

AS FONTES DO DIREITO À LUZ DOS PRINCÍPIOS

MARCUS FRAZÃO^λ

“E aqueles que foram vistos dançando foram julgados insanos por aqueles que não podiam escutar a música.”
(Friedrich Nietzsche)

Dedico este artigo aos que dançam. Dance!

Resumo – O escopo do presente trabalho é proceder à análise das fontes do Direito em sua vertente formal e material, comparar as diferentes fontes do Direito à luz dos princípios e, defender a existência de uma única e verdadeira fonte do Direito: os princípios. Inicialmente, parte-se de uma análise sistemático-comparativa da lei como fonte primordial. Em seguida, apresenta-se os costumes como fontes necessárias do Direito, porém, não exclusivas. Por fim, é proposto que as regras (leis), assim como os costumes, são apenas manifestações lógicas e imediatas dos princípios.

Palavras-Chaves: Norma. Regra. Princípio. Fonte. Hábito. Costume. Ponderação. Positivismo. Argumentação jurídica.

Abstract - The scope of this study is to analyze the sources of the Right in its formal and material aspects, comparing the different sources of the Law in light of the principles and defend the existence of the one true source of the Law: the principles. Initially, the part is a systematic analysis of the comparative-law as the primary source. Then, it presents the customs of law as necessary sources, however, not exclusive. Finally, it is proposed that the rules (laws) as well as the customs, are just manifestations of immediate and logical principles.

Key Words: Norm. Rule. Principle. Source. Habit. Costume. Weighting. Positivism. Legal argument.

^λ Físico formado pela Universidade de Brasília – UnB, 2008; e graduando do 3º semestre do curso de Direito na Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público – EDB/IDP.

1 – Introdução

A expressão fontes dos direito pode ter várias interpretações e vários significados a depender de como e onde for usada utilizada.

Numa aplicação particular e mais rotineira, no universo jurídico, diz-se que as fontes são a gênese, a arque¹, a letra α do Direito e que estas o geram. Nas fontes é onde ele surge e se manifesta, é o lugar em que a Ciência do Direito se abastece.

Tendo por certo que o Direito provém de algum lugar e esse lugar só pode ser as fontes, qual o Direito que delas flui: o de roupagem legal e formalista (positivo) ou de caráter moral e substancialista (natural)?

A resposta a essa pergunta começa a se tornar insuperável a partir da crescente codificação do direito, principalmente pelos europeus, em meados do século XIX, quando o direito legislado passou a ter enorme valor.

Tendo por base que uma regra nada mais é que uma manifestação de poder e vontade que auxilia na manutenção ou projeção de uma sociedade, o presente trabalho adentrará nas causas de sua formação (fontes), e não nos seus propósitos.

Argumentar-se-á que as fontes do direito possuem causa única; o que por si só gera uma contradição, pois, como podem as fontes, em si consideradas a gênese do Direito, ter uma causa geradora? Como ficará claro adiante, a proposta central deste artigo será demonstrar que existe uma única causa (fonte) para o direito: os princípios; e que todas as outras ditas fontes são apenas manifestações da primeira, quer dizer, causas secundárias que, partindo dos princípios, auxiliam na geração do Direito.

¹ MARCONDES, Danilo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010, p.25 e 26.

Em síntese, pretende-se discutir neste texto uma outra concepção para as fontes do direito, e que não seja essa confundida com aquela de que trata as fontes, única e exclusivamente, como sendo as de caráter formal e vinculativo (leis *lato sensu*) e as de caráter material, portanto, acessórias e não vinculativas, como os princípios, costumes, doutrina e jurisprudência.

Portanto, buscar-se-á demonstrar que, em grande medida, há um nexos causal, uma relação necessária de causa-efeito entre leis e costumes, leis e princípios e, finalmente, costumes e princípios.

Por fim, ganham relevância e tornam-se indispensáveis a este escrito uma análise das teorias que tratam dos princípios, em especial as de Robert Alexy e Ronald Dworkin (Teoria da Ponderação), e de debates entre diversos autores acerca da Filosofia do Direito, sobre diferenciação e formação das Normas de Direito (Regras e Princípios) no desenvolvimento de um Sistema Jurídico.

2 – As fontes do Direito segundo uma visão clássica² positivista.

Com frequência encontram-se autores que asseveram ser o Direito gerado por fontes e que essas consistem em leis (*lato sensu*), princípios, costumes, doutrina e jurisprudência. Dividindo-se, num primeiro plano, em fontes formais (lei) e materiais (princípios, costumes, doutrina e jurisprudência).

As primeiras são ditas vinculativas, pois amarram, por exemplo, todos os atos praticados a um procedimento e, ao mesmo tempo, seguem um rito pré-determinado e específico que deve ser na íntegra observado. Já as segundas, são conhecidas por seu caráter acessório as primeiras e, portanto, não vinculam nem se sobrepõem às principais, mas apenas as auxiliam a revelar o seu verdadeiro significado.

Contudo, em especial para a doutrina positivista do direito, observa-se o caráter superior que os atos normativos legislados possuem frente às demais fontes acessórias. Verifica-se a parte formal sobrepunhando a material e que todos os atos praticados só passam a

² Algumas visões modernas do positivismo já admitem que questões não puramente jurídicas (como as de cunho moral) contribuem para a formação do direito, e que ele não é formado exclusivamente por fontes formais, em especial as leis. Cf. Joseph Raz. 1ª ed. WMF Martins Fontes, 2012.

ter validade se forem expressos por lei. O formalismo jurídico³, a atenção demasiada às formas e o preciosismo a sua roupagem, passam a ter mais valor que o seu próprio conteúdo.

Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*, afirma:

(...) são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 161)

Apesar de definir o que são e como são formadas as fontes do direito, o autor equivocou-se em sua argumentação ao inverter a ordem de acontecimento de dois conceitos: ordenamento jurídico e fontes. Seria mais lógico pensar que são as fontes que geram algo, um sistema jurídico, por exemplo, e não o contrário. Percebe-se a definição formalista (legalista) do autor quando afirma ser através de um ordenamento jurídico que as fontes são geradas ou estabelecidas, esquecendo-se que algo gerou esse mesmo ordenamento.

O autor atribui ao ordenamento jurídico a missão de ser o responsável pela causa das causas:

(...) os ordenamentos jurídicos que atingiram certa complexidade e certa maturidade, como os modernos, estabelecem eles mesmos quais são as fontes do direito, o que significa que estabelecem os critérios de validade das próprias normas. De fato, esses ordenamentos não contêm apenas normas que regulam o comportamento dos membros da sociedade, mas também normas que regulam a produção jurídica, isto é, normas que regulam o modo pelo qual deve ser normado o comportamento dos súditos (temos então uma regulamentação da regulamentação – poder-se-ia dizer: uma regulamentação ao quadrado). (Bobbio, Ícone, 1995, p. 162)

Segundo sua visão (positivista), a lei, denominada fonte formal, deve ser a fonte primordial do Direito e que sua codificação é consequência natural dos movimentos históricos que buscavam neste processo a manifestação e a garantia de certos direitos:

(...) podemos agora precisar que esta corrente doutrinária entende o termo “direito positivo” de maneira bem específica, como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como “lei”. Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva — ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente — do direito, e seu resultado último é representado pela codificação. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 119)

O autor assevera que a codificação das leis, fortemente influenciada durante a formação do Estado moderno, é marcada pela racionalização. Para ele, dar prevalência à lei

³ Teoria positivista do direito na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente a sua estrutura formal, ou seja, seu aspecto exterior, prescindindo do seu conteúdo. Segundo o positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor.

como fonte primordial do direito exprime dois pontos principais: num primeiro momento, a lei seria uma espécie de norma geral e abstrata posta pelo poder soberano da sociedade de forma pensada e planejada (racional) e que alcançaria indistintamente toda sociedade, portanto, não sendo mais comandos individuais capazes de cometer abusos, caprichos e arbítrios; num segundo momento, Bobbio defende a ideia de que o propósito da lei é a modificação da sociedade e não sua manutenção⁴. Segundo ele, assim como o homem é capaz de controlar a natureza através do conhecimento de suas leis⁵, ele seria capaz de modificar estruturas sociais através de leis que seguissem uma finalidade racional.

Para Bobbio, somente a lei é capaz de modificar uma sociedade. Seria ela capaz de definir caminhos e de dinamizá-la. No viés contrário, os costumes, largamente utilizado nos países que adotam um direito costumeiro, não são capazes de direcionar os caminhos a serem percorridos por uma sociedade, mas tão somente de mantê-los:

O direito consuetudinário não pode, de fato, servir a tal finalidade, porque é inconsciente, irrefletido, é um direito que exprime e representa a estrutura atual da sociedade e, conseqüentemente, não pode incidir sobre esta para modificá-la; a lei, em lugar disto, cria um direito que exprime a estrutura que se quer que a sociedade assuma. O costume é uma fonte passiva, a lei é uma fonte ativa de direito. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 120)

Para o positivismo jurídico, na existência de várias fontes do direito não é possível que várias delas ocupem um mesmo plano (paridade das fontes), mas que haja uma hierarquia entre elas⁶ e, nesse caso, deve prevalecer a lei⁷:

⁴ Se a codificação do direito (lei formal e escrita) foi a forma encontrada para evitar que abusos e caprichos fossem cometidos, hoje, nota-se o contrário. A lei, instrumento capaz de modificar uma sociedade, é utilizada como ferramenta que gera arbitrariedades de acordo com interesses políticos. Tem-se, então, uma primeira falha na legitimação, através de lei, da representação política.

⁵ Kelsen em sua obra *Teoria Pura do Direito* fez a distinção entre leis naturais e leis jurídicas. Para o autor, o estudo da ciência natural não pode ser confundido com o estudo da ciência jurídica, pois, enquanto na primeira observa-se o fenômeno da causalidade e, como consequência tem-se que “todo A é B”; na segunda observa-se o fenômeno da imputabilidade, onde se tem que “A nem sempre é B”. Entretanto, em *Teoria Geral do Estado*, o autor se aventurando no campo das ciências naturais, ao fazer a distinção entre leis naturais e leis jurídicas, se confunde e equivoca-se ao afirmar que as leis da natureza é que devem adaptar-se aos fatos, esquecendo-se que as leis, ora criadas pelos homens, são modelos ideais, aproximações do mundo real e não correspondem a representação completa de qualquer fenômeno que seja. Assim, as leis a que Kelsen remete só podem ser as de criação humana e não as da própria natureza em si, que já existem e são independentes de qualquer formulação do homem. Por exemplo, a lei da gravidade existe porque existe. É uma lei da natureza (não do homem) e a sua existência ou condição de manifestação é invariável a qualquer postulação humana. A lei da gravidade não passou a existir ou a ser controlada a partir das formulações de Newton, por exemplo. Porém, como dito, as leis humanas apenas prevêm um certo comportamento esperado, e a frustração desse comportamento não quer dizer que a lei da natureza está incorreta, apenas que a lei humana que tentou prever o seu comportamento está errada ou incompleta. Em síntese, Kelsen afirmou, erradamente, que são as leis da natureza que devem se adequar as do homem, e não o contrário. O homem só consegue enxergar aquilo que a natureza o permite.

⁶ Bobbio define as fontes superiores (leis) como sendo *fontes de qualificação jurídica*, e as demais fontes, subordinadas, tais como os costumes, de *fontes de conhecimento jurídico*. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 166).

A doutrina juspositivista das fontes é baseada no princípio da prevalência de uma determinada fonte do direito (a lei) sobre todas as outras. Para que tal situação seja possível são necessárias duas condições: que num dado ordenamento jurídico existam várias fontes e que essas fontes não estejam no mesmo plano. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 162)

Numa linha oposta, Dimitri Dimoulis sustenta que, ao contrário das fontes formais e, portanto, em dissonância com a tese positivista do Direito, as fontes materiais são as responsáveis pela criação do Direito⁸. São elas que dão origem aos dispositivos (normas) válidos e sentido à existência de determinadas normas jurídicas ou até mesmo do próprio Direito. A ideia de fonte material liga-se às razões últimas, motivos lógicos ou morais, que guiaram o legislador na preparação e promulgação dos atos formais (leis), e que a busca dessas razões aproxima-se mais de causas filosóficas do que jurídicas.

Entretanto, Dimoulis alerta que o aspecto formal não é primordial, mas essencial, e que sem ele nenhum elemento material seria reconhecido como válido⁹. Nesse caso, cabe a formulação de Jean-Paul Sartre: “*L’existence précède l’essence*”¹⁰.

3.1 – A diferenciação entre costumes e hábitos.

Em várias ocasiões e sob diferentes circunstâncias são utilizados os vocábulos costume e hábito como sinônimos. E, de fato, o são. Em situações cotidianas quando dizem que têm o costume de acordar às seis horas da manhã; ou que têm o hábito de dirigir sem o cinto de segurança; ou até mesmo que costumam sair do serviço pelo menos 30 minutos mais cedo para evitar o congestionamento, etc., as pessoas estão, na verdade, dizendo que praticam certas atitudes comuns e rotineiras, sem se importarem com a aprovação ou não de outras pessoas. Frequentemente, não existe a preocupação e a necessidade de se distinguir o correto significado entre essas duas palavras. Elas podem ser usadas livremente sem nenhum receio ou sem qualquer desvio de interpretação, pois estão inseridas perfeitamente no mesmo contexto social.

⁷ Será visto adiante que a primazia que o positivismo jurídico dá à Lei vai de encontro com teorias que utilizam os Princípios como base de todos os ordenamentos. Para Alexy, os princípios são a base de qualquer sistema jurídico e que, ao invés da lei, os princípios é que devem ocupar lugar central em todos os sistemas, desde os minimamente estruturados até os mais complexos. Porém, há autores que buscam conciliar essas duas teorias antagônicas através do sincretismo metodológico (método utilizado para unir duas ou mais teorias conflitantes).

⁸ DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito, 4ª. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 181.

⁹ Dimoulis aponta para uma validade jurídica e não moral. A validade nesse caso é condicionada à lei. Ressalta-se que o conceito de validade é bastante controverso no mundo jurídico.

¹⁰ A existência precede a essência.

Mas, no universo jurídico, essa mesma analogia não pode ser feita, ou melhor, deve ser evitada. Costume e hábito não se confundem, pelo contrário, expressam noções distintas daquilo que assemelha ser equivalente.

Entende-se por hábito tudo aquilo que se pratica rotineiramente, dia a dia, aceito ou não pela sociedade. O Novo Dicionário Aurélio define hábito como: “[Do lat. *habitu.*] *S.m.* Disposição duradoura, adquirida pela repetição freqüente de um ato, uso, costume. Maneira usual de ser”.

Já os costumes se diferenciam dos hábitos na medida em que devem ser socialmente e moralmente aceitos. Poder-se-ia dizer que costume é um hábito aperfeiçoado, simbólico, quer dizer, pelo fato de ser praticado reiteradas vezes (elemento objetivo) e por ser moralmente aceito (elemento subjetivo) acaba por alcançar, evoluir, a categoria dos costumes. Estes, diferentemente dos hábitos, exigem a convicção de obrigatoriedade por quem os praticam (*opinio necessitatis sive obligationis*)¹¹.

Uma manifestação clássica de costume é a fila. Não há regra jurídica alguma que faça ou obrigue as pessoas a formarem fila. A única regra existente é aquela de caráter moral, que, se desrespeitada, sujeita quem a descumprir a uma sanção moral¹² por sua conduta.

Caso houvesse alguma regra jurídica que obrigasse as pessoas a seguirem a fila, qual teria sido a origem, a fonte, dessa regra: a lei ou o costume? Fica evidente que a origem dessa regra não poderia ser outra que não o costume. Isso porque a lei, dita fonte primordial e vinculativa, teve a função secundária e acessória de apenas formalizar um costume que há muito já era seguido. Não se discute aqui se a lei deixou de ser vinculativa ou não, apenas conclui-se que ela não foi, de fato, a causa geradora dessa regra. Criar uma lei nessas circunstâncias seria um desperdício¹³.

3.2 – O costume como fonte do direito.

¹¹ Cf. ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, 1ª ed., Bauru – SP: EDIPRO, 2000, p. 120.

¹² Este artigo não adentrará no mérito que o positivismo jurídico traz a respeito de sanção e coerção.

¹³ Bobbio, neste ponto, parece estar correto ao afirmar que o objetivo de uma lei é a transformação da sociedade, e não sua manutenção. Mas, exceto nesses casos de transformação, perde-se muito em elaborar leis que expressam justamente aquilo que já é seguido por uma sociedade. É formalizar aquilo que já está materialmente afirmado. É *reinventar a roda, chover no molhado, falar mais do mesmo*, etc. Fica a dúvida: Será que as pessoas cumprem a lei por hábito ou por costume? Percebe-se que mesmo que a lei imponha uma sanção caso não seja obedecida, as pessoas têm o costume de cumpri-las. Existe uma convicção moral de que as leis devem ser cumpridas, e quem impõe essa convicção certamente não é a lei. Será visto adiante que existe uma causa (princípio) por detrás desse dever de cumprimento às leis.

Feita a distinção entre hábito e costume, passa-se a analisar o costume como fonte¹⁴ do direito.

O costume é seguido e observado. Está arraigado no bojo da sociedade; é fato social. Não é mais discutido; foi imposto e acatado de maneira tácita. A sua inobservância gera um tipo de sanção: a moral.

John Austin, um dos precursores do positivismo jurídico, defende a validade dos costumes mesmo antes de sua positivação pela lei. A sua transformação em lei apenas faz com que a sanção do Estado opere sobre aqueles que desrespeitam os costumes, em consequência, também as leis:

Na sua origem, o costume é uma regra de conduta observada espontaneamente e não em execução a uma lei posta por um político superior. O costume é transformado em direito positivo quando é adotado como tal pelos Tribunais de Justiça e quando as decisões judiciais formadas com base nele são feitas valer com a força do poder do Estado. Antes de ser adotado pelos tribunais e receber uma sanção legal, o costume é apenas uma regra da moralidade positiva, uma regra geralmente observada pelos cidadãos ou súditos, mas derivando sua força, que se pode dizer que possua, da reprobção geral que recai sobre aqueles que a transgridem. (Austin, Henry Holt, 1875, p. 101 e 102)

Herbert Hart, jurista inglês e influente filósofo do direito, defende que as regras não são apenas as promulgadas por instituições jurídicas particulares, mas também regras estabelecidas pelos costumes:

Muitas das nossas mais antigas regras jurídicas nunca foram explicitamente criadas por um poder legislativo ou tribunal. Quando elas apareceram pela primeira vez em argumentações legais e textos jurídicos foram tratadas como já pertencentes ao direito. E isto porque representam a prática costumeira da comunidade ou de uma parte específica dela, como, por exemplo, a comunidade empresarial. (Hart, WMF Martins Fontes, 2009, p. 57)

Bobbio, reconhecendo a importância dos costumes na geração do direito, afirma que:

Um exemplo quase que indiscutido de fonte reconhecida é representado pelo costume. Neste caso, com efeito, estamos diante de regras produzidas pela vida social externamente ao ordenamento jurídico do Estado, e por este último acolhidas num segundo momento como normas jurídicas. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 164)

¹⁴ Conforme anunciado no início deste trabalho, a intenção é estabelecer uma relação de causa-consequência entre princípios-lei, princípios-costumes, princípios-etc. Costume foi anunciado acima como fonte (secundária), não como fonte primeira (princípios).

Quando um ordenamento jurídico alça um costume à categoria de lei e o transforma em norma escrita e vinculativa¹⁵, a lei que foi gerada de um costume não o declara e não impõe a sua obrigatoriedade¹⁶, apenas o formaliza e faz valer a força coercitiva do Estado sobre aqueles que não o seguem. O costume, agora transformado em lei, tem o condão de impor não só a sanção moral, como também a jurídica. O costume, por opção do Estado, foi legislado e passou a ser chamado de lei.

Numa visão complementar à de Austin e Bobbio, Balossini ressalta que:

(...) os usuários (isto é, os membros da sociedade), os quais com a repetição de seu comportamento dão origem a norma consuetudinária são verdadeiros órgãos do Estado e que seus atos são análogos aos atos dos membros do Parlamento que votam uma lei. A produção legislativa do direito seria apenas um modo mais rápido de produzir o direito mediante o emprego de profissionais da produção jurídica (os membros do Parlamento). (Balossini, apud Bobbio, Ícone, 1995, p. 165)

Em outras palavras, não é a transformação de um costume em lei que o faz ser acatado. Antes mesmo de uma lei o formalizar e impor sua obrigatoriedade ele já era conhecido e respeitado por toda sociedade, a sua prática não passou a ser obrigatória em decorrência da lei, em especial por meio da coerção estatal, mas tão somente pela convicção de segui-lo. A única inovação feita por esta transmutação (costume-lei) foi a de imputar uma sanção jurídica.

Portanto, torna-se indispensável a distinção entre costume e hábito no universo jurídico. A lei pode impor de maneira inovadora, originária, que determinada sociedade passe a obedecer a certos hábitos e que deixe de praticar outros, por exemplo: o uso do cinto de segurança (imposição de um hábito) e a proibição de fumar em ambientes fechados (reprovação de um hábito)¹⁷.

Com os costumes não funciona assim. A lei não poderia impedir que determinado costume fosse praticado. Uma das primeiras consequências desse possível impedimento seria a reprovação social da lei e, a partir disso, o texto legislado não teria valor algum para os membros de uma sociedade.

Orlando Gomes ressalta que:

¹⁵ O positivismo jurídico sustenta que são fontes do direito somente aquilo que o ordenamento jurídico permitiu ser. Quer dizer, as fontes do direito são escolhidas pelo ordenamento.

¹⁶ Não haveria sentido em dizer que foi a lei quem impôs a obrigatoriedade de se seguir um costume, pois a obrigatoriedade já fora imposta anteriormente por sua própria convicção.

¹⁷ ALEXY, Robert. São Paulo: 1ª ed. WMF Martins Fontes, 2009, passim. Trata-se de eficácia social e de correção material.

A tese da confirmação legislativa é inadmissível na sua fundamentação e em suas consequências, não passando de intolerável exageração do papel do legislador para lhe reservar o monopólio da produção normativa, que eliminaria o costume como fonte formal do direito. (Gomes, Forense, 2001, p. 43)

Assim, quando uma lei derivada de um costume é descumprida, o que na verdade se está desrespeitando: a lei ou o costume? Parece indiscutível que numa situação como esta é o costume que é afrontado e não a lei que apenas o formalizou. A lei serviu apenas de revestimento, pano de fundo; deu forma ao conteúdo. Mas haverá aqueles que dirão ter sido a lei desobedecida. Essa posição também é indiscutível, mas a lei é descumprida num segundo momento e não na sua origem.

Entretanto, seria correto dizer que existem costumes *contra legem*¹⁸? Numa primeira análise parece óbvio que haja, ainda mais quando esse assunto encontra respaldo na mais diversificada doutrina. No entanto, numa segunda análise, deve-se reconhecer que por questão de praxe as palavras costume e hábito foram indistintamente utilizadas. Não houve em nenhum momento o cuidado, principalmente do doutrinador, em fazer a distinção entre esses dois termos que, como dito, não são correspondentes no mundo jurídico. Forçar uma sociedade que adote uma lei em conflito com um costume seria ariscado e impor que o observe, desnecessário.

Bobbio conclui que:

O direito pode disciplinar todas as condutas humanas possíveis, isto é, todos os comportamentos que não são nem necessários, nem impossíveis; e isto precisamente porque o direito é uma técnica social, que serve para influir na conduta humana. Ora, uma norma que ordene um comportamento necessário ou proíba um comportamento impossível seria supérflua e uma norma que ordene um comportamento impossível ou proíba um comportamento necessário seria vã. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 145)

Seria incerto que uma lei, mesmo através da coerção estatal, tentasse se sobrepor a um costume. O critério cronológico de Bobbio – *lex posterior derogat priori* – sobre o conflito de regras falha nesse caso¹⁹. Funciona perfeitamente somente quando temos regras da mesma espécie. Deve-se evitar que uma lei qualquer entre em conflito com um costume, e mesmo

¹⁸ Há casos em que uma lei ataca diretamente hábitos ou costumes. No primeiro caso é totalmente admissível, até porque o que se busca é a eficácia social e a correção material (Alexy) e a projeção da sociedade para o futuro (Bobbio); mas no segundo caso, inadmissível, pelo fato de a lei atacar algo que é seguido e foi eleito pela própria sociedade. E há casos em que o costume é considerado *contra legem* pelo fato de uma determinada lei ter entrado em desuso por decurso de tempo, cedendo lugar a um costume e sendo revogada tacitamente por ele.

¹⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. Brasília: 6ª ed. Universidade de Brasília, 1995, p. 93. Sustenta que a lei (regra) mais nova revoga a mais antiga.

que entre, dificilmente conseguirá que ele deixe de ser observado, pois há muito já é praticado (não foi ao acaso que se transformou em costume).

A aceitação jurídica é consequência imediata do próprio costume, pois não há sentido em dizer costume *contra legem*, mas sim hábitos *contra legem*. Sendo a lei derivação de um costume, não há cabimento em se dizer costume *contra legem* e sim *legem contra consuetum*, pois, em outras palavras, não seria possível o efeito (lei) atacar a própria causa (costume). É evidente que não são os costumes que ofendem as leis e sim o contrário.

A lei, contra ou a favor dos hábitos, atua de maneira pro e retroativa. Contra os costumes, apenas retroativamente, afirmando-o no mundo jurídico; tendo em vista que se agir proativamente e entrar em conflito com um costume colocando-o como se fosse contrário à lei (*contra legem*), haverá reprovação social.

Numa mesma linha de pensamento Machado Neto questiona:

(...) qual é o direito positivo de tal povo? A lei que ninguém segue e os próprios tribunais já não aplicam ou o costume que é vivido diuturnamente pelos membros da comunidade jurídica? (Machado Neto, Saraiva, 1987, p. 211)

Em oposição aos hábitos a lei funciona muito bem: seja para impor um comportamento desejável, seja para prevenir um comportamento reprovável. Ela pode prevenir erros e corrigir desvios, que talvez levasse anos até que os membros da sociedade conseguissem evitá-los. A determinação estatal, através da coerção imposta pela lei, acelera esse processo de reconhecimento.

Ademais, quanto aos termos costumes *secundum legem* e *praeter legem*, tem-se no primeiro caso o costume, já praticado por uma sociedade, que o poder estatal, por opção, o formalizou; no segundo ainda não houve essa necessidade.

Finalmente, as expressões *secundum*, *praeter* e *contra legem* só fazem sentido para o positivismo. Ou seja, um costume ser segundo a lei, praticado na ausência da lei ou contrário a lei, só ganhou cabimento quando o formalismo jurídico impôs que a lei fosse a fonte principal do direito e geradora das outras, fechando os olhos para o que de fato surgiu primeiro²⁰. Conforme exposto, o costume deu origem a lei, e não o inverso, como insistem os positivistas²¹.

²⁰ Não existe a perspectiva de impor um critério cronológico como fez Bobbio (*Teoria do ordenamento jurídico*, UnB, 6ª ed., 1995, p. 92 e 93), apenas demonstrar que o costume teve uma aceitação primeiro que a lei e, promulgar uma lei que vá de encontro a um costume é agir proativamente contra a aceitação social.

²¹ Existe grande diferença quando se impõe algo, por exemplo, uma norma jurídica; e quando se aceita algo, p. ex., um costume. A própria aceitação de uma lei é derivada de um costume, quer dizer, o de acatar e seguir leis que não afrontem relações sociais já estabelecidas. Isto demonstra que a lei não passou a ser seguida por causa

Verifica-se então que o termo costume *contra legem* é um equívoco e dever-se-ia substituí-lo pela expressão hábito *contra legem*.

3.3 – Distinção entre regras e princípios.

Certa vez, um pai cansado de observar que seu filho não se alimentava corretamente, em especial durante o almoço, proibiu-lhe de comer bolachas antes das refeições, pois já não conseguia mais ver a criança deixar restos de comida no prato e de sempre comer “porcarias” fora de hora. Assim, o pai ordenou o seguinte: “Você está proibido de comer bolachas antes das refeições!”

O filho muito respeitador das ordens do pai, e ao mesmo tempo muito esperto, decidiu cumpri-las, mas sem que deixasse de satisfazer os seus próprios desejos. A criança cumpriu a ordem à risca, porém ao invés de comer bolachas antes das refeições passou a comer salgadinhos, bolos, tortas, iogurtes, etc. Diante dessa situação, houve a violação de alguma regra? O objetivo do pai foi alcançado?

O estudo dos princípios e a diferenciação destes em relação às regras tornam-se a cada dia mais importante quando se tem casos atípicos, aqueles bastante complexos ou que o ordenamento jurídico foi incapaz de prever ou definir.

Em geral, tem-se que uma norma pode ser encarada tanto como uma regra (em especial a lei), tanto como um princípio²². Assim, antes mesmo de ser feita esta distinção, resta adiantar como o problema do pai e do filho em relação às bolachas seria resolvido à luz das regras e dos princípios.

Sabendo que o pai lhe impôs uma limitação, agiu astuciosamente para manter a regra, mas quebrar um princípio que estava inerente a ela própria. Na verdade o pai não impôs uma regra, uma condição, e sim um princípio, qual seja: de que não se deve comer antes das refeições²³.

de uma ameaça vinculada a ela – coerção e sanção, e sim pelo fato de que existe um costume associado ao de seguir as leis quando estas não ofenderem outros costumes. Na verdade, e conforme será demonstrado mais a frente, esse costume de se seguir leis é a consequência imediata de um princípio, ou seja, a causa de um costume.

²² “Klaus Günther entende que a distinção entre regras e princípios não deveria ser interpretada como uma distinção entre dois tipos de normas, mas exclusivamente como uma diferenciação entre dois tipos de aplicação de normas.” Günther, apud Alexy, WMF Martins Fontes, 2009, p. 88.

²³ Ver Gênesis, capítulo 2, versículo 16-17, AT. Quando Deus, no jardim do Éden, ordenou a Adão e Eva que não comessem do fruto da árvore proibida. Mesmo se tratando de uma regra imposta, ao ser violada também foram violados vários princípios que estavam por detrás dela. É claro que esta situação trata-se apenas de uma ilustração, e de forma alguma pretende induzir o leitor a aceitar ou não o que está escrito em Gênesis. Da mesma forma que alguns escritores se baseiam em mitos (mitologia) para traçar paralelos entre a realidade e o imaginário com o intuito de ilustrar os seus textos, valho-me desta passagem bíblica para ilustrar o meu.

A violação da regra foi consequência imediata da violação do princípio. Mas, em contra partida, a criança poderia muito bem se esquivar alegando que ela foi proibida de comer bolachas e não outra coisa. Em síntese, ela ignorou ou foi incapaz de perceber um princípio que estava por detrás da regra. Nesse caso, compreender apenas a regra foi inútil.

Quando o pai emitiu a ordem para que a criança não comesse bolachas antes das refeições, ele, na verdade, não impôs uma regra pontual e específica, pelo contrário, impôs uma “regra abrangente” e que esperava alcançar determinado objetivo, qual seja: que o filho se alimentasse melhor durante as refeições e não antes delas. Contudo, por trás do comando que foi imposto havia um princípio bem maior que a própria regra.

A distinção entre regras e princípios não poderá ficar apenas no campo semântico. Definir esses dois termos é o mesmo que limitar os seus significados, o que seria um grave erro, pois as análises e os testes que serão feitos estarão baseados na definição que foi dada aos termos – que é limitada e imprecisa, e não ao seu significado e abrangência como um todo. Então, definir princípios e regras e tentar fazer uma diferenciação baseada em suas definições é um engano que somente causará incertezas e limitações de sentido.²⁴

Talvez quem melhor distingue regras de princípios seja Ronald Dworkin²⁵. O autor confronta em vários momentos a tese positivista sobre as regras e com uma avalanche de exemplos diferencia, sob sua ótica, o significado entre os dois termos. Um desses exemplos foi um julgado de 1889 de um tribunal de Nova Iorque (*Riggs x Palmer*) que teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar sua parte da herança, embora tivesse assassinado seu avô com esse propósito. O tribunal em questão decidiu da seguinte maneira:

O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: “É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino.” Mas o tribunal prosseguiu, observando que “todas as leis e contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime”. O assassino não recebeu sua herança. (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 71)

²⁴ “*Eu sou o que sou*”, foi a expressão que Deus utilizou a Moisés quando este o questionava quem Deus realmente era. Moisés pediu a Deus que desse uma definição de si próprio, ou seja, de um Ser que é maior que ele (Moisés) e que jamais poderia compreender na sua totalidade. (Cf. Êxodo, capítulo 3, versículo 14, AT).

²⁵ Cf. *Levando os direitos a sério*, 3ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, passim.

Percebe-se que em casos atípicos e difíceis como este (*Hard Cases*), as regras tornam-se injustas, insuficientes ou inapropriadas e não conseguem dar uma fundamentação lógica, precisa e satisfatória para o caso, de acordo com os mais variados ordenamentos jurídicos baseados na doutrina positivista e suas derivações.

Assim, Ronald Dworkin caracteriza os princípios da seguinte forma:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 36)

Robert Alexy os diferencia das regras da seguinte maneira:

Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica positiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva... ..Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às suas possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios. (Alexy, WMF Martins Fontes, 2009, p. 85)

Tanto Dworkin quanto Alexy defendem uma interrelação necessária entre direito e moral e que um é simultaneamente a causa-consequência de ser do outro²⁶. Os autores sustentam que a base de qualquer ordenamento jurídico deve ser os princípios, com a seguinte diferença: Ao contrário de Dworkin, Alexy promove a idéia de que os princípios são como as regras, não no sentido que se acabou de diferenciar, mas no sentido de que a sua observância

²⁶ Causa-consequência de ser do outro é um paralelo que foi traçado, neste artigo, com a Mecânica Quântica. Depois de muita inquietação e pesquisa científica, ficou claro que a dualidade onda-matéria ou onda-partícula, como preferir, é um fenômeno que a causa de um é necessariamente a causa do outro, e que o efeito de um também é o efeito do outro. Em simples palavras, nem onda nem partícula é a causa ou a consequência da outra e, ao mesmo tempo, onda e partícula são as causas e as consequências da outra. Essa analogia foi posta para que se possa entender que o mundo jurídico não está imune a essas perturbações (causa-consequências) do mundo social. Niklas Luhmann sugere a construção de um sistema autopoietico para o Direito assim como o fez para uma sociedade, em que o Direito se cria e se recria buscando nele mesmo sua autorreferência. Dessa forma, um sistema autopoietico permitiria a construção de um sistema jurídico mais dinâmico e mais adequado à complexidade social.

deve ser obrigatória assim como as regras são. Quanto à essência dos princípios (dimensão, peso, etc), sua posição caminha lado a lado com a de Dworkin.

Assim, vale a proposição: a partir de um estado mínimo de desenvolvimento, todos os sistemas jurídicos contêm necessariamente princípios. Isso basta como a base para a fundamentação de uma conexão necessária entre direito e moral pelo argumento dos princípios. Portanto, a tese de que todos os sistemas jurídicos contêm necessariamente princípios pode ser munida da restrição, contida naquela proposição, a sistemas jurídicos minimamente desenvolvidos, sem que por isso fracasse o argumento dos princípios. (Alexy, WMF Martins Fontes, 2009, p. 90)

Dworkin, Alexy, Radbruch, entre outros²⁷ sustentam a ideia de que uma regra para ser completa deve prever todas as situações em que se aplica e todas as exceções que lhe cabem. Assim, argumentam que se não for desse modo, a regra estará incompleta. Se o número de exceções que a regra trazer for demasiadamente alto, conclui-se que se todas as vezes que a regra for citada, tiver que citar também as suas exceções, será algo extremamente trabalhoso e desajeitado.

Portanto, mais claro e preciso será o enunciado de uma regra quando está trazer consigo todas as suas exceções. Está analogia ilustra bem o exemplo das bolachas. Imagine toda vez que o pai ordenasse algo ao filho, no exemplo acima, teria que repetir a lista de comidas proibidas todas as vezes que emitisse a ordem (bombons, biscoitos, etc.).

As regras ou são aceitas e acatadas ou não. Quando há conflito entre as regras uma deixa de existir para que a outra prevaleça, então, a regra perdedora deve ser mudada ou então abandonada. Não existe a possibilidade de duas regras em conflito participarem do mesmo ordenamento jurídico. A resolução de antinomias jurídicas sugeridas por Bobbio²⁸ só tem fundamento quando as regras já foram postas, ou seja, criadas; mas haverá aqueles casos novos ou difíceis que as regras ainda não alcançaram, portanto, inexistente no ordenamento jurídico.

Porém, com os princípios, não funciona dessa maneira. Eles não estão hierarquizados nem submetidos uns aos outros, quando há conflito entre eles um dá passagem ao outro sem deixar de existir, portanto, o princípio que ora foi derrotado poderá se sagrar vencedor em outras circunstâncias. Os princípios não são absolutos – são dinâmicos, eles apenas inclinam a decisão em determinada direção de maneira nem conclusiva, nem absoluta; sobrevivem intactos quando não prevalecem.

²⁷ MacCormick, Habermas, Luhmann, Günther, etc.

²⁸ Cf. *Teoria do ordenamento jurídico*, UnB, 6ª ed., 1995, p. 81 ss.

Se, segundo a concepção positivista do direito, um juiz tem discricionariedade para solucionar determinado caso utilizando-se de regras (que são estáticas e inflexíveis, pois não acompanham a rápida evolução social), que sob sua ótica melhor se enquadram ao caso, por acreditar que ela seja obrigatória, há de se convir que ele possa estar certo ou errado em sua avaliação pessoal. Ele pode preferir uma regra em prejuízo de outra, isso, agindo de acordo como manda o ordenamento e convicto de sua avaliação pessoal. Ainda assim, sabe-se que nem todos os juízes terão a mesma avaliação de determinado caso e, como consequência, utilizarão a melhor regra que para eles se encaixam ao problema.

Mas se um juiz acreditar que deva solucionar o mesmo caso, só que agora utilizando princípios, ele certamente terá em sua frente uma gama deles e, não diferente das regras, alguns se colidirão com outros. Então, em sua análise pessoal, o juiz preferirá um ou uns princípios em vez de outros e dará maior peso e importância àqueles que foram selecionados. Assim, ele poderá estar certo ou errado em sua avaliação pessoal acerca dos princípios do mesmo modo que poderá estar certo ou errado a respeito das regras.

Dworkin sustenta que a discricionariedade que o positivismo dá aos juízes quando estes vão decidir certos casos não passa de uma tentativa que há muito tempo já foi abandonada. Os juízes, muitas vezes arbitrariamente, utilizam-se dessas regras como pano de fundo para decidirem de acordo com suas vontades ou convicções, e não de acordo com critérios impessoais:

(...) os juízes com origens econômicas e políticas específicas ou oriundos de tipos específicos de práticas jurídicas, ou adeptos de sistemas de valores específicos, ou com afiliações políticas específicas, tendem a decidir em favor de réus com as mesmas origens sociais e institucionais? Os juízes da Suprema Corte formam blocos que se mantêm unidos quando têm de decidir casos que envolvem raça, sindicatos ou trustes? Essas questões empíricas parecem relevantes, porque se a origem social ou as lealdades preexistentes determinam a decisão de um juiz, isso sugere que ele não está seguindo regras. (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 10)

E continua ao questionar se:

(...) os juízes sempre seguem regras, mesmo em casos difíceis e controversos, ou algumas vezes eles criam novas regras e as aplicam retroativamente? (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 8)

Contudo, parece mais razoável afirmar que cada juiz escolhe as suas próprias regras e as justificam através de outras.

3.4 – Afinal, o que são os princípios e porque eles são tão importantes no contexto jurídico-político?

Certo de que o legislador é incapaz de prever todos os acontecimentos ou todas as condutas possíveis ao ser humano, a lei não conseguirá acompanhar o ritmo das evoluções sociais²⁹, por isso, em alguns casos, estará defasada:

O mundo jurídico nasce, surge, do mundo social. Está contido neste (social) e não pode ser entendido como uma extensão dele, autônomo. Está necessariamente a todo o tempo vinculado a aceitação social. A juridicização da sociedade veio para organizar o mundo social e não para se apartar dele. (Gilissen, Calouste Gulbenkian, 2011, p. 43)

Assim, em determinadas situações (em especial naqueles casos ambíguos, difíceis ou confusos – *Hard Cases*) as regras não conseguirão dar um explicação satisfatória, plausível. Por mais que o campo da discricionariedade e da interpretação estejam abertos, as regras ou serão insuficientes (a ponto de não regularem dado caso) ou, por melhor que seja escolhida por um juiz (de acordo com critérios positivistas) ela não conseguirá justificar de maneira adequada certas decisões. São nessas situações que os princípios ganham relevância.

Eles são versáteis, dinâmicos, e não pré-moldados, hierarquizados e estáticos como as regras. Elas possuem uma solução pronta, os princípios não. Em casos difíceis, como o de *Riggs x Palmer*, uma decisão tomada de acordo com as regras se mostra inadequada, enquanto utilizando-se de uma argumentação racional e de um juízo de ponderação de princípios ela poderá ser perfeitamente justificada e aplicável. A decisão não fica presa à regra, pelo contrário, vai além dela.

As regras são comandos, elementos indispensáveis a todo ordenamento jurídico. Na maioria dos casos elas antecipam uma decisão que está clara, quer dizer, não existem dúvidas sobre o que se quer resolver. A finalidade da regra quase sempre é proteger e resguardar princípios, ou seja, o legislador ao elaborar uma regra quer materializar que determinadas condutas, baseadas em princípios, devem ser seguidas ou vedadas. Visa-se, então, a elaboração de uma regra para tutelar um princípio, que nesse caso, ganha efetividade e aplicação com a entrada em vigor da regra. A regra em momento algum criou um princípio, apenas o materializou.

²⁹ A dinâmica das relações sociais cresce mais rapidamente que a jurídica. A expansão da fronteira social é mais rápida que a expansão jurídica. Num modelo ideal, o mundo jurídico, por meio do legislador, conseguirá, no máximo, acompanhar essas transformações, nunca estará à frente delas.

É óbvio que também há casos, mas que agora não envolvem a insuficiência das regras, e sim um conflito aparente³⁰ de princípios. Nesses casos é preciso que se faça uma ponderação de princípios.

Ponderação não quer dizer a simples e indistinta escolha entre um ou outro princípio, e sim o confronto, o choque entre eles. Envolve análise, escolha e justificação; e não apenas escolha e justificação.

O choque entre princípios se faz necessário para que eles ganhem força, dimensão e peso, quer dizer, importância³¹. Somente após o choque entre princípios conflitantes, quer dizer, ponderação, é que se escolhe um vencedor. Essa escolha, na verdade, é um sacrifício que o ponderador (um juiz, por exemplo) faz de um princípio em prol do outro. Mesmo após a ponderação, todos os princípios conflitantes continuam sendo válidos. Somente em casos específicos (concreto), que se acabou de ponderar, é que um cede lugar a outro, sem, contudo, deixar de ser válido.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – 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, WMF Martins Fontes, 2012, p. 42)

Entretanto, não se pode afirmar que exista uma ponderação entre regras. Um juiz pode perfeitamente escolher uma regra em vez de outra e justificar sua decisão pautada nessa escolha. Porém, não poderá proceder a uma ponderação entre elas por um motivo óbvio: quando duas regras entram em conflito uma deverá, necessariamente, dar lugar a outra e como consequência, ser modificada ou excluída do ordenamento jurídico conforme os critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade das normas.

Segundo Bobbio:

³⁰ Conflito aparente não deve ser confundido com conflito real. É aparente antes de uma ponderação, é real depois dela.

³¹ Traçando, novamente, um paralelo com a Física, falamos que uma partícula, p. ex., o neutrino, possui massa de repouso igual a zero quando esta se encontra em repouso absoluto, quer dizer, no sistema onde está contida, não causa perturbação alguma. Ela não desfruta de uma das características principais que as outras partículas possuem: a massa. Só passa a tê-la quando entra em movimento e, como consequência, passa a ser percebida. Assim, os princípios, se tratados isoladamente, não possuem peso, dimensão ou importância; só passam a gozar desses atributos quando confrontados. É claro que ao final de uma ponderação haverá princípios que se mostrarão mais importantes que outros (mas somente naquele caso específico) sem, em momento algum, ser superior aos outros em todos os casos. Ver, p. ex., princípio da liberdade de expressão x princípio da intimidade, em: ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 7 a 12.

Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o intérprete tende a eliminar. Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá constituir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas). (Bobbio, UnB, 1995, p. 91)

Percebe-se que há essa necessidade de retirada ou modificação de uma regra de um ordenamento jurídico, pois nem todas foram criadas pautadas ou a partir de princípios. Se assim fossem, poder-se-ia ter uma ponderação de regras, já que elas seriam derivações destes, mesmo num segundo momento, pois a regra foi responsável por materializar um princípio notável.

Alexy, a partir da tese da incorporação, sustenta que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios e que eles são elementos necessários a todos os sistemas jurídicos³².

3.5 – Os princípios como fonte das fontes.

Como exposto anteriormente, os costumes são caracterizados, primeiramente, como algo que é moralmente aceito e, num segundo instante, pela prática reiterada daquilo que se supõe que deva ser seguido, ou seja, do elemento moral. A soma desses dois elementos caracteriza a formação de um costume. Porém, o que dá ao costume a convicção de obrigatoriedade é o seu elemento subjetivo – ser moralmente aceito, e não o seu elemento objetivo, quer dizer, sua repetição ao longo do tempo. Se assim fosse, um hábito ou um comportamento que é socialmente reprovável poderia se tornar um costume, pois são reiteradas vezes praticados.

A origem de um costume, como dito, não está em sua repetição, e sim em sua aceitação. Afinal, o costume, em sua gênese, ainda não pode ser considerado um costume, pois ainda não foi aprimorado pelo critério temporal. Entretanto, a noção de obrigatoriedade não passa a existir somente com a repetição, e sim com o aparecimento do elemento subjetivo. Em outras palavras, existem princípios que estão por trás dessa aceitação moral (a própria aceitação moral é um princípio) e que ao longo do tempo se transformaram em costumes através da repetição. Assim, a gênese de todos eles só podem ser os princípios.

³² Cf. ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 86 a 90.

Tem-se, então, que a origem dos costumes são os princípios e, como mostrado anteriormente, esses (costumes) podem ser a origem de várias regras, em especial a lei.

Evidente é a relação lógica na criação e formação das fontes do direito que está ao redor dos princípios. Esses são as causas dos costumes que, por sua vez, são as causas das regras. Ou, em outra análise, os princípios são os geradores diretos de determinadas regras. Contudo, sabe-se que existem regras que foram formadas a partir de outras regras e que essas, também foram geradas de outras e assim sucessivamente. Porém, se for feita uma regressão, regra a regra, chegar-se-á em algum momento que a regra geradora das outras está fundamentada em algum princípio. Quer dizer, em algum momento, o legislador tendo por óbvio a notoriedade de um princípio ou a convicção de que algo deveria ser proibido ou permitido, legislou em favor desses princípios, materializando-os e os tornando em regra a ser observada.

Pode ser que algumas dessas regras tenham se desdobrado em outras, o que não traz problema algum, mas o que se sustenta neste trabalho é que a geração dessas regras primeiras está apoiada em princípios. Em algum momento, mais precisamente em suas origens, elas tiveram como pano de fundo os princípios.

Dworkin sustenta que:

Contudo, mais uma possibilidade deve ser examinada. Se nenhuma regra de reconhecimento pode fornecer um teste para identificar princípios, por que não dizer que os princípios constituem a última instância e constituem a regra de reconhecimento do nosso direito? (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 71)

Kelsen defende o escalonamento hierárquico das regras e que a origem de todas elas, em seu aspecto jurídico-positivo, encontra respaldo na chamada Regra Fundamental³³. Hart, de maneira análoga, defende a existência de regras primárias que encontram amparo em uma regra secundária fundamental, conhecida por Regra de Reconhecimento³⁴. Assim, ao se fazer a regressão acima proposta, conclui-se que a Regra Fundamental de Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Hart ou são princípios ou estão apoiadas neles.

O Código Penal brasileiro em seu artigo 121 assim prescreve: *Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos*. Essa prescrição é de ordem lógica, pois já está subentendido que todos saibam que não se deve retirar a vida de outrem. Por que, então, não foi prescrito da seguinte forma: *É proibido matar: Pena – reclusão, de seis a vinte anos?* Tem-se, como

³³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

³⁴ Cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

imperativo lógico, que a conduta de se matar alguém é algo proibido e implícito a todos. Toda pessoa em seu estado mínimo de consciência e capacidade mental sabe, mesmo que inconscientemente, que matar alguém é uma conduta proibida. É algo abominável às outras pessoas e, que por isso, não se deve matar. Assim, o legislador, apoiando-se no princípio de que não se deve matar outrem, poupa a sociedade do óbvio, e em vez de prescrever que é proibido matar (o que todos de uma maneira ou outra já sabem), prescreve diretamente a pena para quem matar. Quer dizer, o legislador acredita que todos sabem que determinadas condutas são proibidas.

Igualmente é quando o legislador prescreve no art. 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que *ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*. Está claro que o artigo 3º baseia-se em um princípio (na verdade, ele é um princípio!). Se assim não fosse, todos poderiam alegar desconhecimento da lei para se safarem de seus delitos.

4 - Conclusão

Mas há sentido em dizer que fontes materiais não vinculam enquanto as formais vinculam? Esta pergunta pode ser respondida de duas formas: sim e não. Sim, se considerarmos o nosso modelo jurídico (sistema) como aquele que acompanha tendências positivistas de encarar o Direito, e que o princípio da legalidade se sobreponha a outros princípios e aos costumes, sendo, portanto, a lei a primazia do Direito. Porém, essa tendência não se coaduna com a visão proposta pela ponderação de princípios, visto que só há sentido em se dizer da prevalência de um princípio sobre o outro quando eles se confrontam em um caso concreto, e que apenas princípios podem ser ponderados. E não, se tratarmos o nosso sistema jurídico como aquele que não possui uma hierarquia entre as fontes do direito e, em especial, entre os princípios.

Se tratarmos também o nosso modelo como sendo aquele que segue e acompanha uma das visões jusnaturalistas que diz: *o Direito não é idêntico à totalidade das leis escritas*. (Robert Alexy apud Radbruch, 2009, p. 85), chega-se a conclusão de que a pergunta acima proposta, na verdade se inverte, e pode-se concluir que são as fontes materiais primeiras (princípios) é quem vinculam e guiam as demais fontes (secundárias). Assim, a lei, os costumes, a doutrina e a jurisprudência são meras expressões/derivações lógicas dos princípios. Estão ligados a eles (princípios) a todo instante. Como argumentado, a raiz deles são os princípios.

Notadamente, a sociedade, dia a dia, torna-se mais complexa e mais instável e os modelos jurídicos (ordenamentos) que se baseiam primordialmente em regras já não são mais suscetíveis. Em outras palavras, já estão sucumbidos ou não conseguem acompanhar a rápida transformação social.³⁵

Contudo, torna-se necessário que outros padrões, que não estejam calcados apenas em regras, sejam estabelecidos. É preciso, assim como outrora a codificação, a legislação e a normatização foram de extrema importância e necessidade para a sociedade, que haja uma nova maneira de se reinventar e interpretar o Direito. Que essa nova visão tenha maiores efeitos e alcance por meio dos princípios.

³⁵ Em nenhum momento neste artigo se pretendeu desconstruir a idéia positivista do direito em relação às regras, em especial às leis. Procurou-se demonstrar que esse modelo de regras que foi imposto pelos mais variados ordenamentos jurídicos atuais é insuficiente, o que não quer dizer que eles sejam inválidos ou falhos em todas as situações. Muitos erros são cometidos pelos juízes por se sentirem amarrados às leis, e que essas os impedem (a não ser em casos extremos) de realizarem um julgamento valorativo e discricionário para decidir caso a caso. Num paralelo semelhante, quando a Mecânica Newtoniana começou a falhar e foi substituída (não integralmente) pela Mecânica Quântica (Einstein, Planck, Heisenberg, Schrödinger Bohr, etc.) não significou que Newton e os demais estavam errados e que sua teoria tivesse que ser abandonada. Pelo contrário, significou que em determinados eventos da natureza, em particular no mundo atômico, a Mecânica Newtoniana falha, mas sem deixar de ser verdadeira e aplicável em outros casos. Assim, também, acontece no mundo jurídico, em relação aos *Hard Cases*. O afastamento deverá acontecer nesses casos mais complexos e ser sucedido por modelos que melhor representam a realidade. Assim como foi difícil para a Igreja Católica – em especial para os inquisicionistas, aceitarem as novas idéias de Giordano Bruno e Galileu Galiei; também foi difícil para os amantes da Mecânica Clássica abandonarem as suas idéias e embarcarem em um mundo desconhecido. Porque, então, será diferente com o mundo jurídico aceitar que os princípios são as causas primeiras e fundamentais de todos os ordenamentos?

5 – Bibliografia

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, 2ª ed., São Paulo: Forense, 2011.

AUSTIN, John; CAMPBELL, Robert. *Lectures on Jurisprudence, Or, The Philosophy of Positive Law*, Harvard University: Henry Holt, 1875.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 6ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_____. *O Positivismo Jurídico – Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 3ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. *Uma questão de princípio*, 2ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*, 2ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. *A justiça de toga*, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 6ª ed., Calouste Gulbenkian, 2011.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 20ª ed., São Paulo: Forense, 2010.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1938.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*, 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação a história da filosofia – Dos pré-socráticos a Wittgenstein*, 13ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico*, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: A sociedade como sistema*, 1ª ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, 1ª ed., Bauru – SP: EDIPRO, 2000.

SOBOTA, Katharina. “Don’t Mention the Norm!”. *International Journal for Semiotics of Law*, IV/10, 1991. Trad. João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife.