

# A NORMATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS: um paradigma contemporâneo

Rodolfo Costa Luz\*

Eduardo Veríssimo Alves de Carvalho\*\*

## RESUMO

O presente trabalho busca abordar a normatização dos princípios como um fenômeno da contemporaneidade, fruto do neoconstitucionalismo e possibilitado pelo surgimento de uma cultura pós-positivista. Inicialmente, é feita uma abordagem quanto ao aspecto formal atribuído aos princípios pela legislação brasileira, com destaque para a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, comparando-o com a nova interpretação dada pelos constitucionalistas. É apresentada uma nítida contraposição entre a perspectiva neoconstitucionalista e a hermenêutica tradicional, através de conceituações doutrinárias e debates pertinentes. Em seguida, demonstra-se a relação histórica entre o pós-positivismo e o fenômeno abordado, para explicar os fatores que possibilitaram o desenvolvimento deste modelo, sendo eles: a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do juspositivismo. Adiante, passa-se a analisar construção do novo paradigma principiológico apresentado ao longo da pesquisa, tomando-se as teses de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Simultaneamente, são estudadas as técnicas desenvolvidas exclusivamente para o tratamento dos princípios como espécies da norma jurídica. Por fim, são analisadas algumas críticas formuladas em face do novo modelo. Na conclusão será realizada uma síntese de todo o conteúdo do trabalho.

**Palavras-chave:** princípios; neoconstitucionalismo; pós-positivismo; jusnaturalismo; juspositivismo.

## 1 INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do último século houve uma nítida mudança no tratamento dado aos princípios jurídicos, que abandonam uma função subsidiária para igualarem-se as regras, assumindo o papel de normas e passando a integrar definitivamente o centro dos sistemas.

A compreensão destas grandes transformações, bem como de suas causas, efeitos e possíveis desdobramentos, tornam-se indispensáveis para um claro entendimento de diversos aspectos pertinentes a teoria geral do direito.

Assim, o presente trabalho busca abordar a normatização dos princípios como um fenômeno da contemporaneidade, fruto do neoconstitucionalismo e possibilitado pelo surgimento de uma cultura pós-positivista.

A pesquisa tem como objetivo apresentar a questão de forma expositiva, analisando não apenas os impactos e as mudanças trazidas, mas especialmente as fontes materiais responsáveis por tal transformação.

Trata-se de uma pesquisa de caráter básico, tendo em vista que objetiva contribuir para a produção de conhecimentos novos e úteis para o avanço científico, mas sem aplicação prática prevista.

Será utilizada a técnica de documentação indireta, recorrendo-se aos livros, artigos e periódicos publicados, sendo todos eles devidamente listados e

---

\* Graduando em Direito pela Faculdade de Ipatinga.

\*\* Mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho, Brasil (2005). Professor Adjunto I da Universidade Presidente Antônio Carlos, Brasil.

referenciados.

Em uma abordagem inicial, apresenta-se o inevitável confronto entre as novas teorias e os institutos já consolidados no ordenamento jurídico brasileiro. A seguir é feita uma distinção entre alguns conceitos relacionados ao tema, elucidando diversos aspectos.

Após, busca-se explicar a construção do novo modelo através de uma narrativa histórica, passando-se pelos principais eventos políticos ou jurídicos e avaliando as influências exercidas por cada um deles.

Serão também apresentadas as principais teorias e ideias que contribuíram (e contribuem) para a consolidação de um dos principais paradigmas do direito contemporâneo, destacando-se os trabalhos de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Dentre as inúmeras contribuições de Dworkin, será enfatizada sua relevante distinção entre “regras” e “princípios”, que esclarece a estrutural mudança no conceito de normas jurídicas. Da obra de Robert Alexy, serão destacadas algumas das técnicas desenvolvidas para o tratamento dos princípios como espécies normativas, a partir de sua teoria dos direitos fundamentais.

Na última etapa, será realizada uma análise da principal crítica dirigida ao modelo de normatização dos princípios, que diz respeito a possibilidade de manipulação ou subversão dos novos mecanismos desenvolvidos, através de uma abertura radical dos sistemas jurídicos.

Finalmente, na conclusão será realizada uma breve síntese, expondo todo o conteúdo abordado ao longo do trabalho e explicitando o modo através do qual os elementos fáticos influenciaram na confecção de uma nova forma de se pensar o Direito.

## 2 ENTRE A HERMENÊUTICA CLÁSSICA E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Cada vez mais, uma nova maneira de compreender a função dos princípios nos sistemas jurídicos ganha espaço. Os debates sobre o conceito de normas jurídicas alcançaram elevado destaque, tanto no meio acadêmico quanto nos tribunais superiores. Afirmar a normatividade dos princípios jurídicos traz um conjunto de implicações e controvérsias que realçam a importância de se compreender tal fenômeno.

O estudo dos princípios possui registros doutrinários em várias fases da filosofia jurídica e da história do Direito, desde a Antiguidade, quando se afirmava a origem divina da ordem jurídica, até a Idade Moderna.

Historicamente, não se pode esquecer que os princípios já estavam previstos como forma de integração da norma no direito romano, de acordo com as regras criadas pelo imperador, as *leges*, entre 284 a 568 d.C. Nesse sentido, não se pode perder de vista dos princípios jurídicos consagrados pelo direito romano ou mandamentos do direito romano: *honeste vivere, alterum non laedere, suum a cuique tribuere* (viver honestamente, não lesar a ninguém, dar a cada um o que é seu, respectivamente). (TARTUCE, 2015, p. 42).

Neste sentido, a própria etimologia do termo encontra sua gênese no latim. É proveniente da palavra *principium*, que transmitia a ideia de início ou fundamento de determinado fenômeno.

a palavra princípio vem de *principium*, que significa início, começo, ponto de partida, origem. Em linguagem científica princípio quer dizer fundamento,

causa, estrutura. O termo foi introduzido na filosofia por Anaximandro de Mileto, filósofo pré-socrático, que viveu entre 610 a 547 a.C (Enciclopédia Saraiva de Direito, 1977. v. 60, p. 505).

No ordenamento jurídico nacional, os princípios jurídicos sempre possuíram um status subsidiário, sendo reconhecidos como fontes formais secundárias, ou ainda técnicas de integração da norma.

Esta concepção se baseia em uma hermenêutica clássica, fruto de doutrinas juspositivistas, que determina a preponderância das regras e atribui caráter programático aos princípios.

Nos métodos/regras tradicionais de interpretação, visualizados por Savigny, opera-se a subsunção do fato ao texto, afastando-se do problema concreto que será decidido, chegando-se a uma conclusão silogística. O texto é regra que deve ser cumprida, enquanto os princípios são utilizados para suprir lacunas, não havendo normatividade nestes. Entretanto, esses métodos são insuficientes na nova realidade principiológica e axiológica da Constituição. (SILVA; TORRES, 2014, p.311).

Sobre o conceito de hermenêutica, o pesquisador americano Richard Palmer aponta a origem do termo em sua obra. Segundo ele (2006, p. 23) “as raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego hermeneuein, usualmente traduzido por interpretar, e no substantivo hermeneia (interpretação)”. Observa-se então que, curiosamente, a própria etimologia remete a figura de Hermes, divindade grega responsável por tornar compreensível aos mortais as mensagens ininteligíveis dos outros deuses. O objetivo de “tornar algo compreensível” constitui a própria hermenêutica, enquanto ciência da interpretação.

Ao longo da história, foram elaboradas inúmeras teorias que buscavam criar bases, diretrizes e oferecer caminhos aos intérpretes da lei. Destaca-se a hermenêutica clássica, dentro da qual Friedrich Carl von Savigny desenvolveu os chamados “métodos tradicionais”.

Nos modelos que incorporam os métodos tradicionais de interpretação, o juiz deve declarar as pretensões do poder legislativo, não percorrendo outras dimensões interpretativas.

O grande problema reside no fato de tais métodos terem se tornado insuficientes para a adequada interpretação das normas constitucionais. Obviamente, com o advento das novas Constituições, que trouxeram um sistema aberto de princípios, com alta carga valorativa, há um notável enfraquecimento de tais critérios.

Entretanto, atualmente, o posicionamento clássico permanece consolidado, a título de exemplo, na Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõe em seu artigo 4º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

A mesma sistemática foi prevista pelo extinto Código de Processo Civil de 1973 que dispunha, em seu artigo 126, sobre a atuação do aplicador diante das lacunas: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

Foi a partir desta perspectiva que, durante décadas, grande parte da doutrina brasileira conceituou os princípios jurídicos. Mesmo havendo espaço para as devidas ressalvas, tal entendimento prevaleceu e, de um ponto de vista formal, baseando-se em uma análise da legislação infraconstitucional, ainda prevalece.

Portanto, para que se tenha uma visão clara e geral, as conceituações doutrinárias são o melhor ponto de partida para compreender o papel subsidiário outorgado aos princípios no sistema brasileiro.

De acordo com José de Oliveira Ascensão (2005, p. 445), “Os princípios são as grandes orientações formais da ordem jurídica brasileira, que fundam e unificam normas e soluções singulares”.

Celso Antônio Bandeira de Mello, apresenta sua clássica definição:

é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO, 2000, p. 747).

A professora Maria Helena Diniz conceitua-os como:

cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico. Observa Jeanneau que os princípios não têm existência própria, estão ínsitos no sistema, mas é o juiz que, ao descobri-los, lhes dá força e vida. Esses princípios que servem de base para preencher lacunas não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico, pois devem fundar-se na natureza do sistema jurídico, que deve apresentar-se como um ‘organismo’ lógico, capaz de conter uma solução segura para o caso duvidoso (DINIZ, 2001. p. 123).

Miguel Reale utiliza a expressão “verdades fundantes”. Para este autor os princípios serviriam como a “garantia de certeza” ou como uma base para um conjunto de juízos, associando o conceito a uma união entre prática e teoria (práxis):

Os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis* (REALE, 1994, p. 299).

Por vezes, a aplicação dos princípios por parte dos operadores do Direito exige um altíssimo grau de abstração e o domínio de outras categorias científicas ou filosóficas que ultrapassam o mero raciocínio jurídico. Os princípios podem trazer consigo uma carga de complexidade que não pode ser trabalhada do mesmo modo que uma simples regra. Neste sentido, ao defini-los, Sílvio Venosa discorre sobre a indeterminabilidade dos princípios gerais do direito:

É tarefa inútil, por ser impossível, definir o que sejam esses princípios. São regras oriundas da abstração lógica do que constitui o substrato comum do Direito. Por ser um instrumento tão amplo e de tamanha profundidade, sua utilização é difícil por parte do julgador, pois requer traquejo com conceitos abstratos e concretos do Direito e alto nível cultural (VENOSA, 2013, p. 24).

Nelson Nery Junior aponta-lhes o caráter integrativo atribuído pela Lei de

## Introdução.

Princípios gerais de direito. São regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Os princípios gerais de direito não se encontram positivados no sistema normativo. São regras estáticas que carecem de concreção. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas (NERY JUNIOR, 2003, p. 141).

Similarmente, Carlos Roberto Gonçalves destaca:

O legislador não consegue prever todas as situações para o presente e para o futuro, pois o direito é dinâmico e está em constante movimento, acompanhando a evolução da vida social, que traz em si novos fatos e conflitos. Ademais, os textos legislativos devem ser concisos e seus conceitos enunciados em termos gerais. Tal estado de coisas provoca a existência de situações não previstas de modo específico pelo legislador e que reclamam solução por parte do juiz. Como este não pode eximir-se de proferir decisão sob o pretexto de que a lei é omissa, deve valer-se dos mecanismos destinados a suprir as lacunas da lei (GONÇALVES, 2015, p. 72).

O jurista Maurício Godinho Delgado, no mesmo sentido, os apresenta como “diretrizes centrais”:

diretrizes gerais induzidas e, ao mesmo tempo, indutoras do Direito; proposições fundamentais induzidas e indutoras do Direito. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o. Por isso é que se pode dizer que consubstanciam comandos jurídicos instigadores do universo do Direito (DELGADO, 2009, p. 18).

Este autor ainda discorre sobre o papel exercido pelos princípios no que tange à elaboração das regras:

Na fase pré-jurídica, os princípios despontam como proposições gerais que propiciam uma direção coerente na construção da regra de Direito. São veios iluminadores à elaboração da regra jurídica. Os princípios gerais do Direito e os específicos a determinado ramo normativo tendem a influir no processo de construção das regras jurídicas, orientando o legislador no desenvolvimento desse processo. Nesse instante os princípios atuam como verdadeiras fontes materiais do Direito, à medida que se postam como fatores que influenciam a produção da ordem jurídica. A fase pré-jurídica, de elaboração da regra de Direito, é tradicionalmente longa, tortuosa, em face dos distintos instantes de depuração e sedimentação que caracterizam o processo legislativo moderno. Essa lenta maturação da norma favorece a influência, em seu construir, dos ideários e diretrizes contidos nos princípios jurídicos. (DELGADO, 2009, p. 20).

Tais conceituações evidenciam, portanto, a função subsidiária dos princípios no ordenamento jurídico nacional, compreendidos como fontes de integração da norma jurídica, destinados a suprir lacunas. Os dispositivos legais mencionados anteriormente exigiam (e exigem) tal interpretação.

Uma forte influência positivista molda o direito brasileiro. Estes traços são perceptíveis, pois (BICALHO; FERNANDES, 2011, p. 117) “No positivismo, os princípios têm uma natureza supletiva ou interpretativa, diferentemente da fase jusnaturalista anterior, em que eles poderiam regular a conduta das pessoas.” Entretanto, uma nova problemática se inicia a partir do momento em que, diante

de novas teses, atribuem-se aos princípios uma nova posição.

Este novo constitucionalismo, renovado em suas fontes, e também decorrente da virada hermenêutica que se consolidava no século XX, exige uma nova teoria de norma e uma nova forma de compreender o Direito. A partir deste novo paradigma, a velha teoria da norma - calcada na construção positivista tradicional que tem como ponto exclusivo de partida a norma enquanto regra positiva compreendida num esquema subsuntivo de dedução lógico-racional -, compreenderá a inserção de uma nova espécie normativa: o princípio (JUNIOR, 2007, p. 111).

Há uma relação intrínseca entre o neoconstitucionalismo e a construção de um novo paradigma:

Efetivamente, é a partir de Dworkin e Alexy, sob as bases do novo constitucionalismo, que se inicia o tratamento dos princípios como norma, descartando-se a concepção naturalista idealizadora de uma justiça absoluta e imutável e do positivismo com seus princípios gerais de direito de função meramente supletiva. Nesse sentido, apontam-se os princípios não apenas como colmatadores de lacunas do ordenamento jurídico, mas também e, principalmente, como um ponto de superação do positivismo jurídico, especialmente no que se refere à exclusão da discricionariedade judicial e à vinculação entre o direito e a moral (BALTAZAR, 2009, p. 91).

Nesta sequência:

Em 1967, o norte-americano Dworkin foi o primeiro autor da teoria do direito recente a apresentar os princípios jurídicos de uma forma oposta ao pensamento positivista. [...] Um pouco mais tarde, do outro lado do globo, na Alemanha, Robert Alexy formula sua teoria dos direitos fundamentais, em 1979, também em uma visão não-positivista (BICALHO; FERNANDES, 2011, p. 113).

Em face das novas teorias que pregam a natureza normativa dos princípios, a própria legislação brasileira passa a ser alvo das mais duras críticas, especialmente entre os constitucionalistas, conforme explica Gustavo Tepedino:

A civilística brasileira mostra-se resistente às mudanças históricas que carrearam a aproximação entre o direito constitucional e as relações jurídicas privadas. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito. Mostra-se de evidência intuitiva o equívoco de tal concepção, ainda hoje difusamente adotada no Brasil, que acaba por relegar a norma constitucional, situada no vértice do sistema, a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso da analogia e de regra consuetudinária. Trata-se, em uma palavra, de verdadeira subversão hermenêutica. O entendimento mostra-se, no entanto, bastante coerente com a lógica do individualismo oitocentista, sendo indiscutível o papel predominante que o Código Civil desempenhava com referência normativa exclusiva no âmbito das relações de direito privado (TEPEDINO, 2005, p. 24).

Em sentido idêntico, expõe o professor Flávio Tartuce:

Em síntese, compreendemos que aqueles que seguem a escola do Direito Civil Constitucional, procurando analisar o Direito Civil a partir dos parâmetros constitucionais, realidade atual do Direito Privado brasileiro, não podem ser favoráveis à aplicação obrigatória da ordem constante do art. 4.º da Lei de Introdução de forma rígida e incontestável. Esse último entendimento é o que deve prevalecer na visão contemporânea do Direito Civil Brasileiro (TARTUCE, 2015, p. 38).

Paulo Bonavides critica duramente resistência dos tribunais brasileiros em abandonarem os métodos da hermenêutica clássica, os quais ele julga ultrapassados e incompatíveis com a Constituição Federal:

Na esfera federativa, a Constituição é a garantia suprema da observância e do respeito às regras do pacto que fez nascer, na dimensão institucional e objetiva da ordem jurídica estabelecida, a forma jurisdicional do controle de constitucionalidade. **Enquanto os tribunais insistirem em interpretar a lei com métodos especificamente jurídicos, da metodologia clássica, surgidos do dedutivismo jusprivatista inspirado nos cânones de Savigny, eles jamais interpretarão a Constituição.** Interpretá-la requer em face da complexa conjuntura social contemporânea a adoção de uma hermenêutica de princípios. Única, conforme temos reiteradas vezes assinalado, suscetível de alcançar a inteligência da Constituição referida a situações reais e fazer efetiva e concreta a aplicabilidade dos direitos fundamentais exteriores à esfera neoliberal e permeados da dimensão principiológica que lhes dá sentido e eficácia e normatividade (BONAVIDES, 2004, p.140, grifo nosso).

Ainda, afirma Bonavides:

Os que intentam, todavia, restaurar a era do positivismo formalista e legalista já não têm voz, nem vez. A dogmática interpretativa tradicional, como hermenêutica constitucional, possui hoje pouca ou nenhuma serventia (BONAVIDES, 2004, p.140).

O professor Lenio Streck também se posiciona:

Os dispositivos, a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos), e sua frontal incompatibilidade com a leitura hermenêutica do sistema jurídico, superado do esquema sujeito-objeto (filosofia da consciência), mostram-se tecnicamente inconstitucionais (não recepcionados). Com efeito, com relação à LICC, na era dos princípios, do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, tudo esta a indicar que não é mais possível falar em “omissão da lei” que pode ser “preenchida” a partir da analogia (sic), costumes (quais?) e princípios gerais de direito (STRECK, 2011, p. 140).

A exposição desta controvérsia é apenas o pontapé inicial para uma abordagem completa sobre o fenômeno da normatização dos princípios na contemporaneidade. Esta polêmica evidencia a forte influência que o positivismo jurídico clássico ainda exerce em nossa sociedade:

A concepção dominante a respeito do que seja e do que representa o Direito em nossa sociedade ainda é a herdada pelo positivismo jurídico clássico. Para os teóricos deste modelo - entre eles Kelsen, Austin, Hart, e Bobbio - a ‘moral’ jamais estaria de ‘mãos dadas’ com o Direito, e este, por sua vez, seria estruturado por um conjunto de normas dispostas hierarquicamente com origem no monopólio estatal legislativo, devendo ser

aplicado e interpretado por meio de recurso silogístico-dedutivo de subsunção do fato à norma. (JUNIOR, 2007, p. 103).

Sobre a resistência de uma parte da classe jurídica brasileira quanto a tais concepções:

No entanto, existe ainda grande resistência por parte dos operadores do Direito quanto à mudança de concepção proposta pelo modelo pós-positivista. Ainda reféns da visão clássica que não somente reduz o Direito à norma como também o enclausura em dogmas e segredos (Warat) - especialmente através do discurso dominante permanentemente produzido por aqueles que fomentam o culto à crença (Legendre) - muitos se recusam a aceitar o 'câmbio paradigmático' de nossos tempos, e continuam a manter o Direito flagrantemente afastado da realidade social que lhe dá causa e sentido. (JUNIOR, 2007, p. 104).

Em sentido contrário ao que vem sendo proposto, posicionou-se Eros Grau, ex-ministro do STF, durante sua fala na conferência de abertura do II Congresso Internacional de Controle e Políticas Públicas, em 30/11/2016, conforme matéria publicada no site oficial do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

A ponderação entre princípios traz insegurança jurídica. É perigoso. Quando um juiz decide com base nos princípios e não nas regras positivadas, acaba argumentando para não dizer claramente 'vou decidir como eu quero'. Aí fugimos do campo da legalidade e vamos para o campo da discricionariedade.

Além do ex-ministro, outros críticos apontam para o fato de que a normatização dos princípios, como fruto de uma cultura pós-positivista, poderia conduzir ao caos, na medida em que permite que o poder judiciário atue de forma arbitrária.

Ora, o moralismo advindo da ideologia neoconstitucionalista, que gera um ativismo judicial descontrolado é baseado em uma estrutura nefasta, antidemocrática e baseada em um paradigma filosófico absolutamente ultrapassado – ainda que se proclame como novo. Não é possível uma racionalidade ao instrumentalizar o ativismo judicial. Sua ocorrência, ainda que tímida, significa a morte do Direito (SANTOS, 2017, p. 101).

O efeito acima apontado dá origem ao que muitos chamam de “ativismo judicial”, expressão que tem sido calorosamente difundida nos debates jurídicos recentes e que se relaciona com o fenômeno descrito, sendo um dos ataques mais comuns dirigidos aos defensores dessa nova visão. Para muitos críticos, o sopesamento ou ponderação, técnica desenvolvida para aplicação da norma-princípio, torna os critérios decisórios difusos e imprecisos, entregando ao magistrado poderes que ultrapassariam os limites de sua esfera de competência, sendo um instituto que abriria margens à discricionariedade, trazendo insegurança jurídica.

Apesar de toda a controvérsia apresentada, mesmo alguns dos autores clássicos citados anteriormente, ao tratarem dos princípios, apesar de apresentarem a conceituação tradicional, não deixaram de discorrer sobre o impacto dessas novas teorias, quer venham elas a serem acolhidas formalmente em nosso ordenamento jurídico ou não, a exemplo do civilista Caio Mário:

Hoje, contudo, como já mencionado, cumpre reconhecer que a posição antes ocupada pelos princípios gerais de direito passou a ser preenchida pelas normas constitucionais, notadamente, pelos direitos fundamentais. Neste caso, em virtude não só mas também da hierarquia constitucional, o uso interpretativo e a aplicação jurisdicional a serem feitos, não podem ser entendidos como fonte subsidiária, como dito em relação aos princípios gerais, mas, reversamente, toda e qualquer interpretação, mesmo nas relações de ordem civil, deve ser feita sob a sua ótica, isto é, à luz dos princípios constitucionais. É a visão de um direito “constitucionalizado”, portador da tábua axiológica estabelecida pelo legislador constitucional e válida para todos os ramos do Direito, inclusive para o direito civil (SILVA, 2011, p. 62).

Portanto, diante de mudanças tão radicais para a Teoria Geral do Direito e de toda a controvérsia que envolve o tema, é necessário compreender quais foram os fatores históricos, sociais, econômicos e políticos que possibilitaram essas transformações.

**Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema**, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 33, grifo nosso).

O entendimento desta trajetória ilumina diversas outras questões, capazes de explicar situações e eventos relevantes para a compreensão do contexto atual, sendo fundamental para o desenvolvimento de uma visão crítica e abrangente da cultura jurídica contemporânea.

### 3 NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO

A normatização dos princípios é, sem dúvidas, um fenômeno contemporâneo. Embora existam vastos registros históricos deste termo, no que diz respeito ao âmbito jurídico, jamais haviam sido anteriormente elevados a categoria de normas. É uma construção pós-moderna que está intimamente ligada com o neoconstitucionalismo e o advento de uma “cultura” pós-positivista.

Há, portanto, que se fazer uma breve distinção entre os dois conceitos, que não se confundem. Segundo Marcelo Novelino (2016, p. 61) “Os vocábulos pós-positivismo e neoconstitucionalismo, por vezes, são empregados para designar a mesma realidade. Em que pesem as afinidades metodológicas, teóricas e ideológicas, há aspectos distintivos fundamentais entre as duas noções.”

De acordo com Novelino, o termo “neoconstitucionalismo” teria sido cunhado por Suzanna Pozzolo em 1997, durante uma palestra no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, que ocorreu na Argentina. Trata-se de um termo impreciso, razão pela qual Novelino identifica três acepções diferentes para a mesma expressão.

Há três acepções nas quais o termo costuma ser usualmente empregado: I) como modelo específico de organização jurídico-política, cujos traços característicos, esboçados a partir da Segunda Guerra Mundial, ganham contornos mais definitivos no final do século XX (neoconstitucionalismo como modelo constitucional); II) como teoria do direito utilizada para

descrever e operacionalizar este novo modelo constitucional (neoconstitucionalismo teórico); e III) como ideologia que valora positivamente as transformações ocorridas nos sistemas constitucionais (NOVELINO, 2016, p. 59).

Dentre estas três acepções apresentadas por Marcelo Novelino, apenas primeira deve ser mantida para fins práticos, ou seja: o neoconstitucionalismo como modelo constitucional. Em linhas gerais, o constitucionalismo foi o movimento político que, na modernidade, se opôs aos ideais absolutistas do Antigo Regime e que de alguma forma teria contribuído ou até mesmo possibilitado a Revolução Francesa. Logo, neste mesmo sentido, o termo neoconstitucionalismo deve ser empregado para se referir às características do constitucionalismo na contemporaneidade.

Segundo Luís Roberto Barroso (2006, p. 6), tais características seriam “o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.”

É conveniente destacar que, além de se tratar de termo impreciso, possuindo três acepções diversas, conforme demonstrou Marcelo Novelino, a expressão não é usada ou reconhecida pelos juristas alemães e americanos. Daniel Sarmento alerta:

A palavra neoconstitucionalismo não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo (s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003. (SARMENTO, 2009, p. 1).

Neste ponto, é importante ter cuidado, já que se trata de expressão genérica e muitos dos autores rotulados desta forma, assim não se definem. Exemplificativamente, é possível mencionar Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli e Gustavo Zagrebelsky, juristas que são comumente apontados como “neoconstitucionalistas”, mas que jamais utilizaram a expressão.

Resta, por fim, a definição do último conceito, o “pós-positivismo”. O pós-positivismo se refere ao conjunto de ideias que serviram de fundamentação teórica para o neoconstitucionalismo.

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo (BARROSO, 2005, p. 5).

Assim como Barroso, na citação acima, relaciona o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, o professor Novelino contextualiza a normatização dos princípios e o pós-positivismo. Desta forma, fica claro o modo como estes conceitos, aparentemente complexos e imprecisos, se entrelaçam:

As diferentes aspirações do pós-positivismo (teoria universal) e do neoconstitucionalismo (teoria particular) também se revelam nos planos em

que a moral atua como uma instância crítica de valoração do direito. Na visão pós positivista **a normatividade dos princípios** e a centralidade da argumentação jurídica são determinantes para se pensar o direito e a moral como esferas complementares e não totalmente autônomas. Embora sejam reconhecidas as especificidades de cada uma delas, não se admite um tratamento segmentado. Ao pressupor uma conexão necessária entre direito e moral, o pós-positivismo rompe com dualismo, característico das concepções juspositivistas, entre as duas esferas (NOVELINO, 2016, p.62, grifo nosso).

Essa lapidação conceitual esclarece a amplitude teórica dos dois conceitos, tendo em vista que, ao contrário do neoconstitucionalismo, o pós-positivismo extrapola a esfera jurídica:

Em segundo lugar, ao falarmos em neoconstitucionalismo não (ou pós-) positivista, corremos outro risco, tão significativo quanto o anterior, de simplesmente adicionarmos a imprecisão terminológica do primeiro conceito ao segundo, duplicando, assim, o problema analítico que enfrentamos. Este risco, decerto, é difícil de ser integralmente afastado. A partir de um trabalho teórico de lapidação conceitual, pode, no entanto, ser minimizado. Por outro lado, a utilização conjunta de ambas as expressões representa um ganho cognitivo, pois permite distinguir entre um neoconstitucionalismo eminentemente descritivo, que relata o desenvolvimento histórico e teórico do fenômeno de “constitucionalização do direito” em diferentes sistemas jurídicos nacionais – ligado, sobretudo, ao desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) e à difusão das teses jurídicas sobre a força normativa da Constituição e de sua efetividade – e um segundo neoconstitucionalismo, que destaca, além da dimensão anterior, o íntimo relacionamento entre as dimensões descritiva e prescritiva na compreensão do Direito Constitucional, dos direitos humanos e da Constituição nas sociedades democráticas e pluralistas contemporâneas (SILVA, 2007, p. 5).

Ainda sim, uma última e sucinta abordagem se faz necessária:

Antes de prosseguir, é bom que se frise as diferenças entre os conceitos de neoconstitucionalismo e de pós-positivismo. O primeiro é uma característica comum do constitucionalismo ocidental que tem início no segundo pós-Guerra e apogeu na contemporaneidade, enquanto o segundo é o embasamento da filosofia do direito para aquele. O primeiro traduz uma ideologia ou metodologia constitucional que abrange o segundo como pilar de sustentação de algumas de suas posições, mas com ele não se confunde; o pós-positivismo é, pois, a matriz jusfilosófica que embasa as ideias neoconstitucionais (BICALHO; FERNANDES, 2011, p. 111).

Em síntese, o pós-positivismo assevera que a atuação do poder judiciário não restringe-se apenas na aplicação de leis, devendo pautar-se na busca por soluções justas, valendo-se de instrumentos e conceitos desenvolvidos, tais como: a proporcionalidade, ponderação de valores, razoabilidade e os próprios princípios constitucionais.

Tratando destas questões, ao descrever as características do direito constitucional contemporâneo, Luís Roberto Barroso explica o pós-positivismo através dois grandes acontecimentos (2006, p.47, grifo nosso) “**A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo** abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.”

Portanto, se conforme demonstrado acima, o neoconstitucionalismo é o movimento político que possibilitou a construção de um novo modelo constitucional pautado pelos ideais pós-positivistas e, sendo através desta mesma visão pós-positivista que a normatização dos princípios teria sido alcançada, torna-se fundamental uma abordagem pormenorizada de tais acontecimentos.

É necessário entender como se deu a superação histórica do jusnaturalismo e quais fatores teriam conduzido ao fracasso político do positivismo, pois foram estes os eventos que resultaram na elevação dos princípios ao patamar de normas jurídicas.

### 3.1 O jusnaturalismo e sua superação histórica

A doutrina dos Direitos Naturais, ou jusnaturalismo, pode ser compreendida como uma corrente filosófica que sustenta a existência de leis transcendentais, que escapam a realidade sensorial, oriundas de um plano divino ou superior.

É unanimemente reconhecido entre os historiadores como a mais antiga tentativa de fundamentação teórica dos fenômenos jurídicos. Prevaleceu durante a maior parte da história do Direito, sendo possível, inclusive, adotar classificações quanto ao seu período histórico, verificado desde a Antiguidade.

Conforme o sistema de ideias adotadas, **divide-se os períodos do direito natural em três**: clássico, teológico e racionalista (ou moderno). No jusnaturalismo clássico, no mundo antigo, com sua interpretação mítica da realidade, a razão aparece como meio de explicar o mundo em seu conjunto, a unidade na diversidade dos fenômenos. Esse pensamento oriental, ao final, é absorvido pelos romanos. Já no jusnaturalismo teológico

- da Idade Média - a razão constitui-se no melhor caminho para se aceder à revelação divina. Gradualmente, as ideias cristãs incorporam influências germânicas, romanas e da filosofia oriental. Por fim, no jusnaturalismo moderno (ou racionalista) resultado das ideias do renascimento e da ilustração - as teorias do contratualismo são resgatadas para fundamentar racionalmente o Estado (SCHIAVON, 2001-2002, p. 359, grifo nosso).

Neste sentido, portanto:

a doutrina do Direito Natural **confundiu-se, em boa medida, com o próprio percurso da Filosofia do Direito** e com seus problemas mais importantes. Daí a disciplina de Filosofia do Direito ser designada, durante muitos séculos, de jus naturae ou jus naturale. Em outras palavras, pode-se afirmar que a Filosofia do Direito expressou, desde os seus primórdios até o final do século XVIII, a doutrina do Direito Natural (BEDIN, 2014, p. 245).

A doutrina dos Direitos Naturais tem sua gênese na Grécia Antiga, sendo este período inicial classificado como o “jusnaturalismo clássico”. Muitos apontam a concepção do filósofo Heráclito, mas a principal obra que evidencia este pensamento seria a tragédia *Antígona*, de Sófocles.

A lição de Sófocles manifesta-se no relato do fato de que Antígona, irmã de Polinice, negou-se a cumprir as leis de Creonte, Rei de Tebas, que prescreviam que o corpo de Polinice não podia ser enterrado, uma vez que, ao se levantar contra o poder de Creonte, passou a ser considerado um traidor da pátria. Antígona, inconformada com a proibição estabelecida pelo Rei Creonte, decidiu sepultar o corpo de seu irmão Polinice, sendo

surpreendida durante o enterro. Em sua defesa invocou Antígona as leis não escritas dos deuses, leis imutáveis, que não são de ontem ou de hoje, e que lhe autorizariam a proceder de tal forma (BEDIN, 2014, p. 246).

A defesa da existência de um direito superior à legislação positiva é a característica mais marcantes do jusnaturalismo. Por esta razão, a obra de Sófocles sintetiza com perfeição o direito natural do período clássico. São as palavras da própria personagem Antígona, cujo nome tornou-se o título da obra:

Tu o compreendeste. A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram. Não, eu não iria arriscar o castigo dos deuses para satisfazer o orgulho de um pobre rei. Eu sei que vou morrer, não vou? Mesmo sem teu decreto. E se morrer antes do tempo, aceito isso como uma vantagem. Quando se vive como eu, em meio a tantas adversidades, a morte prematura é um grande prêmio. Morrer mais cedo não é uma amargura, amargura seria deixar abandonado o corpo de um irmão. E se disseres que ajo como uma louca eu te respondo que só sou louca na razão de um louco (1996, p. 8, tradução de Millôr Fernandes).

Através desta resposta, dada ao rei Creonte, Antígona pretendia afastar a obrigatoriedade da ordem decretada pelo próprio rei, alegando a superioridade de uma lei divina em face da lei humana. Assim sendo, “é possível definir o Direito Natural como uma doutrina jurídica que defende que o direito positivo deve ser objeto de uma valoração que tem como referência um sistema superior de normas ou de princípios (direito ideal) que lhe condicionam a validade” (BEDIN, 2014, p. 246).

Portanto, a fundamentação do direito em bases metafísicas, permitiria a violação de uma norma positiva injusta, pois o direito seria válido apenas quando se comprometesse a reproduzir uma determinada concepção de justiça. É como se a validade das leis positivadas estivessem condicionadas a uma ordem superior de justiça, seja ela qual for (deus, o cosmos ou os direitos inatos ao homem).

Antes de chegar ao período racionalista, os direitos naturais percorreram um longo caminho, adquirindo maior força no período medieval. Nesta segunda etapa, teria sido incorporado pela Igreja Católica, para embasar uma concepção cristã de igualdade dos homens perante Deus.

É preciso destacar que na Idade Média um forte poder se levantou: o Cristianismo. A Igreja cresceu em direção à sua tarefa de se tornar a educadora das nações. Onde era estabelecido seu domínio, os sistemas filosóficos eram incorporados, permanecendo vivos dentro da doutrina da Igreja, sendo excluídos quaisquer elementos que a esta contrariassem (WINDELBAND, 1950, p. 263,264). Em outras palavras, a Igreja se apropriou das filosofias das antigas civilizações, dando, em alguns casos, apenas uma nova roupagem (SOUZA ALVES, 2009, p. 90).

Nesta etapa tornou-se mais nítida a distinção entre duas ordens: os direitos naturais e os direitos positivos. Nesta visão, as leis, meras instituições humanas, jamais se confundiriam com o próprio Direito. Nesta corrente, o filósofo São Tomás de Aquino foi, sem dúvida o que, dentre todos, mais se destacou.

Em Tomás de Aquino o jusnaturalismo ganha uma forma sistemática.

Tornar a ideia jusnaturalista um sistema vem a esclarecer algo que não estava satisfatoriamente resolvido em outros autores. Aquino mostra que a teoria de lei natural se resolve a partir da compreensão das diferentes dimensões nas quais, esta, se expressa. Para melhor entender o porquê deste sistema tomemos mais uma vez o exemplo de Aristóteles, que para tratar do tema natureza constrói diversas teses. A primeira é sobre a lei natural identificada com o costume da pólis; a segunda está na discussão sobre a chamada natureza humana. Esta é entendida por ele como sendo inerentemente política e racional (COELHO GRAÇA, 2011, p. 48).

Ao sistematizar uma doutrina que buscava o equilíbrio entre o catolicismo e o pensamento de Aristóteles, o filósofo Aquino atingiu grande notoriedade, sendo até hoje apontado como um dos maiores intelectuais dentro da tradição católica.

Essas idéias adquiriram um alto grau de refinamento na alta Idade Média, quando São Tomás de Aquino propôs a diferença entre lei eterna (a própria razão do Deus católico), lei natural (parcela da razão divina que o homem poderia conhecer a partir da sua própria racionalidade), lei divina (a verdade revelada nas escrituras) e lei humana (estabelecida convencionalmente). Entre essas categorias havia uma diferença de hierarquia. No topo a lei eterna, perfeita e imutável, seguida das leis naturais e divinas e, em último lugar, a lei humana (a mais imperfeita de todas), que se deveria mirar nas leis naturais e divinas e nunca poderia transgredi-las. Devemos observar que a concepção de Tomás de Aquino já indica a introdução de um conceito que se tornará central na questão do jusnaturalismo alguns séculos depois: o problema da racionalidade, que será desenvolvido especialmente pelos filósofos políticos iluministas (COSTA, 2001, p. 141).

Entretanto, alguns séculos mais tarde, na era moderna, já inserido na fase racionalista, o jusnaturalismo encontra seu apogeu e declínio. A diversidade de culturas e ideais na sociedade europeia resultou em conflitos, que impossibilitaram a manutenção do antigo modelo.

Enquanto o jusnaturalismo originário tinha profundas bases teológicas, o moderno jusnaturalismo do século XVII abandona as ideias de um direito baseado na vontade de Deus e funda-se na razão como substrato legitimador dos direitos inerentes ao ser-humano. É com esta pretensão que se iniciam os movimentos revolucionários liberal-burgueses que, afirmando a necessidade de o Estado respeitar e proteger os direitos naturais, articula a queda do absolutismo monárquico. Essa doutrina jusnaturalista serviu de fundamento ao aparecimento de dois princípios fundamentais ao nascimento do estado liberal: **o princípio da tolerância religiosa e o da limitação dos poderes do estado**. (BALTAZAR, 2009, p. 83, grifo nosso).

Estes acontecimentos também são explicados por Luís Roberto Barroso:

A modernidade, que se iniciara no século XVI, com a reforma protestante, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos europeus à América, desenvolve-se em um ambiente cultural não mais submisso à teologia cristã. Cresce o ideal de conhecimento, fundado na razão, e o de liberdade, no início de seu confronto com o absolutismo. O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao iluminismo na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: **a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado**. A burguesia articula sua chegada ao poder. A crença de que o homem possui direitos naturais, vale dizer, um espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado, foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho

individualista que enfrentaram a monarquia absoluta. (2002, p. 18 -19; grifo nosso).

Grandes eventos históricos como a Reforma Protestante e a Revolução Gloriosa repercutiram por toda a Europa, contribuindo para o enfraquecimento daquela estrutura política. As diversidades culturais e religiosas que dividiam o continente europeu repercutiram na necessidade de desenvolvimento de novas formas de enxergar o mundo. Assim, o jusnaturalismo teológico perde espaço com o surgimento do mundo moderno.

Mais adiante, a Independência Americana e a Revolução Francesa, embasadas por ideais iluministas, que guardavam a gênese do constitucionalismo moderno, representariam o golpe fatal contra o regime absolutista. Novamente, Luís Roberto Barroso explica:

A Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), estão impregnados de idéias jusnaturalistas, sob a influência marcante de John Locke, autor emblemático dessa corrente filosófica e do pensamento contratualista, no qual foi antecedido por Hobbes e sucedido por Rousseau. Sem embargo da precedência histórica dos ingleses, cuja Revolução Gloriosa foi concluída em 1689, o Estado liberal ficou associado a esses eventos e a essa fase da história da humanidade. O constitucionalismo moderno inicia sua trajetória. (BARROSO, 2002, p. 19)

No século XIX, curiosamente, as doutrinas jusnaturalistas, que tanto haviam contribuído para a consolidação dos ideais modernos, oferecendo as premissas fundamentais que possibilitaram a construção do postulado da dignidade humana e dos ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade” que embasaram a Revolução Francesa, passaram a sofrer duros ataques.

A razão para tal, se encontra no fato de que a necessidade de buscar a fundamentação dos direitos em categorias metafísicas ou em elementos que transcenderiam a realidade sensível, passou a ser considerada anticientífica.

Barroso aponta que a tendência de codificação do direito, derivada do movimento iluminista, teria reforçado a crescente visão crítica sobre os direitos naturais, que neste novo contexto foram estigmatizados como um mero traço do regime superado.

O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX. (BARROSO, 2002, p. 20).

Assim, a força exercida pelas doutrinas jusnaturalistas vai aos poucos se desvanecendo e perdendo espaço para o cientificismo. Neste contexto, surge na França a corrente positivista, que rapidamente se difunde, contribuindo com o desenvolvimento de novos ramos da ciência e incorporando-se aos outros, incluindo o Direito.

### **3.2 O fracasso político do juspositivismo**

No século XIX, o Direito, assim como os diversos ramos da ciência, incorporou os métodos gerais do positivismo, afastando-se definitivamente das ideias teológicas e da busca por bases metafísicas.

O positivismo, como corrente filosófica, foi originariamente desenvolvido por Auguste Comte (1798 – 1857). Seu objetivo primário era aplicar as ciências sociais, os mesmos métodos de estudos das ciências naturais.

**O positivismo, porém, não inventou nem criou esse novo espírito filosófico. É ele é fruto do desenvolvimento das ciências.** O *novissimunn organon* elaborado por Auguste Comte, visa descrever e sintetizar, num largo panorama, o estado geral das ciências no alvorecer do século XIX. O positivismo, porém, não se apresentaria apenas como uma síntese das ciências do início do século XIX. Destinada a servir de base a uma moral e a uma política que estivessem de acordo com o grau de desenvolvimento das ciências, esta doutrina pretendia ainda alicerçar, no próprio poder que deriva da ciência, uma religião. (CRUZ COSTA, 1950, p. 364, grifo nosso).

Por isso, surgiram correntes, em outras disciplinas, além da filosofia, que aderiram ao positivismo, contudo, sem relacionarem-se diretamente com a obra de Comte. Talvez, entre todas, o juspositivismo tenha sido a principal.

A expressão Positivismo Jurídico, desse modo, pode ser sucintamente definida como a doutrina que inadmita a existência de qualquer outro Direito senão o Direito Positivo, isto é, aquele estabelecido pelo Estado, opondo-se, portanto, ao Jusnaturalismo. Nesse contexto, o Direito passa a ser concebido como decorrência da exclusiva vontade humana, fruto da atuação estatal, revelando-se por intermédio da lei (concebida como a expressão máxima da soberania popular), fenômeno que, segundo um segmento doutrinário, conduziu ao enfraquecimento teórico do Direito Natural, dado histórico observado, por exemplo, nas denominadas Escolas de Exegese (França) e Histórica do Direito (Alemanha), ambas entendidas, de um modo geral, como precursoras do Positivismo Jurídico, cuja construção teórica contou com as reflexões de verdadeiros expoentes da Filosofia do Direito. (FRIEDE, 2017, p. 88).

Neste contexto, umas das escolas jurídicas que expressaria com mais força o pensamento juspositivista, foi sem dúvidas a escola da exegese, que surgiu na França, durante o Período Napoleônico. Foram eles os primeiros a trabalharem diretamente com o Código Civil Francês, outorgado por Napoleão.

A ciência do direito, no século XIX, encontra sua expressão mais característica no exegetismo. Para a escola da exegese, a totalidade do direito positivo se identifica por completo com a lei escrita; **com isso a ciência jurídica se apegou à tese de que a função específica do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido.** (DINIZ, 2000, p. 50, grifo nosso).

A visão defendida pelos exegetas, segundo a qual o Direito e a atuação dos magistrados estaria restrita às normas positivadas, foi hegemônica na França durante todo o século XIX.

Relativamente ao que interessa no âmbito de uma abordagem jusnaturalista/ juspositivista, impende registrar que a Escola de Exegese, em linhas gerais, defendeu uma nova concepção no modo pelo qual o Direito deveria ser interpretado pelo jurista, a quem competiria, sob tal perspectiva, tão somente aplicar as normas legais ditadas pela vontade do legislador,

ênfatizando, pois, o método de ensino jurídico calcado exclusivamente na lei, idealizada como genuína manifestação da vontade geral do povo. (FRIEDE, 2017, p. 89).

Outras escolas jurídicas espalhadas pela Europa também trabalharam e auxiliaram na construção do pensamento juspositivista, surgindo na Alemanha a Escola Histórica. Nesta, o principal expoente foi Friedrich Karl Von Savigny:

O formalismo jurídico na Alemanha e a reação ao direito natural forjaram-se ao longo do século XIX, em princípio com o desenvolvimento da escola histórica do direito e posteriormente com o surgimento da jurisprudência dos conceitos. O historicismo, que teve início com Gustav Hugo (1764 - 1844) e encontrou seu mais célebre expoente na figura de Friedrich Karl von Savigny (1779 - 1861), legou à jurisprudência dos conceitos a idéia de sistema, extremamente relevante para o seu desenvolvimento. (ROCHA, 2009, p. 77).

O viés positivista desta escola verifica-se na sustentação de que as leis seriam meros produtos dos fenômenos históricos. O Direito surgiria na história através das tradições e dos costumes, de modo que caberia ao legislador apenas a sistematização do “espírito popular”.

O surgimento destas escolas demonstram portanto, que na medida em que o positivismo evolui, os sistemas jurídicos vão gradualmente afastando-se de uma abertura aos valores, que anteriormente era possível a partir das doutrinas dos direitos naturais. O positivismo traz uma supervalorização da norma escrita, como ferramenta para alcançar segurança jurídica, fechando-se para qualquer outro critério:

Com esses fundamentos, criou-se um ambiente extremamente favorável à supervalorização desse diploma normativo. A lei adquire, então, um novo status, nunca visto na história. A sociedade necessitava afastar a abertura do sistema jurídico aos valores jusnaturais, uma vez que muitas atrocidades eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais (religiosos ou não). Nesse contexto, buscava-se segurança jurídica e objetividade do sistema, e o Direito positivo cumpriu bem esse papel. (BICALHO; FERNANDES, 2011, p. 106).

Foi no início do século XX, que o positivismo jurídico desenvolve sua mais forte expressão. Hans Kelsen torna-se o jurista mais influente de sua geração ao publicar, em 1934, a Teoria Pura do Direito.

Em seu trabalho, Kelsen busca afastar o Direito de qualquer influência externa (metafísica, moral, religião) para que este encontre validação apenas em si mesmo. É como se, para Kelsen, um determinado dispositivo legal só encontrasse sua validação dentro do sistema no qual estivesse inserido.

A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. Com efeito, pressupõe-se como evidente que a ordem coercitiva estadual própria é Direito. O problemático critério de medida da Moral absoluta apenas é utilizado para apreciar as ordens coercitivas de outros Estados. Somente estas são desqualificadas como imorais e, portanto, como não-Direito,

quando não satisfaçam a determinadas exigências a que a nossa própria ordem da satisfação, v. g., quando reconheçam ou não reconheçam a propriedade privada, tenham caráter democrático ou não-democrático, etc. Como, porém, a nossa própria ordem coercitiva é Direito, ela tem de ser, de acordo com a dita tese, também moral. Uma tal legitimação do Direito positivo pode, apesar da sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços. Do ponto de vista da ciência jurídica ela é insustentável. Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar - quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa - a ordem normativa que lhe compete - tão-somente - conhecer e descrever. (KELSEN, 1999, p. 49).

Para concretizar a maior empreitada positivista do século, Kelsen formula a Norma Hipotética Fundamental, conceito que embasa sua principal teoria:

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas **a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável.** Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm). Já para ela tivemos de remeter a outro propósito. (KELSEN, 1999, p. 136).

Portanto, a “norma hipotética fundamental” seria uma norma superior, que estabelece um dever de obediência ao Direito. Ou seja: a norma inferior só encontra sua justificativa na norma que estiver acima dela própria, logo a norma que está acima de todas, até mesmo das Constituições, seria uma norma hipotética fundamental.

A partir de então, o Direito afasta-se completamente do diálogo com a moral e a filosofia, tornando-se definitivamente uma ciência fechada em seu objetivismo. O Direito se reduz ao estrito legalismo:

Kelsen, transportando o positivismo filosófico para o direito, buscou a objetividade científica do ordenamento jurídico. Com isso, retirou todo o conteúdo moral e axiológico do direito, reduzindo a justiça à validade. Enquanto o direito natural é baseado na dicotomia bom e mau, o direito positivo é indiferente a conceitos valorativos, pois não busca o justo e sim o útil. Para Kelsen, os Juízos de valor (dicotomia bom e mau) são subjetivos e relativos à cada sociedade, ou seja, variam de acordo com o espaço e o tempo, sendo o relativismo axiológico o ponto de partida da teoria positivizada do Direito. (BALTAZAR, 2009, p. 86).

Neste sentido, Luís Roberto Barroso explica os caminhos obscuros resultantes de tais premissas:

o positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tomado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. **O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de**

**matizes variados.** A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. (BARROSO, 2001, p.31; grifo nosso).

Em síntese: os juristas do início do século XX buscaram transformar o Direito em uma ciência pura, que bastaria em si e para si (tal qual a biologia, a física, a química), mas ao invés disso surgiu uma ideologia que ofereceu instrumentos para a legitimar ações políticas de qualquer espécie. O questionamento sobre a validade das normas abandona as categorias do “justo” e “injusto”, “bom” ou “mal”, colocando-se em debate apenas a sua validade formal.

Ordens são ordens, é a lei do soldado. **A lei é a lei, diz o jurista.** No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. **Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas.** Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro (RADBRUCH, 1979, p. 415, grifo nosso).

Neste problemático contexto, vemos a ascensão dos regimes nazifascistas que introduziram nos sistemas jurídicos de seus países políticas de extermínio racial, desapropriação e censura, sem praticarem, contudo, qualquer ilegalidade.

Importante destacar que a Alemanha pré-Segunda Guerra foi solo fértil porque o Positivismo Jurídico permitiu o estabelecimento de bases hierárquicas que legitimavam juridicamente o Estado de Direito fascista: seguir ordens, da lei ou de um superior hierárquico, seria legítimo, sem debates axiológicos. A teoria pura não ignora a existência da moral e da axiologia valorativa, mas afirma que estes elementos não pertenciam à Filosofia do Direito. Bem assim, a ‘proposição jurídica’ (Rechtssatz) deve necessariamente ser a vontade da lei: a ‘proposição jurídica’ deve ser equivalente à ‘norma jurídica’ aplicada a um caso concreto. (AVANCI, 2019, p. 203).

Cita-se, exemplificativamente, a Lei de Proteção do Sangue e da Honra Alemã que criminalizava a miscigenação, vedando o matrimônio entre judeus e cidadãos do Reich, sendo legitimada pelo sistema legal ao qual pertenceu:

Completamente convencidos que a pureza do sangue alemão é essencial à futura existência do povo alemão e inspirado pela determinação inflexível de salvar o futuro da nação alemã, o Reichstag decidiu por unanimidade a seguinte lei, promulgada assim: Seção 1 1. Ficam proibidos os matrimônios entre os judeus e cidadãos alemães ou de sangue alemão. Os matrimônios concluídos em desafio desta lei são nulos, até mesmo se, com a finalidade de esquivar desta lei, forem concluídos no exterior.” (ALEMANHA, 1935).

Com isto, não se pretende, através de generalizações, afirmar que todos os positivistas, como os grandes nomes citados acima, defenderam tais barbaridades. Na verdade, não foi possível prever que as teses poderiam ser utilizadas como

instrumentos para a institucionalização de práticas tão hediondas. O próprio Hans Kelsen, descendente de judeus, foi perseguido e exilado.

Apesar disso, entre todas as críticas dirigidas aos positivistas, a mais contundente delas não advém diretamente da legislação dos regimes fascistas, mas sim da embaraçosa questão com a qual os juristas depararam-se após a vitória dos países Aliados, durante os julgamentos em Nuremberg.

De fato, a tese invocada pelos réus consistiu em uma tentativa de justificar suas ações na obediência às leis de seu país, o que evidenciava um conjunto de ações hediondas resguardadas por um sistema legítimo, enquanto que a própria corte de Nuremberg tratou-se de um tribunal de exceção, instituído pelos vencedores para que fossem julgados os derrotados.

A partir de então, a desconfiança e o ceticismo recaem sobre os ideais juspositivistas, que passam a ser enxergados com grande desconfiança, alimentando a crise que consistiria em seu fracasso político.

O Positivismo era a doutrina predominante até a 2ª Guerra Mundial e a ascensão de modelos de governo autoritários como o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha, fortemente baseados em um legalismo acrítico, em que se procurava funcionalizar o direito às conveniências do poder, transformando em lei interesses de ordem política, nem sempre éticos ou morais. Sabe-se que no Tribunal de Nuremberg, muito algozes nazistas se defendiam alegando que simplesmente estavam cumprindo ordens e a lei. (NUNES; MADOGGIO, SEROTINI; 2011, p. 6).

Em sentido idêntico:

Juristas do pós-guerra passaram ver o positivismo com desconfiança, porquanto insuficiente para impedir a emergência de regimes ditatoriais como o nazismo e o fascismo, que se utilizaram de procedimentos “democráticos” e legais para subverter a ordem constitucional, de sorte que o ordenamento jurídico de então mostrou-se insuficiente para impedir que ocorressem as maiores tragédias humanitárias que se tem registro até hoje. (BIZAWU; GIOVANNETTI; SILVA; 2019, p. 13).

Também explica Luís Roberto Barroso:

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. **Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente.** Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. (BARROSO, 2001, p.31, grifo nosso).

A partir de então, a concepção positivista dos direitos não foi capaz de superar as transformações políticas e sociais, cada vez mais dinâmicas e complexas que ocorriam ao redor do mundo. As promessas da modernidade não se concretizam, as certezas dão lugar as dúvidas, o otimismo é substituído pela angústia e o mundo torna-se cada vez mais incerto e ambivalente. Nesse contexto, a crise do positivismo se confunde com a própria crise da modernidade, muito bem explicada pelo prestigiado sociólogo Zygmund Bauman:

As imagens de uma sociedade feliz pintadas em muitas cores e por muitos pincéis no curso dos dois últimos séculos provaram-se sonhos inatingíveis ou (naqueles casos em que sua chegada foi anunciada) impossíveis de viver. Cada forma de projeto social mostrou-se capaz de produzir tanto tristeza quanto felicidade, senão mais. (BAUMAN, 2001, p. 138).

Diante da derrota do positivismo e da inviabilidade de retomada das doutrinas do direito natural, surge uma lacuna na fundamentação dos direitos, especialmente no que diz respeito a dignidade humana. Os juristas procuravam uma justificativa ou fundamentação teórica para embasar a proteção dos direitos fundamentais, ao passo que a realidade e a experiência histórica apresentavam uma ausência total de fundamentos absolutos.

#### **4 O PÓS-POSITIVISMO E O NOVO PAPEL DOS PRINCÍPIOS**

As tragédias da primeira metade do século XX foram o combustível responsável por impulsionar a busca pela reabertura valorativa dos sistemas ou uma nova ponte para o diálogo entre a moral e o Direito.

Entretanto, a banalização do mal ao longo da primeira metade do século XX e a constatação, sobretudo após as duas grandes guerras e as experiências do fascismo, do nazismo e do comunismo, de que a legalidade formal poderia encobrir a barbárie levaram à superação do positivismo estrito e ao desenvolvimento de uma dogmática principialista também identificada como pós-positivismo. O direito natural que dominou os séculos XVII e XVIII, após estes nefastos eventos, volta a ser objeto de debates político, filosóficos e jurídicos. (BALTAZAR, 2009, p. 87).

Barroso (2005, p.6) define o pós-positivismo como um conjunto de reflexões ou uma corrente que “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.”

Assim, o novo constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo), que emerge do pós-guerra, amparado em uma cultura pós-positivista, serve de motor para a construção deste paradigma. No cenário brasileiro, tais mudanças chegariam apenas na década de 80, com a redemocratização.

No constitucionalismo moderno, mais especificamente a partir do século XX, as Cartas Magnas dos Estados passaram a ter como referência os direitos fundamentais e os princípios de justiça material, e criou-se uma interpretação, por meio da qual, concluiu-se pela inafastável exigência de que todas as normas do ordenamento jurídico sejam construídas em conformidade com todo o conteúdo delineado na Constituição, bem como nos princípios superiores ao sistema posto, ainda que muitas vezes não expressos, mas que podem ser depreendidos da análise detalhada do texto supremo do país, como é o caso dos princípios da supremacia do interesse público e da solidariedade, *verbi gratia*, no regime de nossa Carta da República. (KIM, 2017, p. 495).

Se o principal problema do antigo modelo havia sido a ausência de critérios valorativos para aplicação e elaboração das normas jurídicas, o pós-positivismo esforça-se para criar e acrescentar bases filosóficas ao sistema:

Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra

integralmente na norma jurídica, surge uma cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. **E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral**, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia. (BARROSO, 2017, p. 3, grifo nosso).

O pós-positivismo é imbuído de uma nítida pretensão “jusnaturalista”, na medida em que afirma a existência de direitos e valores que independem de positividade. Entretanto, não busca estruturar-se em discursos e teses que apelam para valores transcendentais ou qualquer categoria metafísica.

Certamente, o neoconstitucionalismo não-positivista resgata e reformula – a partir de um paradigma filosófico construtivista – a intuição jusnaturalista de que há direito para além do direito positivo. Defende, outrossim, de acordo com o argumento alexyano da injustiça, a identificação do direito com apoio em critérios mínimos de moralidade. No entanto, a sua estratégia de legitimação ou justificação de tais “direitos morais” (moral rights) – isto é, direitos que são válidos independentemente de sua positividade – não apela para a idéia de um direito natural imutável e anterior à experiência humana ou para considerações neotomistas acerca da intrínseca dignidade do ser humano. (SILVA, 2007, p. 3351).

Não se trata, portanto, de uma busca por fundamentos absolutos que justifiquem a proteção dos direitos, trata-se apenas da necessidade de resguardá-los e concretizá-los. Por esta razão, o pós-positivismo não pode ser classificado como uma doutrina jurídica ou filosófica, pois consiste em um conjunto de ideias heterogêneas, inacabadas e não sistematizadas que se originaram a partir de uma crise histórica da própria filosofia.

No prestigiado livro “A Era dos Direitos”, explica Norberto Bobbio:

É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto — empreendimento sublime, porém desesperado —, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. (...) o problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. Isso significa que o filósofo já não está sozinho. O filósofo que se obstinar em permanecer só termina por condenar a filosofia à esterilidade. **Essa crise dos fundamentos é também um aspecto da crise da filosofia.** (BOBBIO, 2004, p.16, grifo nosso).

Assim, ao tentar materializar as relações entre valores, normas e a teoria dos direitos fundamentais, o pós-positivismo eleva os princípios ao centro dos sistemas, visando garantir direitos e concretizar os objetivos traçados pelas novas Constituições.

A inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos

textos constitucionais na segunda metade deste século (XX) uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais. [...] Todo o discurso normativo tem que se colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. (BONAVIDES, 2008, p. 259).

Passa-se, então, ao reconhecimento da normatividade dos princípios, que agora exigem do aplicador um maior grau de concretização, em razão da nova posição hierárquica ocupada.

Tudo isso evidencia uma transição de Princípios Gerais do Direito para Princípios Constitucionais que desponta nos dias de hoje como apaziguadora da rigidez do positivismo pela valorização do jusnaturalismo, tentando contrabalanceá-los, descortinando novos conceitos, não só o de princípios, mas também o de regras e normas e redirecionando a interpretação das normas infraconstitucionais. Ou seja, os princípios, querendo ou não, vincularão a interpretação do operador do Direito, ainda que em detrimento do que está escrito nos Códices. Resta saber se há algo de belo ou sombrio nesta tela inacabada. (FREITAS; ROCHA, 2018, p. 58).

Essencialmente, o pós-positivismo critica a forma avaliativa ou formalista de conceber o Direito pelos positivistas, capaz de transformar o Direito em um mero instrumento de exercício do poder das mais variadas correntes políticas, inclusive daquelas de cunho autoritário, conforme exposto anteriormente.

Ainda, apontam a inviabilidade do positivismo nos modelos de sociedades que surgiram após a segunda metade do século XX. Em uma sociedade líquida, volátil e dinâmica o modelo positivista tornaria o Direito obsoleto e incapaz de trazer soluções efetivas para problemas que surgiram em números e frequências cada vez maiores.

Neste contexto, ganham destaque dois grandes autores: Robert Alexy e Ronald Dworkin. Ambos distinguem “princípios” e “regras” como espécies do conceito de normas jurídicas.

Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil. Por fim, há aqueles que, por diversas razões, rejeitam a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios. (SILVA, 2003, p. 609).

Sem querer negar a originalidade de qualquer um deles, é importante destacar que ambos tratam da mesma temática. Mesmo que tenham desenvolvido seus próprios conceitos para tratar do tema, é inegável que ambos os autores, em suas vastas bibliografias, apontam para a mesma direção: a normatização dos princípios nos sistemas contemporâneos.

## **5 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS PARA DWORKIN**

Em 1967, Ronald Dworkin foi o primeiro jurista a tratar do tema dentro da teoria geral do direito. Seu objetivo era fazer uma crítica ao positivismo defendido por seu rival acadêmico Herbert Hart. Ele alegava que o modelo de sistema

oferecido pelo positivismo jurídico era insuficiente para a resolução dos “casos difíceis”, pois constituía-se apenas por regras.

Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. (DWORKIN, 2002, p. 35).

Para Dworkin, os princípios seriam espécies normativas que funcionariam de maneira distinta das regras. Ele pretende refutar o positivismo, demonstrando que nos “casos difíceis”, aqueles para os quais as regras não bastariam, os magistrados não devem tomar decisões discricionárias, mas decidir através da aplicação de princípios jurídicos.

Assim, ele identifica dois critérios fundamentais para distinguir regras e princípios. O primeiro critério apontado seria o fato de que as regras aplicam-se na dimensão da validade, o que ele chamaria de maneira “tudo ou nada”. O segundo critério consistiria no fato dos princípios possuírem uma dimensão de peso, que seria observável a partir das colisões entre princípios.

### **5.1 O critério do “tudo ou nada”**

Dworkin se refere ao critério de “tudo ou nada” como sendo uma distinção de natureza lógica entre regras e princípios, pois se distinguiriam quanto à natureza da orientação que oferecem. Ou seja: ambos os padrões (regras e princípios) apontam para questões acerca das obrigações jurídicas nos casos concretos, mas oferecem orientações de naturezas diversas.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que a regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39).

O autor justifica que as regras funcionam pela maneira “tudo ou nada” na medida que orientam a decisão apenas se forem adequadas ao caso concreto. Do contrário em nada interferem.

Para Dworkin o critério “tudo ou nada” torna-se mais evidente na medida em que, ao conflitarem duas regras, apenas uma entre elas será válida. Os sistemas jurídicos poderiam estabelecer quais regras seriam válidas tanto através das próprias regras, quanto através de um princípio.

Assim, a partir da análise do critério do “tudo ou nada” Dworkin constrói um longo raciocínio para atacar o positivismo, apontando que: ou os juízes, no modelo positivista, ao invocarem os princípios atuam de forma discricionária; ou então, ao invocarem os princípios eles reconhecem a sua existência como espécies da norma jurídica. A possibilidade de um sistema que permita a atuação discricionária dos magistrados foi veementemente rejeitada por Dworkin:

A doutrina positivista do poder discricionário (no sentido forte) exige essa concepção de obrigação jurídica, pois se um juiz tem o poder discricionário então não existe nenhum direito legal (right) ou obrigação jurídica - nenhuma prerrogativa - que ele deva reconhecer. Contudo, **uma vez que abandonemos tal doutrina e tratemos os princípios como direito**, colocamos a possibilidade de uma obrigação jurídica ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela. (DWORKIN, 2002, p. 71).

## 5.2 A dimensão do peso

A segunda distinção entre regras e princípios apresentada por Dworkin diz respeito a dimensão. Ao passo que as regras seriam funcionalmente importantes ou desimportantes, a importância dos princípios é dada pelo peso que um determinado princípio teria em relação a outro.

Logo, a colisão entre princípios é solucionada de maneira diversa. Diante um caso concreto em que dois princípios se inter cruzam, a decisão tomada pelo aplicador se dará pelo fato de um deles, naquela situação específica, possuir um peso maior do que o outro.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. (DWORKIN, 2002).

As regras, por sua vez, conforme demonstra o critério do “tudo ou nada”, havendo conflito entre duas, umas delas será retirada do ordenamento jurídico. Mas o mesmo não se aplica aos princípios, em razão de sua dimensão, pois um cederá em detrimento do outro.

A conclusão de Dworkin é de que os princípios são normas vinculativas e não meros instrumentos discricionários que poderiam ser utilizados ou descartados pelo julgador, por livre critério deste.

## 6 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS PARA ALEXY

O jurista alemão Robert Alexy contribuiu enormemente para o desenvolvimento do pós-positivismo jurídico. Deve-se ter em mente que a concretização dos direitos fundamentais é o principal objetivo do autor, sendo, talvez, a característica mais marcante de sua obra.

O autor argumenta sobre a característica bidimensional do Direito. Para Alexy o Direito possuiria duas dimensões, sendo uma dimensão fática e outra dimensão ideal. Assim, a dimensão fática seria a própria validade formal da norma positivada, enquanto que a dimensão consistiria em um aspecto de “correção moral”. Então, ele rejeita o positivismo apresentando uma reabertura entre a moral e o Direito, pois a correção moral corresponderia aos ideais de justiça.

A dimensão ideal se manifesta na sua correção moral. Ao se agregar a ideia

de correção moral como um terceiro elemento, ao lado da validade e da eficácia social, supera-se o conceito positivista de Direito. De fato, a fronteira mais visível entre o positivismo e o não positivismo encontra-se, precisamente, nas relações entre o Direito e a moral: enquanto os positivistas sustentam a separação entre ambos, os não positivistas afirmam que há uma vinculação necessária entre eles. (BARROSO, 2017, p. 5).

Ao desenvolver suas ideias de constitucionalismo democrático, Alexy formula que os direitos fundamentais possuem a estrutura de princípios, ou seja: seriam normas de caráter principiológico. Assim, ele esclarece relação entre a normatização dos princípios e a teoria dos direitos fundamentais:

A tese central deste livro é a de que **os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios** e são mandamentos de otimização. Desde o seu surgimento, em 1985, a tese da otimização foi alvo de inúmeras críticas. Algumas delas dizem respeito a problemas gerais da teoria das normas. (ALEXY, 2008, p. 575).

Ainda, o autor vai além e, ao tratar da colisão entre princípios, busca refletir sobre a ponderação ou sopesamento não como um princípio, mas como uma técnica para solucionar conflitos. Assim, ele supera as limitações do raciocínio puramente subsuntivo e introduzindo uma nova técnica aos sistemas.

Neste admirável mundo novo da interpretação constitucional foram desenvolvidas ou refinadas diversas categorias jurídicas novas, que incluem: (i) o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras; (ii) o equacionamento do fenômeno das colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais; **(iii) a ponderação como técnica de solução desses conflitos, superando as limitações do raciocínio puramente subsuntivo;** e (iv) a reabilitação da argumentação jurídica, da razão prática, como fundamento de legitimação de decisões judiciais que não se sustentam na lógica tradicional da separação de Poderes, por envolverem uma parcela de criatividade judicial. (BARROSO, 2017, p.11, grifo nosso).

Portanto, em sua obra Alexy defende a normatividade dos princípios ao desenvolver a ideia dos mandamentos de otimização e da técnica de sopesamento, buscando caminhos para a concretização dos direitos fundamentais.

## 6.1 Mandamentos de otimização

A partir da análise de Dworkin, Alexy define os princípios como mandamentos de otimização em decorrência do fato de serem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível. Por sua vez, as regras jurídicas seriam mandamentos definitivos, que sendo válidas, devem ser aplicadas exatamente como exigidas.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas,

mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90).

Os princípios não determinam mandamentos definitivos pois eles meramente ordenam que algo seja feito na maior medida possível, considerando certas condições. Logo, o fato de um princípio ser aplicado em um caso não significa que o que ele determina seja um resultado definitivo. Ou seja: os princípios demonstram razões que poderiam ser afastadas por razões contrárias, possuindo, portanto, um caráter *prima facie*.

Nas palavras de Alexy (2008, p. 106) “princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas.” O autor ainda defende que o caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio de argumentações a favor de alguns princípios, que conseqüentemente afastariam outros.

A decisão no caso da incapacidade para participar da audiência processual mostrou que tanto as normas que conferem direitos fundamentais aos indivíduos quanto as normas que exigem a persecução de um interesse da comunidade podem ser compreendidas como princípios. É possível introduzir uma carga argumentativa a favor dos princípios do primeiro tipo e contra os princípios do segundo tipo, ou seja, uma carga argumentativa a favor de interesses individuais e contra interesses coletivos. (ALEXY, 2008, p. 106).

Ele reforça o caráter otimizador dos princípios ao distingui-los dos valores, pois (ALEXY, 2008, p. 146) “princípios são mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem eles ao âmbito deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico.”

O nível ou dimensão axiológica seria tudo aquilo que possui o aspecto de uma axiologia, isto é, algo diz respeito aos valores que uma determinada sociedade cultiva.

Em síntese, os princípios afastam-se da dimensão axiológica por serem “mandamentos”, logo integram o campo da deontologia e, portanto, como tal, fazem parte do que é obrigatório. Ou seja: como mandamentos de otimização, os princípios situam-se no âmbito do dever-ser.

Para Alexy, o fato de concentrarem-se no âmbito daquilo que “deve ser” é característica suficientemente relevante para serem compreendidos como normas.

## 6.2 O sopesamento ou ponderação

Chega-se ao sopesamento de princípios a partir da análise das colisões entre direitos fundamentais. Nas próprias palavras de Alexy (2008, p.95): “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto”.

Há uma relação lógica entre a técnica do sopesamento e os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade. A adequação e a necessidade dizem respeito à “otimização” dentro dos limites reais e fáticos. Por outro lado, a proporcionalidade diz respeito às possibilidades jurídicas daquela otimização.

Alexy esclarece que os princípios da adequação e da necessidade dizem respeito à otimização dentro dos limites das possibilidades de fato presentes na situação específica. De outra parte, o subprincípio da proporcionalidade

em sentido estrito diz respeito às possibilidades jurídicas de otimização. A ponderação, em última análise, envolve a busca da solução ótima à vista de princípios concorrentes. (BARROSO, 2017, p.13).

Assim como Dworkin, Alexy afirma que as colisões entre princípios constitucionais não podem ser resolvidas pelo prisma da validade. O melhor caminho para se pensar o modelo fundamentando por Alexy é através da compreensão do princípio da concordância prática.

Para ele, sempre que os princípios carregarem consigo conteúdo de direitos fundamentais, não será possível uma solução abstrata. A ponderação ou o sopesamento deve ter como parâmetro apenas as singularidades do caso concreto, ao contrário do que se define nas hipóteses de conflito entre regras.

De acordo com esse modelo, o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Do próprio conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo-ou-nada, mas uma tarefa de otimização. Nesse sentido, o modelo de sopesamento aqui defendido é equivalente ao assim chamado princípio da concordância prática. (ALEXY, 2008, p.173).

Havendo princípios contrapostos, não é possível determinar um critério abstrato para solucionar o conflito pois os princípios, como normas jurídicas constitucionais, devem concordar entre si. Do contrário, as constituições perderiam sua força normativa.

Portanto, o modelo de sopesamento apresentado possibilita, de um lado, a satisfação das justificadas exigências de consideração das relações fáticas e das regularidades empíricas e de uma detalhada dogmática dos direitos fundamentais específicos; de outro lado, ele evita as dificuldades em torno da idéia de análise do âmbito da norma. (ALEXY, 2008, p. 175).

Quando dois princípios estiverem em rota de colisão, um deles deverá ceder. Se um princípio cede, não significa que ele seja inválido. Ocorre apenas que, naquela circunstância concreta, outro princípio prevaleceu, sendo até provável que o mesmo não ocorresse em situação diversa.

Em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Alexy exemplifica a colisão de princípios ao narrar o controverso caso Lebach. Ocorreu quando uma emissora de televisão alemã pretendeu veicular um documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”, no qual seria narrado a história de um assalto ao depósito de armas do exército, próximo a cidade de Lebach, que resultou na morte de quatro soldados sentinelas.

Exemplos de soluções de colisões entre princípios podem ser encontrados nos numerosos sopesamentos de interesses feitos pelo Tribunal Constitucional Federal. **Aqui serão utilizadas duas decisões: a decisão sobre a incapacidade para participar de audiência processual e a decisão do caso Lebach.** A análise da primeira decisão servirá para a compreensão da estrutura das soluções de colisões, que será resumida em uma lei de colisão; e a análise da segunda, para aprofundar essa compreensão e conduzir a uma concepção do resultado do sopesamento como norma de direito fundamental atribuída. (ALEXY, 2008, p. 94, grifo nosso).

Neste caso um dos condenados como cúmplice, que na época prevista para a exibição do documentário, estava próximo de sua libertação, acreditava que a exibição do programa, no qual seu nome era diretamente mencionado, além da apresentação de fotos, violaria um direito fundamental garantido pela Constituição alemã, que envolvia sua própria ressocialização.

Após, o indeferimento de seu pedido nas instâncias inferiores, o autor (que cumpria pena) ajuizou uma reclamação constitucional perante a Corte superior. A partir de tais acontecimentos Alexy explica que a colisão foi avaliada em três etapas, sendo a primeira delas o reconhecimento da tensão entre os direitos de informação e proteção da personalidade.

A segunda etapa consistiu no reconhecimento da liberdade geral de informar no caso de “informações atuais” sobre crimes e criminosos, de modo que o caso em questão representaria uma exceção.

A terceira e última etapa, consistiu no reconhecimento, pela Corte superior alemã, da proteção da personalidade sobre a liberdade de informar o que resultou na proibição da veiculação da notícia. Assim, Alexy concluiu que

As razões utilizadas pelo tribunal são plausíveis. Mesmo sem uma análise mais detida, pode-se perceber que dentre essas razões se encontram coisas muito diversas, como a referência a fatos (alcance das enusoes de televisão), a regularidades empíricas (causar risco à ressocialização) e juízos normativos (caracterização da ressocialização como urgentemente exigida pelo art. 1º, § 1º, combinado com art. 2º, § 1º, d: Constituição alemã). Um tal conjunto de razões que inclui valorações - é algo característico da fundamentação jurídica. (ALEXY, 2008, p. 172).

A principal ideia absorvida, portanto, além da própria noção de normatividade dos princípios, é de que abstratamente todos os princípios possuem o mesmo grau de importância e que, na hipótese de colisão entre eles devem sempre ser analisadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

## **7 NOVAS PERSPECTIVAS: PROBLEMAS E POSSIBILIDADES**

Até aqui buscou-se apresentar a normatização dos princípios como um dos fenômenos que caracterizam o Direito na contemporaneidade. Assim, a reação ao juspositivismo foi um dos elementos que contribuiu para a construção do novo paradigma principiológico.

Neste sentido, o pós-positivismo, também chamado de “não positivismo”, consiste na mais autêntica expressão do dito “pensamento pós-moderno”, ou seja: trata-se de uma postura crítica às heranças e tradições deixadas pela modernidade que, por sua, vez reflete-se no âmbito jurídico.

O constitucionalista Paulo Bonavides enumera os resultados alcançados com o advento força normativa dos princípios:

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 juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera 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, 2001, p. 294).

Logo, não é uma grande surpresa o fato de que normatização dos princípios, por proporcionar um novo panorama aos operadores do direito, repleto de desafios e possibilidades, também trouxesse problemas e despertasse inúmeras críticas.

Algumas dentre tais críticas foram inicialmente apresentadas, dentro das polêmicas discussões a respeito do status que os princípios ocupam ou que deveriam ocupar no ordenamento jurídico nacional (fontes formais secundárias ou espécies normativas).

Observa-se de início que as principais críticas dirigidas ao novo modelo principiológico tem um ponto em comum, pois buscam demonstrar o modo pelo qual os princípios, enquanto normas jurídicas, serviriam como instrumentos propulsores da arbitrariedade judicial.

Em razão do seu altíssimo grau de abstração, os princípios, agora dotados de força normativa, permitem uma atuação expansiva do poder judiciário que, por vezes, interfere em decisões de outros poderes.

A interferência do poder judiciário em outros poderes consiste em um fenômeno denominado “judicialização da política”, sendo legítimo, por decorrer naturalmente da propositura jurídica adotada pela Constituição Federal.

O ativismo judicial, por sua vez, se caracteriza nas hipóteses em que as interferências judiciais em decisões de mérito da administração pública assumam viés político ou ideológico. Então, tem sido questionado e discutido em que medida a normatização dos princípios é capaz de abrir margens à arbitrariedade do poder judiciário.

Ronald Dworkin conceitua o fenômeno do ativismo judicial, enfatizando seu viés ilegal:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima” (DWORKIN, 2007, p. 451, grifo nosso).

Verifica-se também o comportamento ativista quando as decisões dos membros do poder judiciário ultrapassarem os limites de sua função, para criarem uma nova norma, usurpando assim a competência do poder legislativo.

Tendo em vista o relevantíssimo papel que passa a ser desempenhado pelo poder judiciário, questiona-se não só quais seriam os limites entre a interferência legítima e o ativismo judicial, mas também quais fenômenos tem possibilitado aproximação entre ambos.

Neste novo cenário, verifica-se que o fenômeno denominado “panprincipiolismo” tem sido o principal responsável pela subversão dos métodos, atuando como propulsor da arbitrariedade.

O panprincipiolismo consiste em hipóteses nas quais os operadores do direito utilizam indevidamente os princípios, para atingir pretensões preestabelecidas do julgador.

O panprincipiologismo tem sido observado manifestadamente na jurisprudência brasileira nas últimas décadas, e consiste em um fenômeno de “criação” de princípios esvaídos de normatividade, descolados do ordenamento jurídico e que surgem na finalidade de fundamentar uma determinada decisão previamente estabelecida pelo julgador. Entretanto, há de se compreender que a aplicação de princípios integradores do corpo jurídico, ou seja, aqueles que decorrem do próprio ordenamento, e a ele se integra de maneira deontológica, são fundamentais para a hermenêutica jurídica na aplicação do caso concreto. (CIENA, 2020, p. 9846).

Tal fenômeno denota a banalização das grandes teses acadêmicas, que são deturpadas, de forma demagógica, tornando-se meros instrumentos para atingir finalidade espúrias e ilegais, que em nada contribuem para a concretização dos direitos fundamentais.

O panprincipiologismo caracteriza-se tanto pela utilização de pseudoprincípios quanto pela criação de novos princípios apenas para embasar decisões específicas.

**Com a utilização de pseudoprincípios, acaba-se por transformar o direito brasileiro em uma vulgata.** Os princípios não podem ser utilizados assim. É necessário que se passe a questionar essas decisões que ferem de morte a democracia. Como se decide no Brasil? É fundamental que se questione sobre isso. Na quadra da história em que se esta, não se pode aceitar que os julgadores decidam como quiserem, que é o que eles vem fazendo, e pior, enganando operadores do Direito (sim, porque os enganados não são mais do que meros operadores) de que tudo está dentro da normalidade. Afinal, “nossas decisões estão baseadas em princípios. (WEBBER, 2013, p. 321, grifo nosso).

Utiliza-se a brecha da legal intervenção jurisdicional como pretexto ou forma de mascarar “decisionismos”, que em nada contribuem para a concretização de direitos fundamentais.

[...] na teoria do direito, em nome da ponderação – e esse o problema fulcral, v.g., da teoria da argumentação jurídica –, abre-se um perigoso campo para o exercício de **discricionariedades e decisionismos**, sob os auspícios dos diversos graus de “proporcionalidades”, além de se (continuar a) pensar na distinção lógico-estrutural entre casos simples (que seriam solucionados por dedução ou subsunção e casos complexos (para os quais são chamados à colação os princípios). Isso para dizer o mínimo. (STRECK, 2010, p.166, grifo nosso).

Torna-se nítido então a maneira pela qual a invocação de “princípios” sem força normativa fragiliza o sistema, desvirtuando suas finalidades e conduzindo à arbitrariedade judicial. Assim, explica novamente o professor Lenio Streck:

Em linhas gerais, o pamprincipiologismo é um subproduto das teorias axiológicas **que redundaram naquilo que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo** e que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse pamprincipiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais– haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional (STRECK, 2017, p. 150, grifo nosso).

Assim, esclarece-se a associação entre o panprincipiologismo e o ativismo judicial ao demonstrarmos que a utilização dos pseudoprincípios propulsiona a discricionariedade.

Em síntese, durante o século XX, buscou-se por uma nova rota que possibilitasse a reabertura do diálogo entre a moral e o Direito. A busca por esta “reabertura” resultou no fenômeno da normatização dos princípios, que gerou a abertura dos próprios sistemas jurídicos.

A abertura dos sistemas trouxe, juntamente com os novos mecanismos de concretização dos direitos fundamentais, a possibilidade de “decisionismos”, sendo este um de seus desdobramentos negativos.

O modelo desenvolvido após a normatização dos princípios, caracterizado, em sua gênese, pelo marcante combate contra às discricionariedades do poder legislativo, é ameaçado com a possibilidade das discricionariedades por parte do poder judiciário. Portanto, a principal ameaça tornou-se também o principal desafio.

Surge um cenário de busca constante pelos instrumentos de correção desses desvios. Tais instrumentos são oferecidos pelo próprio sistema e exigem a constante a atenção por parte dos operadores.

De tudo, observa-se que a normatização dos princípios impulsionou não só a busca pela concretização de direitos, mas também a busca pela correção de desvios, ou seja: as duas ações que, em conjunto, passaram gradualmente a caracterizar as jovens democracias ocidentais.

## **8 CONCLUSÃO**

O presente trabalho teve como objetivo apresentar a tendência de normatização dos princípios como um fenômeno contemporâneo, possibilitado pelas grandes transformações políticas, sociais e econômicas da modernidade e da pós-modernidade.

A partir das leituras de Luís Roberto Barroso, compreende-se que a normatividade dos princípios encontra sua gênese na superação histórica do jusnaturalismo e no fracasso político do juspositivismo.

O declínio das doutrinas jusnaturalistas associa-se à queda dos regimes absolutistas na Europa e com o enfraquecimento da Igreja Católica. O fracasso político do juspositivismo é observado após o fim da Segunda Guerra Mundial, com a consolidação das ideias de constitucionalismo e democracia.

A partir de então, buscou-se alcançar uma reabertura do diálogo entre o Direito e a justiça, ou seja: uma abertura valorativa do sistema, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

Neste cenário, o conceito de “normas jurídicas” foi reestruturado para que os princípios pudessem também ser abrangidos. Logo, passaram a integrar o centro dos novos sistemas.

Dentre os principais autores que contribuíram com o desenvolvimento de teses e teorias sobre a normatização dos princípios destacam-se Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Dworkin prioriza uma distinção conceitual entre princípios e regras, através da qual busca afastar a possibilidade da existência de um arbítrio dos magistrados nos chamados “casos difíceis” e elabora uma crítica ao modelo positivista.

Já Robert Alexy faz uma associação entre a normatização dos princípios e suas próprias ideias de constitucionalismo democrático. Para o autor, os direitos fundamentais seriam normas de caráter principiológico, o que o leva a desenvolver

novas técnicas visando sua aplicabilidade.

A abertura dos sistemas jurídicos, que a normatização dos princípios proporciona, desperta também fortes críticas, sobretudo por parte daqueles que alegam que a ponderação de princípios poderia trazer insegurança jurídica ou conduzir ao arbítrio dos julgadores.

Apesar de tudo, não há discordâncias ao se afirmar que a força normativa dos princípios trouxe ao Direito mudanças paradigmáticas, proporcionando um cenário absolutamente inovador, repleto de problemas e também possibilidades.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. Jusnaturalismo medievo e direitos humanos: reflexões sobre o direito em Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham. **Revista CEPPG**, n. 20, p. 91, 2009. Disponível em: [http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/dd1fdf35c2337f6960aa9aa81ee5caff.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/dd1fdf35c2337f6960aa9aa81ee5caff.pdf). Acesso em: 26 dez. 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AVANCI, Thiago Felipe S. O Tribunal Militar em Nuremberg e o nascimento do pós-positivismo. *Justiça do Direito*, v. 33, n. 1, p. 203, jan./abr. 2019.

BALTAZAR, Antonio Lindemberg. Princípios e regras: uma abordagem evolutiva. **Lex Humana, Revista do programa de pós-graduação em Direito da UCP**, n. 2, 2009, p.91. Disponível em: [https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33876/1/LH1-2\\_artigo4.pd](https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33876/1/LH1-2_artigo4.pd). Acesso em: 17 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002, p.19-20. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3208>. Acesso em: 17 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. **Fórum Administrativo**, v. 17, n. 200, p. 9-17, out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 33, 2006, p. 47-48.

BARBOSA, Instituto Rui. Ao abrir Congresso de Políticas Públicas, Eros Grau defende positivismo jurídico. **Portal TCE MG**, Belo Horizonte, 1 dez. 2016. Disponível em: <https://www.tce.mg.gov.br/noticia/Detalhe/1111622109>. Acesso em: 21 dez. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional e papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003, p. 32. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf). Acesso em: 21 dez. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BEDIN, Gilmar Antonio. A doutrina jusnaturalista ou do direito natural: uma Introdução. **Direito em Debate, Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**, p. 245 -251, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate>. Acesso em 26 dez. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, 06/2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>. Acesso: 30 dez. 2020.

BICALHO, Guilherme Pereira; FERNANDES, Ricardo Vieira; **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Brasília ano 48, n. 189, p. 111, jan./mar. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). **Diário Oficial da União**, 18 set. 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm). Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **D.O.** de 17/01/1973, p. 1, Brasília, DF. Capítulo IV, Seção I, artigo 126.

CIENA, Fabiana Polican; O fenômeno do panprincipiologismo no ordenamento jurídico brasileiro: uma discussão sobre ativismo judicial e judicialização da política. **Braz. J. of Develop.**, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 9840-9854, mar. 2020.

BIZAWU, Kiwongui; SILVA, Marcos Alves da; GIOVANNETTI, Fernando Virmond Portela. Do Direito natural ao pós-positivismo: um breve relato histórico. **Revista Relações Internacionais do Mundo Atual**, v. 3, n. 24, p. 13, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v3i27.3921>. Acesso: 30 dez. 2020.

COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito**. Porto Alegre, S. A. Fabris, 2001.

COSTA, João Cruz. Augusto Comte e as origens do positivismo. **Revista de História da USP**, v. 1 n. 3, p. 364, 1950.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil interpretada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho; Os princípios na estrutura do direito. **Rev. TST**, Brasília, v. 75, n. 3, jul/set. 2009, p.18, 20.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 60, p. 505.

FREITAS, Ramiro Ferreira de; ROCHA, João Victor. Neoconstitucionalismo: aproximações e críticas introdutórias. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 03, n. 03, p. 50-62, jul./set. 2018.

FRIEDE, Reis; Considerações sobre o juspositivismo. **Direito em Debate, Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**, n. 48, p. 88, jul.-dez. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2017.48.84-116>. Acesso em: 31 dez. 2020.

GRAÇA, João Wilame Coelho. **Aspectos histórico-evolutivos do jusnaturalismo: da Grécia antiga a Tomás de Aquino**. Dissertação – Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Fortaleza, 2011, 48p.

GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. Norma constitucional e pós-positivismo jurídico: o esquema regra-princípio. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 1, 1º quadrimestre de 2007, p. 111-113. ISSN 1980-7791. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 31 dez. 2020.

KELSEN, Hans; **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KIM, Richard Pae. Pós-positivismo e alguns paradoxos sobre a interpretação constitucional. **Interpretação Constitucional no Brasil**, 2017, p. 495.

MADOGGIO, Mariana Carvalho; NUNES, José Manoel Goes; SEROTINI, André. **O pós-positivismo: conceituação através de uma breve pesquisa bibliográfica**. **Cad. Doutr. Jurisp. Escola Judicial**, Campinas, v. 7, n. 1, p. 6, jan./ fev. 2011.

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

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2016.

NUREMBERG, Alemanha. **Lei para a Proteção do Sangue e da Honra Alemã**. 1935, Seção 1, artigo 1º.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**; Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. 2. ed. Lisboa, Portugal, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RADBRUCH, Gustav, **Filosofia do direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada, 1979.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Sergio André. Evolução histórica da teoria hermenêutica: do formalismo do século XVIII ao pós-positivismo. **Lex Humana**, v. 1, n. 1, p. 77, 2009. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.14195/2175-0947\\_1-1\\_4](http://dx.doi.org/10.14195/2175-0947_1-1_4). Acesso em: 01 jan. 2021.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo: a doutrina fadada ao fracasso do arbítrio**. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2017, p. 101. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3244/5/Bruno%20Aguiar%20Santos.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2020.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 23 dez. 2020.

SCHIAVON, Giovane Henrique Bressan. O jusnaturalismo clássico. **Scientia Iuris**, v. 5, n. 1, p. 359, 2001.

SILVA, Alexandre Garrido da. Pós-positivismo e democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo. **Encontro Nacional do CONPEDI**, XVI, 2007, Belo Horizonte.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 609, 2003.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Millôr Fernandes. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar A “Letra da Lei” É Uma Atitude Positivista? **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr. 2010. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 10 dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARTUCE, Flávio; **Manual de direito civil**: volume único. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. II. (Temas de direito civil).

TORRES, Claudia Vechi; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. Hermenêutica constitucional: avanços e desafios na sociedade contemporânea. Desafios para a Construção de novos paradigmas. **Revista Publica Direito – UFSC**, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=93>. Acesso em: 30 dez. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 13. ed. São. Paulo: Atlas, 2013.

WEBBER, Suelem da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan./jun. 2013.