, ser e dever-ser, o sociologismo jurídico os reaproxima. Não se trata apenas, como dito, de se encarar o Direito como um sistema lógico-racional de premissas

⁷² “La pertenencia de una proposición a un sistema, siempre que se trate de un sistema dinámico, es decir, un sistema que está sujeto a cambios en el tiempo. Los sistemas normativos y, en particular, los sistemas jurídicos suelen ser dinámicos precisamente en este sentido. Esto significa que un sistema jurídico no tiene un contenido ‘fijo’, como ocurre con los sistemas estáticos [...] En la metodología científica moderna se entiende por sistema deductivo todo conjunto de enunciados que contienen sus consecuencias lógicas. Cuando cabe encontrar un conjunto finito de enunciados (axiomas), tales que todos los demás enunciados del sistema deductivo (teoremas) pueden ser derivados como sus consecuencias, hablamos de un sistema axiomático. Diremos que un sistema es normativo cuando entre sus consecuencias hay por lo menos una norma; lo cual implica que un sistema axiomático normativo tiene por lo menos un axioma normativo.” ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. Valência: Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídico y Sociales, 1979. p. 67-68. (grifo do autor)

⁷³ Na explicação de Habermas, “[...] a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p.112.

dedutíveis, numa acepção da filosofia liberal da modernidade, mas de traduzi-lo num sistema social, fenomenológico e autopoietico.⁷⁴

Assim, é necessário, como pressuposto de análise, fazer uma incursão nas teorias sociológicas acerca do sistema social. Para tanto, esse estudo se estribará em Talcott Parsons. Logo em seguida, será objeto de investigação a perspectiva de Niklas Luhmann. Isso se deve ao uso diverso que se faz da terminologia “sistema jurídico” depois do advento da Sociologia. Antes, a construção do sistema era obra dos doutores, dos intérpretes e dos juristas. O sistema jurídico se confundia com a elaboração da Ciência do Direito. Agora, não se trata apenas de edificar um sistema jurídico, mas sim de entender e operar este sistema, e, por que não, discutir e modificar.⁷⁵

Um sistema organiza-se, como visto, através de um complexo ordenado de partes harmonicamente relacionadas⁷⁶. Essas partes que o compõem são as chamadas instituições. Quanto mais complexo for o sistema, ele poderá comportar uma gama maior de instituições. Por sua vez, essas instituições podem igualmente ser complexas, de forma inclusive a formarem subsistemas, que serão formados por outras instituições e assim por diante. Elas ocupam um lugar central na teoria dos sistemas, sendo estruturas de grau mais elevado do que o papel social, por exemplo, (teoria dos atores sociais).⁷⁷

⁷⁴ A autopoiese tem origem na teoria biológica de Humberto Maturana e Francisco Varela, sendo levada para as ciências sociais através dos trabalhos de Niklas Luhmann. “Significa inicialmente que o respectivo sistema é constituído pelos próprios componentes que ele constrói [...] trata-se, portanto, de sistemas homeostáticos, caracterizados pelo fechamento na produção e reprodução de elementos.” NEVES, Marcelo. Autopoiese. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; Ed. UNISINOS, 2006. p. 80.

⁷⁵ Uma das críticas que se faz ao Direito de modo geral é o distanciamento entre o mundo jurídico e os indivíduos. Esse não é um fenômeno atual, sendo dominante nas mais diversas épocas, por razões que extrapolam a esfera deste estudo por sua própria complexidade, mas que leva os grupos sociais a buscarem fora do ordenamento jurídico formas de resolverem seus conflitos. BORGES, Wilson Hilário. **Historicidade e materialidade dos ordenamentos jurídicos**. São Paulo: EDUSP; Ícone, 1993.p. 36-37.

⁷⁶ Essa organização é o que se denomina de função integradora do direito na sociedade. Essa integração acontece por meio do que se chama institucionalização, a criação de estruturas sociais, realizada ordinariamente pelas normas jurídicas. Segundo Habermas, “do direito participam todas as comunicações que se orientam por ele, sendo que as regras do direito referem-se reflexivamente à integração social realizada no fenômeno da institucionalização.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.v. 1. p.112.

⁷⁷ A explicação de Parsons do conceito de instituição é esclarecedora: “An institution will be said to be a complex of institutionalized role integrates which is of strategic structural significance in the social system in question. The institution should be considered to be a higher order unit of social structure than the role, and indeed it is made up of a plurality of interdependent role-patterns or components of them.” PARSONS, Talcott. **The social system**. London: Routledge, 1991. p. 25. (grifo do autor).

Entre os teóricos que encaram a sociedade como um sistema está Talcott Parsons⁷⁸. Diferentemente dos sociólogos marxistas de seu tempo, que se ocupavam de mudanças radicais na sociedade, ele pretendeu observar o porquê de as sociedades serem estáveis e funcionais. Como um adepto do funcionalismo, ele acreditava que qualquer sistema social estável deveria possuir quatro pré-requisitos estruturais: adaptação, realização de metas, integração e latência.⁷⁹ A compreensão da sociedade, segundo ele, se dá entendendo-se as partes da sociedade e as funções que estas desempenham.⁸⁰

A adaptação está na relação entre o sistema e o ambiente, uma vez que os sistemas sociais necessitam de uma forma de controle sobre o meio, para a sua própria sobrevivência, relacionada à produção e distribuição de bens.⁸¹ A realização de metas consiste no sentido a que a atividade do sistema é direcionada, numa escala de prioridades, organizada em políticas públicas.⁸² A integração opera os ajustamentos de conflitos e auxilia na conservação do sistema, impedindo que este se desintegre, através de mecanismos como as leis e a

⁷⁸ “Como toda análise sistêmica e funcionalista, Parsons entendia a sociedade e sua sistematização, fazendo analogia com um organismo, relativizando a heterogeneidade de partes num todo homogêneo e funcional, ligados por um mesmo sistema [...] Assim, Parsons buscou compreender os caracteres sociais de forma semelhante ao funcionamento de organismos biológicos, utilizando-se de termos como a homeostase, enquanto definidor da estabilidade social, em que as partes isoladas somente poderão ser compreendidas pelo todo.” CORDOVA, Maria Julieta W. Talcott Parsons e o esquema conceitual geral da ação. **Emancipação**, Ponta Grossa, v. 7, n. 1, p. 257-276, 2007.

⁷⁹ “O esquema de funcionalidade entendido por Parsons revela um grau maior de abertura para os fatos sociais, ou para o ser social [...] Ao subsistema social corresponde a função primária de integração; ao cultural, a manutenção de padrão, à personalidade, a realização de objetivos; e ao organismo comportamental, a função primária de adaptação.” BORGES, Wilson Hilário. **Historicidade e materialidade dos ordenamentos jurídicos**. São Paulo: EDUSP; Ícone, 1993. p. 50.

⁸⁰ Ibid., p. 45. Essa visão funcionalista pode ser criticada pelo distanciamento que promove entre as instituições e seus operadores e os cidadãos comuns. Na seara do Direito, a transformação do homem social no homem jurídico revela sua artificialidade, associa o fenômeno jurídico ao econômico (materialidade) e faz com que a técnica prevaleça sobre a ética. Acompanhe-se o diagnóstico de Wilson Hilário Borges: “O direito, enquanto fenômeno das sociedades complexas, não é ele mesmo a força de dominação social, mas o responsável pela organização dessa força. A dimensão de exteriorização do direito se expressa em uma complexa rede representada por funcionários públicos em perfeita cadeia de funções específicas. A divisão do trabalho obedece a uma lógica funcional na sociedade, que visa à especialização e à desindividualização dos atores sociais, nos processos de decisão de conflitos [...] o papel de cada um circunscreve-se à realização daquilo que a norma positiva lhe permite.”

⁸¹ “*These minimum needs of individual actors constitute a set or conditions to which the social system must be adapted. If the variation of the latter goes too far in a given direction this will tend to set up repercussions which will in turn tend to produce deviant behavior in the actors in question, behavior which is either positively disruptive or involves withdrawal from functionally important activities. Such a need, as a functional prerequisite, may be likened to a spring.*” PARSONS, Talcott. **The social system**. London: Routledge, 1991. p. 17.

⁸² Ibid., p. 19. “*The prerequisite of adequate motivation gives us one of the primary starting points for building up to the concepts of role and of institutionalization. Fundamentally the problem is [...] necessary to look for relatively specific mechanisms, that is, modes of organization of the motivational systems of personalities, which can be understood in direct relation to the socially structured level or role behavior.*”

administração da justiça. E, por fim, a latência se dá na manutenção de padrões, dos valores da sociedade, por meio de instituições como a religião e a escola.⁸³

Claramente, essa concepção baseia-se numa distinção das funções que cada setor exerce na sociedade.⁸⁴ Nessa perspectiva, na medida em que cada setor se institucionaliza no meio social (torna-se uma instituição), pode-se observar que o mesmo se dá com o direito, que se reveste do aparelho estatal de controle. O ordenamento jurídico é uma instituição, conforme demonstrado, assim, é a assunção pelo direito da função jurídica, aquela que determina o que é lícito e o que é ilícito numa sociedade, que garante a individualização necessária ao direito como uma instituição social. A criação de um código comunicativo viabiliza o processo de decisão e permite ao direito lidar com a complexidade social.⁸⁵

O direito funciona de modo auto-referencial⁸⁶. É operando o binômio lícito-ilícito de forma exclusiva que ele adquire esse fechamento operacional. Com uma função expressamente delimitada, ele está institucionalizado. Esse fenômeno é marca do processo de positivação que permeou o século XIX e continuou no século XX. Essa positivação é a afirmação do império das instituições na sociedade, entre elas a mais destacada é o Estado. A consolidação do positivo retrata num sentido filosófico o ato de positivar, ou seja, estabelecer com força de um ato de vontade, e, num sentido sociológico, a confirmação da autoridade dos

⁸³ “*The minimum cultural prerequisites of a social system may thus be said to operate at least in part through the functions of culture for personality. Without the requisite cultural resources to be assimilated through internalization it is not possible for a human level of personality to emerge and hence for a human type of social system to develop.*” PARSONS, Talcott. **The social system**. London: Routledge, 1991. p. 21-22.

⁸⁴ “Quando as funções apresentam-se distintas e as possibilidades sociais passam a se autorreferir, imunizando-se das determinações externas, pode-se afirmar que a diferenciação primária da sociedade é funcional [...] A substituição de um centro universal de certeza por múltiplos espaços autônomos, cada um dotado de verdades próprias, permite uma produção irreprimível de diversidade [...] A sociedade moderna caracteriza-se pela hipercomplexidade.” GONÇALVES, Guilherme Leite. Incerteza social e dogmática jurídica: limites da abordagem luhmanniana. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; BATALHA, Carlos Eduardo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 195-196.

⁸⁵ Ibid., p. 203-204. “Se, de um lado, o aumento de complexidade jurídica amplia a certeza social, de outro, cria dificuldades decisórias para o próprio direito. Há excessos de alternativas no interior do sistema [...] Para evitá-lo, segundo Luhmann, o direito forjou um mecanismo capaz de oferecer tratamento ao risco da indeterminação das estruturas internas do próprio sistema: um código comunicativo específico que viabiliza o processo decisório e seleciona as expectativas comportamentais que serão normativamente confirmadas. Esse código se organiza com base em uma binariedade: lícito/ilícito [...] A abertura cognitiva é possível unicamente porque o sistema jurídico encontra-se, pelo seu código, fechado no âmbito de suas operações.”

⁸⁶ Essa auto-referência se traduz no que Luhmann aponta como autopoiese. Ela consiste em auto-referência e auto-reprodução também, uma vez que o sistema jurídico gera elementos para integrar seu repertório de forma independente. Veja-se: “*Autopoietic systems, then, are not only self organizing systems. Not only do they produce and eventually change their own structures but their self-reference applies to the production of other components as well. This is the decisive conceptual innovation. It adds a turbo charger to the already powerful engine of self-referential machines. Even elements, that is, last components (individuals), which are, at least for the system itself, undecomposable, are produced by the system itself.*” LUHMANN, Niklas. The autopoiesis of social systems. In: GEYER, Felix; ZOUWEN, Johannes van der (Ed.). **Sociocybernetic paradoxes**. London: Sage, 1986. p. 172.

parlamentos, na qual a lei, a expressão máxima de sua atividade, é tida como a única capaz de gerar o direito.⁸⁷

Daí se seguirá a tese de que todo direito é positivo e sua legitimação se dá através do procedimento, que é legislativo. Entretanto, essa positivação não acontece de maneira causal, num nexos entre a criação legislativa e o direito. Ela ocorre por meio de uma imputação de validade jurídica a determinadas decisões, não é uma questão de verdade, mas de decidibilidade.⁸⁸ É apenas com a positivação que o direito passa a ser *poiesis*, algo externo ao agente, e que demanda um *know how*, o *savoir-faire* para se concretizar. É o início do primado técnico para resolução de conflitos. Uma técnica especializada, metodologicamente delimitada, a jurisprudência.

Esse processo já foi apreciado no capítulo anterior, mas vale ressaltar que é dentro de uma compreensão do direito como sistema positivo de normas que a teoria do sistema organiza suas premissas. Assim, quando se fala que o direito é um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto, é necessário que se tenha por base o pressuposto de que essa normatividade é institucionalizada através de mecanismos burocráticos estabelecidos em torno de atos de vontade coletivos que expressam o desejo de implementar valores de uma ordem social. Em outras palavras, o direito das sociedades contemporâneas é fruto da atividade legislativa originária ou derivada, do poder político que positivava as normas do sistema jurídico.

Para esclarecer a forma como o sistema trabalha, deve-se primeiro ter-se bem determinada a diferença entre expectativas cognitivas e normativas. São elas que permitem ao direito a sua autodeterminação. Niklas Luhmann, numa retomada da diferença entre descrição e prescrição, diferencia a expectativa cognitiva, caracterizada por uma disposição de assimilação em nível de aprendizado, adequando-se ao desapontamento, da expectativa normativa, caracterizada pela resistência e não assimilação, não se adequando ao desapontamento.⁸⁹ Isso porque, ao normativo, deve-se opor o cognitivo e não o fático. A

⁸⁷ “Há um sentido filosófico e um sentido sociológico de positivação. No primeiro, positivação designa o ato de positivizar, isto é, de estabelecer um direito por força de um ato de vontade [...] No sentido sociológico, positivação é um fenômeno que naquele século será representado pela crescente importância da lei votada pelos parlamentos como fonte do direito.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 49-50.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 64.

⁸⁹ “As expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos.” LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1. p. 56.

clássica distinção entre ser e dever-ser é, para ele, um erro. A diferença pode apenas se dar em termos de frustração da expectativa, na qual, a cognitiva cede e a normativa reage.

Nesses termos, precisa-se destacar que, sendo a norma uma expectativa contra-fática, a decisão entre assimilação ou não quando da frustração da expectativa é algo de sobeja importância para as sociedades, razão pela qual são criados mecanismos de estabilização, e a escolha não pode ser deixada ao arbítrio. Em outras palavras, é delegada a alguém a função de determinar padrões de resposta das expectativas.⁹⁰ Surge, então, o direito para dizer quais desapontamentos são assimilados e quais não.⁹¹ A operacionalização das expectativas contra-fáticas institucionalizadas numa sociedade é o papel primordial da atividade jurídica.⁹²

A existência de um sistema jurídico deve levar em consideração dois elementos primordiais: a estrutura e o repertório do sistema.⁹³ Sucintamente, pode-se inferir que o repertório compreende os elementos do sistema, suas partes, e a estrutura se refere à forma na qual esses elementos estão organizados. No repertório do sistema existem tanto enunciados normativos (as normas propriamente ditas) quanto enunciados não normativos, como as definições por exemplo. A estrutura compreende as regras de introdução de enunciados no sistema assim como as regras de eliminação desses enunciados. As regras de eliminação indicam as normas que se eliminam através de atos de revogação, as que se eliminam quando um ato de revogação e um de promulgação e as que se eliminam quando duas ou mais normas do sistema entrem em contradição (antinomia).⁹⁴

⁹⁰ “A questão da assimilação ou não, no caso de desapontamentos, é tão importante ao ponto dela não poder ser relegada ao arbítrio privado. A escolha de um ou outro tipo tem que ser institucionalizada.” LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1. p. 64.

⁹¹ “Todas as operações e as escolhas são definidas no interior do sistema. Não há certeza sobre quais alternativas serão adotadas pelos tribunais [...] o direito positivo é o direito posto pelo próprio direito e válido em virtude de decisão jurídica [...] O problema do direito está ligado à superação de improbabilidade das relações interpessoais.” GONÇALVES, Guilherme Leite. Incerteza social e dogmática jurídica: limites da abordagem luhmanniana. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; BATALHA, Carlos Eduardo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 198-199.

⁹² “O mundo social é fundamentalmente um universo de conflitos, expressos das mais diferentes formas no processo de vida comunitária [...] Há uma simplificação dos conflitos sociais, em seu tratamento, na óptica do direito [...] Dentro dessa perspectiva, o conflito passa a ser, não um conflito de dimensões sociais, mas um conflito específico, que cabe dentro de uma figura traçada pelo legislador para resolver uma pendência contra uma ou mais partes, desde que identificadas dentro do processo [...] É em nome da paz que o direito tem como função assegurar a harmonia.” BORGES, Wilson Hilário. **Historicidade e materialidade dos ordenamentos jurídicos**. São Paulo: EDUSP; Ícone, 1993. p. 37-38.

⁹³ “Um ordenamento, em relação ao qual a pertinência de uma norma a ele é importante para identificá-la como norma válida, além de ser um conjunto de elementos normativos (normas) e não-normativos, é também uma estrutura, isto é, um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 145.

⁹⁴ ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. Valência: Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídico y Sociales, 1979. p. 68-69.

A estrutura exige regras à parte das regras jurídicas. Suas regras são diferentes das demais normas que compõe o sistema. Elas não disciplinam condutas, mas organizam o funcionamento do sistema, ou seja, são os preceitos que devem ser observados pelo sistema para manter sua coerência e evitar que se fragmente.⁹⁵ No âmbito deste trabalho tais regras se constituiriam nos princípios do ordenamento. Os princípios estariam assim no alicerce do sistema sendo eles que permitem à estrutura se sustentar. São regras técnicas, sem conteúdo valorativo, mas que possuem a natureza de princípio porquanto exercem a função de padronização e ordenação do sistema. São princípios técnicos do ordenamento.

No próximo item, interessa discutir inicialmente a função dos princípios no sistema jurídico. Saber se eles estão na estrutura ou no repertório e como eles contribuem com o funcionamento do direito em geral é uma tarefa de extrema relevância para o cientista jurídico.

2.3 Princípios jurídicos em sua razão sistêmica

As considerações teóricas recentes têm oscilado entre colocar os princípios jurídicos dentro do sistema jurídico ou fora dele. No passado, ou os princípios eram oriundos de especulações transcendentais, formulados sobre as leis naturais, não estando contidos no sistema do direito positivo ou eram considerados como parte do sistema do direito positivo apenas de maneira subsidiária, obtidos através de generalizações sucessivas das regras específicas, sendo tratados como fontes.⁹⁶

O pensamento sistemático, que não é uma particularidade da ciência jurídica, pode ser apontado como uma das maiores conquistas da modernidade. A partir dessa concepção, puderam-se estabelecer fronteiras mais definidas entre os diversos ramos do saber, além de se permitir uma organização mais racional do conhecimento, que levou à independência metodológica da ciência em face da filosofia. Para as ciências sociais, que aparecem justamente com o fortalecimento do pensamento sistemático, isso representou uma virada de

⁹⁵ “A condição de que o ordenamento jurídico seja coerente quer dizer que cada parte desse complexo de normas deve ser harmônica, sendo possível a existência de incongruências nas partes consideradas no seu todo.” BORGES, Wilson Hilário. **Historicidade e materialidade dos ordenamentos jurídicos**. São Paulo: EDUSP; Ícone, 1993. p. 37.

⁹⁶ “A discussão sobre os princípios jurídicos estava assim condenada a encerrar-se na alternativa positivismo/jusnaturalismo, ou seja: i) reconhecer aos princípios jurídicos uma mera função de representação de normas particulares do sistema, ou ii) considerá-los como elementos de uma ordem objectiva de valores, critérios supraleais de valoração, ordenados a um ideal superior.” LAMEGO, José. Discussão sobre os princípios jurídicos. **Revista Jurídica da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa**, Lisboa, Nova série, n. 4, p. 103-123, out./dez. 1985.

paradigmas. Dizer que a sociedade se apresenta como um sistema significa afirmar que ela pode ser estudada a partir do exame das partes que a formam. É o direito um subsistema social, uma parte que compõe a sociedade sistematicamente disposta, numa perspectiva funcionalista.

Para este estudo, tem relevância a colocação de Canaris segundo a qual “[...] o sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.”⁹⁷ Note-se que são princípios gerais *de* direito, o que poderia ser acrescentado como de cada direito. Ressaltando essa concepção, caminha o pensamento de Eros Grau, para quem os princípios estão no direito pressuposto.⁹⁸ Dada a diversidade de ordens jurídicas, não há como se reconhecer princípios universais. Os princípios garantem a unidade dos sistemas, determinam as relações entre as normas e propiciam a execução do ordenamento jurídico, mas cada sistema se compõe de seus princípios próprios, como demonstrou a análise do sistema romanista e do sistema de *commonlaw*.

Recentemente, os princípios passaram a assumir nova importância devido à sua alocação na estrutura do sistema. Daí o direito ser considerado um sistema de regras e princípios, ao passo que a ordem jurídica seria o conjunto dos sistemas jurídicos (penal, civil, entre outros). Isso representa uma abertura dos modelos tradicionais legalistas, pois o direito deixa de ser apenas um sistema de regras, ou seja, fechado, e passa a ser um sistema de regras e princípios, ou seja, aberto. Portanto, a partir dessa alternância de paradigma, é possível afirmar que “[...] neste tipo de sistema, que é móvel, flexível e que se abre, [...] a função axial do jurista é de traçar novas valorações, novas conexões de sentido e novas cadeias de regulação entre normas (preceptivas e principiológicas, escritas ou não escritas).”⁹⁹

Essa abertura sistemática que os princípios jurídicos oferecem ao mundo do direito visa uma inversão de prioridades da ordem reguladora. Para se fazer uma analogia, antes o aspecto jurídico que prevalecia no ordenamento era o “dever”, a regulamentação da conduta, a chancela do lícito, agora prevalece o “direito”, as dimensões das possibilidades, a defesa do ser individual e coletivo. Isso marca o constitucionalismo do pós-guerra, posterior à chamada

⁹⁷ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 77-78.

⁹⁸ Em suas palavras: “[...] o que importa enfatizarmos é o direito pressuposto é a sede dos princípios, definindo-se o sistema jurídico (cada sistema jurídico) [...] como uma *ordem teleológica de princípios gerais de direito*.” GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 71. (grifo do autor).

⁹⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 49-50.

segunda onda de renovação do acesso à justiça, na acepção de Capelletti e Garth.¹⁰⁰ Os princípios serão colocados nas normas de mais elevada hierarquia para garantir que sejam sempre observados. Assim, “[...] esta leitura principialista do sistema/ordem jurídica ultrapassa pura e simplesmente o texto da lei [...], reclama por uma justificação não apenas interna, mas também externa do raciocínio jurídico prático-geral.”¹⁰¹

Com relação à posição dos princípios como unidades fundamentais dos sistemas jurídicos e seu dimensionamento no que se chama de “direito pressuposto”, convém esclarecer o que vem a ser isso. Eros Grau, retomando o conceito de pressuposição das relações imanentes da economia em Marx, propõe que “[...] a forma jurídica é imanente à estrutura, como *pressuposto* interior à sociedade civil, mas a transcende enquanto *posta* pelo Estado, como direito positivo.”¹⁰² Essa visão está muito relacionada à compreensão do fenômeno jurídico de Savigny sobre o “espírito do povo” (*Volksgeist*) que orienta as legislações, pois o direito pressuposto seria algo que surge na sociedade independentemente da vontade (positivação) dos homens, já que o legislador não é onipotente para criar qualquer direito positivo, como queria Kelsen, existindo uma base, o direito pressuposto, que condiciona o direito posto.¹⁰³

Entretanto, por mais que se diga que os princípios estão fundamentalmente na estrutura do sistema jurídico, há que se observar sua presença também no repertório, ou seja, na forma de entidades normativas ou não normativas, sendo uma realidade que reclama um desenvolvimento maior. Isso se deve a existência de variados tipos de princípios, ou melhor, a variadas espécies jurídicas às quais se designa pelo termo genérico de princípio. É este o problema que será analisado no próximo capítulo.

¹⁰⁰ Segundo eles, as ondas renovatórias do acesso à justiça são momentos de tentativa de aumentar a efetividade do direito, sobretudo através de meios processuais. A primeira onda se constitui na facilitação do acesso às estruturas do judiciário pelas camadas hipossuficientes da população. A segunda seria a coletivização dos direitos, ou seja, a defesa em juízo dos direitos de segunda e terceira geração, como o direito à educação, à saúde, ao meio ambiente e ao patrimônio público por exemplo. Na terceira onda, estariam os métodos alternativos de solução de litígios, como a arbitragem. Cf. CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

¹⁰¹ QUEIROZ, Cristina. O direito como sistema (interno) de regras e princípios. In: CUNHA, Paulo de Pitta. (Coord.). **Estudos jurídicos e econômicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2006. v. 1.p. 658.

¹⁰² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 60-61. (grifo do autor).

¹⁰³ *Ibid.*, p. 64. (grifo do autor). “O direito pressuposto brota da (na) sociedade à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O *direito pressuposto* condiciona a elaboração do *direito posto*, mas este modifica o *direito pressuposto*.”

CAPÍTULO 3 BASES EPISTEMOLÓGICAS DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Depois de levantadas as premissas gerais acerca dos princípios na teoria e filosofia do direito e de analisado o modo de desdobramento do fenômeno jurídico, ou seja, o sistema jurídico, compete a este trabalho procurar convergir as investigações dos capítulos precedentes. Aqui se trata da principiologia em dois aspectos fundamentais no mundo do direito: a compreensão de sua juridicidade e de sua normatividade. Na etapa dedicada à juridicidade se tentará estabelecer a questão do pertencimento dos princípios ao mundo do dever-ser, bem como o conceito de princípio em seu substrato mais cristalino. Depois, com a normatividade, pretende-se entender se é possível a categorização dos princípios enquanto entidades normativas e quais as implicações disto para o mundo do direito. Por fim, será feita uma proposta de entendimento dos princípios que seja ao mesmo tempo satisfatória, coerente e útil ao sistema.

3.1 A juridicidade dos princípios

Falar em juridicidade significa discorrer sobre a questão da atribuição da característica jurídica a algo. Assim, é um problema de adjetivação. Quando se diz de algo que isto é jurídico, identifica-se essa coisa com o direito. Aquilo que é jurídico possui juridicidade. E ter juridicidade significa pertencer ao mundo do direito. Essa questão pode ser facilmente encontrada na definição de fato jurídico. Fato é um acontecimento qualquer, uma ocorrência que pode ter importância e produzir conseqüências ou não. Um fato jurídico, ao contrário, não se resume a um episódio qualquer, mas é um evento que tem relevância para o direito devido às implicações que ele desencadeia. Desse modo, fato jurídico é aquele que possui conseqüências para o universo jurídico. Mas, apesar dessas conseqüências estarem relacionadas numa trama de causalidade, o que imprime a algo o caráter jurídico é uma relação de imputação. Portanto, é o próprio direito que imputa a característica jurídica ao fato. O direito “escolhe” – decide – o que é e o que não é jurídico.

Se a escolha importa um ato de vontade, está-se diante de uma adjetivação positiva, se ela importa uma decorrência lógico-racional ou moral-transcendental, está-se diante de uma adjetivação natural. Isto remete a questão da juridicidade ao problema do que se entende por

direito. Numa concepção de direito natural ¹, a juridicidade é tratada como algo relativo ao valor da justiça, dizer o que é jurídico e o que não é significa dizer aquilo que é bom e aquilo que não é. É um problema axiológico, a escolha implica num dilema ético, que pode comportar uma dimensão religiosa (jusnaturalismo teológico) ou não (jusracionalismo). Numa concepção de direito positivo, a juridicidade é tratada como algo relativo a uma decisão por um ato de vontade, dizer o que é jurídico e o que não é significa distinguir entre aquilo que pertence ao sistema e aquilo que não pertence. É um problema teleológico, a escolha implica numa opção entre duas alternativas. Para o direito positivo tanto uma hipótese quanto a outra seriam em tese igualmente possíveis de integrar o mundo do direito, sendo a decisão entre uma delas uma preferência política.

Isso não importa dizer que a qualidade daquilo que é jurídico seja obra do arbítrio. Ambas as posições apresentam razões de relevo para se sustentar. Entretanto, o direito natural diz que tudo aquilo que é justo é jurídico, o que representa uma transferência do problema para as dimensões filosóficas e especulativas e o direito positivo diz que é jurídico tudo aquilo que alguém decide que seja jurídico, deslocando o problema para as dimensões da política. As duas concepções simplesmente não têm como chegar a um resultado sacramentado. As duas tiveram sua valia na história do direito, mas o sistema acabou que se firmando sobre a segunda. Talvez porque o mundo da cultura seja positivo, e o direito é algo que se constrói e não algo dado por natureza. É comportamento humano, questão de espírito.

Logo, a discussão acerca do fundamento da juridicidade é um problema zetético. Não comporta um fim, alongando-se em questionamentos intermináveis de ordem valorativa, política e ideológica, por exemplo. Mas a juridicidade é uma tarefa dogmática. Cabe ao

¹ Definir o que seja o direito natural é uma tarefa que seria impossível num estudo como este. Mesmo assim, tomando emprestadas as formulações de Erik Wolf, pode-se dizer que o direito natural foi definido na tradição como a quintessência da existência jurídica completa, a origem histórica do direito, uma ordem anterior ao Estado e à civilização, idêntico às leis naturais, sendo a doutrina filosófica do direito absoluto e a doutrina teológica do direito relativo, uma ordem imanente da prática vital, a vivência do irracional e do emocional e o princípio da reforma das leis. Cf. WOLF, Erik. **El problema del derecho natural**. Tradução de Manoel Entenza. Barcelona: Ariel, 1961.

sistema decidir o que é e o que não é jurídico ². Uma vez feita a decisão, a questão desaparece, deslocando o foco, do fundamento da juridicidade, para a definição e as consequências da juridicidade. A dogmática é a ferramenta que permite ao sistema jurídico encerrar um problema. Ao sistema interessa funcionar e não justificar. Assim, o assunto aqui tratado se propõe da seguinte forma: são os princípios integrantes do mundo jurídico ou não? Note-se que não se pergunta se devem ou não fazer parte. Não há como responder cientificamente a essa questão, ao menos não nos domínios da ciência jurídica, razão pela qual seria necessário buscar-se em outros lugares uma possível solução, algo que extrapolaria os propósitos deste estudo. ³

Entretanto, não se pode guardar silêncio, em matéria de juridicidade, acerca do monopólio estatal de produção do direito ⁴. É em decorrência da vitória da burguesia que o Estado moderno assume de forma totalizante a função de regulação das fontes jurídicas. De acordo com o pensamento iluminista, já analisado anteriormente, o liberalismo triunfa sobre o Antigo Regime num ideal de simplificação do direito e de rompimento de privilégios da nobreza e do clero. A conquista maior da Revolução é a inviolabilidade do direito de propriedade. Contudo, o Estado Burguês do capitalismo mercantil e industrial sucumbe na pós-modernidade, diante do capitalismo financeiro e da globalização econômica.

² Quando se confere ao sistema a decisão de escolher o que é jurídico, não se pode ter uma perspectiva ingênua de neutralidade. O Estado é que assume na Modernidade o monopólio da produção jurídica, o Estado burguês, fruto da revolução e da luta contra os privilégios da nobreza e do clero, é que depois se arrogou a prerrogativa de atribuição de juridicidade. É um fenômeno que, em certo ponto, chega até a ignorar a historicidade das relações humanas, pois trabalha contra sua superação. No olhar de Paolo Grossi: “Se olharmos para trás, não será difícil sentir a presença de um universo jurídico constrangido entre as redes de uma operação consciente e bem-lúcida de redução. Tendo sido elevado a centro das atenções constantes do poder burguês, o direito, inclusive aquele que regula as relações cotidianas – que uma tradição plurissecular deixava à produção dos privados –, está intimamente ligado a quem detém o poder político. O Estado não só pretendia o direito, mas também se afirmar como o único sujeito produtor do mesmo, com a consequência imediata e grave de se colocar também como o único ente em condições de conferir uma regra social genérica: a impressão de privilégio da juridicidade, transformando-a em norma jurídica.” GROSSI, Paolo. O ponto e a linha: história do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo. **Seqüência**: Estudos Políticos e Jurídicos, Florianópolis, n. 51, p. 31-45, dez. 2005. p. 34.

³ Quando se diz de uma resposta científica, está-se procurando uma solução no âmbito da ciência jurídica positiva, que encara o fenômeno jurídico do ponto de vista factual e pretende ser avaliativa. Norberto Bobbio salienta que “[...] a distinção entre juízo de validade e juízo de valor veio a assumir a função de delimitação das fronteiras entre a ciência e a filosofia do direito [...] Temos assim duas categorias diversas de definições do direito, que podemos qualificar, respectivamente, como definições científicas e definições filosóficas: as primeiras são definições *fatuais*, ou *avalorativas*, ou ainda *ontológicas*, isto é, definem o direito tal como ele é. As segundas são definições *ideológicas*, ou *valorativas*, ou *deontológicas*, isto é, definem o direito tal como ele deve ser para satisfazer um certo valor.” BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 138. (grifo do autor).

⁴ Aceita-se, para tanto, a colocação de Paolo Grossi. “Nós não devemos, nem podemos medir a juridicidade tendo em mãos somente o metro dado pelo Estado. Devemos, ao contrário, tornar fecundas e efetivas as intuições da ciência do século XX que tenderam a desvincular o direito do aparelho de poder estatal e o ligaram à integralidade da sociedade civil.” GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 85.

O pluralismo jurídico, que na Era Medieval tanto dificultava o progresso econômico, volta na economia da Nova Ordem Mundial (pós Guerra Fria) como alternativa do mercado à morosidade legislativa do Estado e à burocracia das instituições jurídicas. Assim, as grandes corporações passam a criar seu próprio direito, dando existência a uma reprivatização, que nem mesmo o neoliberalismo consegue acompanhar. Paralelamente ao direito oficial, surge o direito “econômico” das corporações, com seus instrumentos, suas regras e seus juízes privados, os árbitros.

Ainda que este trabalho tenha por escopo os princípios no direito, não se pode ficar a margem dessa digressão a respeito do futuro da juridicidade, até porque a própria inserção de princípios nas legislações pode ser considerada uma tentativa do sistema de responder aos avanços provocados pela tecnologia e ao dinamismo que a economia capitalista globalizada demanda. Ora, caberia questionar até que ponto os chamados princípios de direito são efetivamente jurídicos e não realidades importadas de outros sistemas? O direito controla a economia ou é a economia que condiciona o direito? Essa pergunta pode ser respondida historicamente: a materialidade das relações humanas constitui-se como o principal motor da história, estando o fenômeno jurídico, um de seus frutos, inegavelmente atrelado ao econômico.

Desse modo, refina-se o tema: o que se entende por princípios na seara do direito? Esse entendimento é atemporal? Pode-se dizer que haja entidades com o perfil de princípios no direito? A resposta é complexa. Dependendo do que se entenda por princípios, sua existência no direito pode variar no tempo e no espaço. E mais, pode ainda haver – e há – princípios do direito e princípios do sistema jurídico. Por fim, não existe apenas uma espécie de princípios, mas sim uma multiplicidade de aspectos que comporta uma distinção e uma categorização, que será objeto das próximas seções.

3.1.1 Princípios no mundo natural

O mundo natural é classicamente tratado como o mundo do ser.⁵ É o mundo das coisas reais, dos fenômenos da natureza, da física. Nesse mundo, as interações entre os seres obedecem a uma relação de causa e efeito. Vige, portanto, nos domínios do ser, a lei da

⁵ Referencie-se a mencionada partição entre o ser e o dever-ser (*sein e sollen*), originária da filosofia de Kant. Ainda que ele divida o plano epistemológico em dois, ele não distingue os postulados do direito das prescrições jurídicas. “*He nowhere separates the postulates of law from practical prescriptions for law. He says nothing about the legislator’s deliberation or the judge’s decision to suggest that it is an activity different from that of the philosopher reflecting on the principles of right.*” LETWIN, Shirley Robin. **On the history of the idea of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.p.145.

causalidade. Deste modo, quando se fala que há princípios no mundo natural, há uma referência clara a aspectos indeléveis da realidade, fatores condicionantes que se repetem indefinidamente e que conferem ao mundo natural suas características básicas. Assim, diz-se, por exemplo, que as leis da física são princípios. Outro princípio seria o fluxo contínuo da vida, segundo o qual os seres vivos nascem, crescem, reproduzem-se e morrem. Esses princípios naturais começaram a ser investigados pelos filósofos da natureza na Grécia, mas mesmo muito antes deles, o homem já tinha a noção da ação das forças naturais sobre o mundo físico.⁶

A pergunta que se faz seria sobre a existência de princípios naturais no âmbito do direito. Admitindo-se uma razão ética universal que oriente a humanidade ao caminho do bem e da justiça, os princípios naturais do direito seriam as linhas mestras da experiência jurídica. Esses preceitos se constituiriam na modalidade de máximas e adágios. Eles pretendem guiar os homens nas suas relações sociais. São aplicáveis aos juízes e aos litigantes, assim como aos pensadores do direito e a todos os membros da coletividade. Eles têm caráter pedagógico. Pretendem mais convencer do que se impor.⁷ São constantemente formulados em versos, em geral curtos e de fácil memorização, tudo para facilitar a assimilação, permitindo que pela repetição rapidamente se fixem no espírito dos homens. Com o tempo, não se sabe mais sua origem e passam a ser conhecimento acumulado da humanidade e, como todas as sociedades

⁶ O sentido filosófico do termo “princípio” foi analisado pormenorizadamente por Aristóteles na sua *Metafísica*. Ele parte da noção de *arkhé* e a desdobra em sete acepções que guardam entre si a semelhança de se referirem à origem de algo, são pontos de partida, premissas, hipóteses, elementos iniciais. Nas palavras de Comparato, “[...] o elemento comum a todos esses significados, arremata Aristóteles, é o de princípio ou de começo de onde algo provém ou é gerado, ou de onde emana o conhecimento; ou seja, como disseram os escolásticos, *principium essendi* e *principium cognoscendi*.” COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 485.

⁷ Conforme explica Pierre de Tourtoulon “[...] les peuples des époques anciennes em avaient souvent une riche provision dans la mémoire. Mélangés aux proverbes sur la pluie et le beau temps, la conduite de la vie et la morale, ils formaient la base de leur fortune intellectuelle [...] Le brocard est un principe qui a la prétention de ne pas être discuté. Il se présente comme un axiome juridique, bien qu’il ait rarement ce caractère [...] L’impératif est toujours concis; le concis a pour cela même l’allure impératif [...] Mais telle n’est pas toutefois la forme la plus usitée. Le proverbe juridique veut convaincre plus que s’imposer. Il s’insinue dans l’esprit par des qualités de symétrie et d’harmonie que la psychologie humaine confond facilement avec la raison.” TOURTOULON, Pierre de. **Les principes philosophiques de l’histoire du droit**. Paris: Payot, 1919. p. 381-382.

os apresentam, parecem terem sempre existido, imagina-se serem naturais e não fruto da própria convivência no grupo.⁸

Essa é a formulação de princípios na Antiguidade Clássica, período no qual o direito se confundia com a justiça. Tanto na Grécia como em Roma, os preceitos gerais do direito são brocardos do ideal de decisão justa, de solução correta. O sábio procura a justiça, ela é a sua virtude por excelência. Não se dissocia sabedoria de justiça nessa época, sendo inconcebível que alguém possa ser sábio sendo injusto. Essa formulação se encontra, por exemplo, em Platão. Na divisão das tarefas da República, fica claro que os filósofos, os sábios, aqueles que deveriam governar, precisam cultivar o sentimento de justiça para administrar a *polis* com sabedoria.

Em Roma, a concepção é basicamente a mesma.⁹ O *ius*, aquilo que é o direito, é também o *iustum*, aquilo que é certo, justo. Dessa forma, percebe-se, como já apontado anteriormente, que é uma das características do direito antigo o fato de caminhar unido à moral e à religião. Os preceitos do direito são também máximas morais, e como a moral e a religião derivam uma da outra, são igualmente princípios religiosos. Aplicar o direito era um ato litúrgico, solene, que não podia ser feito por qualquer um, mas somente por quem estivesse ungido da *auctoritas*, ou seja, da qualidade de continuador do espírito dos ancestrais, sendo um morador da *civitas*, detentor de um lar.¹⁰

⁸“*Tout le monde sait qu’un bon proverbe doit bien rimer pour être juste. Un bon proverbe le doit aussi, mais il aura encore plus de force par l’allitération ou la répétition de mots [...] Il ne faudrait pas croire que ces formes spéciales aient pour principale ou unique raison d’être de se graver dans la mémoire. Leur principale raison d’être est de convaincre [...] Dans les droit populaires, les brocards apparaissent presque toujours sous une de ces formes qui les rendent familiers à tous et leur confèrent autant d’autorité que de popularité [...] Les règles juridiques le plus élémentaires ne sont qu’approximatives; c’est à dire qu’elles comportent des exceptions. Or le principe gagne en valeur logique, lorsqu’on en fait sortir les exceptions [...] Le brocard peut se discuter mais peut se défendre. Il est la ‘raison’, guide ingénieux mais non infailible qui ne doit jamais oublier la prudence. Le brocard n’est pas axiome logique; il est axiome rationnel.*” TOURTOULON, Pierre de. **Les principes philosophiques de l’histoire du droit**. Paris: Payot, 1919. p. 382-385.

⁹“[...] o ordenamento jurídico romano, quer antes da Lei das XII Tábuas, quer em parte depois delas, não era um sistema completo de normas abstratas, do qual se podia extrair a solução do caso concreto com base em simples silogismo, mas sim se tratava de um ordenamento em que as normas abstratas representavam uma exceção. Desse modo, o magistrado não podia limitar-se a desumir da norma abstrata, logicamente, a regra jurídica concreta, mas devia parcialmente criá-la por si e ainda que permanecesse no âmbito restrito do caso concreto, contribuía a individualizar e de qualquer modo também a formar uma ou outra norma consuetudinária.” BÖTTCHER, Carlos Alexandre. *Iudicet iudicare iubeat*: reflexões sobre as origens do processo civil romano e bipartição. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 155-156.

¹⁰ Embora esse caráter sacro tenha sido perdido paulatinamente com a República e durante o período imperial em Roma, ele nunca foi completamente abandonado. Mesmo com a conversão para o Cristianismo, a *auctoritas* permanece, contudo seu fundamento de legitimidade se altera. Ela não mais se estriba na descendência patriarcal, mas no respaldo sagrado da vontade de Deus. E, com a queda de Roma, essa autoridade será herdada pela Igreja Católica. Sobre o assunto conferir: COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

Assim, tem-se apontamentos como os de Celso e Ulpiano. O primeiro consagrando a fórmula “*ius est ars boni et aequi*” (o direito é a arte do bom e do justo) e o segundo “*iuris praecepta sunt haec: honest vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (os preceitos de direito são viver honestamente, dar a cada um o que é seu e não lesar a ninguém).¹¹ As duas fórmulas carregam apreciações valorativas. Uma ajunta ao direito a essência do bem, do íntegro e do eqüitativo, sendo uma expressão artística. A outra o apresenta segundo uma ordem de diretrizes de conduta daquele que pretenda se considerar justo ou almeje estar em acordo com o direito. São normas morais. Posteriormente, uns dirão que apenas o adágio sobre dar a cada qual o que é seu pode ser considerado como função do direito, porém, neste momento, a Antiguidade já terá terminado.

Também entre os romanos (na lição de Ulpiano), encontra-se a definição mais precisa e famosa do direito natural: “*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*” (o direito natural é aquele que a natureza ensinou a todos os animais).¹² Ainda que o direito natural seja para eles um direito universal de caráter inato, a concepção de direito natural como um conjunto de normas comuns entre os homens, apreensíveis através da observação da natureza, tem relação com o conceito de *ius gentium* (direito dos povos): “*ius gentium est quo gentes humanae utuntur*” (o direito dos povos é aquele se que todas as gentes humanas se utilizam)¹³, sendo aquele que todos usam, as regras gerais de convivência comuns, presentes em cada agrupamento humano.

Pode-se inferir que essa universalização do fenômeno jurídico será pretendida pelo jusnaturalismo a partir sobretudo da Idade Média. É a doutrina do direito natural que espalha a crença em princípios universais e imutáveis do direito, oriundos inicialmente de uma convicção na perfeição da obra divina, a criação do mundo. O mundo natural carrega princípios revelados da consciência eterna de Deus, a lei natural é a materialização da vontade

¹¹ Ambas as formulações podem ser encontradas no Digesto, respectivamente: 1,1,1 e 1,1,10. Cf. KRUEGER, Paul et al. **Corpus juris civilis**. 5. ed. Berlim: Weidmann, 1888. Disponível em: <<http://archive.org/details/corpusjuriscivil01krueuoft>>. Acesso em: 17 ago.2013.

¹² Ibid. Digesto 1,1,3. Mais precisamente: “*Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terram, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est, hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit.*” (O direito natural é aquele que a natureza ensinou a todos os animais: não é este direito próprio do gênero humano, é de todos os animais, que em terra ou em mar nasçam, também comum às aves, do qual decorre a união de maridos e mulheres, a qual chamamos por matrimônio, aqui procriam livremente, aqui educam: que vemos para outros animais também, este que as feras também consideram perícia jurídica) (tradução nossa).

¹³ Ibid. Digesto 1,1,4. *In verbis*: “*Ius gentium est quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.*” (O direito das gentes é aquele que os povos humanos utilizam, aquele que facilmente se entende através da natureza, porque está em todos os animais, este sol comum que entre os homens existe). (tradução nossa).

do Criador. Assim sendo, as leis humanas devem se adequar aos preceitos naturais, jamais podendo contrariar os ditames contidos na lei divina.

Posteriormente, um entendimento mais racionalista da naturalidade da lei se baseará na natureza pensante do ser humano. Ora, não há regras e diretrizes universais na natureza, mas sim há os preceitos universais que o homem, através de seu raciocínio e de sua observação, consegue apreender da natureza e formular como preceitos universais de conduta. O homem aprende o valor do justo com a natureza, pois que a justeza se equipara à ordem intrínseca que preside o mundo natural, exemplifique-se com o conhecido adágio: “a natureza é sábia”. Nesses tempos de jusracionalismo, os princípios continuam a trazer consigo esse ideal de universalidade e imutabilidade, além de conservar a característica da orientação para o justo.

3.1.2 Conteúdo moral dos princípios

A idéia segundo a qual uma ordem jurídica só pode ser considerada legítima enquanto esteja lastreada em preceitos morais é algo que perpassa a história da civilização ocidental. Essa concepção, mesmo que não predomine no discurso teórico contemporâneo, não é descartável. Entretanto, ao contrário do que foi no passado pré-moderno da civilização, o direito não pode se subordinar à moral de forma hierárquica.¹⁴ Na Antiguidade e na Idade Média prevaleceu o pensamento do direito natural, de matriz gnosiológica na filosofia platônica do mundo das idéias. O direito criado pelo homem deveria se reportar ao arquétipo de direito do mundo ideal.

Como salientado, o que se consagrou chamar de princípios do direito no pensamento jurídico tem sua origem na Antiguidade. Desde o início, a expressão transmite uma carga moral muito

¹⁴ Habermas afirma que “[...] esta intuição não é de todo falsa, pois uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A idéia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação* recíproca.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 140-141. (grifo do autor).

forte. Se antes era uma moral ético-política¹⁵, uma virtude a ser estimada, na Idade Média passa a ser uma moral religiosa. O Cristianismo adjetivou os preceitos jurídicos de máximas sagradas. A ética cristã é uma ética da conduta reta e solidária. Ela propaga um ideal de justiça transcendental, da espera da vida após a morte, o momento do Juízo Final.

Naturalmente, numa época marcada por esse pensamento, a filosofia jurídica, e nela a concepção de princípios no direito, não poderia ter ficado inerte a essa tendência. O conteúdo moral dos princípios se revela na vocação do direito para o justo, na orientação de que toda norma deve servir ao bem do homem e ajudá-lo a se aproximar da graça de Deus. Conforme já analisado no capítulo primeiro, na Era Medieval o *ius* passa a ser *de rectum*. Essa mudança de paradigma traz um cunho axiológico muito grande.

Novamente, reitere-se que direito, moral e religião estiveram misturados na Antiguidade Clássica ocidental por muito tempo¹⁶, até que o direito assumisse uma autonomia maior em Roma¹⁷ – há culturas em que estão até hoje.¹⁸ Na passagem para o medievo, o direito começa a se separar um pouco, motivado nem tanto por aspirações internas, porém por um primado da religião nos primeiros séculos da Idade Média. Contudo, o resgate das fontes romanas, ocorrido na Baixa Idade Média principalmente com os glosadores e comentadores, é que permitirá ao mundo jurídico ganhar paulatinamente mais autonomia.

Entretanto, mesmo com um direito mais independente, por muito tempo o pensamento ficou preso à crença religiosa. Há normas jurídicas, há debates de casos e decisões, assim

¹⁵ “Não podemos olvidar que a constância do comportamento humano pretendido pelo *ethos*, sob a forma de leis para a ação, não equivale à universalidade necessária das leis que descrevem os fenômenos naturais. O *ethos* refere-se ao comportamento que ocorre frequentemente ou quase sempre. Ele depende inevitavelmente da disposição humana (hábito) para agir não em conformidade com a contingência variável dos seus desejos e interesses, mas de acordo com *ethos* do grupo (costume ou tradição).” RAMOS, Marcelo Maciel. **Ética grega e cristianismo na cultura jurídica do ocidente**. 2007. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

¹⁶ Opinião essa também sustentada por Fábio Konder Comparato, segundo ele “[...] aquilo que hoje denominamos direito objetivo, e que os antigos chamavam genericamente de lei (*nómos*, *lex*), regulava indistintamente e de modo minucioso, sem exceções, todos os aspectos da vida social: a família, a educação, os ritos religiosos, as artes, os ofícios técnicos, a atuação do cidadão tanto na paz como na guerra. A ética dos antigos jamais se concebeu como fundada na vontade humana. Daí por que não se podia entrever distinção alguma – e muito menos separação ou limites – entre religião, moral e direito.” COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 63.

¹⁷ Mesmo que em Roma, como já analisado no capítulo anterior na parte do sistema romanista, o direito tenha adquirido autonomia e a técnica jurídica tenha se aperfeiçoado, em termos de pensamento jurídico e compreensão dos princípios jurídicos, ele quase não se distancia da moral. Entretanto, deve-se ressaltar o papel dos juriconsultos na elaboração de preceitos gerais, que eram a consolidação das soluções jurídicas encontradas para os casos de conflito. Nas opiniões de Gaio, Modestino, Papiniano entre outros, nota-se a presença de máximas gerais, direcionadas a estabelecer tendências do direito, mas como regras gerais de solução de conflitos e não princípios sistemáticos.

¹⁸ Habermas entende que, se no passado a mistura entre direito e moral era comum, “no nível de fundamentação pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 139.

como há regras morais, preceitos sociais de conduta, mas, em última análise, ambos se fundamentam na crença na existência de um ser superior que governa o universo através de leis eternas e que orienta as ações humanas segundo os ensinamentos deixados por aquele que se acredita ser seu filho unigênito. Em outras palavras, ainda era cedo na história do direito para se proclamar sua autonomia real.

Helmut Coing, mesmo sem se desvencilhar completamente do pensamento jusnaturalista, aponta algumas críticas que podem ser feitas, sendo o Direito uma ordem obrigatória nas relações sociais de um grupo humano, mas é uma ordem que não resulta das coisas, não é idêntica à ordem que se encontra na natureza inerte, como sistema de elementos e estruturas cristalinas nem à ordem espiritual do mundo dos valores. Ele baseia-se em decisões voluntárias e prescrições e arremata: “[...] o Direito é uma ordem coativa cuja constituição descansa, em última análise, em sua concordância com normas éticas.”¹⁹

O conteúdo moral dos princípios jurídicos é uma questão de valor. Volte-se ao exemplo das fórmulas romanas consagradas: *ius est ars boni et aequi* e *iuris praecepta sunt haec: honest vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. No primeiro caso, o direito se compara a uma arte, nela há beleza. Se há beleza, há o valor do belo, o ideal estético precisa existir para dignificar o direito. Assim como a poesia e a literatura são as artes da escrita textual, o direito se coloca como a arte do bom e do justo. O artesão do direito é o juiz, o jurista. No segundo caso, o direito é informado através de mandamentos morais. Viver honestamente é uma norma moral comissiva que prescreve uma atuação íntegra, não voltada a aferir vantagens sobre os demais, que consiste em dizer a verdade, não enganar, respeitar as leis, entre outros aspectos. Não lesar a outrem é uma norma que prescreve uma omissão, ou seja, deve-se evitar prejudicar o semelhante. Ela consiste em não causar dano, pois o dano é encarado como uma injustiça, devendo ser reparado. Dar a cada um a sua parte é a prescrição máxima da igualdade visada pela justiça. Um não pode tomar para si mais do que merece e precisa-se procurar estabelecer um estado de coisas em que todos possam ter sua parte da forma mais igualitária possível. Os dois primeiros são mandados direcionados à conduta de todos os homens, o terceiro também, mas relaciona-se primordialmente àqueles que são incumbidos de aplicar as leis.

Essa explanação singela deixa claro que, quando se aponta a presença de uma substância moral nos princípios do direito, está-se querendo demonstrar que existe uma carga

¹⁹ “*El derecho es un orden coactivo cuya construcción descansa, empero, en último término, en su concordancia con normas éticas.*” COING, Helmut. **Fundamentos de filosofía del derecho**. Trad. Juan Manuel Marin. Barcelona: Ariel, 1976. p. 32-33. (tradução nossa).

valorativa. Um valor é um valer para, ou seja, ele é relacional. Um ser é ou não é, e um valor vale. Um valor é algo atribuído, é algo que se soma a um objeto. Assim, o belo, o justo, o certo, o digno, o bom, entre outros. Definir um valor não é algo que seja de fácil execução, uma vez que a concretização de um valor depende de uma perspectiva subjetiva.

Por isso se diz que há uma moral objetiva e uma moral subjetiva. A primeira trata daquelas regras gerais de convivência aceitas pelo senso comum de determinada sociedade, que, quando não acatadas, produzem desaprovação, censura pública, coação psíquica, por exemplo. A segunda existe no indivíduo consigo mesmo, é um problema de consciência, de conduta íntima, que, quando violada, pode produzir remorso ou arrependimento, como situações mais comuns. Os valores morais são como bens que as normas morais visam proteger. O pudor, a integridade, a solidariedade, a modéstia, os bons modos, para se elencar os mais recorrentes. Naquele estágio civilizatório (a Antiguidade e a Era Medieval) no qual o direito não se encontra plenamente escrito, em que não há uma estrutura burocrática completa nem um sistema acabado, é esperado que as normas morais tenham maior preponderância sobre a vida social.

Desse modo, a influência sobre a formulação do direito é inevitável, do que resulta a aproximação entre os princípios do direito e as máximas morais²⁰. O conteúdo moral dos princípios jurídicos se reporta a uma questão de fundamento²¹. Assim, os princípios serão diretrizes morais de alto teor valorativo ao invés de regras estruturais do direito, de pressupostos elementares ou de postulados lógicos. Essa primeira construção dos princípios do direito deixou grande legado à filosofia jurídica, fazendo escola (o justo natural), com repercussão até os dias atuais.²²

²⁰ A ordem jurídica na visão do direito natural tem uma relação íntima com a moral. Legaz y Lacambra afirma que aquilo que em Direito se exige e se faz deve estar justificado e apenas se justifica quando se ordena ao bem. “*El orden jurídico tiene relación con el orden moral [...] Lo que el Derecho exige y lo que em Derecho se hace ha de estar justificado y sólo se justifica lo que se ordena al bien.*” LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del derecho**. Barcelona: Bosch, 1953. p. 194, 196.

²¹ O problema que se coloca é o da sustentabilidade do direito, ou seja, sua justificação enquanto instituição, a procura por sua razão de ser. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, “[...] a questão é saber se é possível avaliar o jogo jurídico, dizer se ele está sendo corretamente jogado (se é justo ou injusto), ou seja, se é possível dizer de *dentro* do direito quando cessa de haver direito.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 327. (grifo do autor).

²² Exemplo dessa orientação pode ser encontrado em Larenz, para quem “*Los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. En si mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas. Cuando remiten a un contenido intelectual que conduce a una regulación, son principios ‘materiales’, aunque les falte todavía el carácter formal de proposiciones jurídicas, representado por la conexión entre un ‘supuesto de hecho’ y una ‘consecuencia jurídica’.* Los principios indican solo la dirección en que está situada la regla y que hay de encontrar.” LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1991. p. 32-33.

3.1.3 Princípios como fontes do direito

A colocação dos princípios como fontes do direito é uma retomada do conceito de princípio no âmbito jurídico desencadeada pelo positivismo jurídico. Já foram abordados os principais aspectos do positivismo jurídico, mas vale à pena ressaltar que ele é aquele movimento filosófico que considera como direito apenas o direito posto por um ato de vontade, preferencialmente legislado e emanado de uma autoridade com poder soberano²³. O positivismo jurídico contesta a existência de um direito natural e, para combatê-lo, rechaça inicialmente todas as premissas básicas do jusnaturalismo. Entre elas está a existência de preceitos jurídicos elementares, universais e imutáveis no sistema de direito, os chamados princípios jurídicos. Portanto, inicialmente, a escola do direito positivo repudia a presença dos princípios no âmbito do direito.

Entretanto, essa posição é abandonada logo e se transforma. Se existirem preceitos básicos num sistema jurídico, para o positivismo, eles não são obras da interpretação racional da natureza ou fruto do convívio social, mas são obtidos através da generalização sucessiva das normas específicas do sistema para normas cada vez mais genéricas e abstratas. Deste modo, os princípios jurídicos assumem um caráter geral, passam a ser deduzidos das normas positivas. De uma regra contratual específica é que se chega ao adágio sobre a necessária observância de todos os contratos (*pacta sunt servanda*) e não o inverso.

Nessa perspectiva, não demorou em os princípios passarem a ser chamados de “princípios gerais do direito”. E, nesse modelo, passarem a integrar o conjunto das fontes do direito positivo. Passa a ser importante para a ciência do direito precisar o conceito de fonte, pois, são elas as responsáveis, dentro de uma perspectiva de direito positivo, pela categoria da juridicidade, que é o foco desta seção. Por fontes do direito entendem-se os métodos de criação e positivação das normas, ou seja, as fontes são os mecanismos de implementação de

²³ A positivação do direito é uma das principais conquistas do Estado burguês. O dogma da estatalidade do direito se impõe para assegurar à nova classe dominante o monopólio de produção do jurídico. Apenas legislador passa a poder delimitar com rigor a fronteira entre os fatos sociais, os fatos econômicos e os fatos jurídicos. Segundo o diagnóstico de Paolo Grossi, “[...] a história jurídica moderna se caracteriza por uma escolha inovadora: a estatalidade do direito. A inteligentíssima classe burguesa, tendo conquistado o poder, compreendeu como o direito era um sólido cimento para o completo exercício daquilo e decidiu controlá-lo. Ainda mais, sancionou o seu monopólio nas mãos do Estado, fazendo dele o único criador de direito [...] O genuíno direito moderno fundamenta-se em três pilares muito simples que o sustentam: Estado, lei e território. E o direito, que se tornou uma dimensão rígida e formal, se distancia e se separa do social e da sua insuprimível historicidade.” GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 74-75.

normas no sistema.²⁴ São elas que ditam aquilo que pode ser norma e aquilo que não pode ser, regulando a entrada de prescrições no conjunto do ordenamento.²⁵

A teoria do direito de inspiração positivista consagrou, a partir do século XIX, como espécies de fontes a lei, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, como fontes imediatas. Também a doutrina e a jurisprudência aparecem como fontes mediatas do direito. A teoria das fontes é obra da consolidação do Estado Liberal, uma vez que assegura à legislação a primazia sobre as demais fontes, por ser ela originada da atividade primordial do estado burguês, ou seja, a edição de leis. Numa concepção de liberalismo político, a atividade legislativa assume proeminência devido ao caráter de superioridade que se atribui ao Poder Legislativo. Isso porque a decisão do legislativo representa a afirmação da vontade da maioria enquanto regime democrático. A crença na dignidade da lei é uma das características principais dessa ideologia.²⁶

Historicamente, marca-se o início da Era Moderna com a queda de Constantinopla em 1453, mas ideologicamente os valores da Modernidade só se impõem definitivamente com o momento da Revolução. Ela representa o triunfo da camada burguesa diante de um regime que já vinha dando mostras de suas falhas. Todavia, mais do que superar os baluartes do Antigo Regime, os modernos pretendiam solidificar novos edifícios sociais com vocação duradoura, pois as antigas colunas da monarquia absolutista, ainda impregnada pelo

²⁴ Hart relaciona o conceito de fonte ao conceito de validade. “*Podemos decir que un criterio de validez jurídica (o fuente de derecho) es supremo, si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencias a los otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo.*” HART, Herbert L. A. **El concepto de derecho**. Traducción de Genaro A. Carrió. Buenos Aires: Abelaredo-Perrot, 1963.p. 132.

²⁵ “A idéia de sistema permite traçar esses contornos, posto que sistema implica a noção de limite, esta linha diferencial abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 147.

²⁶ A Revolução opera uma redução do fenômeno jurídico, manifesta incisivamente na questão das fontes. O Estado que se seguiu à Revolução institui uma hierarquia rígida entre as fontes do direito e conferiu predominância à lei. Para Paolo Grossi, “[...] a ordem jurídica acabou como se fosse enjaulada. Era direito somente o que o Estado quisesse que fosse direito: formas em que este se manifesta na experiência – formas que nós juristas estamos acostumados a chamar, na antiga tradição, de ‘fontes’ – passavam a estar imobilizadas em um tipo de pirâmide, ou seja, uma escala hierárquica em que uma função ativa era reservada unicamente à fonte de grau superior, a lei, estando as demais fontes subalternas (como, por exemplo, a velha matriz da ordem jurídica pré-revolucionária, o costume) relegadas em posição servil, sem nenhum papel incisivo: o direito, justamente por ser quisto do alto e baseado em um projeto desenhado no alto pelos detentores do poder, era inevitavelmente destinado a se formalizar, se separando dos fatos sociais e econômicos em contínua transformação.” GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 74.

feudalismo, não mais suportavam a dinamicidade econômica dos novos tempos.²⁷ Por essa razão, o Estado preservou seu papel central na sociedade burguesa, mas agora passa a ser um Estado submisso aos desejos da classe abastada, comandado pelo instituto mais digno na nova ordem política e econômica, a lei. Através da legislação a vontade política e o poder econômico das novas elites tomam forma.²⁸

Voltando-se às fontes, repare-se que tanto a analogia quanto os princípios gerais do direito estão relacionados às leis. Apenas os costumes escapam a essa visão legalista.²⁹ A analogia se utiliza de comparação entre institutos legais e hipóteses normativas correlatas para permitir o fechamento do sistema, dada o pressuposto da inexistência de lacunas no sistema jurídico. Assim, não havendo leis, não há que se falar em analogia, já que ela não teria como existir em virtude de ser apenas uma ferramenta de integração e não uma fonte propriamente dita. No que tange aos princípios gerais do direito, a compreensão positivista também os relega a uma posição secundária. Sendo atingidos por meio de uma generalização das normas positivadas, eles acabam por depender das mesmas.³⁰ Portanto, sua existência e utilidade ficam condicionadas às leis que estejam em vigor. O que se quer deixar claro com isso é que, para essa perspectiva, jamais existirão princípios no sistema que antes não sejam normas específicas. Ou seja, não se pode falar de preceitos gerais autônomos válidos para o ordenamento, mas apenas de preceitos gerais deduzidos das normas do ordenamento.

²⁷ Dinamicidade tamanha que na atualidade chega a ser tão absoluta que é a própria força motriz da economia. Bauman infere que “[...] é a velocidade da circulação, da reciclagem, do envelhecimento, do entulho e da substituição que traz lucro hoje – não mais a durabilidade e confiabilidade do produto.” BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 21.

²⁸ *Ibid.*, p. 10. (grifo do autor). Não se pode ficar neutro nessa questão, uma vez que as bases liberais erigidas pela Revolução tendem a se desmanchar também, a Modernidade sucumbe diante da Pós-Modernidade, jamais tendo como se esconder da dialética da história, um universo eterno de conflitos. Zygmunt Bauman aponta que “os tempos modernos encontraram os sólidos pré-modernos em avançado estado de desintegração; e um dos motivos mais fortes por trás da urgência de derretê-los era o desejo de, por uma vez, descobrir ou inventar sólidos de solidez *duradoura* [...] os primeiros sólidos a derreter e os primeiros sagrados a profanar eram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que atavam pés e mãos, impediam os movimentos e restringiam as iniciativas [...] O derretimento dos sólidos levou à progressiva libertação da economia de seus tradicionais embaraços políticos, éticos e culturais. Sedimentou uma nova ordem, definida principalmente em termos econômicos.”

²⁹ A escola histórica, analisada anteriormente, tentou conferir aos costumes novamente o papel de fontes do direito. Contudo, a ideologia moderna hostilizava o historicismo jurídico por considerá-lo herdeiro do Antigo Regime, enxergando os juristas (oriundos em sua maioria das classes nobres) como reacionários. Assim, a burguesia lutou com todas as forças para consagrar a lei como produtora do direito. O positivismo dos primeiros anos torna o direito criação política e não jurídico-sistemática.

³⁰ “A discussão sobre a natureza dos princípios jurídicos tem conduzido tradicionalmente à questão de se saber se os princípios estão dentro ou fora do sistema, se são critérios de auto-integração ou hetero-integração do sistema jurídico. Para a concepção positivista dos ‘princípios jurídicos gerais’ os princípios eram normas formuladas com elevado grau de generalidade [...] e os princípios desenvolviam unicamente uma função representativa ou teórica, podendo eventualmente ser pontos de apoio de raciocínios de analogia juris. O sistema era concebido como sistema de normas, e os princípios obtinham-se individualmente do material legislado.” LAMEGO, José. Discussão sobre os princípios jurídicos. **Revista Jurídica da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa**, Lisboa, Nova série, n. 4, p. 103-123, out./dez. 1985. p.114.

Essa formatação positivista propicia um fechamento maior do sistema, porém, pode tornar o sistema jurídico num fim em si mesmo. A primazia da legalidade é característica dos primeiros tempos do positivismo. Entretanto, conforme visto no primeiro capítulo, o pensamento positivista vai se desenrolando e assumindo outras proposições. Com a jurisprudência dos conceitos, o sistema se torna mais científico e menos legalista. Ela abre espaço para concepções mais abstratas acerca dos princípios e possibilita o aparecimento de postulados científicos do direito. Posteriormente, a jurisprudência dos interesses trabalhará os aspectos mais práticos da resolução de conflitos e dos métodos jurídicos de solução de controvérsias, mesmo sem alterar substancialmente o papel dos princípios no ordenamento.

Os sociologismos jurídicos, como o realismo escandinavo e o norte-americano, é que inovarão nesse ponto. Eles apresentam uma visão mais aberta do sistema jurídico. Nessa conformação, os princípios jurídicos passam a ser as premissas básicas do sistema, os institutos elementares que dão coesão à estrutura, através de uma metodologia mais indutiva que a generalização por meio de dedução do positivismo formalista. O realismo jurídico pretende adequar o sistema à realidade, às situações fáticas e não o contrário, considerando que apenas é direito aquilo que os juízes confirmam como direito no momento da decisão. Contudo, algumas formulações do realismo são originárias do sistema de *common law*. Isso torna a compreensão dos princípios diferente. Eles tendem a expressar os mecanismos mais basilares do funcionamento do sistema. Exemplo disso é o princípio do precedente na tradição anglo-saxônica.

Todavia, a mudança no paradigma principiológico do direito se deu com o constitucionalismo emergente do pós Segunda Guerra Mundial. É possível afirmar que esse fenômeno foi impulsionado pelas Cartas de Direitos que foram produzidas fruto de diversos acordos internacionais, entre elas um especial destaque para a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Esse foi um processo que alguns consideram como positivação dos direitos naturais ³¹, em alusão ao jusnaturalismo renascido que caracterizou o final da Segunda Guerra Mundial, principalmente em momentos como o Tribunal de Nuremberg.

³¹ Esse processo tem início com as declarações de direitos dos súditos ingleses, passando pela Independência Norte-americana e culminando na Revolução Francesa. Esse processo tem importância cabal para a consolidação das democracias modernas. Entretanto, Comparato pondera que elas muito se distanciaram da matriz grega, na qual o poder do povo (*demos*), constituído por camponeses e artesãos, é exercido diretamente. A democracia moderna foi o meio encontrado pela burguesia para acabar com os privilégios do Antigo Regime. Assim, “[...] o espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 51-52.

Fato é que as formulações de direitos e garantias, ditos fundamentais, disseminou-se pela maioria das democracias liberais. 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, possibilitando uma abertura maior do ponto de vista material.³²

Como exemplo disso, pode-se apontar a Constituição Federal Brasileira de 1988, mas também devem ser mencionadas, como representantes dessa tendência, a Constituição italiana de 1948, a alemã de 1949 e a portuguesa de 1976. As cartas políticas que surgem no pós-guerra são em sua maioria declarações de valores, trazendo em seus textos inúmeras disposições de caráter prospectivo (programáticas), como fins a serem atingidos pelas sociedades de que emanam. A carta magna do Brasil consagra em seu preâmbulo os valores mais elevados da sociedade brasileira, tais como a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça entre outros, encontrando expressão normativa através de princípios e regras distribuídos ao longo do texto constitucional.³³ 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.

3.2 A normatividade dos princípios

A importância de se analisar a normatividade dos princípios remonta à questão da definição comumente aceita do direito como um “conjunto de normas”. Esse é o ponto de

³² Esse processo de constitucionalização de direitos é que dá forma a uma nova etapa do constitucionalismo e renova o Estado. A democratização do Estado de Direito consolida os direitos fundamentais como núcleo duro da teoria da constituição. Conforme explica Carlos Roberto Siqueira Castro, “[...] os ordenamentos tipificadores do discurso constitucional do fim do século passado, notadamente os editados a partir da década de 70, caracterizam-se por uma extrema abertura do ponto de vista material [...] A bem dizer, no que toca aos direitos fundamentais do homem, impende reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades. O postulado da dignidade humana universalizou-se como pólo de atração para cada vez mais novos e novíssimos direitos refletores do modismo constitucional-democrático.” CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 15-16.

³³ *Ibid.*, p. 51-52. Acredita-se que essa mudança no pensamento jurídico seja uma das características de um novo modelo de concepção do jurídico, o pós-positivismo. Ele é aproximado do fenômeno denominado pós-modernidade, que também enxerga a superação dos moldes criados no século XVIII e desenvolvidos no século XIX, entre eles o Estado Liberal e o ordenamento jurídico positivo e sistemático. Como exemplificador dessa tendência, cite-se Siqueira Castro, para quem “[...] a viragem do pensamento jurídico para a abertura e a mobilidade sistêmica que notabiliza o pós-modernismo (pós-positivismo) ganhou força a partir dos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século passado, do que constitui exemplo a Carta Política promulgada no Brasil em 1988.”

partida da teoria jurídica que se convencionou chamar de normativismo, ou o direito como norma. As premissas básicas do normativismo, que se pode atribuir a Kelsen, são: o direito é um conjunto de normas; a ciência que estuda esse direito é uma ciência das normas; as normas são distintas dos fatos por habitarem outro plano, o deontológico; a linguagem da ciência jurídica não é informativa, mas sim normativa, ela prescreve por natureza.³⁴

Conforme salientado no item anterior, as novas teorias da constituição colocam os princípios entre o gênero das normas jurídicas. É assim que eles ganham normatividade.³⁵ Mas convém, antes de se passar a essa discussão, um esclarecimento do que seja a normatividade. Normatividade é a qualidade daquilo que é normativo. Normativo é o relativo à norma. Norma (do latim *norma*, esquadro, instrumento de medida) é um mandamento, uma prescrição, uma ordem. A norma jurídica é, inicialmente, uma prescrição de conduta comissiva ou omissiva existente dentro de um ordenamento positivo.³⁶

Para a compreensão do conceito de normatividade³⁷, antes é necessário que se esclareça o que se entende por norma neste estudo. Parece inquestionável, pois, serem as normas jurídicas o objeto central do estudo do Direito. Depois da edição da principal obra de Hans Kelsen, a *Teoria pura do Direito*, é razoável afirmar que o Direito pôde se estabelecer definitivamente enquanto ciência. A principal contribuição de Kelsen foi demonstrar a possibilidade de o fenômeno jurídico ser analisado de forma independente, através de uma

³⁴ Isso de acordo com a explicação de Riccardo Guastini, com a qual esse estudo concorda. “Por ‘normativismo’ entendo o modo de ver elaborado por Hans Kelsen, e depois difundido em teoria do direito e em metaciência jurídica, segundo o qual: a) o direito é um conjunto de normas, se sorte que b) a ciência jurídica é uma ciência de normas; mas por outro lado c) as normas são distintas dos fatos; são entidades do *Sollen* (dever-ser), não do *Sein* (ser), e, portanto d) a ciência jurídica não pode ser expressa em linguagem factual: deve ser expressa em linguagem normativa, ou seja, deontica (em termos de ‘dever’, ‘obrigatório’ etc.)” GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 87.

³⁵ Cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

³⁶ Norberto Bobbio explica assim: “Do ponto de vista formal, que aqui elegemos, uma norma é uma proposição [...] A tese que sustentamos é que as normas jurídicas pertencem à categoria geral de *proposições prescritivas* [...] Quando dizemos que uma norma jurídica é uma proposição, queremos dizer que é um conjunto de palavras que têm significado [...] A função prescritiva, própria da linguagem normativa, consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modificá-lo, em suma, no *fazer fazer*.” BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 72-78. (grifo do autor).

³⁷ “[A normatividade está na] separação nítida entre o mundo do ser e do dever-ser, concentrando o Direito no plano normativo, típico do dever-ser. Eis aí, em Kelsen, um dos pilares da normatividade do Direito. Para uma teoria pura do Direito, não há como defender a existência de um modelo de juridicidade que surja autonomamente fora do Estado [...] A forma de purificação narrada acima não resolve o problema da Teoria Pura [...] para isso, a segunda purificação tenta solidificar as noções de coação estatal e coercitividade como características inerentes apenas ao campo jurídico [...] Com base em tais premissas metodológicas, estrutura uma ordem jurídica kelseniana que se vê unificada a partir da chamada teoria da norma jurídica, inaugurando o positivismo normativista.” MAIA, Alexandre da. Normatividade. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; Ed. UNISINOS, 2006, p. 604.

delimitação metodológica e epistemológica do objeto de estudo do Direito. Assim, o direito pode ser encarado por olhos não sociológicos, históricos ou políticos apenas.

Convém, desse modo, trazer à baila algumas considerações acerca das normas e das proposições normativas feitas por Kelsen. Ele esclarece que uma norma só pode ser considerada como tal quando prevê uma sanção a quem a descumpre, uma vez que o objeto de qualquer norma é a conduta humana.³⁸ Portanto, a norma ou autoriza ou obriga ou proíbe. Estando em vigência, a norma é válida ou não é, ao contrário do juízo de valor, que pode ser verdadeiro ou falso. A norma válida deve ser aplicada e a eficácia de uma norma não lhe aumenta ou diminui a validade.³⁹ A norma jurídica só é válida por haver outra norma que lhe imputa validade. Há um encadeamento lógico-sequencial de validade até se atingir a primeira norma, que não é positiva, porém é um pressuposto deôntico (do mundo do dever-ser), vazio de conteúdo, necessário apenas para sustentar o restante das normas do ordenamento. De acordo com o analisado anteriormente, esse pressuposto lógico Kelsen chama de norma hipotética fundamental.

Ele distingue ainda as normas jurídicas das proposições jurídicas. As primeiras prescrevem autorizando, obrigando ou proibindo, as segundas se limitam a descrever o que as primeiras autorizam, obrigam ou proíbem. Embora ambas se materializem através de enunciados lingüísticos, as normas emanam de órgãos com autoridade jurídica e as segundas emanam dos cientistas do Direito⁴⁰, ou seja, as primeiras são produto da atividade de produção normativa do Estado, ao passo que as segundas são obra dos estudiosos. Há nas normas um propósito de comando e um viés de autoridade, enquanto que nas proposições não há império, apenas aconselhamento e explanação. Assim sendo, não podem as proposições jurídicas modificar, suplantar ou relativizar o conteúdo normativo das normas jurídicas válidas.

Assim, para Kelsen, as normas não são fatos empíricos, porém entidades de outro plano, o mundo do “dever-ser”, possuindo existência independente. Portanto, sua existência está relacionada à sua validade, como visto. E essa validade se estriba em sua força vinculante, sua obrigatoriedade no cumprimento. Ou seja, uma norma não vinculante é o

³⁸ Bobbio pondera que mesmo as teorias contrárias à identificação da norma jurídica como um comando não chegam a oferecer uma definição consistente, muitas vezes apenas criando outros termos com o mesmo significado. “As teorias mistas e as teorias negativas, embora critiquem a identificação da norma jurídica com o comando, nunca superaram o recife da pertinência da linguagem de um sistema jurídico à linguagem prescritiva.” BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008. p. 144.

³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 4-21.

⁴⁰ *Ibid.*, 80-81.

mesmo que uma norma não existente, já que o caráter obrigatório é constitutivo ou definitivo da própria noção de norma. Alf Ross critica essa posição pelo que considera um falso positivismo ou um jusnaturalismo disfarçado. Para ele, o direito é um fato e sua descrição não implica num juízo sobre a obrigatoriedade de suas prescrições.⁴¹ A norma precisa ser considerada um fato social, ou melhor, uma diretriz que corresponda particularmente a certos fatos sociais.⁴²

Todavia, é difícil aceitar-se essa crítica, uma vez que Kelsen faz a distinção entre as normas feitas pela autoridade positiva e as proposições jurídicas feitas pela descrição científica. Descrever uma norma não significa atribuir-lhe força vinculante. O que ocorre é que a ciência visa descrever as normas que possuem vinculação em virtude da força da positividade. Em outras palavras, o que se entende da afirmação de Kelsen é que interessam à ciência jurídica apenas as normas vinculantes (válidas ou obrigatórias). De resto, vale mencionar que a teoria de Kelsen passou por reformulações acerca das proposições normativas. Nos primeiros anos da teoria pura, ele distinguia as proposições em sentido amplo (Se a, então O deve tomar a medida x) e em sentido estrito (Se b, então O deve infligir s a I) nas quais a e b são condutas humanas, O é o destinatário imediato da norma, s é a sanção e I é o sujeito da norma jurídica. Posteriormente, Kelsen passou a distinguir também a proposição normativa primária da secundária. A primária seria a proposição em sentido estrito, sendo a secundária a decorrência lógica de que I não deve fazer b para não sofrer s.⁴³

Deste modo, há duas teses da normatividade no autor austríaco, uma que considera a validade das normas como a obrigatoriedade de seu cumprimento, chamada de normatividade forte e outra que consiste na validade das normas como pertencimento ao ordenamento,

⁴¹ Alf Ross é representante do realismo jurídico escandinavo, corrente atrelada ao sociologismo jurídico, razão pela qual o conceito de fato social é tão importante em sua construção teórica. Riccardo Guastini esclarece que “[...] para Ross, o direito é um fato no sentido de que descrever o direito é algo totalmente diferente de atribuir-lhe força vinculante. E, simetricamente, dizer que uma norma é vinculante ou obrigatória não é absolutamente descrevê-la, mas antes aprová-la. A pretensa força vinculante de uma norma é algo distinto de sua existência: o direito existente pode ser descrito de modo puramente empírico, por completo independentemente da sua aceitação, como também de sua refutação.” GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 120.

⁴² “I put forward the following definition: a norm is a directive which stands in a relation of correspondence to social facts [...] The norm is said to be a directive, in the sense of a meaning content; to this extent the definition is adequate with regard to the use according to which a norm can be followed or complied with, felt to be binding, and logically related to other norms so that they together constitute a system of norms. But according to the definition a directive is a norm only if it corresponds to certain social facts, in a way to be specified. To say that a norm ‘exists’ means, then, that these facts exist; and to this extent the adequacy of the definition is secured with regard to that use of ‘norm’ which requires that norms can exist, and that statements to this effect form part of the description of societies.” ROSS, Alf. **Directives and norms**. Nova York: Humanities Press, 1968. p. 82-83. (grifo do autor).

⁴³ DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: RT, 2010. p. 330-338.

chamada de normatividade fraca. Na primeira, recorre-se à norma hipotética fundamental. Se o fundamento da normatividade é a obrigatoriedade aos destinatários das normas, a norma fundamental acaba sendo o postulado que diz: “todas as normas devem ser observadas”.⁴⁴ Ao passo que a segunda identifica como norma válida aquela que está contida no ordenamento, lastreada no papel principal da ciência do direito de apontar quais são as normas pertencentes ou não ao conjunto.⁴⁵

Pode-se assim, tendo examinado a concepção de Kelsen, concluir que as normas são discursos constitutivos de uma ação: a imposição de certos comportamentos como jurídicos, sob pena de sanção. Não é a sanção prevista na norma um fato empírico, mas tão somente lingüístico, na medida em que produz o efeito de ameaçar, sendo este seu papel⁴⁶, caberá ao órgão destinatário da norma impor a sanção, sendo que sua realização concreta não diz respeito aos domínios do Direito, mas da Política.

Portanto, a normatividade é o revestimento que permite a uma proposição ser considerada uma norma. É a sua natureza de norma. A normatividade é, dessa forma, a característica presente numa prescrição qualquer que a identifica como uma norma, ou seja, como um regulamento de comando (proibitivo ou obrigatório) ou de atribuição (autorizador ou permissivo). O fundamento em si da normatividade não é o mais importante. O que de fato interessa ao direito são as conseqüências das prescrições normativas, quando são cumpridas ou descumpridas. Implica saber quais os efeitos que uma norma válida produz no ordenamento jurídico.

A imputação de caráter normativo aos princípios jurídicos traz conseqüências teóricas, metodológicas e instrumentais ao Direito.⁴⁷ Quando se diz que os princípios são espécie do

⁴⁴ “Hans Kelsen enfatiza em mais de uma oportunidade que a ciência do direito dispõe de um ‘caráter puramente normativo’ [...] Trata-se de posicionamento que leva Kelsen a aceitar que a obrigatoriedade da norma jurídica àqueles submetidos a ela já estaria, em realidade, subentendida [...] Kelsen simplesmente associa a validade da norma jurídica à sua obrigatoriedade para os sujeitos submetidos ao direito sem, contudo, fornecer qualquer maior fundamentação para isso [...] Nessa época, para Kelsen o ordenamento jurídico só surge com o conhecimento jurídico-científico. Como esse processo cognitivo implica necessariamente a *norma fundamental* como pressuposto lógico-transcendental, Kelsen verá nela o fundamento da normatividade forte do direito. Mais exatamente: o conhecimento do direito encerra o alicerce da sua normatividade e a norma fundamental contém nesse particular uma *função normativa*.” DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: RT, 2010. p. 343.(grifo do autor).

⁴⁵ Ibid., p. 348. “A interpretação da validade como pertinência oferece a Kelsen um elemento constitutivo flexível e modelador, com a ajuda do qual – excetuando-se a temática da obrigatoriedade – ele pode aplinar uma estrutura nova e mais consciente da sua teoria geral do direito.”

⁴⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.p. 22.

⁴⁷ Karl Larenz aponta que antes, quando não se pensava em princípios supremos numa ordem jurídica, somente perante uma injustiça declarada ou evidente é que se podia negar a efetividade e a validade de uma norma, o que se mostrava algo muito difícil de fazer. Contudo, quando no ordenamento jurídico houver princípios alçados ao status constitucional, basta que se aponte que a norma em questão é inconciliável com tais princípios, tornando o direito mais justo. Cf. LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1991.

gênero norma, é o mesmo que dizer que há normas principiológicas e normas não principiológicas. Isso torna necessário estabelecer uma diferença entre elas, contemplando, inclusive, apreciações de ordem conceitual e pragmática. São essas considerações que levaram alguns teóricos a uma tentativa de avançar as teses positivistas, num movimento que tem sido chamado de pós-positivismo jurídico.⁴⁸

3.2.1 realidade normativa dos princípios jurídicos

O direito de hoje é um direito que se recusa a submeter-se ao domínio exclusivo do Estado. É um direito que supera a estrita legalidade e se abre novamente para a sociedade, sendo experiência viva e contínua. Ele assume toda a sua complexidade, posicionando-se frente às grandes questões da modernidade, entre elas a afirmação histórica dos direitos humanos e a teoria dos direitos fundamentais. Ressurgem no centro dos problemas jurídicos os dilemas éticos, as investigações sociológicas, os conflitos políticos. É uma nova etapa da sociedade ocidental, deixa-se de lado o liberalismo clássico e entram em cena os problemas complexos da sociedade de massas, da cultura do consumo na era da informação. É o momento de se voltar a discutir sobre a validade e a efetividade das normas jurídicas na contemporaneidade.⁴⁹

⁴⁸ Paulo Bonavides muito bem resume esse processo. “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.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 265, 276, 294.

⁴⁹ Na constatação de Paolo Grossi: “O direito, que antes se situava na superfície plana e seca das normas legais, recupera toda a sua complexidade. Volta a ser um universo, por assim dizer, de muitos estratos. Desta forma, retorna como articulação legítima do horizonte dos juristas a dialética entre validez e efetividade, que já havia constituído a carga dinâmica do velho direito comum. Não temos de novo tão só a medida rígida da validez, isto é, da correspondência com um modelo autoritário geral, mas também a plástica máxima da efetividade, ou seja, da apropriação social de uma regra ou de um princípio.” GROSSI, Paolo. O ponto e a linha: história do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo. **Seqüência: Estudos Políticos e Jurídicos**, Florianópolis, n. 51, p. 31-45, dez. 2005.

O enfrentamento dessas temáticas pelos teóricos do direito tem conduzido a formulações voltadas à superação do paradigma positivista que se impôs no século XIX no Direito. Entre esses movimentos teóricos despontam a teoria crítica e o uso alternativo do direito, além do chamado neoconstitucionalismo. Na época da pós-modernidade⁵⁰, surgem as propostas “pós”, todas visando ser paradigmáticas.⁵¹ Interessa a este trabalho especialmente o pós-positivismo. Sobretudo na América Latina, após as teorias de Dworkin e Alexy, existem movimentos defendendo a superação do paradigma positivista, algo que tem até se tornado senso comum dos juristas desses países.

A realidade normativa dos princípios revela-se na concepção de Ronald Dworkin⁵² de forma bastante central. Dworkin escreve tecendo uma crítica ao positivismo – principalmente aquele de Herbert Hart – e sua forma de compreender e organizar o sistema jurídico, o qual ele chama de sistema puro de regras.⁵³ A crítica se faz por ser uma concepção que ignora

⁵⁰ Convém detalhar que o termo “pós-modernidade” é importação pelas ciências sociais dos meios literários. O Modernismo foi um movimento de vanguarda artística, pois procurou opor-se aos padrões estéticos definidos pelo Romantismo e pelo Realismo-Naturalismo principalmente, inaugurando uma época de repúdio à forma em detrimento do conteúdo, procurando acolher as manifestações artísticas marginalizadas pelas correntes da época. Dessa mesma forma, o Pós-Modernismo tem sido aclamado como corrente responsável por combater resquícios de conservadorismos remanescentes no Modernismo, caracterizado por ser um movimento que tenta ser sem padrões, no qual todas as propostas são aceitas. Acompanhe-se a nota de Perry Anderson: “‘Pós-modernismo’, como termo e idéia, supõe o uso corrente do ‘modernismo’. Ao contrário da expectativa convencional, ambos nasceram numa periferia distante e não no centro do sistema cultural da época: não vem da Europa ou dos Estados Unidos, mas da América Hispânica. Devemos a criação do termo ‘modernismo’ para designar um movimento estético a um poeta nicaraguense que escrevia num periódico guatemalteco sobre um embate literário no Peru. O início por Rúben Darío, em 1890, de uma tímida corrente que levou o nome de *modernismo* inspirou-se em várias escolas francesas – romântica, parnasiana, simbolista – para fazer uma ‘declaração de independência cultural’ face à Espanha [...] também a idéia de um ‘pós-modernismo’ surgiu pela primeira vez no mundo hispânico, na década de 30, uma geração antes de seu aparecimento na Inglaterra ou nos Estados Unidos. Foi um amigo de Unamuno e Ortega, Federico de Onís, quem imprimiu o termo *postmodernismo*. Usou-o para descrever um refluxo conservador dentro do próprio modernismo: a busca de refúgio contra o seu formidável desafio lírico num perfeccionismo do detalhe e do humor irônico.” ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 9-10. (grifo do autor).

⁵¹ Thomas Kuhn trabalha o conceito de “paradigma” como sendo o padrão, o modelo aceito de racionalidade do que ele chama de “ciência normal”. Durante a vigência de um paradigma, os cientistas procuram adequar as teorias aos fatos, submetendo suas hipóteses ao padrão. Quando esse padrão deixa de ser satisfatório, aparece a necessidade de substituição do paradigma, algo que ele chama de “ciência revolucionária”, que vive no período de crise, até que um novo paradigma se imponha e volte-se à ciência normal. Desta forma, ele sustenta a tese de que o conhecimento científico surge e se processa através da ruptura e não do acúmulo de saber. Cf. KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

⁵² “Dworkin argues that even in hard cases where there are no clear answers, judges are still bound by a web of principles, political theories, and cultural norms. They are not, therefore, free to act as unbound legislatures when existing law dictates no obvious solution.” LETWIN, Shirley Robin. **On the history of the idea of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p.276.

⁵³ Hart entende o Direito como um sistema de normas que ele chama de regras. No entanto, essas regras não são todas iguais, existindo uma divisão principal entre elas, as primárias e as secundárias. Em suas palavras: “*Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de*

aspectos do sistema impossíveis de serem compreendidos através simplesmente das regras, defendendo a existência de outros padrões no direito que não são meras regras e sim diferenciados, mais maleáveis e genéricos.⁵⁴

Em termos de princípios, ele considera importante distinguir políticas de princípios. As políticas consistiriam em ações direcionadas a um fim em específico, sendo precipuamente teleológicas. Elas visam um objetivo a ser alcançado para a consecução de alguma melhoria para a comunidade em termos econômicos ou sociais. Já os princípios seriam padrões a serem patrocinados não para o atendimento de uma finalidade material, mas em virtude de algum ideal de justiça ou moralidade, promovendo-se um valor que a sociedade entenda como desejável.⁵⁵

Segundo ele, as normas são de duas espécies: princípios e regras. As regras (*rules*) seguem o jogo do tudo ou nada (*all or nothing*), sendo os conflitos existentes entre elas meras antinomias aparentes, uma vez que uma delas será eliminada do sistema mediante aplicação de critérios lógico-formais e métodos hermenêuticos. Os princípios (*principles*) são mais vagos e possuem alto grau de indeterminação, funcionam de forma a fornecer apenas pontos de partida (*starting points*) para o raciocínio que conduz à decisão, sendo os conflitos existentes entre eles os chamados casos difíceis (*hard cases*). Os princípios não se relacionam numa relação hierárquica, pois provêm da mesma fonte (Constituição).⁵⁶

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 das regras abarca ou não o contexto dos fatos. No caso dos princípios não, Dworkin admite que os princípios possam ser apreciados segundo seu grau de importância, inclusive pelo julgador. Outra consideração apontada por ele é no tocante à possibilidade de algumas regras se

deberes u obligaciones.” HART, Herbert L. A. **El concepto de derecho**. Traducción de Genaro A. Carrió. Buenos Aires: Abelaredo-Perrot, 1963. p. 101.

⁵⁴ “Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 36. “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.”

⁵⁶ *Ibid.*, p. 37.

assemelharem a princípios quando trazem em seus enunciados e dispositivos conceitos indeterminados.

Contudo, é preciso problematizar as propostas trazidas por Dworkin. Quando se coloca que os princípios podem colidir e que esse embate conduz a questões de difícil resolução (*hard cases*) é preciso que se proponha uma maneira de solucionar esses problemas, sob pena da principiologia examinada ser inútil. Ele não nega que a decisão caiba, em última análise, ao julgador, mas como evitar que exista uma pluralidade de decisões para um mesmo caso? Dworkin propõe que é possível se chegar a uma única resposta certa, concepção que pode ser criticada dada sua impraticabilidade, não havendo uma resposta, mas sim respostas⁵⁷. Todavia, a crítica desaba um pouco na explicação do próprio Dworkin, de que num caso difícil há apenas uma resposta que seja justificável juridicamente, isso porque ele se opõe que numa situação dessas ao juiz seja conferida uma prerrogativa discricionária. Assim, ele admite que juízes diferentes possam optar por soluções diferentes, mas insurge-se contra a discricionariedade, já que freqüentemente existe apenas uma resposta viável.⁵⁸

Em outros termos, o condicionamento da decisão aos princípios, mesmo nos *hard cases*, impede que o juiz inove no direito, razão pela qual Dworkin discorda do protagonismo político judicial. O que ele pretende evitar é que o juiz legisle, mesmo no caso concreto, só podendo decidir com as ferramentas que possui, ou se estriba num princípio ou noutro, mas

⁵⁷ Isso é algo com o que Peczenik discorda veementemente e aponta oito razões pelas quais não é possível uma uniformidade das decisões concretas nos casos difíceis. “*First, ordinary language is vague, ambiguous, and evaluatively open. The concepts that two different judges use might differ. Second, legal justification presupposes nondeductive justificatory stages. It presupposes the sequence of arguments from establishing the law-character of a norm system, through recognizing the sources of the law that are valid in this system, to concluding what the content of the law should be. [...] Third, more than one right political ideology exists. Legal reasoning is ‘dense’ not only with precedents, but also with competing ideologies. [...] Fourth, moral discourse is based upon a balancing of considerations that constitute a “reflective equilibrium.” The balance, however, cannot be expressed convincingly in a precise priority order of values that is valid for all situations. Priority orders have limited and changing spheres of application. [...] Fifth, nothing in the moral sphere appears as certain as some theoretical certainties. [...] Sixth, the class of factors relevant to the determination of the right answer to moral and legal questions is undefinable. [...] Seventh, the reasons for and against a given answer might be incommensurable. Even within a single ideology, ‘a single scale of measurable values’ is unavailable. [...] Eighth, legal history shows that the best answers, and indeed the best interpretative methods, change with time.*” PECZENIK, Aleksander. *Taking laws seriously*. **Cornell Law Review**, New York, v. 68, p. 660-684, 1982. (grifo do autor).

⁵⁸ “Meus argumentos pressupõem que freqüentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política. A objeção replica que às vezes não há uma única resposta certa, mas somente respostas. [...] oponho-me à teoria popular de que os juízes têm poder discricionário para decidir os casos difíceis. Admito que os princípios do direito são às vezes tão equilibrados que os que favorecem o demandante parecerão, tomados em conjunto, mais fortes a alguns advogados, mas a outros mais fracos. Sustento que mesmo assim faz sentido que cada uma das partes reivindique a prerrogativa de sair vencedora e, em decorrência disso, de negar ao juiz o poder discricionário de decidir em favor da outra [...] Contudo, insisto que, mesmo nos casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização.” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 429-430.

nunca num terceiro não pensado. Percebe-se que sua teoria dos princípios é imanentemente erigida no paradigma do precedente, na órbita do sistema de *common law*. O receio da inovação é o cerne da necessidade do precedente, já que ela garante que o magistrado busque nos repertórios de casos alguma solução parecida para aquele com o qual se depara. Mesmo não havendo um caso, Dworkin sustenta que o juiz deve ater-se aos princípios em disputa, razão pela qual o leque de possibilidades decisórias se restringe.

3.2.2 *normas e conteúdo normativo*

Um dos pontos centrais desta análise reputa à questão da bipartição das normas (gênero) em regras e princípios (espécies). Como visto no item anterior, a teoria recente tem considerado que as normas ou são princípios ou são regras. Assim, haveria normas-princípio e normas-regra. Essa concepção se arroga o mérito de haver superado o dilema entre direito natural e direito positivo, consagrando a primazia dos princípios colocados nas cartas políticas das nações como efetivas normas de natureza pública. Defende-se também que a existência de princípios no ordenamento oxigena o direito, tornando-o mais flexível e até mais justo, pois ameniza a “dureza” das regras.⁵⁹

Todavia, esse pensamento cria alguns problemas para a mecânica do sistema. Torna-se necessário estabelecer os critérios de resolução para os possíveis conflitos entre normas-regra e normas-regra, normas-princípio e normas-princípio e normas-regra e normas-princípio. A doutrina tem tendido a resolver esses entraves da seguinte maneira, respectivamente: entre as normas-regra com as normas-regra deve-se utilizar dos mecanismos clássicos da prevalência da regra de maior grau hierárquico (*lex superior*), da prevalência da regra mais nova (*lex posterior*) e da prevalência da regra específica em detrimento da genérica (*lex specialis*). Isso tudo além das possibilidades dos métodos hermenêuticos.

⁵⁹ Essa é a posição defendida por Gustavo Zagrebelsky, para quem o direito, através dos princípios, torna-se mais maleável, razão pela qual ele emprega o adjetivo “suave” (em italiano, *mite*). Na tradução espanhola, assume o título de *El derecho dúctil*, numa referência à maleabilidade dos metais. “*La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla – como razona el positivismo jurídico –, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de tomas de posición jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los interpretes del derecho). El ‘ser’ iluminado por el principio aún no contiene en sí el ‘deber ser’, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio.*” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos y justicia. Traducción de Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995. p. 118.

Em relação às normas-princípio com normas-princípio, o problema é mais difícil de ser superado, mas tem-se quase que um senso comum de decisão apenas *in concreto*, ou seja, são as características específicas de cada caso somadas aos valores e interesses envolvidos que dirão qual princípio deverá prevalecer. Em última análise, tem-se também considerado que entre as normas-princípio e as normas-regra impera uma questão hierárquica de fundo, razão pela qual os princípios teriam preponderância, dada a origem constitucional dos mesmos, solucionando-se a questão por meio de formas de controle de constitucionalidade.

O que se pretende aqui é indicar uma forma alternativa de se pensar essa temática. Ao invés de se considerar as normas como sendo ou regras ou princípios, numa perspectiva excludente, por que não tratá-las como sendo ao mesmo tempo fruto de regras e princípios? Essa questão remete ao problema da diferença existente entre texto e norma, entre norma e conteúdo normativo. Valeria dizer: as regras e os princípios devem existir numa relação de simbiose, não se excluindo, mas se completando.

Deve-se, para isso, contudo, salientar que uma norma tem dois momentos. Um momento estático, da norma considerada em abstrato, como um enunciado prescritivo. Nesse momento, a norma ainda não foi aplicada, ela é expectativa normativa. E outro momento, dito dinâmico, da norma considerada em concreto, como uma decisão, uma realização fática da prescrição. Nesse momento, a norma já foi aplicada, ela é repercussão normativa. Aqui não interessa tanto a questão da confirmação ou da desconfirmação. O substrato normativo, ou seja, o anteparo jurídico da prescrição pode ser uma regra ou um princípio, porém a norma quando aplicada é sempre uma conjunção de regras e princípios.

Assim sendo, se para a concretização da norma for necessária a conjugação de regras e princípios, a questão da colisão diminui de importância. Quando uma decisão, para ser válida, tiver como pré-requisito a sustentação em regras e princípios, a unidade e coesão do ordenamento serão privilegiadas e o risco de decisões contrárias diminuirá. Outra vantagem seria o impedimento de decisões baseadas exclusivamente em regras ou exclusivamente em princípios. Essa é uma posição que se adéqua melhor à doutrina da constitucionalização dos ramos do direito. Também privilegia o sistema como um todo, procurando equiparar regras e princípios no momento da realização do direito.

Em outras palavras, se a teoria separa regras e princípios no momento da hipótese normativa, da apreciação em abstrato, deve depois reunir as regras e os princípios no momento da decisão, da apreciação da norma em concreto. Se o direito se comporta como um sistema de princípios e regras, a aplicação do direito precisa ser feita através da soma entre eles, em cada caso devem ser apreciados os princípios e as regras que poderão compor a

norma a ser aplicada, a ser efetivada. A expectativa normativa só se torna norma de fato quando é realizada, quando desencadeia suas conseqüências, ou melhor, quando consegue autorizar, obrigar, proibir ou atribuir competência para algo.

3.3 Princípios no âmbito do Direito

Quando se procura um conceito dos princípios no direito é preciso considerar, como aponta Riccardo Guastini, que “[...] na linguagem comum dos juristas [...] costuma-se caracterizar os princípios em contraposição às normas”, muito embora, mesmo com os esforços das seções anteriores, “[...] não parece possível traçar uma linha precisa de demarcação entre estes e aquelas.”⁶⁰ Contudo, para se definir o que sejam os princípios, comumente se recorre à noção de fundamento de um conjunto de normas. Dessa forma, o princípio é valorado por quem o propaga a um patamar superior, de maior importância (princípios constitucionais, por exemplo) ou condensa as linhas gerais de um ramo do direito (princípios do direito civil, por exemplo).⁶¹ Seja como for, “[...] a questão de se uma norma tem ou não tem o valor de ‘princípio’ não é uma questão de fato, e a resposta é sempre opinável.”⁶²

Do que já foi examinado acerca da temática dos princípios jurídicos, podem-se consignar algumas posições pelas quais este estudo opta no que tange à sua existência e ao seu papel no Direito. Essas hipóteses serão mais bem desvendadas nos seguintes tópicos, mas já se pode oferecer um adiantamento teórico. Entende-se que os princípios são entidades próprias do sistema jurídico, e de cada sistema, não de uma idéia universal de direito⁶³. Entre eles não preside uma ordem hierárquica, pois todos estariam no mesmo patamar (o constitucional), embora possam ser admitidos sub-princípios como preceitos derivados. Eles se assemelham a uma trama ou teia que perpassa todo o ordenamento, cruzando-se ou mesmo enredando-se, consistindo o tema da colisão entre os princípios um dos mais espinhosos da teoria jurídica contemporânea. Os princípios não precisam ser aplicados para serem válidos e a efetivação de uma norma compreende a implementação de todo o ordenamento.

⁶⁰ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 185.

⁶¹ Ibid., p. 187. “[...] são princípios as normas que, aos olhos de quem fala se revestem de uma especial ‘importância’, ou aparecem como normas ‘caracterizantes’ do ordenamento ou de uma sua parte.”

⁶² Ibid., p. 187-188. (grifo do autor)

⁶³ É aceita por este trabalho, nesse sentido, a posição de Eros Grau quanto à especificidade dos princípios jurídicos existentes em cada sistema de direito. “Os *princípios* que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios *deste* ordenamento jurídico, *deste* direito. Por isso não reconheço a existência de princípios gerais *do* direito, senão apenas de princípios gerais *de* direito.” GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 71. (grifo do autor).

3.3.1 Princípios como postulados teóricos do Direito – ontologia jurídica⁶⁴

Preceitos que tratam da natureza do direito, da sua vestimenta teórica, não são normas. São pressupostos, pontos de partida ou premissas. Independentemente do nome que recebam, esses preceitos já foram considerados princípios. Já estiveram no cerne das formulações sobre o direito. Sobre eles, tratou-se nos itens dedicados ao direito natural. Máximas tais como “todo direito é positivo”, ou “o direito é um sistema de regras e princípios” são premissas originadas das investigações teóricas sobre o fenômeno jurídico. Elas podem ser científicas ou filosóficas, pertencem aos domínios do saber, da epistemologia jurídica e não aos domínios do sistema jurídico.⁶⁵

Daí porque se opta, neste trabalho, por chamá-los pelo nome de postulados teóricos do direito, uma vez que são exigências do saber racional, da especulação filosófica ou da metodologia científica. Eles podem ser postos ou pressupostos. São postos quando são fruto de uma apreciação dogmática do direito e pressupostos quando são obtidos por meio de uma análise zetética do fenômeno jurídico. Retome-se brevemente a distinção entre zetética e dogmática no Direito feita por Viehweg, disseminada entre nós por Tércio Sampaio Ferraz

⁶⁴ Algumas das considerações feitas neste item já foram por nós analisadas em outro momento. Cf. ORMELESI, Vinicius Fernandes. Ciência e metodologia jurídica: dos princípios científicos à teoria da norma jurídica. *Revista Espaço Acadêmico*. Maringá, v. 12, n. 136, p. 71-78, set. 2012.

⁶⁵ Hartmann distingue em pares de categorias os elementos estruturais do ser. Um desses pares é o binômio princípio-concreto. “Concretum for Hartmann is what is determinate, that in which categories are embedded as their determinations. The concretum is not limited to real entities, but includes ideal ones as well. Furthermore, the concretum for Hartmann is not to be understood as limited to the individual instances of a principle because there can be different levels of concreta. For instance, level categories are concreta with respect to general categories. Both the concretum and its principles are categories. Real categories contain all the universal determinations of their **concreta**; they contain what is needed for the structure of the concreta. A complete system of categories – not the incomplete one we are able to grasp – completely determines its concreta. As natural laws exist only in the real processes of nature and are nothing outside of them, so real categories exist only as structural relations within the real world and are nothing in themselves. The principle-concretum determination is only one among a variety of types of determination, and in no way is it the most relevant in the real world. In fact, each real level has its own specific types of determination, such as the specific linear nexus (causal, final, etc.) that unifies the phases of the processes that unfold within a concretum. The following three moments characterize the essence of principles, and the three corresponding moments the essences of concreta: 1. The epistemological relation: The principle is that through which the concretum is grasped. 2. The first ontological relation: The principle is the *archè* of the concretum, the condition of its possibility or that on which the concretum rests. 3. The second ontological relation: The principle has unconstrained validity for all the concreta that fall within its range.” POLI, Roberto. Nicolai Hartmann. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2012. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/nicolai-hartmann/>>. Acesso em: 23 jun. 2013. (grifo do autor).

Junior ⁶⁶. A zetética (do grego *zetein*, perquirir, perguntar) acentua o aspecto pergunta da investigação. Preocupa-se em especular o objeto podendo ou não ter um compromisso com a aplicação do conhecimento na realidade. A dogmática (do grego *dokein*, ensinar, doutrinar) acentua o aspecto resposta da investigação, procurando oferecer pontos de partida estáveis e soluções aceitáveis a problemas conhecidos ou propostos, oriundos da realidade.

Assim, nesta colocação, percebe-se, por exemplo, que a filosofia do Direito pertence à zetética jurídica. Pode-se dizer ainda que seja zetética analítica, porquanto racional-dedutiva em seu aspecto puro, uma vez que não possui, à primeira vista, um compromisso formal de ser aplicada na realidade de forma imediata. A ciência do Direito, doutra feita, pertence aos domínios da dogmática jurídica, direcionada à resolução de situações-problema, procurando oferecer respostas com um mínimo de perturbação e um máximo de segurança e aceitação. Portanto, a dogmática jurídica trabalha com premissas postas, determinadas como pontos de partida inquestionáveis, chamados de dogmas, ao passo que a zetética jurídica trabalha com premissas pressupostas, pensadas provisoriamente, sendo sempre questionáveis. A dogmática analisa o fenômeno jurídico através de postulados teóricos inflexíveis, enquanto que a zetética analisa o fenômeno jurídico através de postulados teóricos flexíveis.

Deste modo, este trabalho imputa ao exame dos postulados teóricos do direito uma matriz ontológica (do grego *ontos*, ser, *logos*, razão) ⁶⁷. É uma análise que diz respeito à própria existência do direito como algo. A natureza de uma investigação teórica sobre o direito é um problema de essência, que atinge o próprio ser jurídico, sendo uma questão

⁶⁶ “O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva e são finitas [...] no enfoque zetérico predomina a função informativa da linguagem. Já no enfoque dogmático, a função informativa combina-se com a diretiva e esta cresce ali em importância [...] Enquanto, porém, a zetética deixa de questionar certos enunciados *porque* os admite como *verificáveis* e *comprováveis*, a dogmática não questiona suas premissas, porque elas foram *estabelecidas* (por um arbítrio, um ato de vontade ou de poder) como inquestionáveis. Nesse sentido, a zetética parte de *evidências*, a dogmática parte de *dogmas*.” (grifo do autor) FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 18-20.

⁶⁷ “Metafísica. [...] A segunda concepção fundamental é a da M. como ontologia ou doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: os que todo ser tem e não pode deixar de ter. As principais proposições da M. ontológica são as seguintes: 1- Existem determinações *necessárias* do ser, ou seja, determinações que nenhuma forma ou maneira de ser pode deixar de ter. 2- Tais determinações estão presentes em todas as formas e modos de ser particulares. 3- Existem ciências que têm por objeto um modo de ser particular, isolado em virtude de princípios cabíveis. 4- Deve existir uma ciência que tenha por objeto as determinações necessárias do ser, estas também reconhecíveis em virtude de um princípio cabível. 5- Essa ciência precede todas as outras e 6-, por isso, ciência primeira, porquanto seu objeto está implícito nos objetos de todas as outras ciências e porquanto, conseqüentemente, seu princípio condiciona a validade de todos os outros princípios. A M. expressa nessas proposições via de regra implica: a) determinada teoria da essência, mais precisamente da essência necessária; b) determinada teoria do ser predicativo, mais precisamente da inerência; c) determinada teoria do ser existencial, mais precisamente da necessidade.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962. p. 662-663. (grifo do autor).

ontológica.⁶⁸ Dessa maneira, uma das tarefas da ontologia jurídica seria o tratamento da perspectiva pela qual se encara o fenômeno jurídico, desdobrando-se também em epistemologia jurídica.

3.3.2 Princípios como normas – deontologia jurídica

Essa é a perspectiva principal que vem sendo adotada pelas teorias constitucionais. É a assunção da normatividade pelos princípios, deixando de serem apenas fontes do direito para constituírem o próprio direito. Nesse diapasão é feita a distinção entre regras e princípios de Dworkin. Todavia, Robert Alexy levanta a objeção de que a concepção de Dworkin não permite averiguar como se dá o conflito entre princípios e como ele se resolve⁶⁹. Ele admite quanto ao conflito de regras que este acaba por gerar 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.⁷⁰

No viés da otimização, são os princípios mandados de otimização, que devem ser cumpridos de forma a realizar o máximo que as possibilidades fáticas e jurídicas permitam. Eles permitem uma incidência gradativa de suas proposições, ao contrário das regras que são

⁶⁸ Sobre a ontologia jurídica: “Deriva do grego *on, ontos*, particípio passado de *enai*, ser e *logos*, discurso, teoria. A primeira é corolário dos substantivos gregos *ta ona*, significando os bens e as coisas realmente possuídas por alguém e *ta onta*, as coisas realmente existentes, ambas formuladas a partir do verbo Ser. A ontologia seria, portanto, o estudo da essência do ser, aquilo que fundamenta as coisas como são em si mesmas ou do ser enquanto ser, fazendo-se referência à fórmula utilizada por Aristóteles [...] Os estudos de ontologia, aplicados ao Direito, levaram à recepção desta temática referente à questão da essência do próprio Direito, estabelecendo uma espécie de redução conceitual capaz e suficiente de abarcar as possibilidades de ser deste ente.” OHLWEILER, Leonel Pires. Ontologia jurídica. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; Ed. UNISINOS, 2006. p. 619.

⁶⁹ As colisões entre princípios são uma questão de razoabilidade (apreciação racional), que relembra a *prudentia* romana. Todavia, como bem salienta Zagrebelsky, a ponderação dos “[...] *principios se denomina ‘razonabilidad’*: una discutible expresión para aludir a lo que clásicamente se conocía como la ‘prudencia’ en la tratamiento del derecho. Está claro que este modo de situarse frente al derecho constituye solamente una actitud, una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que pueden reivindicar buenos principios en su favor. No es, en cambio, la ‘clave’ para resolver todo problema jurídico, como si tratase de una fórmula que permitiera obtener la solución de un problema matemático.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos y justicia. Traducción de Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995. p. 123.

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 77, 83, 146.

mandados definitivos e precisam ser aplicadas por completo ou são invalidadas.⁷¹ Portanto, no que se refere à tese da otimização, as teses de Alexy e Dworkin se complementam, já que ambos admitem que uma norma seja ou um princípio ou uma regra e que os princípios possam ser concretizados gradualmente.

No que se refere à lei das colisões, um conflito entre duas regras só pode ser resolvido de duas maneiras, ou introduzindo-se uma exceção em alguma delas (que seria nada mais que uma terceira regra) ou declarando-se a invalidade de uma delas. Do outro lado, o conflito entre princípios resolve-se por uma questão de análise de prioridade, a qual se analisa mediante as condições do caso concreto, procurando-se uma composição entre os princípios. Na oposição entre dois princípios A e B, por exemplo, se num caso o A tiver prevalência, em outro caso poderá ser o B. Isso dependerá da apreciação em concreto das circunstâncias.⁷²

Por fim, há ainda a lei da ponderação que estabelece a importância do princípio da proporcionalidade quando da resolução dos casos de conflitos principiológicos. A proporção, por sua vez, carrega consigo três sub-eixos: a necessidade, adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.⁷³ Ela visa à maximização dos efeitos de um princípio dentro das possibilidades legais, sobretudo quando a realização de um princípio implica na não realização de outro princípio. Assim, a proporcionalidade lida com o problema dessa cessão

⁷¹ “Principles are norms commanding that something be realized to the highest degree that is actually and legally possible. Principles are therefore optimization commands. They can be fulfilled in different degrees. The mandatory degree of fulfilment depends not only on actual facts but also on legal possibilities. The field of legal possibilities is determined by countervailing principles and rules. Contrariwise, rules are norms that can only be either complied with or not. If a rule is valid, it requires that one do exactly what it demands, nothing more and nothing less. Rules therefore comprise a decision in the fields of actual and legal possibilities. They are definitive commands. This means that the difference between rules and principles is a difference in quality and not only one of degree. Every norm is either a rule or a principle.” ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, Oxford, v. 13, n. 3, p. 294-304, set. 2000. p. 295.

⁷² *Ibid.*, p. 295-296. “A conflict between two rules can only be solved by either introducing an exception clause into one of the two rules or declaring at least one of them invalid [...] the court solves the problem by determining a conditional priority of one of the colliding principles over the other with respect to the circumstances of the case [...] Under these conditions the basic right has greater weight and therefore takes priority; under different conditions precisely the opposite may well be the case. The priority of the basic right implies that its legal effects are mandatory. The fulfilment of the conditions of priority brings about the legal effects of the preceding principle. This can be formulated as a general collision law. It runs: the conditions under which one principle takes priority over another constitute the operative facts of a rule giving legal effect to the principle deemed prior.”

⁷³ Canotilho analisa sob dois ângulos o princípio da proporcionalidade. O primeiro sentido é o que ele identifica como mais geral da *proibição do excesso*: evitar cargas coativas excessivas ou atos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. No outro sentido, denominado de *proibição por defeito* (*Untermassverbot*) existe um defeito de proteção quando as entidades sobre as quais recai um *dever de proteção* (*Shutzpflicht*) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 267.

de espaço. A lei da ponderação, portanto, pode ser formulada assim: quanto mais intensa a interferência em um princípio, mais importante se torna a realização de outro princípio.⁷⁴

A posição de Dworkin e a de Alexy têm sido unidas pelo constitucionalismo contemporâneo (o dito neoconstitucionalismo), em especial aquele que vem se formando nos países de língua latina na América. As propostas de Alexy são tentativas de romanização de uma teoria oriunda de um sistema de *common law* (a de Dworkin). Ele procura adaptar a estrutura normativa bipartida de Dworkin para a realidade dos países de tradição civilista. Isso se revela muitas vezes nas reiteradas menções ao balizamento segundo as possibilidades legais. Alexy acaba por admitir que os princípios mesmo sendo mandados de otimização, estão também sujeitos às contingências da legislação. Ele não perde de vista o paradigma da primazia da lei, característico dos países de tradição romanista.

Assim, quando se fala em deontologia, está-se tratando das questões do mundo do dever-ser, o mundo das normas. São os problemas normativos. Está claro que os princípios estão colocados pelo paradigma pós-positivista no patamar mais elevado das normas. Daí porque ao de tratar dos princípios como entidades normativas, há que se considerar um estudo deontológico. A deontologia cuida dos assuntos relativos às normas, sua definição, categorização, formulação e aplicação, além dos problemas advindos da oposição entre elas, as chamadas antinomias.

3.3.3 Princípios como valores – *axiologia jurídica*⁷⁵

A confusão existente entre o entendimento dos princípios e dos valores é aparentemente insuperável. Isso se deve aos séculos em que o direito esteve atrelado aos

⁷⁴ “The practical significance of principle theory in the form of the optimization thesis is found above all in its equivalence to the principle of proportionality [...] The fact that principle theory implies the principle of proportionality means that the three sub-principles it contains, the principle of appropriateness, of necessity, and of proportionality in a narrow sense follow logically from it; hence, they are deducible from it in a strict sense [...] The implications of the proportionality principle turn on the definition of the concept of principle. Principles qua optimization commands demand realization as far as is possible relative to the actual and legal possibilities. A relativization in the direction of the actual possibilities leads to the principles of appropriateness and necessity [...] The principle of proportionality in a narrow sense stems from the obligation of a realization as far as possible relative to the legal possibilities, that is, relative most of all to the countervailing principles. Here we are concerned with balancing or weighing in a narrow and true sense. This is necessary whenever the fulfilment of one principle leads to the non-fulfilment of another, hence, whenever one principle is only realizable at the cost of another. For this kind of case the following balancing law can be formulated: the more intensive the interference in one principle, the more important the realization of the other principle.” ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, Oxford, v. 13, n. 3, p. 294-304, set. 2000. p. 297-298.

⁷⁵ Algumas das considerações feitas neste item já foram por nós analisadas em outro momento. Cf. ORMELESI, Vinicius Fernandes. Princípios jurídicos e realidade normativa. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, ano 16, n. 23, p. 393-414, 2012.

domínios da moral. Os valores são tópicos eminentemente morais, possuindo um teor subjetivo intrínseco. Os valores brotam das aspirações da comunidade e das aspirações dos próprios indivíduos. 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. O termo valor é um termo originário das ciências econômicas que migrou para as ciências sociais no século XIX. Os valores se colocam frente ao ser, o ente, como “valentes”, numa perspectiva filosófica.⁷⁶ A axiologia é uma tentativa de estabelecer uma hierarquia de valores.⁷⁷

Max Scheler, baseando-se na fenomenologia de Edmund Husserl, afirma que os valores habitam nas profundezas do imo emocional do homem, que se traduzem na experiência emocional formadora de unidades fenomênicas determinantes da consciência e das atitudes.⁷⁸ Para Miguel Reale, a categoria valor constitui-se num dos pressupostos da experiência jurídica cultural 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 (ou um anti-valor) possa se sobrepor àquele.⁷⁹

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.⁸⁰ 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,

⁷⁶ “Ao ser e ao valer em abstracto, ou seja, considerados em si e não na sua ligação aos seus suportes, dá-se, aqui, simplesmente, os nomes de ‘ser’ e de ‘valer’. Na sua ligação concreta ao suporte de tais características, adquirem o estatuto e o nome, respectivamente, de ‘essência’ e de ‘valência’. Consoante o tipo de característica possuído, esse suporte adquire o estatuto e o nome de “ente” e de ‘valente’. Ao ente é conferida “entidade” (a atribuição de ser); ao valente é conferida ‘validade’ (a atribuição de valor).” SILVA, Ricardo Manuel Marques Tavares da. **O fundamento axiológico da normatividade**. 2011. 140f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Letras, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/7437/1/ulfl118289_tm.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2013. (grifo do autor).

⁷⁷ “Axiologia. A ‘teoria dos valores’ já fora, há alguns decênios, reconhecida como parte importante da filosofia ou mesmo como a totalidade da filosofia pela chamada ‘filosofia dos valores’ e por tendências congêneres quando, no início de nosso século, a expressão ‘axiologia’ começou a ser empregada em seu lugar.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962. p. 101.

⁷⁸ SCHELER, Max. **A reviravolta dos valores**. Tradução de Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 43-44.

⁷⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 543.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 164.

deontológicos por natureza. Os valores, ao contrário, expressam mais a idéia de bom, ligados à certeza, à segurança, à beleza, ficando no plano dos conceitos axiológicos. Haveria ainda o plano antropológico, no qual estariam o interesse e a vontade, 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)⁸¹. Dessa maneira, a diferenciação fundamental entre eles, 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, para se enumerar alguns. Os princípios, ao seu turno, proclamam valores, enquanto as regras determinam condutas e compromissos entre valores⁸². 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.

Em razão dos valores não fazerem parte do mundo do direito, em princípio, sua penetração no âmbito jurídico se dá por meio principalmente de princípios, mas também de regras. O valor está no plano axiológico e o princípio no deontológico. A inserção de valores no sistema jurídico ocorre através da transformação do valor num bem jurídico protegido por princípios que visem sua otimização. Por exemplo, o valor da liberdade, quando trazido para a realidade jurídica, torna-se os princípios do direito da liberdade de ir e vir, do direito à liberdade de expressão, do direito à liberdade de culto, do direito à liberdade de imprensa, entre alguns. Normalmente, estes princípios estarão no corpo das constituições, já que representam (ou tentam representar) os ideais comuns da sociedade na qual estão postos.

Desse modo, os princípios jurídicos, muito embora não sejam valores propriamente ditos, procuram concretizar valores. Como o ordenamento jurídico não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de manutenção dos padrões sociais e do funcionamento da sociedade, ele compreende o conjunto funcional que propicia latência aos sistemas sociais, na visão de Parsons (já analisada no capítulo anterior). Sendo um meio de institucionalização e

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 145.

⁸² PECZENIK, Aleksander. A theory of legal doctrine. **Ratio Juris**, Oxford, v.14, n.1, p.75-105, mar. 2001.

conservação dos valores da comunidade, o direito age de forma funcional, decidindo o que é lícito e o que é ilícito.⁸³ Isto permite a este estudo propor a seguinte classificação de princípios: pode haver num sistema jurídico princípios materialmente jurídicos e princípios formalmente jurídicos.⁸⁴

Os princípios materialmente jurídicos são aqueles próprios do sistema do direito, dizem respeito à sua organização e estrutura, como o princípio da validade das normas por exemplo. Esses princípios tendem a ser desprovidos de conteúdo valorativo. Mas são os princípios indispensáveis à existência, à coesão e ao funcionamento do sistema. Sem eles não seria possível o sistema jurídico como realidade autônoma (instituição). Os princípios formalmente jurídicos são resultado da interpenetração dos sistemas sociais, são prolongamentos de outros sistemas no mundo do direito. Assim, não são em sua essência jurídicos, mas estão no sistema jurídico em virtude da abertura cognitiva.

Pode-se facilmente identificar reflexos de valores morais no direito, de princípios econômicos, de valores sociais, de políticas de afirmação, para se citar alguns. Todos esses entes não originários do sistema jurídico são os princípios formalmente jurídicos. Todos eles possuem valores próprios de outras realidades, que buscam no direito uma forma de se institucionalizar também. Dito de outra forma: são valores que o direito agrega na forma de princípios para proporcionar estabilização às relações sociais. Assim, o direito passa a exigir condutas que contemplem esses valores, chancelando-as como lícitas e repudiando as que perpetrem desvalores, consideradas ilícitas, às quais se impõe a sanção.

3.3.4 Princípios na mecânica do sistema jurídico

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. Não por outra razão, o professor Fábio Konder Comparato situa o Direito como parte integrante da Ética.⁸⁵ Os princípios jurídicos,

⁸³ Interessante é comparar licitude com normalidade na perspectiva sociológica: “O normal e o patológico têm uma importância especial para quem estuda o direito, pois, na óptica dos estudos sobre o direito, o normal está quase sempre identificado com o socialmente desejado, e, mesmo que o patológico não seja sempre um critério de identificação com os comportamentos contrários ao direito, ele está sempre relacionado com um comportamento anti-social, assumindo, nessa óptica, o social um significado abrangente, mas ao mesmo tempo fechado.” BORGES, Wilson Hilário. **Historicidade e materialidade dos ordenamentos jurídicos**. São Paulo: EDUSP; Ícone, 1993. p. 49-50.

⁸⁴ Essa é uma alusão à classificação kelseniana entre normas formalmente e materialmente constitucionais.

⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. O direito como parte da ética. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. **O que é a filosofia do direito?** São Paulo: Manole, 2003. p. 3-10.

no paradigma do pós-positivismo⁸⁶, tendem a assumir a lacuna deixada pelo direito natural, como forma lógico-racional de se entender o Direito e como fundamento axiológico do sistema jurídico. Muito embora essa seja uma perspectiva consagrada, os princípios jurídicos podem ser bem mais.

Um dos assuntos que se invoca, quando se trata de princípios jurídicos, para além de sua natureza como norma, é a possibilidade de se realizar uma tipologia entre eles⁸⁷. Uma primeira forma de se conduzir essa classificação seria através da relação de matéria (princípios processuais, penais, entre outros), contudo argumenta-se que essa distinção teria pouca utilidade e levaria à concepção dos princípios como generalizações sucessivas das regras do sistema. Outra maneira seria quanto à origem ou proveniências, havendo, portanto, princípios intra e extra-sistemáticos, por exemplo. Porém, esse critério também poderia obscurecer a forma como os princípios são tratados no ordenamento.

José Lamego considera três tipologias dignas de nota. Uma que dividiria os princípios jurídicos em descritivos (cuja função principal seria de representação de um conjunto de normas sobre determinado tema) e diretivos (esses sim critérios autônomos de valoração). Também, uma divisão com base no conteúdo ético dos princípios, ou seja, “[...] no topo da escala princípios ético-jurídicos, de função prático-normativa (v.g. boa fé), e na base princípios técnico-jurídicos (v.g. princípio da publicidade nos Direitos Reais).” Ele ainda prevê uma possível distinção quanto ao modo de formulação enquanto proposições jurídicas ou não.⁸⁸

⁸⁶ “Uma das principais façanhas do pós-positivismo consiste em reabilitar a centralidade dos princípios nos domínios da interpretação judicial [...] Com efeito, já não se trata de ver nos princípios teoremas racionais abstratos, metafísicos e desprovidos de eficácia, como na fase jusnaturalista, nem tampouco o caráter meramente subsidiário e supletivo – de baixa ou nenhuma normatividade – assumido no ciclo positivista, desde o século XIX até a primeira metade do século XX. A proposta pós-positivista coloca em primeiro plano a proclamação da eficácia normativa dos princípios, agora erigidas em normas-primárias de todo sistema jurídico.” DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; Ed. UNISINOS, 2006. p. 653.

⁸⁷ Cabe mencionar que a distinção mais freqüente na doutrina é a que separa os princípios em expressos e não expressos. Segundo Guastini, “[...] são princípios expressos os que são explicitamente formulados numa adequada disposição constitucional ou legislativa” ao passo que “são princípios não expressos, pelo contrário, os que são desprovidos de disposição, ou seja, não explicitamente formulados em alguma disposição constitucional ou legislativa, mas elaborados ou construídos por intérpretes.” GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 191-193.

⁸⁸ LAMEGO, José. Discussão sobre os princípios jurídicos. **Revista Jurídica da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa**, Lisboa, Nova série, n. 4, p. 103-123, out./dez. 1985.

Convém relatar também o uso que se faz dos princípios.⁸⁹ De acordo com Guastini, eles “[...] são usados na produção, na interpretação e na integração do direito.”⁹⁰ No que tange à produção, o princípio vem sempre de forma expressa, proclamado através de uma autoridade normativa, com o intuito de submeter as demais normas relacionadas a ele ao seu padrão de legitimidade, constitucional ou não. No que respeita à interpretação, o papel do princípio se opera sempre para justificar um entendimento (de outras normas) que esteja conforme o ideal contido no princípio. E quanto à integração, a função do princípio é a mesma, na falta de uma norma, ou seja, na presença de uma lacuna, o intérprete está autorizado a buscar uma solução por meio dos princípios, seja ele um princípio particular, que fundamente uma norma (*ratio legis*), ou um conjunto de normas, no primeiro caso, dá-se a analogia *legis*, no segundo, a analogia *juris*.⁹¹

3.4 Uma proposta de principiologia

É impossível arriscar-se uma definição única que abarque todos os aspectos que o princípio pode assumir no Direito, sob pena de se chegar a conceituações muito abstratas como a de Humberto Ávila⁹². Este trabalho propõe antes de defini-los categorizá-los. A importância da classificação reside em facilitar o estudo, a identificação e a aplicação dos princípios jurídicos. A proposta que aqui se esboça retoma algumas considerações já apontadas no item anterior por José Lamego. Para este estudo, eles podem ser: preceitos formais, postulados teóricos, enunciados fundamentais e mecanismos sistêmicos.

Todavia, como fazer para pontuar nitidamente as fronteiras entre as modalidades de princípios jurídicos? Propõe-se a análise dessa questão sob o ponto de vista da função e do conteúdo dos princípios. Dividem-se essas categorias em pares conceituais. Quanto à função, eles podem ser cognitivos ou normativos e quanto ao conteúdo podem ser éticos ou técnicos. Conforme Luhmann, em posição já analisada, ao normativo deve opor-se o cognitivo. E ao

⁸⁹ “[...] a função mais notável do princípio, seja ele escrito ou não, é o de fecundar, trazer novos horizontes deontológicos e novas imbricações teleológicas para a compreensão do caso, ampliando, assim, o espectro hermenêutico contido na norma.” CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 57.

⁹⁰ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 199.

⁹¹ *Ibid.*, p. 199-203.

⁹² Segundo ele, os princípios jurídicos 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.” ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 78-79.

ético deve opor-se o técnico. Para sustentar essa posição invocam-se os seguintes argumentos: a) os princípios, de acordo com o visto, não possuem uniformidade conceitual; b) no sistema jurídico, o repertório apresenta elementos normativos e não normativos; c) o direito compreende dimensões valorativas e avalorativas que coexistem.

O primeiro passo consiste em distinguir o ético do técnico.⁹³ Técnica, do grego *téchne*, designa arte ou ofício, forma de trabalho. Todavia, com a revolução industrial e o desenvolvimento do capitalismo de produção fabril, ela assume um significado outro. Com a invenção da máquina, aparece o vocábulo tecnologia, como sendo o estudo do processo de construção e utilização das máquinas.⁹⁴ A técnica, dessa forma, surge e se desenvolve num contexto histórico individualizado e atomizado passando a ser um fenômeno que busca a exatidão e a perfeição, distanciando-se do elemento humano (o ético), ganhando cada vez mais autonomia, revestindo-se de racionalidade e artificialidade. Por outro lado, o ético está mais para o irracional e o natural, pois lida com as dimensões subjetivas, emocionais, que não permitem uma exatidão matemática e brotam na comunidade pelo convívio e não pela invenção. Desse modo, pode-se dizer que a modernidade se caracteriza principalmente pela presença massiva da técnica em detrimento da ética.⁹⁵

Por outro lado, a ética, do grego *ethos*, a morada do ser, relaciona-se aos preceitos de conduta, aos valores que orientam as decisões dos indivíduos. Ela trata das finalidades a serem perseguidas pelos homens e das formas delas serem atingidas em suas condutas e

⁹³ A separação entre ética e técnica remonta às origens gregas. Muito embora Platão tenha tentado estabelecer as diferenças entre elas, foi apenas com Aristóteles que a distinção se tornou mais clara. Segundo ele, ambas tratam do agir humano, no entanto, a técnica (ou arte) cuida das ações humanas direcionadas à fabricação e criação das coisas, ou seja, sua produção (*poiesis*), aquelas que possuem resultados concretos, enquanto a ética se destina ao entendimento do agir humano considerado em si mesmo. Ainda segundo Comparato, “[...] no mundo antigo, a esfera da vida ética distinguia-se nitidamente dos costumes e saberes de ordem puramente técnica. No campo ético, religião, moral e direito formavam o tudo coeso e indissociável, mas de validade rigorosamente limitada às fronteiras culturais de cada povo, ou civilização. As regras técnicas, ao contrário – a maneira de cultivar o solo e domesticar os animais, por exemplo – não tinham vinculação necessária com nenhum povo em particular. O caráter nacional da ética e universal da técnica foi, de resto, tido como algo natural pelos gregos.” COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 98-99.

⁹⁴ ELLUL, Jacques. **The technological system**. Translation by Joachim Neugroschel. New York: The Continuum Publishing Corporation, 1980. p. 24-25.

⁹⁵ Brüseke aponta que a modernidade se autodetermina pela técnica, na medida em que esta perde seu caráter finalístico, deixando de ser apenas um meio à disposição do homem, gerando surtos de irracionalidade ocasionados pela contingência da técnica e pela indiferença valorativa. BRÜSEKE, Franz Josef. A modernidade técnica. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 17, n. 49, p. 135-173, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.pdf/rbcsoc/v17n49/a09v1749.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

também dos motivos considerados corretos para disciplinar essas condutas.⁹⁶ Preside na ética um ideal de bem a ser procurado. O ético é valorativo por excelência e, portanto, pode ser ponderado. Entenda-se ponderar como a possibilidade de se escolher um melhor. Assim, a ética permite lidar com gradações subjetivas, decidir o que se quer segundo uma perspectiva do que é bom. A técnica, ao contrário, quando permite a escolha ela é feita segundo o que funciona e o que não funciona, através de gradações objetivas. A ética é qualitativa ao passo que a técnica é quantitativa.

O fundamento da vida ética entre os antigos oscilou entre a impessoalidade, ou seja, a exaltação da virtude suprema existente na natureza, devendo o homem imitar a harmonia e o equilíbrio natural em sua vida e a personalidade, ou seja, a procura da felicidade individual ou comunitária, como tônica inclusive da Política (a ciência do convívio humano segundo os gregos).⁹⁷ No Direito, tais formulações se alinham à idéia do justo natural, analisada no primeiro capítulo, que serão mantidas na Idade Média, pregando-se um princípio único da ética. O princípio absoluto da ética se manterá vivo até o início do questionamento de sua existência pelos renascentistas, mas principalmente pelos modernos. Em virtude das transformações religiosas e políticas ocorridas nos séculos XV e XVI, conforme examinado, surgem opiniões contrárias à idéia de um fundamento absoluto e transcendental da vida ética. Aparece assim o relativismo ético – inspirado sobremaneira por Maquiavel e Hobbes – que, mesmo com as críticas de Kant e Rousseau, acabou por delinear os novos tempos da modernidade, fortalecido pela pujança econômica que se seguiu à Revolução Industrial, o que

⁹⁶ “Ética. Em geral, ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais dessa ciência: 1- a que a considera como ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos *meios* para atingir tal *fim*, deduzindo tanto o fim quanto os meios da *natureza* do homem; 2- a que a considera como a ciência do *móvel* da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta. Essas duas concepções, que se entre mesclaram de várias maneiras na Antigüidade e no mundo moderno, são profundamente diferentes e falam duas línguas diversas. A primeira fala a língua do ideal para o qual o homem se dirige por sua natureza e, por conseguinte, da ‘natureza’, ‘essência’ ou ‘substância’ do homem. Já a segunda fala dos ‘motivos’ ou ‘causas’ da conduta humana, ou das “forças” que a determinam, pretendendo ater-se ao conhecimento dos fatos.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962. p. 380. (grifo do autor).

⁹⁷ Sabe-se que na Grécia, sobretudo com Platão, preponderou um ideal abstrato de virtude, sendo os arquétipos (*arkhé*) modelos idealizados existentes em outra dimensão, o que, transportado para a ética, pode-se afirmar do direcionamento da atividade do ser. Ele se finca em padrões supranaturais de perfeição. Contudo, ao final da vida, Platão se volta aos deuses como modelos a serem imitados pelos homens, chegando até a exaltar a figura de Zeus como “[...] a medida de todas as coisas”. Aristóteles, entretanto, discorda dos arquétipos de Platão, procurando o fundamento da ética dentro de cada ser (a essência). Assim, para ele, as ações humanas são direcionadas à consecução de algum bem (*agathou ti*), um valor, na busca pela felicidade (*eudaimonia*). COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 439-443.

propiciou um crescimento de uma ética utilitarista ⁹⁸ do mercado. Esse processo define a doutrina liberal da burguesia vencedora que dominou o século XIX e que foi abraçada pelo positivismo jurídico.⁹⁹ Portanto, o positivismo põe fim aos ideais absolutos e metafísicos em nome do relativismo, no qual prevalece a decisão de quem detém o poder.

Desse modo, no âmbito jurídico, é possível sua separação em direito moral e direito técnico conforme seu conteúdo. O primeiro se estriba na idéia de justo, provoca a reação social, está arraigado na consciência humana, possibilita instituições como a do júri, não demanda conhecimentos especiais do julgador para aplicá-lo. Enquanto que o segundo exige conhecimento jurídico e da matéria tratada, sua prevalência é uma questão de interesse e não moral, sua origem está no trabalho de peritos e não nos costumes, demanda julgamentos técnicos e precisa de tribunais especializados. Como exemplo dessa separação, poderia se citar o direito civil como sendo moral e o direito comercial como sendo técnico.¹⁰⁰

Percebe-se assim, que ao ético, preponderante no pensamento jurídico antigo, deve-se opor o técnico, a veste que o pensamento jurídico assumiu com a vitória do positivismo sobre o direito natural e a monopolização do fenômeno jurídico por parte do Estado Liberal burguês. Daí o porquê de um dos fenômenos característicos da modernidade ser a técnica.¹⁰¹ Parece não haver mais espaço para formulações morais no espaço jurídico, escapando uma ou outra defesa em termos de direitos humanos, mas que, quase sempre, é neutralizada pela técnica, dada sua abstração. Na modernidade, segundo Zygmunt Bauman, não há mais espaço para o sólido, os modelos desmancham perante uma aceleração máxima do tempo, na qual “[...] o poder se tornou verdadeiramente *extraterritorial*, não mais limitado.”¹⁰²

⁹⁸ Uma ética utilitarista pode ser definida como aquela que preconiza ações que tragam maior prazer ou menor sofrimento para a coletividade (maioria). “O utilitarismo, que defende ser a ação moralmente correta aquela que tem como consequência um bem maior para todos, inclusive para o agente. Em sua forma mais típica, que foi o utilitarismo hedonista de ação proposto por Jeremy Bentham, bem e mal são interpretados em termos não-morais respectivamente como *prazer* e *sofrimento*, o que redundava em uma naturalização da moral.” (grifo do autor) COSTA, Cláudio F. Razões para o utilitarismo: uma avaliação comparativa de pontos de vista éticos. *Ethic@*, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 155-174, dez. 2002. Disponível em: <<http://journal.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/14591/13345>>. Acesso em: 20 nov.2011.

⁹⁹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 443-445.

¹⁰⁰ TANAKA, Kotaro. O direito e a técnica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, p. 51-55, set. 1948.

¹⁰¹ Sobre a repercussão da técnica, Ellul afirma que ela “não criou o instrumento da liberdade, mas novas cadeias” o que a transformou num “poder que não tem mais freio algum”, vez que nem mesmo o Estado é capaz de controlá-la. Inclusive, a técnica se firma com o apoio da opinião pública, que a considera a única capaz de resolver os problemas da sociedade e despreza todas as demais tentativas que não apresentem uma aplicabilidade imediata. Essa influência da técnica na sociedade se dá de maneira totalizante, de tal forma que ela chega a substituir o Estado em determinados setores, transformando-se no novo Leviatã, numa alusão à obra clássica de Thomas Hobbes. ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968, p. 306-307, 309.

¹⁰² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.p. 18. (grifo do autor).

Por isso, o modelo de regras, ou o direito como normas positivas, sólido por natureza, iniciou também seu processo de derretimento na pós-modernidade. Se, na virada iluminista do século XVIII, o direito positivo representava o triunfo da burguesia sobre a realeza e a lei era a manifestação estatal da autonomia da vontade econômica, nos fins do século XX esse mesmo direito positivo passa a ser o empecilho ao crescimento econômico, ao progresso tecnológico e ao lucro das grandes corporações. O recurso do ordenamento jurídico aos princípios é, antes de qualquer coisa, uma tentativa de adaptação de um sistema mastodôntico, incapaz de acompanhar o ritmo frenético que a sociedade pós-moderna adquiriu.¹⁰³ O arcabouço jurídico da modernidade, dos procedimentos burocráticos formalistas, não conseguiu atingir a taxa de atualização de um mundo novo medido em hertz, bytes, frames e pixels.

Todavia, a realização do Direito necessita de um instrumental técnico. Assim sendo, é em nome de tornar o direito algo praticável, dentro da formalidade da ordem jurídica, que François Geny entendia a técnica como indispensável ao direito, só sendo possível entendê-la não como “[...] uma organização puramente formal, mas como uma efetivação dos princípios diretores da vida social, e, por assim dizer, a compreensão total das realidades através das regras.”¹⁰⁴ Ellul argumenta que a preocupação com a justiça gera imprevisibilidade no Direito. Assim, a estruturação dos conceitos jurídicos deve ser um processo técnico. Ele deve atuar em sintonia com a função política, que lhe fornece o conteúdo material das regras a serem colocadas em vigor com a autoridade jurídica. Isso evita que o Direito permaneça como mero discurso, pois a técnica jurídica se faz acompanhar de um sistema de provas, sanções e garantias voltado para sua eficácia.¹⁰⁵

Deve-se ressaltar a importância que este trabalho assume na medida em que é necessário um resgate das dimensões éticas do fenômeno jurídico, o que se pretende com a afirmação do conteúdo ético (valorativo) dos princípios jurídicos e sua relevância para os ordenamentos e para a solução de litígios na sociedade pós-moderna.

¹⁰³ “O que leva tantos a falar do ‘fim da história’ da pós-modernidade [...] é o fato de que o longo esforço para acelerar a velocidade de movimento chegou a seu ‘limite natural’. O poder pode mover-se com a velocidade do sinal eletrônico [...] se reduziu à instantaneidade.” BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.p. 17-18

¹⁰⁴ No original: “Aussi, a-t on pu dire que la technique a pour objet capital la réalisabilité formelle ou la praticabilité du droit, - disons plutôt de l’ordre juridique, - pourvu qu’on entende par là non pas seulement une organisation de pure forme, mais une pleine mise à effet des principes directeurs de la vie sociale, et, pour ainsi dire, la préhension totale des réalités par les règles.” GENY, François. **Science et technique en droit privé positif**. Paris: Recueil Sirey, 1921. t. 3. p. 34-35. (tradução nossa).

¹⁰⁵ ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.p. 297-299.

O segundo passo é distinguir o cognitivo do normativo. A cognição (*cognitio*) trabalha com premissas descartáveis. São hipóteses que pretendem explicar ou descrever mais do que regular. Uma vez que frustradas, elas cedem espaço para novas premissas, pois atuam no nível de aprendizado, conforme já mencionado na acepção de Luhmann. Também neste nível cognitivo estão as descrições, que são constatações do real, mutáveis por definição, já que se alteram conforme varie a realidade. O normativo é, de acordo com o analisado no item sobre normatividade, aquilo que traduz a idéia de norma. E a principal idéia de norma se relaciona com a obrigatoriedade e não assimilação do desapontamento. Assim, violada uma norma existe uma reação, o normativo não cede como o cognitivo, não há aprendizado, há comando. Existe um mandado que deve ser realizado independentemente das constatações do real, portanto o normativo trabalha com premissas estáveis.

Diante do exposto, tanto o normativo quanto o cognitivo se relacionam com o ético e o técnico. Ou seja, existem enunciados ou premissas cognitivas (descartáveis) com conteúdo valorativo (éticas) e sem conteúdo valorativo (técnicas). Assim também, existem enunciados ou premissas normativas (estáveis) com ou sem conteúdo valorativo. Novamente, entende-se neste trabalho que o aspecto da forma do enunciado é cognitivo ou normativo e do conteúdo do enunciado é ético ou técnico.

Assim, reparte-se a classificação em: 1) entes jurídicos normativos e éticos; 2) entes jurídicos normativos e técnicos; 3) entes jurídicos cognitivos e éticos; 4) entes jurídicos cognitivos e técnicos. Remetendo-se a questão às discussões anteriores, todos são entes jurídicos, portanto possuem juridicidade, todavia nem todos possuem normatividade, como se deduz. Os primeiros, opta-se por se chamar de enunciados fundamentais, os segundos de preceitos formais, os terceiros de postulados teóricos e os últimos de mecanismos sistêmicos. Como abordado anteriormente, os enunciados fundamentais (entes jurídicos normativos e éticos) carregam os valores desejados por uma sociedade inscritos geralmente em suas cartas políticas.¹⁰⁶ Eles são os chamados direitos e garantias fundamentais e têm assumido uma

¹⁰⁶ “Os princípios éticos são normas que nos obrigam a agir em função do valor do bem visado pela nossa ação, ou do objetivo final que dá sentido à vida humana; e não de um interesse puramente subjetivo, que não compartilhamos com a comunidade. Esse valor objetivo deve ser considerado em todas as suas dimensões: no indivíduo, no grupo ou classe social, no povo, ou na própria humanidade.” COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 500.

função de destaque perante as teorias constitucionais recentes.¹⁰⁷ São as prescrições denominadas de princípios depois das teorias de Dworkin e Alexy, já comentadas. Possuem a estrutura de norma jurídica e o conteúdo valorativo, daí porque podem ser ponderados mesmo tendo o aspecto rígido da normatividade.

Os preceitos formais (entes jurídicos normativos e técnicos) são as normas jurídicas em geral, as disposições que obrigam, permitem, proíbem ou autorizam, possuindo em si teor valorativo quase nulo. Quase nulo porque podem ser instituídas para proteger ou resguardar algum valor (um bem jurídico), mas em seus enunciados não comportam valoração. São as chamadas regras presentes nas teorias de Dworkin e Alexy. Não podem ser objeto de ponderação por não terem conteúdo ético diretamente. Por serem regras, podem ser ainda gerais ou específicas, de acordo com a abrangência de situações que regulamentem.

Os postulados teóricos (entes jurídicos cognitivos e éticos) são formulações teóricas básicas acerca do fenômeno jurídico, pertencem aos domínios da ciência e da filosofia, não fazem parte do sistema jurídico diretamente, apenas indiretamente. Não são essencialmente prescritivos, mas sim epistemológicos. São descartáveis pela mutabilidade característica das formulações teóricas, cognitivas em essência e trazem conteúdo ético porque podem ser valorados, apreciados segundo sua satisfatoriedade. Como exemplo, pode-se citar o princípio da dogmática jurídica da inegabilidade dos pontos de partida.

Por fim, os mecanismos sistêmicos (entes jurídicos cognitivos e técnicos) seriam os responsáveis pela unidade e coerência do sistema, pelo seu funcionamento. São cognitivos por serem premissas igualmente descartáveis, já que o sistema não é rígido, mas sim se adapta para funcionar da forma mais efetiva possível. Assim, eles só são viáveis enquanto contribuam com a manutenção do sistema, do contrário são escolhidos outros. São técnicos por não possuírem conteúdo valorativo, sendo meras premissas funcionais e estruturantes do

¹⁰⁷ Entre elas está a de Peter Häberle. Para ele é importante, para o constitucionalismo contemporâneo, saber distinguir o Estado Constitucional “cooperativo”, pensado segundo uma sociedade aberta, do “egoísta”. Segundo ele, “O conceito ‘Estado Constitucional’ somente pode ser esboçado aqui como o Estado em que o poder público é juridicamente constituído e limitado através de princípios constitucionais materiais e formais [...] É o Estado no qual o (crescente) poder social também é limitado através da ‘política de Direitos Fundamentais’ e da separação social (por exemplo, ‘publicista’) de poderes. O Estado Constitucional é o tipo ideal de Estado da ‘sociedade aberta’ [...] O *Estado Constitucional Cooperativo* trata, ativamente, da questão de outros Estados, de instituições internacionais e supranacionais e dos cidadãos ‘estrangeiros’: sua ‘abertura ao meio’ é uma ‘abertura ao mundo’ [...] O oposto *típico ideal* (em parte, ainda ‘*típico real*’) ao Estado Constitucional Cooperativo, é, dentro do espectro do tipo Estado Constitucional – o Estado Constitucional ‘egoísta’, individualista e, para fora, ‘agressivo’; extremamente a esse espectro, o Estado Totalitário com ‘sociedade fechada’ (ex. União Soviética) e/ou o Estado ‘selvagem’ (países em desenvolvimento como Uganda).” HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6-7. (grifo do autor).

todo, não podendo ser ponderadas. É possível citar como exemplo o princípio da norma-origem, que garante a unidade estrutural do sistema.

Essa proposta principiológica é mais taxonômica do que especulativa. Pretende-se com ela deixar bem delimitadas as espécies do gênero princípio, uma vez que o estudo verificou a pluralidade de sentidos que o termo adquiriu na história e a variância de definições e de maneiras através das quais foi empregado. Objetivou-se, portanto, encerrar a dificuldade na compreensão dos princípios pela ambigüidade semântica reinante entre os teóricos, acolhendo-se dois diferenciais importantes, a forma de expressão do princípio como um enunciado cognitivo ou normativo e a presença ou não de valores em seu conteúdo. Dessa forma fica facilitada a aplicação dos princípios na prática judiciária e no exame teórico do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho, espera-se ter sido possível atingir os objetivos perseguidos durante a pesquisa, quais sejam, a dimensão histórica dos princípios no direito, sua origem, transformação e peculiaridades. A investigação dos princípios jurídicos, do ponto de vista histórico, tem o condão de oferecer uma visão abrangente dessa unidade jurídica, que se manifesta na teoria do direito na forma de conceitos, normas e preceitos gerais do sistema. Ela não é importante somente para o pesquisador, mas também tem elevada significância para o prático, o profissional do direito.

O estudo desenvolvido pretendeu a tentativa de uma construção histórica do ente principiológico como uma unidade semântica do discurso jurídico. Através do exame dos princípios no tempo, no decorrer das mudanças no pensamento jurídico ocidental, podem-se constatar os motivos que levaram os teóricos a buscarem em princípios mais do que em regras as diretrizes fundamentais do sistema jurídico. Permite verificar os desdobramentos da teoria constitucional, mas principalmente da teoria da norma jurídica, possibilita perceber a ascensão e queda do direito natural e a solidificação e esgotamento do direito positivo, tal como se desenrolou na civilização no Ocidente.

Procurou-se oferecer uma visão alternativa daquela presente nos manuais de direito acerca dos princípios. Evitaram-se definições dogmáticas, para se priorizar uma tratativa holística da temática. O trabalho foi pensado de forma a condensar os pontos cruciais acerca dos princípios jurídicos, sem descuidar das imersões necessárias aos domínios da filosofia do direito e da teoria jurídica. O método escolhido foi o método histórico-dialético pela necessidade que um exame sobre a historicidade do fenômeno jurídico apresenta de uma análise da dimensão do direito no tempo.

Assim, foi intuito da pesquisa levantar dos dados históricos e teóricos acerca do pensamento jurídico ocidental, mas principalmente a respeito das formulações concernentes aos princípios. Verificou-se que no início não havia uma unidade de pensamento quanto a esses preceitos gerais, demonstrando-se a ligação íntima que havia entre eles e o direito natural para os antigos e os medievais. Reforçou-se como fronteira epistemológica da teoria do direito, a virada positivista ocorrida no século XIX. Assim, os dois primeiros aspectos sobre os princípios analisado neste trabalho foram as diferenças entre os preceitos principiológicos de direito natural e de direito positivo. Concluiu-se que não houve uma unidade de significados do termo princípio, como também, pelo menos até o advento do

sistema jurídico na modernidade, não se tinha bem determinada a função do princípio ou mesmo sua natureza e relevância jurídica.

Os princípios começam sendo tratados como emanções das leis naturais, na filosofia da natureza, passando para entes ideais, os arquétipos, com o platonismo, para depois se tornarem máximas morais e diretrizes gerais de solução de litígios com a jurisprudência romana. No medievo, voltam a ser preceitos naturais, mas agora de uma natureza sagrada, transcendental e criada por um ser inteligente e divino. Os preceitos principiologicos mantêm neste período uma forte ligação com a moral e as formulações de uma conduta esperada pela comunidade. Impera nesse momento um aspecto absoluto do princípio. Viu-se que, aos poucos, esse caráter místico vai desaparecendo e cedendo lugar às concepções ditas racionais e relativistas acerca dos princípios. Essas alterações no pensamento jurídico são alavancadas por mudanças políticas, econômicas e sociais, analisadas no primeiro capítulo. Destaca-se entre elas o Renascimento e a Reforma Religiosa, o Iluminismo e a Revolução Industrial. Aos poucos, os contornos da modernidade são definidos.

Esses novos contornos se definem a luz de um paradigma positivista, como apresentado e marcam a consolidação do sistema jurídico como um sistema fechado, formal e institucionalizado através do Estado. O ordenamento jurídico se altera de um simples conjunto de normas postas para uma ordem sistemática definida por padrões próprios. O sistema jurídico se arranja em torno de uma linguagem própria. Sobre esse aspecto, a nota mais importante a ser extraída para o tema dos princípios jurídicos é o início das definições sistemáticas como ordens de princípios gerais, evidenciando a presença dos princípios e a existência de variados sistemas. Optou-se por analisar com o intuito de exemplo a *common law* e o sistema romanista, para se comprovar as peculiaridades que sistemas jurídicos distintos possuem em termos de princípios de direito. Acolheu-se a tese da variabilidade histórico-geográfica dos direitos, conseqüentemente dos sistemas e dos princípios presentes neles.

A partir dos pressupostos extraídos da investigação, foi possível identificar-se dois momentos bem marcantes na questão dos princípios no direito. O primeiro deles foi a juridicidade, o seja, o ponto em que os princípios aparecem no âmbito jurídico e as maneiras de sua manifestação. Neste viés, foram elencadas três formulações que os princípios jurídicos assumiram no contexto histórico da civilização ocidental, sendo a presença de preceitos no mundo natural, o conteúdo moral dos princípios e a sua identificação como fontes do direito. Esses três aspectos marcam a fase pré-sistemática da ciência jurídica e sua modulação em

sistemática com último deles. Em termos de metodologia jurídica, percebeu-se que nessa etapa, o papel dos princípios ainda era restrito e acessório dentro do direito.

O segundo momento trata da normatividade dos princípios, ou seja, o ponto em que eles deixam de serem identificados como figuras secundárias e passam a integrar a categoria das normas, adquirindo maior prestígio no âmbito jurídico. A forma como o direito foi encarado por muito tempo, como um conjunto de normas, é uma das responsáveis pela mudança de paradigma ocorrida após a segunda metade do século XX. A inserção de normas principiológicas no direito não é um fenômeno isolado nem tampouco ocorrido ao acaso, mas revela uma tendência da pós-modernidade. A sociedade contemporânea busca meios de flexibilizar suas instituições em razão do inchaço causado pela aceleração da técnica, movida pelo progresso econômico.

Longe de atestar como bom ou mau esse processo, este trabalho teve como propósito diagnosticar o momento presente, o mal-estar da pós-modernidade no seio do direito, tendo como conseqüências um esgotamento dos modelos tradicionais formalistas, baseados em regras rígidas, erigidos sob a égide do Estado Liberal e dilatados pela sociedade de massas. Portanto, esse trabalho identifica a colocação dos princípios nos sistemas jurídicos ocidentais como uma tentativa de reação desse modelo ultrapassado de direito. Nesse sentido, faz-se uma categorização desses princípios, ressaltando-se sua variabilidade e elencando ao menos três modalidades que a pesquisa identifica como postulados teóricos, enunciados fundamentais e mecanismos sistêmicos.

Portanto, na pós-modernidade, os sólidos tendem a desaparecer. É uma época caracterizada pela descartabilidade das idéias e pela inconstância de paradigmas. O Estado, ou o direito como se conhece, se constitui numa amarra à sociedade contemporânea da era da informação. Os princípios jurídicos são uma tentativa de resposta a essa crise existencial do direito, representam uma flexibilização do postulado liberal da legalidade estrita, é uma volta do pluralismo, o que demonstra a falência de instituições rígidas e formalistas. Isso produz um esgotamento das premissas, um marasmo intelectual que perpassa a teoria do direito na qual ainda não se vislumbra uma saída. É a filosofia de uma escatologia jurídica.

Essa conjuntura pode, inclusive, conduzir a uma era de extremos, a possibilidade do fanatismo jurídico-ideológico e o desmantelamento do sistema. É um direito tão dúctil que se torna líquido e, líquido, se esquece de sua função principal, a organização social. Mas é uma sociedade tão complexa que talvez sua desordem seja o que se procura e a ordenação um reacionarismo. O plástico se torna gelatinoso e simplesmente não existem mais padrões a

seguir. Talvez os princípios sejam o último baluarte modulador que as sociedades do futuro terão para se pautar numa era de anomia.

Assim, mesmo correndo o risco de assumir uma pecha conservadora, este estudo é reticente em afirmar que os princípios sejam uma espécie de redenção do direito. Mesmo que a tendência atual seja de inserir cada vez mais normas abertas de caráter principiológico nos ordenamentos jurídicos, não se pode esperar dos princípios a consecução da justiça, sob pena de se voltar ao jusnaturalismo, numa visão totalmente ingênua da realidade. Tampouco se pode afirmar, com absoluta certeza, que os paradigmas do positivismo estejam plenamente superados pelo novo constitucionalismo, pelos princípios ou pela sociedade aberta de intérpretes. Ainda é cedo para depositar no pós-positivismo todas as lúreas.

Deste modo, essa investigação, uma pesquisa histórica desde o início, não tem como afirmar como será o futuro dos princípios no direito, sob pena de cair no esoterismo da clarividência, mas pode consignar ao menos duas constatações finais, que talvez sirvam até de estímulo a estudos vindouros. A primeira é mostrar que o direito novamente se vê às voltas com sua eterna crise de fundamento, razão pela qual a busca dos princípios volta com vigor e assume a posição de prevalência no sistema. É uma questão ideológica antes de qualquer coisa. Até que ponto o direito é realmente formado por princípios normativos ou cognitivos, éticos ou técnicos, ou deve-ser formado por eles? Ou seja, desvendar as nuances do pensamento jurídico sobre essa matéria beira investigar como o dever-ser deve ser.

Depois, é preciso compreender que a situação analisada nessa pesquisa é o reflexo de uma crescente relativização hermenêutica que perpassa as ciências sociais e humanas. Explique-se: é fatídico constatar que não há nada que exista por si só, existindo apenas de forma interpretada. Assim, não há direito que se realize *per si*, mas apenas direito interpretado. E isso é algo que a História desde muito tempo vem proclamando quase que em unísono e que somente agora parece estar sendo ouvido pelo Direito. Se a compreensão do mundo é um processo de construção interpretativa da linguagem, quando se prioriza, em matéria de normas, aquelas que mais oferecem uma margem de interpretação (os princípios), indubitavelmente as possibilidades normativas aumentam.

Portanto, se for mantida a tendência atual, o estudo do direito também precisará ser reformulado. E junto com o estudo o ensino jurídico. O abandono progressivo da metodologia tradicional do direito pede uma transformação nas universidades, que já vem sendo observada na prática jurídica antes de chegar às cátedras. O direito interpretado é direito construído no caso concreto. Sendo assim, esse trabalho entende que a própria estrutura romanista do sistema poderá se alterar (como vem acontecendo) paulatinamente, para se modular de forma

mais próxima ao sistema de *common law*, de onde importou seus paradigmas principiológicos atuais. Ou, melhor dizendo, deve-se apontar para uma interpenetração dos sistemas jurídicos tradicionais, para o surgimento de um sistema jurídico global, cada vez mais flexível, conservando os ordenamentos nacionais peculiaridades de conteúdo cada vez menores dentro de uma forma progressivamente homogênea.

A propagação desse ideário principiológico entrega os destinos do direito aos juízes. O direito não é apenas fruto da vontade dos legisladores, pensar assim seria uma ingenuidade positivista, mas é o direito decidido no caso concreto. Talvez esse tenha sido o maior legado do realismo jurídico, a percepção de que o jurídico definitivamente não é o legal. E mais, tampouco hoje se possa dizer que seja o judicial. Numa retomada de Dworkin, nem o legislador nem os juízes decidem o direito independentemente, suas escolhas nunca estão baseadas no nada, mas afirmam-se sempre sobre ideais comuns da vida em comunidade, os princípios de direito. É um mito que sejam completamente livres para determinar os limites da juridicidade.

Contudo, para finalizar, para futuras reflexões é preciso ponderar que o universo social não é um mundo de harmonia, no qual haja princípios de justiça compartilhados por todos. Ao contrário, a sociedade contemporânea é complexa e permeada por indetermináveis conflitos de natureza política, econômica, social, cultural, para se nomear alguns. Decidir o direito (já que é uma questão de decidibilidade) tendo por parâmetro apenas os famigerados princípios é um risco, uma vez que eles carregam um ideal de homogeneidade artificial e podem esconder a complexidade social num aparente consenso. É preciso sempre que se pergunte a que esses princípios servem? Quais os valores que carregam? Por que são relevantes?

Ignorar esse dado é uma postura romântica e muito perigosa pelo risco de se criar um novo absolutismo. O temor da incerteza faz gerar uma angústia no direito o que pode levar a uma crença na perfeição dos princípios. Eles não são absolutos, nem se pode querer que sejam. Os princípios de direito são construídos, destruídos e reconstruídos (para se parafrasear Hannah Arendt), através de um processo inacabado e interminável, submissos à dialeticidade do devir histórico, presos às condições das sociedades que lhes deram origem.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1962.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ALBEE, Ernest. Descriptive and normative sciences. **The Philosophical Review**, Ithaca, v. 16, n. 1, p. 40-49, jan. 1907. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2177577>>. Acesso em: 3 abr. 2012.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de. **História: a arte de inventar o passado**. Bauru: EDUSC, 2007.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. Valência: Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídico y Sociales, 1979.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

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

_____. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, Oxford, v. 13, n. 3, p. 294-304, set. 2000.

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

ANCEL, Marc. **La “common law” d’Angleterre**. Paris: Arthur Rousseau, 1956.

ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Antonio de Castro Caieiro. São Paulo: Atlas, 2009.

ARNAUD, André-Jean et al. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Tradução de Vicente de Paulo Barreto. 2. ed. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARÓSTEGUI, Julio. **A pesquisa histórica: teoria e método**. Tradução de Andréa Dore. Bauru: EDUSC, 2006.

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

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **História do direito, ciência e disciplina**. Osasco: FIEO, 1998.

BAITZ, Rafael. O saber histórico na pesquisa jurídica: as teses acadêmicas e suas introduções históricas. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (Coord.). **História e método em pesquisa jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. O conceito weberiano de direito: estudo introdutório. In: PISSARRA, Márcia Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. (Coord.). **Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007.

BARRACLOUGH, Geoffrey. **Introdução à história contemporânea**. Tradução de Álvaro Cabral. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

BAU, Carlos S. Olmo. Ética, derecho y política en la filosofía de la historia. Hegel y Marx. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, Madrid, n. 4, p. 125-139, 2000/2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BLOCH, Marc. **Apologie pour l'histoire ou métier d'historien**. 6. ed. Paris: Armand Colin, 1967.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: Ed. UNB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES, Wilson Hilário. **Historicidade e materialidade dos ordenamentos jurídicos**. São Paulo: EDUSP; Ícone, 1993.

BÖTTCHER, Carlos Alexandre. **Iudicet iudicare iubeat**: reflexões sobre as origens do processo civil romano e bipartição. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. Perspectiva dogmática e erudição historiográfica: ainda a ausência de senso crítico no estudo do Direito. In: _____. (Coord.). **História e método em pesquisa jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. **Les écoles historiques**. Paris: Seuil, 1983.

BOWRA, Cecil Maurice. **The Greek experience**. London: Weidenfeld and Nicolson, 1957.

BRONZE, Fernando José. Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 75, p. 151-177, 2003.

BRÜSEKE, Franz Josef. A modernidade técnica. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 17, n. 49, p. 135-173, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.pdf/rbcsoc/v17n49/a09v1749.pdf>>. Acesso em: 20 nov.2011.

CALAMANDREI, Piero. **A crise da justiça**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARDOSO, Ciro Flamarion. **Um historiador fala de teoria e metodologia: ensaios**. Bauru: EDUSC, 2005.

CARRINGTON, Paul D. Hail! Langdell!. **Law & Social Inquiry**, Chicago, v. 20, n. 3, p. 691-760, jul. 1995. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-4469.1995.tb00784.x/abstract>> Acesso em: 25 out. 2013.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CATALANO, Pierangelo. Religião, moral e direito na perspectiva do ius Romanum. Roma e América. **Direito romano comum. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Roma, n. 1, p. 3-14, 1996.

CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** São Paulo: Brasiliense, 1993.

COING, Helmut. **Fundamentos de filosofía del derecho**. Traducción de Juan Manuel Marin. Barcelona: Ariel, 1976.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. O direito como parte da ética. In: ALVES, Alaôr Caffé et al. **O que é a filosofia do direito?** São Paulo: Manole, 2003.

CORDOVA, Maria Julieta W. Talcott Parsons e o esquema conceitual geral da ação. **Emancipação**, Ponta Grossa, v. 7, n. 1, p. 257-276, 2007.

COSTA, Cláudio F. Razões para o utilitarismo: uma avaliação comparativa de pontos de vista éticos. *Ethic@*, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 155-174, dez. 2002. Disponível em: <<http://journal.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/14591/13345>>. Acesso em: 20 nov.2011.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

CRUBELLIER, Maurice. Teorias da história. In: BURGUIÈRE, André (Org.). **Dicionário das ciências históricas**. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Imago, 1993.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006.

DESCHAMPS, Henri-Thierry; POULIGO, René. L' époque contemporaine. In: GOTHIER, Louis; TROUX, Albert (Org.). **Recueil de textes d'histoire**. Paris: H. Dessain, [19--].

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria do direito na obra de Hans Kelsen**. São Paulo: RT, 2010.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar – UNISINOS, 2006.

DUBY, Georges. **A Europa na Idade Média**. Tradução de Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

DUMOULIN, Olivier. Historicismo. In: BURGUIÈRE, André (Org.). **Dicionário das ciências históricas**. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Imago, 1993.

_____. Método histórico. In: BURGUIÈRE, André (Org.). **Dicionário das ciências históricas**. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Imago, 1993.

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

ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Tradução de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

_____. **The technological system**. Translation by Joachim Neugroschel. New York: The Continuum Publishing Corporation, 1980.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERREIRA, Daniel Brantes. **Realismo jurídico norte-americano**: uma contribuição para o ensino jurídico. 2011. 169 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

FERRERO, Guglielmo. **História romana**. Tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Martins, 1947.

FOLZ, Robert et al. **De l'antiquité au monde medieval**. Paris: Presses Universitaires de France, 1972.

FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do direito**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

FUNARI, Pedro Paulo A.; SILVA, Glaydson José da. **Teoria da história**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

GENY, François. **Science et technique en droit privé positif**. Paris: Recueil Sirey, 1921. t. 3.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Coimbra: Calouste Gulbenkian, 2001.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Incerteza social e dogmática jurídica: limites da abordagem luhmanniana. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; BATALHA, Carlos Eduardo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). **Nas fronteiras do formalismo**: a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. O ponto e a linha: história do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo. **Seqüência**: Estudos Políticos e Jurídicos, Florianópolis, n. 51, p. 31-45, dez. 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1-2.

HART, Herbert L. A. **El concepto de derecho**. Traducción de Genaro A. Carrió. Buenos Aires: Abelaredo-Perrot, 1963.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **The philosophy of history**. Translation by J. Sibree. Ontario: Kitchener, 2001.

HELLER, Agnes. **Uma teoria da história**. Tradução de Dilson Bento de Faria Ferreira Lima. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Boiteux, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JUSTO, Antonio Santos. **Nótulas de história do pensamento jurídico: história do direito**. Coimbra: Coimbra, 2005.

KAPLAN, Abrahan. **A conduta na pesquisa: metodologia para as ciências do comportamento**. São Paulo: Herder, 1972.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOERNER, Andrei. Nômades, provincianos, fronteiriços: reflexões sobre a institucionalização acadêmica da história do direito no Brasil. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Org.). **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

KRETSCHMANN, Ângela. Sistema. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; Ed. UNISINOS, 2006.

KRUEGER, Paul et al. **Corpus juris civilis**. 5. ed. Berlim: Weidmann, 1888. Disponível em: <<http://archive.org/details/corpusjuriscivil01krueuoft>>. Acesso em: 17 ago.2013.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LACERDA, Bruno Amaro. **Teorias esquecidas da justiça**. Belo Horizonte: Líder, 2006.

LAMEGO, José. Discussão sobre os princípios jurídicos. **Revista Jurídica da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa**, Lisboa, Nova série, n. 4, p. 103-123, out./dez. 1985.

LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1991.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LE GOFF, Jacques. **Le Moyen Age**. Paris: Borda, 1962.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del derecho**. Barcelona: Bosch, 1953.

- LETWIN, Shirley Robin. **On the history of the idea of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.
- _____. The autopoiesis of social systems. In: GEYER, Felix; ZOUWEN, Johannes van der (Ed.). **Sociocybernetic paradoxes**. London: Sage, 1986.
- MACEDO, Sílvio de. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.
- MAIA, Alexandre da. Normatividade. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; Ed. UNISINOS, 2006.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MATTAR NETO, João Augusto. **Metodologia científica na era da informática**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MAYOR, Alfonso Ávila. Que és la justicia? De Hans Kelsen. **Frónesis**, Caracas, v. 15, n. 3, dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682008000300009&lang=pt>. Acesso em: 12 mar. 2013.
- MAYOS, Gonçal. **Macrofilosofía de la modernidad**. Sevilha: dLibro, 2012.
- MORENO, José Antonio Sanz. Kelsen y la unidad del Estado/Derecho: de las premisas kantianas a la ficción imaginada. **Política y Sociedad**, Madrid, v. 46, n. 3, p. 175-189, jan. 2009.
- MOUSNIER, Roland; LABROUSSE, Ernest. **Le XVIII^e siècle**: l' époque des "lumières". 1715-1815. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1967.
- NEVES, Marcelo. Autopoiese. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; Ed. UNISINOS, 2006.
- OHLWEILER, Leonel Pires. Ontologia jurídica. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; Ed. UNISINOS, 2006.
- ORMELESÍ, Vinicius Fernandes. Ciência e metodologia jurídica: dos princípios científicos à teoria da norma jurídica. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, v. 12, n. 136, p. 71-78, set. 2012.

_____. Princípios jurídicos e realidade normativa. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, ano 16, n. 23, p. 393-414, 2012.

PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. **História da filosofia**. 9. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1972.

PARIS, Robert. Marxista (história). In: BURGUIÈRE, André (Org.). **Dicionário das ciências históricas**. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Imago, 1993.

PARSONS, Talcott. **The social system**. London: Routledge, 1991.

PECZENIK, Aleksander. A theory of legal doctrine. **Ratio Juris**, Oxford, v.14, n.1, p.75-105, mar. 2001.

_____. Taking laws seriously. **Cornell Law Review**, New York, v. 68, p. 660-684, 1982.

PINTO, Agerson Tabosa. **A recepção do direito romano e seus aspectos sociológicos**. Granada: Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 1995.

PLATÃO. **A república**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2012.

PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the common law**. 5th. Boston: Little Brown and Company, 1956.

POLI, Roberto. Nicolai Hartmann, In: ZALTA, Edward N. (Ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2012. Disponível em:
<<http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/nicolai-hartmann/>>. Acesso em: 23 jun. 2013.

POUND, Roscoe. **El espíritu del “common law”**. Traducción de José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954.

QUEIROZ, Cristina. O direito como sistema (interno) de regras e princípios. In: CUNHA, Paulo de Pitta. (Coord.). **Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2006. v. 1.

RAMOS, Marcelo Maciel. **Ética grega e Cristianismo na cultura jurídica do ocidente**. 2007. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

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

_____. **Horizontes do direito e da história**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

RICOUER, Paul. **Tempo e narrativa**. Tradução de Constança Marcondes César. Campinas: Papyrus, 1994. t. 1.

RODRÍGUEZ, Manoel Atienza. **Tres lecciones de teoría del derecho**. Alicante: Club Universitario, 2000.

- ROMANO, Ruggiero; TENENTI, Alberto. **Los fundamentos del mundo moderno**. Traducción de Marcial Suárez. Madri: Siglo XXI, 1972.
- ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. 2. ed. Firenze: Sansoni, 1945.
- ROSS, Alf. **Directives and norms**. New York: Humanities Press, 1968.
- RÜSEN, Jörn. **Razão histórica: teoria da história: os fundamentos da ciência histórica**. Tradução de Estevão de Rezende Martins. Brasília, DF: Ed. UNB, 2001.
- SALDANHA, Nelson. Historicismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar; Ed. UNISINOS, 2006.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. Traducción de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1946.
- SCHELER, Max. **A reviravolta dos valores**. Tradução de Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 1994.
- SÉROUSSI, Roland. **Introduction au droit comparé**. 2. ed. Paris: Dunod, 2003.
- SILVA, Ricardo Manuel Marques Tavares da. **O fundamento axiológico da normatividade**. 2011. 140 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Letras - Universidade de Lisboa. Lisboa, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/7437/1/ulfl118289_tm.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2013.
- SIMIAND, François. **Método histórico e ciência social**. Tradução de José Leonardo do Nascimento. Bauru: EDUSC, 2003.
- SOUSA, Daniel de. **Teoria da história e conhecimento histórico**. Lisboa: Horizonte, 1982.
- SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TANAKA, Kotaro. O direito e a técnica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 45, n 119, p. 51-55, set. 1948.
- THOMAS, Yan. Direito. In: BURGUIÈRE, André (Org.). **Dicionário das ciências históricas**. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Imago, 1993.
- THOMPSON, Paul. **A voz do passado: história oral**. Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- TOURTOULON, Pierre de. **Les principes philosophiques de l'histoire du droit**. Paris: Payot, 1919.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLF, Erik. **El problema del derecho natural**. Traducción de Manoel Entenza. Barcelona: Ariel, 1961.

WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. In: _____. (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos y justicia. Traducción de Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa: Quid Juris, 2010.