DE PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: UMA TRAJETÓRIA TRIFÁSICA

From general principles of law to constitutional principles: a three phase path

De los principios generales de derecho a los principios constitucionales: un camino trifásico

VANDERLEI DE FREITAS NASCIMENTO JÚNIOR
Doutorando em Ciência, Tecnologia e Sociedade pela Universidade Federal de São Carlos. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Bacharel em Direito e atualmente professor nas Faculdades Integradas de Jaú
Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9600073227976325

LUCAS DE LAZARI DRANSKI
Técnico em Serviços Jurídicos pela ETEC de Itararé. Bacharelando em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú – FIJ
Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6112858444498145

RESUMO

O objetivo deste estudo é rastrear a peregrinação rumo à constitucionalidade, realizada pelos princípios gerais de direito. Da apuração, depreendeu-se que três fases teóricas estão inseridas nesse percurso histórico: a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-juspositivista. Concluiu-se a extrema relevância dos princípios jurídicos para a oxigenação do Direito Constitucional Contemporâneo, bem como sua função de legitimar o ordenamento jurídico a que pertence.

Palavras-chave: Princípios gerais de direito. Jusnaturalismo. Juspositivismo. Pós-juspositivismo. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

The purpose of this study is to trace the pilgrimage to constitutionality, carried out by the general principles of law. From the investigation, it emerged that three theoretical phases are inserted in this historical course: the jusnaturalist, the juspositivist and the postjuspositivist. In conclusion, it was noted the extreme relevance of legal principles for the oxygenation of contemporary constitutional law, as well as their function to legitimize the legal order to which it belongs.

Keywords: Generic principles of law. Jusnaturalism. Juspositivism. Postjuspositivism. Constitutional principles.

RESUMEN

El propósito de este estudio es rastrear la peregrinación a la constitucionalidad, realizada por los principios generales del derecho. De la investigación, surgió que se insertan tres fases teóricas en este curso histórico: el iusnaturalista, el iuspositivista y el postiuspositivista. Se concluyó la extrema relevancia de los principios

legales para la oxigenación de la Ley Constitucional Contemporánea, así como su función de legitimar el orden legal al que pertenece.

Palabras clave: Principios generales de derecho; Iusnaturalismo; Iuspositivismo; Postiuspositivismo; Principios constitucionales.

1. INTRODUÇÃO

Não há como negar a forte influência do sistema civil law na constituição do ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, não é possível que todas as situações cotidianas sejam previstas e tuteladas pela legislação pátria.

Diante deste cenário, é preciso voltar os olhares para atuação dos princípios gerais do Direito, os quais servirão como base para a evolução cognitiva para os juristas, especialmente, para aqueles cuja atribuição funcional consiste na aplicação do Direito ao caso concreto.

Será abordado, num primeiro momento, o sentido etimológico da palavra princípio, para então, demonstrar que seu respectivo significado lógico está atrelado às concepções equivalentes de impulso inicial, de origem ou causa primária.

Em seguida será demonstrado, no desenvolvimento do presente estudo, alguns dos principais raciocínios jurídicos a respeito da proposição diretiva dos princípios, a qual representa um desenvolvimento ulterior a que eles estão subordinados.

De maneira símile, os princípios gerais de direito irradiam suas propriedades: ora justificando as criações jurídicas, em suas mais diversas sendas, ora expelindo diretrizes amplamente contemplativas, que ensejam precedência no processo de aplicação do Direito.

Insta salientar que esses pressupostos jurídicos, tais como outras fontes de Direito, aduzem qualidades singularíssimas, incansavelmente debatidas pela doutrina e transmutadas pela jurisprudência.

Essa esteira evolutiva abduz corolários muitíssimo importantes à progressão do Direito, expandindo as fronteiras de sua personalidade científica e respondendo paulatinamente a uma quantidade superna de anseios sociais.

É pela razão suso alinhavada que se alumia a necessidade de depreender as nuances dessa matéria.

Para a realização da presente pesquisa foi utilizado os métodos dedutivo e indutivo, pautada numa clara e específica revisão de literatura, a partir da consulta a diversos livros e artigos científicos – majoritariamente de autoria de jus filósofos expoentes no tema abordado – referentes às disciplinas de Filosofia Geral e Jurídica e Direito Constitucional.

2. A PROBLEMÁTICA QUE CIRCUNDA A CONCEITUAÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

É uma tarefa pouco fácil a conceituação de elemento participativo na dimensão jurídica, porque são raros os cenários da teoria do Direito nos quais há consenso absoluto sobre determinado tema.

Não há divergência entre os etimólogos de que o verbete princípio deriva do termo latino principium (PRINCÍPIO, 2018). Outrossim, é notável a frequência dos dicionários em declarar que este vocábulo remete às concepções equivalentes de impulso inicial, origem e causa primária (PRINCÍPIO, 2019).

Neste rumo, o catedrático espanhol Luis Díez-Picazo y Ponce de León (1983), ao observar as características da geometria, estabelece com ela uma relação principiológica, ensinando que os princípios designam verdades primeiras e que por este motivo encontram-se no princípio; isto é, na gênese das coisas.

Noutro raciocínio, o professor da Universidade de Paris, André Lalande, em Vocabulaire Technique et Critique de La Philosophie (BOULANGER, 1950), leciona que princípio é uma proposição diretiva a qual um desenvolvimento ulterior está subordinado.

Isto em razão de sua proatividade, que assim é comentada por Pietro Alarcón (2013), na Argumenta Journal Law, da Universidade Estadual do Norte do Paraná:

> Pois bem, afirme-se que o Direito é um fenômeno histórico [...] **pela sua infinita capacidade de evoluir, de adaptar-se às mais variáveis circunstancias oferecidas pela realidade.** Bem por isso se diz que se pretendemos conhecer a realidade do Direito, devemos nos debruçar à realidade das circunstâncias que lhe dão origem e que determinam essa sua legitimidade, sua razão de ser. É dizer, devemos analisar as fontes materiais. [grifo acrescido]

Em que pese a definição de princípios gerais de direito, a conjuntura não é diferente. Como dito anteriormente, doutrinadores digladiaram-se para formá-la, gerando concepções contrastantes.

Assim, essa dinâmica recorrente alterou o entendimento acerca do assunto, trespassando as décadas e predispondo os eventos históricos em três fases, segundo a inteligência do notável jurista Paulo Bonavides (2015), quais sejam: a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-juspositivista.

Cada uma delas se subsome em contextos históricos discrepantes e interliga-se com a outra por meio de tênue lapso temporal, que por seu turno representa o avanço da produção intelectual doutrinária.

De toda forma, ressalvada uma magra porção de autores, notar-se-á no curso desta redação que o conceito de princípios gerais de direito vacila, como um pêndulo atado a seu eixo, na ideia de que são enunciados normativos permeados de generalidade, responsáveis por suprir as lacunas legais e legitimar o ordenamento jurídico em que estão circunscritos.

Nada obstante, não é o objetivo deste artigo pormenorizar as individualidades presentes em cada um dos ínterins classificados eximiamente pelo Doutor honoris causa da Universidade de Lisboa.

Muito pelo contrário. Desvenda-se a imprescindibilidade do estudo dessas categorias, pois é conhecendo-as que o assunto permite descobrir todas as complexidades do entrave por que a doutrina discorreu por décadas (persistindo a fazê-lo atualmente, inclusive) e, mormente, como os princípios gerais de direito atingiram a alçada de princípios constitucionais, auferindo o prestígio de lei máxima nos ordenamentos jurídicos da hodiernidade, em sua maioria.

É com esta motivação que prosseguiremos em direção à análise das fases supracitadas.

3 A FASE JUSNATURALISTA

O jusnaturalismo pressupõe a existência do direito natural, que independe de atividade humana no que cabe sua criação. Ele seria, então, um complexo de princípios especulares, que acompanham o ser humano desde sua existência e que são revelados à medida que a experiência social do homem é edificada.

Esta teoria, que ganhou força dantesca no século XVIII, com o advento do racionalismo – orquestrado por personas insignes como Baruch Spinoza e René Descartes (2016) –, tornou-se verdadeiro avalanche nos debates doutrinários e abalou substancialmente a ordem jurídica universal.

Sua história, todavia, é vetusta. Estudiosos traçam sua origem na Grécia Antiga, concedendo sua paternidade a Aristóteles (2013) que em sua obra intitulada Retórica, teria indiciado o direito natural ao redigir sobre os critérios de justiça e de injustiça, quando propôs que:

> Distingamos agora todos os atos de injustiça e de justiça, começando por observar que o que é justo e injusto foi já definido de duas maneiras em relação a dois tipos de leis e a duas classes de pessoas. Chamo lei tanto à que é particular como à que é comum. É lei particular a que foi definida por cada povo em relação a si mesmo, quer seja escrita ou não escrita; e comum, a que é segundo a natureza. P**ois há na natureza um princípio comum do que é justo e injusto, que todos de algum modo adivinham mesmo que não haja entre si comunicação ou acordo** [...]. [grifo acrescido]

Neste diapasão, seguiu-lhe a filosofia estoicista, de Zenão de Cítio (BUCKINGHAM , 2011): a crença de que no universo impera uma força superior que lhe impõe organização e determina como o ser humano deve se comportar. Para os Estoicos, esta "orientação" mística – a qual nos é transmitida pelo raciocínio – sintetizaria o direito natural.

O próprio Livro Sagrado do cristianismo (BÍBLIA DE ESTUDO NVI in BARKER 2003) traz em sua Epístola aos Romanos – cuja autoria é atribuída ao apóstolo Paulo de Tarso –, na passagem 2:14-15, ao se referir aos gentios, que apesar de não possuírem Lei, a praticam naturalmente pois suas exigências estariam gravadas em seus corações, de maneira que suas consciências acusariam ou defenderiam uns aos outros.

Conseguintemente, Thomas Hobbes (in TUCK, 2003, p. 87) – em sua mais célebre obra, qual seja, O Leviatã – destacou um ponto interessante na discussão, sendo um dos primeiros teóricos a criticar o direito natural sem acusar sua inexistência, e sim clareando vícios em seu funcionamento. Explica-se: o filósofo inglês manifestou sua opinião no sentido de que, apesar do direito de natureza ser uma realidade, sua existência sem a adenda do direito positivo seria insustentável. Atestou isto porque, segundo ele, os seres humanos, no estado natural, são iguais tanto em capacidade como em esperança de atingir seus fins. Logo, esta condição os levaria a confrontar-se em qualidade de inimigos quando os interesses de um coincidissem com os de outro, sem que a coisa almejada pudesse, no entanto, ser gozada por ambos.

Nesta convicção, alumbrou a essencialidade do direito positivo, que teria o papel de pacificar esse cenário de caos social. Somente assim – através da coexistência jurídica –, a sociedade civilizada teria

seus direitos garantidos e as contendas relacionadas a estes últimos solvidas.

É apodíctica a influência montanhosa que Hobbes inculcou à comunidade universal no âmbito do direito natural. Suas diligentes arguições contribuíram sobremaneira à otimização da teoria jusnaturalista, fomentando até mesmo réplicas por partido de outros filósofos.

O inglês John Locke foi um deles, responsável majoritariamente por inflar vida ao liberalismo (BUCKINGHAM, 2011). No mesmo movimento, situam-se figuras reputadas, como o jurista Hugo Grotius e o terceiro presidente dos Estados Unidos da América, Thomas Jefferson. Todos esses protagonistas acoplaram o direito naturalista de alguma forma às suas respectivas teorizações.

Finalmente, há de se falar da Nova Escola de Direito Natural, instrumentalizada sumariamente pelo australiano John Mitchell Finnis.

O objetivo dela é o de ressuscitar o jusnaturalismo após sua derrocada pelo positivismo. Deste modo, buscou-se manusear formas de adequá-la aos novos critérios de validade teórico-científica, a saber: a objetividade; a universalidade; e a inteligibilidade.

Essa atitude remodelou a visão que os críticos tinham do direito natural a tal instância que este se metamorfoseou na teoria jusnaturalista mais concreta até hoje.

Do meio de suas extensas especificidades, é pertinente a evocação do conceito de princípios da lei natural, em harmonia ao pensamento de Finnis (2011, p. 23):

> I – um complexo de princípios práticos básicos que indica as formas essenciais de desenvolvimento humano como bens a serem perseguidos e auferidos, que são, de um modo ou de outro, utilizados por todos que consideram o que fazer, por mais descabidas que sejam suas conclusões, e
> II – um conjunto de requerimentos metodológicos básicos de razoabilidade prática (que por sua vez é uma das formas essenciais de desenvolvimento humano) que distingue os pensamentos práticos fundados dos infundados, e que, quando empregados, fornecem o critério para diferenciar os atos que (sempre ou em circunstâncias específicas) são razoáveis-em-todos-os-aspectos (e não apenas relativos-a-propósitos-específicos) e os que são irrazoáveis-em-todos-os-aspectos, i.e., são moralmente corretos e os que são moralmente incorretos – que permitem, nessa esteira, a formulação de
> III – uma consolidação de padrões morais gerais. [tradução livre][1]

Neste azo, faz-se congruente apontar que, ao generalizar as teorias jusnaturalistas, extrai-se o anexim de que a moralidade está umbilicalmente ligada à alma da lei.

Isto, pois muitas delas refutam a própria necessidade do direito positivo, e provavelmente, para justificar essa determinação é que seus comungantes "concedem" tamanha normatividade à moral.

Após esta explicação, é cabível prosseguir, adicionando a intrigante opinião do doctor philosophiae da Universidade de Oxford que, caso recepcionada pelo leitor, redimensionará sua noção sobre direito da natureza (Op. cit., p. 24):

> O direito natural não pode ascender, declinar, ser revivido ou arranjar 'retornos eternos'. Ele não pode ter conquistas históricas em seu nome. Ele não pode ser responsável por desastres do espírito do ser humano ou atrocidades da atividade deste último. [tradução livre][2]

Com isto, entende-se que a história de algo ou alguém é extratada da oscilação de seu statu quo. Por consequência, se o objeto observado é imutável, não há o que se registrar, porquanto seu próprio conceito resume toda a extensão de sua poranduba.

Trajado deste raciocínio, traduzem-se as sentenças do autor por meio do seguinte silogismo categórico: (1) Toda coisa imutável não possui história. (2) O direito natural é imutável. (3) Logo, o direito natural não possui história.

Conclusivamente, sobeja iluminar a crítica feita, pelo renomado positivista Hans Kelsen, ao direito natural: a de que o direito natural carece de validade

[1] No original: (i) a set of basic practical principles which indicate the basic forms of human flourishing as goods to be pursued and realized, and which are in one way or another used by everyone who considers what to do, however unsound his conclusions; and (ii) a set of basic methodological requirements of practical reasonableness (itself one of the basic forms of human flourishing) which distinguish sound from unsound practical thinking and which, when all brought to bear, provide the criteria for distinguishing between acts that (alway or in particular circumstances) are reasonable-all-things-considered (and not merely relative-to-a-particular purpose) and acts that are unreasonable-all-things-considered, i.e. between ways of acting that are morally right or morally wrong — thus enabling one to formulate (iii) a set of general moral standards.

[2] No original: Natural Law could not rise, decline, be revived, or stage 'eternal returns'. It could not have historical achievements to its credit. It could not be held responsible for disasters of the human spirit or atrocities of human practice.

legal e, como resultado, deslegitima sua aplicação.

Sucedeu a redarguição do filósofo por John Finnis, que objetou que se assim verdadeiramente o fosse, tampouco o direito positivo possuiria validade legal, afinal as justificativas que o legitimam sustentam-se no direito natural – engendrando, assim, clara armadilha argumentativa à Kelsen, como se aceitasse sua contradição ao preço de incorrê-lo ao erro.

Esta foi uma brevíssima exposição da fase jusnaturalista; dos tópicos necessários à compreensão de que consiste essa marcante teoria e de como ela coadjuvou a trajetória dos princípios gerais de direito à normatividade.

Por óbvio que não seria possível – e nem é o objetivo deste artigo – exauri-la. Para tanto, subsiste a recomendação das leituras originais dos autores supramencionados.

Encerra-se com clássica citação de Sófocles (2005, p. 30), na silhueta de sua personagem Antígone, cuja ao ser inquirida pelo rei Creonte sobre o porquê de haver desobedecido sua determinação, dilucida-se:

> [...] porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força o bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! e ninguém sabe desde quando vigoram! [...].

4 A FASE JUSPOSITIVISTA

O juspositivismo – que não se confunde com a corrente de pensamento capitaneada por John Stuart Mill e August Comte ou com o modelo filosófico dos membros do Círculo de Viena – abaliza o Direito tão somente à lei; reconhecendo emanação normativa exclusivamente na regra, que é posta, dada por indivíduo competente para criá-la.

Nessa arte, percebe-se que esta teoria, à primeira vista, exclui de sua equação o elemento principiológico. Isto em razão de que, segundo o positivismo jurídico, os princípios gerais de direito nunca absorveram normatividade pela espontaneidade do homem. É que são meras abstrações humanas de religiosidade e racionalidade projetadas na esfera do empirismo.

Consabido, pois, que ao decorrer do processo civilizatório humano, houveram leis tão macróbias a ponto de datarem mais de 2.000 a.C, a saber, exempli gratia, os Códigos de Urucagina e Ur-Namu. Possível dizer, portanto, que as leis são a fonte de Direito mais provecta dentre as existentes.

Relevante explicitar, no entanto, que o juspositivismo não acompanha a aplicação da lei desde o surgimento desta, ainda que, antigamente, não fosse aceita pelos povos outra norma senão ela.

A doutrina de que tratamos neste capítulo é consectária do Código Civil de Napoleão – reflexo do fenecimento da Revolução Francesa e da onda de transições de modelos monárquicos aos de Estado-nação – e tem seu nascimento por volta do início do século XIX, com a Escola Filológica, também chamada de Escola da Exegese.

Os Exegetas partiram do território francês ao mundo, perpetuando-se até mesmo na contemporaneidade, embora em menor proporção.

Seu ensino atende a um sistema que irradia circunferência ao redor da lei, com múltiplas preconizações, tais como: o estímulo à codificação; a hermenêutica mecânica, que consiste no ato maquinal do juiz de direito de aplicar e interpretar a legislação unicamente consoante à vontade do legislador, em observância à literalidade do texto legal; e o açambarcamento da competência de produzir leis ao agente legitimado pela vontade do povo para isso.

Salienta-se que a Escola Filológica se divide em três fases, coadunando à sabedoria do filósofo polonês Charles Perelman (2000). A seguir, elas, sucintamente.

A primeira inicia em 1804, com a vigência do Código Civil napoleônico. É marcada pelo estudo monístico da lei, em detrimento do progresso da jurisprudência e da doutrina – consequência percebida a posteriori. Finda nas proximidades de 1840.

A segunda perdura até 1880 e corresponde ao fastígio da Escola. Nela, surge a preocupação pelas lacunas da lei, mitigada com a utilização do recurso da analogia – que consiste no método interpretativo de identificar norma referente a caso semelhante e aplicá-lo à controvérsia desregulamentada.

A terceira aponta a perda de sua influência, com a publicação de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, de François Geny, em 1899.

As causas de seu declínio são, sumariamente, o excesso de críticas sobre a visão unilateral da Escola, enquanto alteavam-se outras ciências que valorizavam os ambientes histórico-sociológicos de seus objetos, e a incompatibilidade de um esquema demasiado legalista vis-à-vis as alomorfias sociais causadas pela Revolução Industrial.

Elementar mirar que, na completude de sua instrução, os princípios jurídicos foram calcados. O positivismo clássico, impregnado no cerne de sua doutrina, impedia o uso deles e, não o bastante, como abordado a priori, ao se deparar com o problema

lacunoso das leis, supriu-o com a analogia, na tentativa fracassada de substituir a fundamentalidade do fator principiológico.

Em concomitância à Escola da Exegese, atuou a Jurisprudência dos Conceitos – subdivisão do positivismo jurídico, consubstancializada pelos jusfilósofos Georg Friedrich Puchta, Rudolf von Ihering e Friedrich Carl von Savigny (CURY; MARÇAL, 2009).

Esta corrente doutrinária, como sua denominação indica, interpreta o ordenamento jurídico num viés conceitual-sistemático. Para tanto, inovou, pois para ela não bastava a literalidade da lei; imprescindível compreender de que os institutos nela empregados se tratavam.

Aqui, os princípios gerais de direito não adquirem prestígio eloquente, mas ao menos herdam o papel de auxiliar a tarefa da conceituação dos institutos codificados quando estes não são auto elucidativos.

Ulteriormente, profusas teorias derivadas do juspositivismo exsurgiram, muito no intento de corrigir a deficiência de suas antecessoras em comportar, no direito positivo, o processo evolutivo das sociedades.

Verbi gratia, registrem-se a Escola da Livre Investigação Científica do Direito, a Escola do Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses e a afamada Teoria Pura do Direito.

Sugere-se ao leitor a disquisição das duas primeiras, a título de aprofundamento. Quanto às restantes, são atraentes demais para esquivarem-se do crivo desta elucubração.

A Jurisprudência dos Interesses, criada pelo jurista russo Philipp Heck, superpõe-se a dos Conceitos.

Examina sua compleição no mérito de que, apesar de sustentar ideais jurídico-positivistas, deve-se buscar na lei não a definição de seus institutos, mas suas finalidades. Rastreia, neste sentido, a vontade do legislador teleologicamente, e não gramático-literalmente.

Deste recinto é excertado um novo ofício dos princípios do Direito: o de hermeneutizar a lei à procura da pretensão do desígnio legislativo. Cá, há neles mais reconhecimento, conquanto sua subsidiariedade.

Passa-se, adiante, à Teoria Pura do Direito, avivada pela obra homônima, do famígero Hans Kelsen (1998). Esta tese, como seu título indigita, cobiça transportar o Direito à sua suposta pureza, desvencilhando-lhe de sincretismos metodológicos que o afastem da recognição científica.

Kelsen defende fervorosamente que outras ciências, por mais que conectadas ao Direito, não devem ser vistas como se compusessem fração de seu mecanismo, na medida em que se observa este fragmento do prefácio de Reine Rechtslehre (Id., ibid.., p. 1):

> Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

Assim sendo, disciplinas como a Psicologia, Filosofia e Sociologia Jurídicas seriam desincorporadas da ciência-objeto kelseniana, pois esta resumir-se-ia ao fito de duas subteorias arrazoadas pelo douto da Universidade de Viena.

Essas seriam a Teoria Estática do Direito, que comentaria a respeito do direito posto, e a Teoria Dinâmica do Direito, responsável pelo direito processual, em agigantadíssima concepção, por versar sobre questões de competência dos tribunais e da própria hierarquia do ordenamento jurídico (Id., Ibid., p. 50).

Este último elemento vem a ser o píncaro do arcabouço do autor, em virtude de instituir, através da Pirâmide de Kelsen, o que se conhece hoje como hierarquização normativa, segundo a qual as normas detêm variados graus de importância, que por suas vezes as subjugam umas às outras, conforme seus poderios.

Com isto, adveio o neoconstitucionalismo, subalternizando os Códigos que outrora exerciam inconcebível normatividade à nova condição das Constituições, qual seja, a de lei-mor nos sistemas jurídicos.

O magistrado australiano não é o único predecessor nesse perímetro. Longe disso; a abundância de doutrinadores que contribuíram admiravelmente à natividade desse fenômeno é significativa. Porém, é inconcussa sua participação.

Mais conveniente ainda é contextualizá-la, afinal, se realizada pelo leitor a árdua tarefa de segregar a extraordinária influição que teve o jurista em destaque

no ascendimento abrupto das Constituições, influxo no mínimo homomorfo é notado no ensejo pérvio da içagem dos princípios gerais de direito a princípios constitucionais.

É claro que, nisto, Hans Kelsen interveio indiretamente, até porque, como arraigado juspositivista, não eliminava de sua teoria a subsidiariedade das unidades principiológicas. Sem embargo, ele não concedeu o alteamento dos princípios jurídicos, apenas permitindo que o pós-positivismo, subsequentemente, o fizesse.

A glosa recorrente à Teoria Pura do Direito volta e meia acusou-a de predispor a eclosão de regimes ditatoriais e violações aos direitos humanos, de maneira geral, dado seu preceito de legitimar qualquer tenção estatal na pessoa de seu legislador.

Melhor dizendo: transgressões a princípios fundamentais como os da vida, da dignidade da pessoa humana e da igualdade seriam possíveis, pois o Estado teria o poder de delimitar as fronteiras da justiça e da injustiça à medida que lhe conviesse.

Contudo, essas reprimendas não quedaram sem resposta. Em contrapartida, seguidores kelsenianos rebateram que a teoria em relevância somente entenderia válidas as normas que apresentassem eficácia no plano social, ou seja, governos incompatíveis à vontade geral seriam tão somente impulsos coercitivos, e não sistemático-legalmente amparados.

O juspositivismo ainda é tangível na modernidade. Sua escaramuça com o pós-positivismo não terminou e arrasta-o pelos séculos. Provas disto são as nupérrimas teorias do Positivismo Moderado e do Positivismo Exclusivo que, a mostra de curiosidade, operam em linhas diametricamente opostas entorno da inclusão ou não da moral no Direito.

Testemunha-se, neste patamar, os fôlegos de vida do positivismo jurídico, que resistem à renovação, na obstinação de ratificar seu credo na efetividade sui generis da lei.

5 A FASE PÓS-JUSPOSITIVISTA

O pós-positivismo jurídico é fase inacabada. Vivemo-la.

Sua engrenagem teórica remonta à totalidade dos debates jusnaturalistas e juspositivistas; por este motivo é que assume desmedida complexidade.

De primeira mão, pode-se dizer que esta doutrina reaproxima o Direito da moral, assenta normatividade aos princípios gerais de direito, movimenta-os à égide das Constituições e alavanca estas ao grau superlativo.

Ela diz enjeitar, entretanto, a mais ínfima fagulha das teorias que a antecedem. Afinal de contas, o pós-juspositivismo sequer vem a ser aperfeiçoamento. Súpero: é originalidade.

Em seu âmago é que jazem as novidades memoráveis relativas à existência dos princípios gerais de direito, à definição de norma, à distinção entre regras e princípios e ao conflito entre estes elementos, às coordenadas da moralidade e ao status do princípio constitucional.

Por consequência, trabalharei neste tema em método diferente do que utilizei nas outras fases. Dissertarei em fila a respeito das problemáticas que o pós-positivismo jurídico resolveu militar.

Aludo, primeiramente, à positivação dos princípios de Direito. Aprendeu-se que no jusnaturalismo estes eram restringidos aos princípios fundamentais e, para além disso, bania-se o direito positivo, em tom de autossuficiência à tarefa da regulação social.

Contrapesando, os juspositivistas usualmente negavam a existência do direito natural, ou, senão, comediam-no à aresta subsidiária do ordenamento jurídico.

Nessa liça, o pós-juspositivismo vem a decretar a desinteligência do dizer de que a unidade principiológica é apenas uma projeção humana despregada de normatividade. Igualmente, não a vê como mandamentos divinos ou como imperativos racionalistas.

Princípios gerais de direito, para a teoria em questão, “são verdades jurídicas universais [...] que gozam de vida própria e valor substantivo pelo mero fato de serem princípios” (CLEMENTE, 2016).

Mais belos são os princípios constitucionais, que ora envergam as hastes do ordenamento jurídico em suas direções, na disposição de sustentáculos das Constituições modernas, ora cursam na qualidade de cânones normativos, estribando a pujança da lei, completando suas fissuras e a suplantando quando esta antagonizar ideais comuns.

Estes louváveis dispositivos, para o pós-positivismo, vigem independentemente de o direito estar posto ou não, estejam eles explícitos no texto constitucional estejam implícitos no espírito do sistema jurídico em que fazem parte.

Configurada a realidade dos princípios gerais de direito, define-se norma.

Isto porque as teorizações antepassadas tendem a conferir ao objeto de seus estudos a definição da norma, em detrimento integral ou parcial doutra fonte do Direito.

Acá, isso não se repete. Norma é, então, tanto regra como princípio (ALEXY, 2017).

Fato é que, como já verificado, os pós-positivistas

não dependem da codificação, e sim da natureza do instituto. In allis verbis, se o que é analisado possui o caráter jurídico de reger o grupo que depende de regulamentação, norma o será.

Sem embargo, desta assinatura emerge uma dúvida, da qual resultaram augustas discussões: se as regras e os princípios constituem emanações normativas, o que as diferencia?

A resposta para este questionamento pode ser encontrada, dentre os diversos juristas executores desses embates, nos eminentes acervos teóricos de Ronald Myles Dworkin e Robert Alexy, – autores medulares do pós-positivismo.

Todavia, dantes, insta acrescentar que, no que tangem os princípios de Direito, uma concepção deve estar translucidíssima – se ainda não o estiver: a de que estas excêntricas fontes normativas justificam a existência e a aplicação das regras, do constitucionalismo contemporâneo bem como de toda a teoria do Direito. É nesta fundação que tais doutrinadores alicerçam suas ideias.

Pois bem. À sorte de Dworkin (2009), na dimensão jurídica, as regras divergem dos princípios no rumo de que elas agem sob a ordenação all-or-nothing, onde não existe meio termo, isto é, elas são aplicáveis ou não.

Destarte, o autor estadunidense assinala que os princípios se especificam por duas características: a de habilitarem que parcelas de suas plenitudes sejam aplicadas simultaneamente e a de representarem razões de decidir, que o juiz de direito deve considerar e se motivar na confecção da decisão judicial.

Similarmente, Alexy reafirma a objetividade das regras, cumulando, contudo, pertinente atributo. O D.Phill. da Universidade de Göttingen diz que o legislador, quando na feitura das leis, já prevê as possibilidades fático-jurídicas de seu alcance.

Sendo assim, como já pode o leitor predispor, os princípios fogem deste modelo em decorrência de sua altívaga generalidade. Por não terem as marcações de suas áreas limítrofes, tornam-se normas particulares em espécie: são, portanto, "mandamentos de otimização", que por óbvio relimam a execução do Direito.

Deste ponto escoa mesa-redonda – como subsiste a norma após a sucessão de eventos de antinomia jurídica, nos quais se albergam os critérios da cronologia, hierarquia e especialidade.

Afortunadamente, nesta pauta há concórdia entre os autores em comento. Tanto Dworkin como Alexy congraçam que, na hipótese de colisão entre regras, transparece o ícone dualístico da validação.

De tal modo, uma lei contraditória a outra será validada ou invalidada em consonância aos requisitos de preferência eleitos pelo ordenamento jurídico em que o fenômeno perdura.

Em prática diversa, na colisão principiológica, resultados distintos podem ser alcançados. Para tanto, tem serventia a metodologia da ponderação de princípios, que pode empregá-los em concorrência, se possível, moderada ou integralmente, e até mesmo superpô-los, de acordo com a primazia mais crucial.

Paradoxalmente, evidencia-se que a própria ponderação principiológica devota-se ao jugo dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, posto que a efígie do aplicador do Direito deva orientar-se pelos lindes do caso concreto, considerando qual princípio executar-se-á em maior proporção e outorgará direito mais relevante.

Por mais labiríntico que seja, este mister é tracejado de indispensabilidade, já que é o único capaz de aproveitar o condão dos princípios jurídicos no ato de desenraizar os direitos fundamentais que eles salvaguardam.

De mais a mais, há os sinais geográficos da moralidade no radar do Direito.

É cediço que a teoria jusnaturalista não reconhece o direito positivo em sua fórmula e, via reflexa, a moral apequena-se no próprio direito natural. Ela e o Direito convertem-se num só.

Noutro giro, o juspositivismo a rechaça, não autorizando que o átomo moral componha o Direito. Pode até ser que alguns de seus elementos constitutivos estejam contaminados por ela, mas esta situação não seria o intuito primigênio. Isto porque um ingrediente metafísico não é compatível com o formalismo sem precedentes idealizado por essa doutrina.

Neste tortuoso terreno, o pós-positivismo desova a percepção de que a moralidade está sim costurada ao Direito, mas não como defendia John Finnis e seus simpatizantes. Sua partícula não estaria no corpo da ciência jurídica.

Controversamente, ela coabitaria ao lado do Direito no talhe da normatividade, conduzindo a civilização humana à ordem e ao progresso concomitantemente. A moral, neste sentido, dogmatizaria sua ciclicidade no discernimento de que ela compila os preceitos que o povo considera aceitáveis e não aceitáveis para

injetá-los na própria sociedade.

Sobeja, derradeiramente, o trato do maior marco conquistado pelo pós-positivismo jurídico: a concessão do poder constitucional aos princípios gerais de direito.

Até aqui, memorizou-se que o princípio jurídico é dotado de generalidade e substancialidade. Cumulativamente, assimilamos o conhecimento de que sua história é secular e que sua ótica se alterou por efeito de teorias originalíssimas.

Nestas teses, enxergamos que os princípios gerais de direito outrora mal ocupavam o orbe jurídico. Eram, portanto, meros habitantes do mundo platônico-idealista (PLATÃO, 2013), úteis apenas enquanto placas diretivas à consciência do julgador.

Posteriormente, com os assíduos debates travados em seus nomes, é que receberam encargos ímpares, como os de individualizarem os direitos fundamentais, justificarem o direito posto e preencherem as lacunas da lei.

Foi com a vitória – ainda não reconhecida completamente –, do pós-positivismo sobre o juspositivismo, que os princípios jurídicos granjearam normatividade e igualaram-se em qualidade às regras.

Esta façanha foi unicamente possível, no entanto, pela ventura da Teoria Pura do Direito, que erigiu a pirâmide kelseniana, elevando as Constituições ao topo do arcaboiço jurídico, viabilizando de forma involuntária que os princípios gerais de direito galgassem a uma posição constitucional.

Nesta feita, as Constituições apropriaram-se do ofício dos Códigos, que na Velha Hermenêutica, era o de comportar os princípios de Direito. Com o neoconstitucionalismo, este papel passou a ser do Direito Constitucional.

Aí, faz-se consentânea a lição do elogiável Antônio Gordillo Cañas (1988), cujo favorece a ideia de que, até o surgimento do pós-positivismo, a teoria dos princípios não estava completa. Referido autor admite que, apesar dos autores jusnaturalistas e juspositivistas acertarem ao assinar que os princípios jurídicos são preceitos prendados de abstração, incumbidos de agir ao passo que forem identificados desfasamentos legais, cometeram erro gravíssimo ao olvidarem de sua característica precípua: a normatividade. Para ele, apreender que os princípios gerais de direito são enunciados normativos é o que os tornam princípios constitucionais e, per viam, fundamentais na tarefa de oxigenar as Constituições; hoje, o suprassumo dos ordenamentos jurídicos.

Resta dizer, por fim, que não é possível arrematar o estudo do pós-positivismo jurídico – com o perdão da redundância – pois este não findou. Como se afirmou no exórdio deste capítulo, o fenômeno sob trato ainda está incorporado à atualidade.

Logo, não há de se falar em ilações. Ponderações, sim. Afinal, são estas que acabam por engendrar os debates, corporificando a dialética hegeliana na persecução de sínteses (BUCKINGHAM, 2011). E isto é o que se fez. Todas as questões acima são, se já não sabe o leitor, seguimentos de incontáveis discussões pelejadas entre autores das mais sabatinadas ramificações do Direito.

O pós-positivismo jurídico não é uma verdade absoluta. Muito melhor seria dizer que ele é um livro inacabado, aguardando pacientemente que suas páginas em branco sejam escritas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A trajetória trifásica dos princípios gerais de direito tem muito a leccionar.

Antiquado ou não, é inegável que o jusnaturalismo contribuiu consideravelmente ao reconhecimento dos princípios jurídicos como matéria de Direito, propriamente dita.

A afoiteza com que seus adeptos arrostaram os prosélitos juspositivistas é olímpica e, certamente, a crucial intendente da manutenção dos princípios gerais de direito em pauta e da comunidade jurídica universal não haver incorrido num abismo de legalismo ardente.

Doutro lado, ouve-se nos cânticos do positivismo jurídico que sua premissa de sintetizar o Direito à lei foi equivalentemente importante ao progresso científico, porque nessa dimensão foi cultivada a fonte normativa que o direito natural desprezou.

Uma ascendência colossal na esfera legal proliferou-se, destarte, repercutindo diferentes espécies de lei e formas de cria-la, bem como graus hierárquicos de normatividade – seguramente a glória na qual se deposita a maior benemerência do juspositivismo.

Nesses louros, o comportamento parasita do pós-positivismo jurídico é diáfano. Anui-se que, a despeito de inicialmente verificar-se nele doutrina autônoma, absolutamente desprendida doutras teorizações que movimentaram o Direito em sua totalidade, é incontestável que ele explorou a produção intelectual existente no período de seu surgimento.

Por isto, entretanto, não atrai negatividade. Até mesmo porque não se deve considerar a ciência jurídica como um redondel de méritos personalíssimos; pelo contrário, ao debate-la recomenda-se que a ambição do entusiasta consista no florescimento do Direito – ou seja, que em sua peroração, ela não privilegie interesses egoísticos, partindo, sim, duma macro

perspectiva, centrada no benefício da coletividade.

Todavia, anote-se que o pós-positivismo não se reduz a uma mera compilação de prosperidades anacrônicas. Ele é mais. Suas diretrizes programáticas, além de unirem os princípios e as regras numa mesma família, compartilharam a normatividade do segundo elemento ao primeiro.

Assim, o trunfo a ser atribuído à doutrina em relevância deve ser em razão do fato de que os princípios gerais de direito só se tornaram princípios constitucionais por força de terem sido classificados como emanações normativas pelo pós-positivismo jurídico.

A história, nesta oportunidade, ensina-nos lição primordial: a de que nada é tão perfeito ao ponto de não poder ser aprimorado.

Pondo-se os lapsos teóricos estudados neste artigo numa régua temporal, observar-se-á que nalguma disciplina reteve a verdade absoluta em suas entranhas. A valer, o que elas fizeram foi otimizar o Direito a partir de novas alfas.

Id est, nada é sublime de maneira que dispense melhorias. É por este motivo que todas elas, ao receberem críticas, repeliram minuciosamente as escusadas e recepcionaram criteriosamente as auspiciosas.

Com este prognóstico, constata-se que o pós-positivismo jurídico não é uma exceção. Por mais fecunda que seja sua expressão vital, ela está sujeita a críticas, negativas e positivas, e ao cataclismo, na eventualidade de uma teoria proeminente irromper do fértil solo da ciência do Direito.

Já a importância da unidade principiológica não poderia estar mais alumiada. Aprendeu-se que ela se graduou trifasicamente, desde a posição de detalhes irrisórios do ordenamento jurídico até a de supedâneos do Direito em si, arqueando-se em sua configuração, justificando sua soberania e completando suas cincas.

Aí que, para o Direito Constitucional Contemporâneo, não há de se falar noutra cousa senão sua monta. Até porque, se ela arca com a gravidade do Direito em seu dorso, que dirá com a Constituição que, malgrado sua magnitude, é elemento menor, confinado na ciência jurídica.

Tem-se, então, que o modelo dúplex de regras e princípios evolveu o Direito, acarretando-lhe uma melhor habilidade de adaptação à dinamicidade da realidade social, exilando, em acorde finalístico, os impérios da legalidade hegemônica e da autonomia absoluta do direito natural, e sedimentando, aparentemente, pela primeira vez, um regime não segregante, que entende como devida a coexistência dos eflúvios normativos.

Outros agouros nos sãos suscitados destas considerações. Terá sido lancinada a imprescindibilidade do direito positivo? Terá o pós-positivismo jurídico aberto os portões do indeterminismo e do decisionismo? Terão os princípios constitucionais afogado o Direito num dilúvio de generalidade?

Estas indagações conjuram de per si arrazoamentos sobre seus dilemas, que somente serão decifrados ao passo que as teorias túmidas se tornem arcaicas defronte as supervenientes, provando que são melhores o suficiente para ultrapassarem os antecedentes.

Em suma, o litígio desdobra-se numa circunstância singular: o tempo. Será a deambulação dos dias, meses e anos, ábdita na comunidade jurídica ecumênica, que descoroará os cânones obsoletos e proclamará seus legatários.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro. O Princípio Constitucional da Dignidade Humana e o Direito à Vida. A Constitucionalidade do Artigo 5° da Lei 11.105 de 2005. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 265-275, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/136>. Acesso em: 13 jul. 2018.

ALEXY, Robert. Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n.° 01, Alicante: Isonomia, 1994.

_____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.° 05, Alicante: Doxa, 1988.

_____. Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica. 4 ed. 2 reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ARISTÓTELES. Retórica. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.

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

BÍBLIA DE ESTUDO NVI. In: BARKER, Kenneth (org.) et. al. O Justo Juízo de Deus. São Paulo: Editora Vida, 2003.

BOBBIO, Norberto. Principi Generali di Direitto. In: Novissimo Digesto Italiano 13. Turim: [s.n.], 1957.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BOULANGER, Jean. Principes Généraux Du Droit et Droit Positif. Le Droit Privé Français au Milieu Du XXe Siècle, Études Offertes à Georges Ripert. Paris: T. I., 1950.

BUCKINGHAM, Will et al. O Livro Da Filosofia. 12ª reimpr. São Paulo: Globo, 2011.

CAÑAS, Gordillo Cañas. Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una Relectura, desde La Constitución, de La Teoría de las Fuentes Del Derecho. Anuario de Derecho Civil. t. LXI, fasc. 2, abr./jun. 1988.

CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional. 5 ed, aum. Coimbra, 1991.

CLEMENTE, F. El Método en La Aplicación Del Derecho Civil. Revista de Derecho Privado 37, ano IV, out. 2016.

CRISAFULLI, Vezio. La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio. Milão: [s.n.], 1952.

_____. Lezioni di Diritto Costituzionale. 3 vols. Pádua: [s.n.], 1984.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o Neoconstitucionalismo e a Teoria dos Princípios Constitucionais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3366, 18 set. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22634>. Acesso em: 10 jul. 2018.

CURY, Paula Maria Nasser; MARÇAL, Antônio Cota. Uma Releitura da Escola da Jurisprudência dos Conceitos à Luz do Pragmatismo Contemporâneo. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, p. 7.134-7.144, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Viver em Sociedade. São Paulo: Moderna, 1985.

DESCARTES, René. Discurso do Método. Porto Alegre: L&PM, 2016.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Los Principios Generales del Derecho en el Pensamiento de F. de Castro. Anuário de Derecho Civil. t. XXXVI, fasc. 3º, out./dez. 1983.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Londes: Duckworth, 2009.

FINNIS, John. Natural Law and Natural Rights. 2 ed. New York: Oxford University, 2011.

FULLER, Lon Luvois. O Caso dos Exploradores de Caverna. Porto Alegre: Fabris, 1976.

HART, Herbert Lionel Adolphus. A. O conceito de Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HOBBES, Thomas. Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LALANDE, André. Vocabulaire Techinique et Critique de La Philosophie. Paris, PUF, 1956.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. Revista Brasileira de Estudos Científicos. Belo Horizonte, v. 97, p. 105-122, 2008.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PLATÃO. A Teoria das Ideias. São Paulo: Hunter Books, 2013.

PRINCÍPIO. In: DICIONÁRIO Caldas Aulete. [S.l.]: Lexikon, 2019. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/princ%C3%ADpio>. Acesso em: 29 out. 2019.

PRINCÍPIO. In: DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa (DPLP). Lisboa: Priberam Informática, 2018. Disponível em: <https://www.priberam.pt/dlpo/princ%C3%ADpio>. Acesso em: 03 jul. 2018.

ROHLING, Marcos. Lei Natural e Direito: a Crítica de Finnis ao Direito. Revista Internacional de Filosofia da Moral. Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 159-182, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social: Princípios de Direito Público. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

_____. Origem da Desigualdade entre os Homens. São Paulo: Escala, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional. São Paulo: LTr, 1999.

SÓFOCLES. Antígone. In: Clássicos Jackson. Teatro Grego, v. XXII. Versão para eBook. [S.l.]: W. M. Jackson, 2005.

TELES, Antônio Xavier. Introdução ao Estudo da Filosofia. 5 ed., rev. e aum. São Paulo: Ática, 1970.