

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO NO PÓS-POSITIVISMO

GENERAL PRINCIPLES OF LAW IN POST-POSITIVISM

Gustavo Madureira Fonseca

RESUMO:

O objetivo desse trabalho é desenvolver um estudo crítico essencialmente teórico, mas com forte carga de aplicabilidade, sobre as fontes normativas no direito brasileiro, com enfoque nos Princípios Gerais do Direito, salientando as graduais alterações de tratamento que a matéria vem sofrendo. Busca-se sintetizar, de modo não exaustivo, os mais expressivos pensamentos teóricos acerca dos Princípios Jurídicos, sobretudo dos Princípios Gerais do Direito, para, a partir desse estudo de base, questionar a validade do modelo normativo positivista, visando adequá-lo à ordem constitucional vigente e aos avanços teóricos da hermenêutica Jurídica. Nesse sentido, é perceptível uma tendência de que os Princípios Gerais do Direito abandonem seu tradicional papel subsidiário, assumindo maior relevância no cenário das fontes do direito brasileiro. Conclusão reforçada pela sua possível alteração de status na sistemática do novo Código de Processo Civil que, de maneira mais ou menos intensa, reflete os anseios de juristas do mais alto quilate.

PALAVRAS-CHAVE:

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO, PÓS-POSITIVISMO, PANPRINCIPIOLOGISMO, PRINCÍPIOS E REGRAS.

ABSTRACT:

The aim of this work is develop a critical study essentially theoretical, but with strong applicability load on the normative sources in Brazilian law, with a focus on General Principles of Law, pointing the gradual changes in treatment that the matter has been suffering. We seek to synthesize, without exhaustive mode, the most significant theoretical thoughts about the Legal Principles, particularly the General Principles of Law, for, from this baseline study, questioning the validity of the legal positivist model, adapting it to the order current constitutional and theoretical advances Legal hermeneutics. Accordingly, a trend is noticeable that the General Principles of Law abandon its traditional subsidiary role, assuming greater importance in the backdrop of the sources of Brazilian law. Conclusion strengthened by its possible change of status in the scheme of the new Code of Civil Procedure which, more or less intense, reflects the desires of jurists of the highest carat.

KEYWORDS:

GENERAL PRINCIPLES OF LAW, POST-POSITIVISM, PANPRINCIPIOLOGISM, PRINCIPLES AND RULES.

Introdução

A teoria do Direito reflete diretamente o modo de aplicação, fundamentação e decisão no âmbito jurídico. Somente através de sua compreensão densa e científica, é possível o delineamento de conceitos e métodos precisos, com o fim de adequar a sistemática do Direito a seus fins precípuos. Afinal, “a ciência isolada da prática é uma ciência estéril, enquanto a prática do Direito, distante da ciência, pode se tornar puro charlatanismo”¹.

O objetivo desse trabalho é, assim, desenvolver um estudo crítico essencialmente teórico, mas com forte carga de aplicabilidade, sobre as fontes normativas no direito brasileiro, com enfoque nos Princípios Gerais do Direito, salientando as graduais alterações de tratamento que a matéria vem sofrendo.

Neste diapasão, busca-se sintetizar, de modo não exaustivo, os mais expressivos pensamentos teóricos acerca dos Princípios Jurídicos, sobretudo dos Princípios Gerais do Direito, para, a partir desse estudo de base, questionar a validade do modelo normativo positivista, visando adequá-lo à ordem constitucional vigente e aos avanços teóricos da hermenêutica Jurídica.

Para dar completude e ambientação, o estudo salienta alguns elementos históricos, demonstrando o complexo e longo caminho para o atual patamar alcançado pelos princípios, conforme sintetizado por Paulo Bonavides:

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 princípios².

Não se pretende, porém, defender a saída de um dogma para outro, do império da lei ao império dos princípios. Por coerência, critica-se, igualmente, o uso imoderado e atécnico dos princípios (“panpricipiologismo”), acompanhado de todo o seu cotejo de males, que parece se olvidar do papel que cada espécie normativa deve desempenhar. Desprovida desse rigor, a aplicação do Direito pode se converter em puro arbítrio.

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Prefácio.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. Ed. 2. Tir, São Paulo: Malheiros, 2003. p.294.

1. Princípios Gerais do Direito: noções gerais.

Diversas são as orientações doutrinárias que buscam explicar, conceituar e definir a origem dos Princípios Gerais do Direito. Não seria oportuno para os fins propedêuticos desse tópico, ater-se a todas, especialmente àquelas que gozam de menor significação na atualidade³. Opta-se, portanto, pela análise e confrontação das doutrinas positivas e supra-positivas dos Princípios Gerais do Direito, por possuírem maior relevo e aceitação.

Segundo a concepção positiva⁴, os Princípios gerais do Direito são os princípios fundamentais do ordenamento jurídico (*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*), que não se encontram expressos, mas que constituem pressupostos necessários das normas legislativas. São necessariamente extraídos de generalizações crescentes e sucessivas do direito positivo.

As normas, por mais diferentes que pareçam, têm uma unidade interior, pois há princípios comuns que nelas se acham inclusos. Há certas idéias que são constantes dentro de um sistema jurídico, que necessariamente se repetem, eis que influenciadas pelos mesmos vetores. Conforme assevera Carneluti⁵:

os princípios gerais não são qualquer coisa que exista *fora* do direito escrito, mas dentro dele, pois não se extraem senão das normas constituídas. Estão dentro do direito escrito como o álcool está dentro do vinho, são o espírito ou a essência da lei. Por isso, são princípios de direito positivo, não de direito natural ou de direito histórico; a história ou a filosofia não são aquilo de que se extraem, mas eventualmente aquilo com que se extraem os princípios gerais (grifei).

Nessa perspectiva, os Princípios Gerais do Direito não se confundem com princípios racionais superiores, ética social, ou direito natural. Caso haja essa confusão, estaremos diante de uma casualidade. O que confere o grau de Principio Geral do Direito é informar efetivamente o sistema jurídico positivo, o que, segundo seus defensores, pode ser comprovado pela abstração contínua das regras positivadas.

³ De menor significação na atualidade são as opiniões que identificam os Princípios Gerais do Direito com a equidade, direito romano e direito soviético.

⁴ Que, em nossa doutrina é há muito adotada, por exemplo, por Wilson Batalha, Oscar Tenório, Orlando Gomes, Silvio Rodriguez, entre outros.

⁵ *Sistema di diritto Processuale civile*, vol. I, 1936, p. 120. Cumpre informar que, posteriormente, o autor adotou posicionamento contrário, passando a entender os princípios gerais do direito como simples preceitos éticos ou econômicos, sem normatividade (*teoría general Del Derecho*, 1941, p. 119) apud BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Max Limonad. p. 336

No extremo oposto, vemos a escola supra-positiva⁶, que reconhece a existência de um sistema metafísico, extra-histórico, eterno e imutável de normas⁷, isto é, Direito Natural. Nesse diapasão, os Princípios Gerais do Direito são exógenos ao sistema normativo positivado, sendo anterior e superior a este, funcionando como referências de legitimidade normativa.

Aristóteles, ao comparar as leis de mais de quinhentas cidades, conclui que, ainda que não houvesse comunicação entre elas, existia uma similaridade entre as regras. À semelhança entre esses direitos, o filósofo denominou *naturalis ratio*. Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda em a lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que parece boa a alguém ou não.

É preciso atentar-se para o fato de que existem múltiplas concepções de direito supra-positivo. Para uns, como Del Vecchio, o Direito Natural é o Direito conforme a natureza humana, eterno e universal. Outros o entendem como correspondente à justiça, ou, ainda, o que melhor corresponder à natureza das coisas segundo o ideal de justiça de um momento histórico.⁸ Já para os Tomistas, estas normas teriam natureza transcendentais, divina.

Evidentemente que ambas as escolas são passíveis de críticas⁹. Não é este, porém, o escopo deste trabalho. Esta breve conceituação tem como fim encadear e dar substrato para o tema a seguir: a recepção e evolução dos Princípios gerais do Direito no ordenamento positivo brasileiro.

2. Breves Considerações Históricas: como chegamos até aqui?

Preliminarmente, como forma de justificativa metodológica, apoio-me nos ensinamentos de Luciano Oliveira¹⁰. Segundo o sociólogo, é preciso observar que as ciências

⁶ Adotado, entre nós, por exemplo, pelos tradicionais Espínola e Espínola Filho, Paulino Neto, Caio Mario Pereira da Silva, Serpa Lopes, Washington de Barros, Vicente Ráo entre outros

⁷ Como se verá adiante, alguns teóricos supra-positivistas rechaçam a necessidade dessa característica, no entanto, sendo muito frequente, é possível incluí-la como caractere do gênero.

⁸ PACCHIONI, *Delle leggi in generali*. Apud BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Max Limonad. p 340. 1957

⁹ A título exemplificativo, podemos citar que Wilson Batalha dedica sete páginas à negação de vínculo entre Direito natural e Princípios Gerais do Direito. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Max Limonad. P 356-363. 1957

¹⁰ OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurábi!* Disponível em https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:riCZXo-moodle.stoa.usp.br/file.php/491/OLIVEIRA_Luciano_-_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf+&hl=pt1DnV8pKa_9I_SWhw_YiiEJ7b6DLyrG0Rd9wkJfnt2An7U735

possuem métodos, teorias e ideologias tão vastos e fervilhantes, que nem os seus próprios operadores dominam plenamente. Ao realizar, por exemplo, uma análise histórica, através de métodos em desuso pelos historiadores (evolucionismo), sem consulta à literatura especializada e específica, o jurista tende a produzir um discurso inconsistente e anulador de diferenças substanciais.

Assim sendo, o objeto recairá apenas sobre o ordenamento positivo brasileiro pós-independência, origens mais próximas, sendo uma seara mais amena e restrita que, portanto, mostra-se mais responsável academicamente. Sem a pretensão de esgotar o tema, essas breves considerações objetivam demonstrar o gradual crescimento na importância dos Princípios Gerais do Direito na legislação pátria.

A Constituição Imperial de 1824 previa a elaboração de um Código Civil¹¹, que, apesar da previsão constitucional, começou a ser elaborado apenas em 1959. Nas discussões de seus anteprojetos, identificamos o berço da discussão legislativa sobre o tema no âmbito nacional.

O esboço de Teixeira de Freitas, publicado em 1860 não trouxe nenhuma disposição sobre a matéria. É no projeto de Nabuco de Araújo (1872), que sucede Teixeira de Freitas, onde encontramos a primeira tentativa de inclusão dos Princípios Gerais do Direito no direito positivo pátrio. Preconizava, no art. 82, que “quando uma questão não puder ser decidida pela letra, motivos e espírito da lei, ou por disposições relativas aos casos análogos, devem os juízes recorrer aos *Princípios Gerais do Direito*, até haver providência legislativa”¹². A partir de então, a matéria passou a ser tratada pelos diversos projetos que se sucederam.

No projeto de Felício dos Santos, de 1881, o art. 53 traz os seguintes ditames: “quando uma questão não puder ser decidida pela letra, motivos ou espírito da lei, ou por disposições em vigor no Brasil, que regulam casos análogos, deve o juiz recorrer *aos princípios gerais do direito natural*, até haver providência legislativa”¹³. O mesmo autor, comentando o projeto, em 1884, assinala que “as leis não podem prever todos os casos, e nem seria conveniente redigir um artigo para cada hipótese, de onde apelar para a equidade judiciária, que bem pode

[eNazUPXaVPLudlqoNEZ9PZL9yeveHAeRL9W0skGXJZ9sCnflufaAmOhCWul1laMWtBV&sig=AHIEtbS5BKbma9CcYXjFnpXOGmV0QJir4w&pli=1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm), acesso em 02/04/ 2012

¹¹ Art, 179, XVII – “Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”(sic). Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm, acesso em 02/04/2012

¹² BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929. p. 49

¹³ BEVILÁQUA, op cit, p. 49.

se definir como um regresso a lei-natural, no silêncio, obscuridade, ou insuficiência das leis positivas”.¹⁴

Posteriormente, o projeto de Coelho Rodrigues dispôs, no artigo 38, que “aos casos omissos aplicam-se as disposições reguladoras dos casos análogos e, na falta destas, os princípios que se deduzem do espírito da lei”¹⁵. Clóvis Beviláqua (1889), ao seu turno, adotou a mesma redação. Esta, no entanto, foi modificada pela Comissão Revisora da Câmara dos Deputados, conforme indicação de Lacerda de Almeida, regressando a proposta de Nabuco de Almeida, consagrando a expressão Princípios Gerais do Direito.

A redação que se converteu em lei foi apresentada por Rui Barbosa e dispõe: “Art. 7. Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito”¹⁶.

Anos mais tarde, o Decreto Lei 4657, de 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)¹⁷ derogou essa disposição, para acrescentar-lhe o direito consuetudinário, passando, assim, a redação que se mantém até hoje: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”¹⁸.

3. Estrutura tradicional das fontes no ordenamento pátrio – artigo 4º da LINDB

O sistema jurídico brasileiro possui origem romano-germânica. Importante para a compreensão do sistema ao qual pertencemos, e para enfrentarmos as questões que nele possa surgir, é verificar os traços principais da ideologia que o formaram. Segundo o magistério de Tércio Ferraz Jr., ideologias são formas de avaliação dos próprios valores, “portanto, conjugam valores, hierarquizando-os, permitindo que se os identifique, quando em confronto, que se opte pela justiça contra a ordem ou pela ordem contra a liberdade”¹⁹.

Seguindo essa tradição, o art. 4º da LINDB reflete a primazia da lei, em sentido amplo, como fonte normativa primária. Verifica-se, inclusive, uma tendência – equivocada, certamente – de confusão, no sistema romano-germânico, entre lei e direito. Não se trata da

¹⁴ Id. Ibid, p. 49.

¹⁵ Id. Ibid, p. 49.

¹⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm, acesso em 02/04/2012.

¹⁷ Atualmente, por conta das alterações trazidas pela Lei Federal 12.376/2010, a “Lei de Introdução ao Código Civil”, passou a chamar-se “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

¹⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm, acesso em 02/04/2012.

¹⁹ FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 4. Ed., Atlas, p. 112

única fonte, porém da principal. As demais (analogia, costumes e princípios gerais do direito) têm apenas caráter secundário, aplicáveis, apenas em casos de lacuna legal. Não podemos nos olvidar, ainda, que, na época da edição da norma, vivia-se o auge do juspositivismo, que certamente influenciou na redação do dispositivo.

Reconhece, portanto, o legislador que, por mais hábil, ágil e criativo que seja, será incapaz de editar uma lei para cada situação concreta, sobretudo no dinamismo da sociedade atual, em outras palavras, admite que nem sempre existirá uma lei reguladora para cada caso concreto. Faz-se necessário, assim, a criação de critérios supletivos de lacuna legais, fontes subsidiárias que deixam claro que pode haver lacunas na lei, mas não no sistema em si. Ainda que a lei não seja precisa sobre determinada situação, o sistema jurídico como um todo conterà a solução.

Inegável, assim, que os Princípios Gerais do Direito, juntamente com a analogia²⁰ e os costumes²¹, sob esta ótica, são fontes supletiva do Direito e como tal, situam-se hierarquicamente abaixo da lei.

Constada a necessidade de uso das fontes integradoras, é preciso observar alguma hierarquia? É amplamente majoritário o entendimento de que há uma ordem preferencial e que somente podemos passar ao próximo método integrador, caso o anterior não tenha solucionado o impasse. A razão é simples e, ao meu sentir, falha. Argumentam que tanto o artigo 4º da LINDB como o artigo 126 do Código de Processo Civil²² estabelecem a mesma ordem e, portanto, essa não é aleatória e, por isso, deve ser respeitada.

Sendo assim, a leitura do artigo 4º da LINDB, sob o viés dessa orientação, repito, majoritária, seria a seguinte: o magistrado deve buscar alguma (ou a combinação de algumas) disposições legais para fazer a subsunção do fato à norma; não a encontrando, deve socorrer-se da analogia; persistindo a lacuna, analisa se há alguma diretriz consuetudinária; em caso

²⁰ Por analogia entende-se a aplicação de um mesmo preceito em uma situação semelhante, embora não prevista pela autoridade que formulou a regra. Deriva do brocardo *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde há a mesma razão, deve haver o mesmo Direito)

²¹ O costume juridicamente relevante são verificados pela prática reiterada de uma conduta (elemento externo) e da convicção da obrigatoriedade do comportamento (elemento).

²² “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”.

negativo, vale-se dos princípios gerais do direito. Esta opinião não merece prosperar, por duas razões básicas²³.

Se quisesse que assim fosse, o legislador poderia ter incluído alguma expressão neste sentido (“nesta ordem”, “respectivamente”, etc.) nas disposições legais. Não o fez, apesar das diversas oportunidades²⁴. Além disso, as técnicas mais comezinhas de hermenêutica positiva dispõem que “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir”²⁵. Assim, não havendo tratamento diferenciado pelo texto legal, não é lícito ou prudente ao operador desigualar as fontes supletivas.

Antes de propor uma nova estrutura para as fontes do direito no Brasil, é conveniente abrir um parêntesis para justificar a impropriedade do paradigma proposto pelo artigo 4º da LINDB.

4. Contestações ao Positivismo Estrito.

Para tratar do tema, opta-se pelo uso do vocábulo superação (em oposição à ruptura) por seu caráter mais gradativo. Na superação, o sistema antigo pouco a pouco deixa de atender as exigências da sociedade de uma determinada época, e, por isso, vai sendo substituído. Em verdade, sequer podemos afirmar, com certeza e rigor científico, que o positivismo jurídico foi, será ou está sendo superado²⁶. De concreto, temos que o positivismo jurídico, outrora quase incontestável e hegemônico, vem sofrendo pesadas críticas doutrinárias e sendo forçado a dividir espaço com novas doutrinas.

Mantendo coerência ao recorte temporal realizado no item 2, a análise deve iniciar-se no século XIX, época em que foram editados os primeiros códigos da era moderna, com especial destaque para o Código Napoleônico, de 1804, inspirado no positivismo jurídico vigente a época.

²³ Razões mais elaboradas serão oportunamente tratadas no tópico referente ao neoconstitucionalismo. Por ora, busca-se repelir positivamente a lógica positivista adotada pelos pensadores.

²⁴ A exemplo das sucessivas reformas do Código de Processo Civil e das alterações na LINDB.

²⁵ “ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus” adotado pelo STF em diversos julgados, a exemplo do RE 591.874.

²⁶ Há quem acredite, inclusive que “a superação da metodologia e da ideologia jurídico-positivista, conforme apregoam algumas teorias do direito, é uma proposta ambiciosa demais. É muito difícil, talvez até impossível, superar os paradigmas do positivismo jurídico dentro do atual projeto sócio-cultural de modernidade capitalista e liberal”. Profº Drº Antônio Alberto Machado, disponível em <http://blogs.lemos.net/machado/2011/01/03/a-superacao-do-positivismo-juridico/>, acesso em 02/04/2012.

A expressão "positivismo jurídico" não deriva daquela de "positivismo" em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico - tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão "positivismo jurídico" deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural²⁷.

O positivismo jurídico²⁸ nasce do esforço de conferir cientificismo estrito ao estudo do Direito. Isso importa, necessariamente, na incorporação da avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e de valor, e na absoluta exclusão destes últimos do objeto de estudo. "O jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor"²⁹.

A grande motivação da teoria pura do direito é a de definir as condições para a construção de um conhecimento consistentemente científico do direito. É, desse modo, um trabalho de epistemologia jurídica, a parte da filosofia do direito voltada exatamente para o estudo do conhecimento das normas jurídicas. (...). O princípio fundamental do método proposto, isto é, a condição primeira para que a doutrina se torne ciência, diz respeito ao objeto do conhecimento³⁰.

Para os positivistas, portanto, o Direito deveria ocupar-se e preocupar-se tão somente com a norma posta pelo Estado, positivada. Trata-se, portanto, de concepção normativista do Direito, que exigia do jurista uma postura puramente científica, despida de impressões subjetivas, próprias de outros ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a filosofia ou a psicologia.

Não se buscava, como uma análise apressada possa induzir, negar os aspectos plúrimos do direito, mas escolher, dentre as várias facetas, um objeto de estudo que coubesse exclusivamente ao jurista. Este ponto é perfeitamente elucidado por Hans Kelsen, um dos mais renomados positivistas³¹:

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão,

²⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15

²⁸ Insta ressaltar que o Positivismo Jurídico não é um fenômeno unitário, como exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual que se encontra na raiz da chamada jurisprudência dos conceitos. STRECK, Lenio. *Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?*. Disponível em: www.univali.br/periodicos. acesso em 02/04/2012

²⁹ BOBBIO, op cit. p 131

³⁰ COELHO, Fábio de Ulhoa. *Para Entender Kelsen – Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Júnior*, 3ª ed., 2ª tiragem, Max Limonad, São Paulo, 2000, p 1-2.

³¹ A concepção kelseniana não é a única manifestação do positivismo jurídico, apesar de amplamente difundida dentre os estudiosos brasileiros. Todavia, é oportuno citar outros importantes teóricos, como John Austin, Herbert Hart e Alf Ross.

mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto³²

Nesse contexto, o recurso a princípios ou normas não escritas no direito positivo, passa a ser considerado ilegítimo. O ideário positivista rejeitava qualquer referência a valores. Para a validade de uma norma, bastava a observância dos aspectos formais de sua elaboração, pouco importando seu conteúdo. Os princípios (incluídos os Princípios gerais do Direito) serviam à lei, ostentando o mais baixo grau (se é que existente na prática) de normatividade no ordenamento jurídico. Na feliz expressão de Lênio Streck, foram introduzidos no Direito como um “critério positivista de fechamento do sistema”, visando preservar, assim, a “pureza e a integridade do mundo de regras”³³, verdadeiras válvulas de escape destinadas a suprir, em derradeira instância, eventual lacuna no ordenamento jurídico.

A doutrina positivista leva o normativismo ao extremo, considera a norma bastante em si, independente e desprovida de valores éticos ou morais. Para a aplicação do direito, basta a subsunção do fato a norma. A estabilidade desse modelo, entretanto, foi abalada por um espectro de acontecimentos ao longo do século XX, nos mais diversos meios. As revoluções promovidas por Einstein e Planck na física Newtoniana, demonstraram que, ainda que haja a aplicação rigorosa do método científico, as verdades científicas podem ser contestadas e superadas, o que, de maneira mais ou menos intensa, repercute no modelo juspositivista.

Um golpe especialmente forte contra a viabilidade deste paradigma, e da concepção de legitimidade exclusivamente formal que lhe é própria, foi dado pela experiência nazi-fascista. Mostrou-se ser possível a legalização da barbárie. São palavras de Adolph Hitler:

que teríamos feito sem os juristas alemães? Desde 1923 percorri, na legalidade e lealmente, a longa via que leva ao poder. Coberto juridicamente, eleito de forma democrática (...). Foi o incorruptível jurista germânico, o honesto, o cheio de consciência, o escrupuloso universitário e cidadão, que acabou o trabalho de me legalizar, fazendo a triagem de minhas ideias. Ele criou para mim uma lei segundo o meu gosto e a ela me ative. Suas leis fundaram minha ações³⁴.

No histórico julgamento de Nuremberg, os acusados invocaram o estrito cumprimento do dever legal, o que de fato, pode ser legitimamente (sob a ótica estritamente positivista) alegado. Desprovida de qualquer juízo valorativo, a norma “serve a qualquer senhor”, sendo que sua validade está atrelada apenas a sua integração num sistema hierarquizado, podendo carecer de respeito à valores universalmente reconhecidos.

³² Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*, 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1

³³ Streck, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 139.

³⁴ Romano, apud MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 66

Essa sucessão de infortúnios abalou o paradigma filosófico positivista, o que, inevitavelmente, ressoa no positivismo jurídico. Recrudescem as críticas à associação imediata (quase que de sinonímia) entre direito e lei. As leis, antes garantidoras inequívocas do ideário social, passam a não mais bastar. Mas o que seria o Direito senão as leis? O próprio Kelsen, como já apontado³⁵, indica a resposta. O direito, como fenômeno multifacetado, não é exclusivamente normativo. A contaminação do Direito pelos valores, ojerizada por ele, vem à tona e parece conferir uma resposta satisfatória.

Calcado não só na frieza da norma, o Direito pode passar a constituir-se de um conjunto de regras integradas ao contexto político e social, subordinadas a valores, os quais abalariam a aplicação destas normas. Deste pensamento, juristas e filósofos passam a conceber um novo modelo de aplicação do Direito.

Perelman aponta que o julgamento de Nuremberg marca o regresso dos valores ao substrato jurídico, de forma a reconhecer e consagrar os anseios da sociedade democrática³⁶. Esse novo padrão, culmina no reconhecimento da imperatividade e aplicabilidade dos Princípios³⁷. Em posicionamento semelhante³⁸, Ronald Dworkin³⁹ defende uma nova via, que tenha por pressuposto a argumentação moral para a construção de uma matriz principiológica consistente, que confira sentido às instituições humanas. A justificação deixa de ser o texto legal e volta-se para os valores.

Influenciado pela punjante e densa fundamentação teórica, os valores, sob a forma de princípios jurídicos, transcenderam os tribunais e atingiram os legisladores, passando a incorporar-se ao ordenamento positivado. Não demorou a alcançarem o status constitucional, reconhecido muitas vezes como normas fundamentais, conduzindo a pauta axiológica ao mais alto grau hierárquico normativo.

Uma vez inscritos nas constituições promulgadas ao longo do século XX, torna-se cada vez mais difícil sustentar a tese da rígida separação entre direito e valores, eis que esses se encontram, agora, insertos nos textos legais.

³⁵ Vide nota 32

³⁶ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p 103

³⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ernantina Galvão. 1. Ed. 4. Tir. São Paulo: Martins fontes, 2002. P. 557

³⁸ Não se pretende promover um discurso anulador de diferenças substanciais. Há inúmeras diferenças entre os dois teóricos. A aproximação que se faz é exclusivamente no sentido de salientar que ambos combatiam o positivismo kelseniano.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

Isso não significou, como se expôs no início do capítulo, o fim ou superação do positivismo. Os princípios, inerentemente vagos e imprecisos, por conta disso, ainda possuem sua força normativa contestada por alguns. Não é o que vem prevalecendo no Direito pátrio⁴⁰. Paulo Bonavides, com brilhantismo, ensina que os princípios

contidos na Constituição são normas jurídicas; mas não só isso: enquanto a norma é um marco dentro do qual existe uma certa liberdade, o princípio tem substância integral (...) A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo (...). O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhes respeitem os limites e que, além do mais, tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito⁴¹.

Diante dessa nova realidade, é preciso, no mínimo⁴², repensar a interpretação tradicional do, altamente positivista, artigo 4º da LINDB. Lênio Streck profere pesadas críticas ao dispositivo legal em comentário:

Ora, uma teoria do direito que quer ser séria e profunda não pode se quedar silente em face desse estado d'arte. Com efeito, ao se manter, nesta quadra da história, uma “lei de introdução ao direito” (sic) pautada na interpretação do Código Civil e nos parâmetros para uma aplicação “geral” do direito, está-se contribuindo para uma resistência de um modelo (positivista) em relação ao novo constitucionalismo, que ingressa na história justamente para superar o antigo modelo. Desse modo, jamais se terá a constitucionalização do direito civil; no máximo, ter-se-á uma “codificação” da Constituição. É por isso que uma (nova) LICC apenas confirma a resistência positivista aqui denunciada. Trata-se, pois, de uma contradição: em pleno pós-positivismo, a manutenção do principal ferramental do positivismo (na verdade, do positivismo mais primitivo e ingênuo)⁴³.

5. Reformulação das fontes do Direito brasileiro.

Em sua interpretação tradicional, o artigo 4º da LINDB consagra a primazia da lei, o que, conforme exposto, é passível de críticas. É perigoso forçar o juiz a extrair, prioritariamente, do ordenamento positivo, uma solução que ele seja incapaz de dar. No afã de salvaguardar o respeito a lei, poder-se-ia ocorrer uma vulneração da mesma, porque,

⁴⁰ Apenas para citar alguns dos mais respeitados juristas: Luis Roberto Barroso, Antonio Cavalcanti Maia, Daniel Sarmento, dentre outros.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. Ed. 2. Tir, São Paulo: Malheiros, 2003. p.287.

⁴² Há quem defenda, inclusive, sua não recepção pela Constituição Federal de 1988. “Os dispositivos, a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos), e sua frontal incompatibilidade com uma leitura hermenêutica do sistema jurídico, superadora 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 está a indicar que não é mais possível falar em “omissão da lei” que pode ser “preenchida” a partir da analogia (sic), costumes (quais?) e os princípios gerais do direito”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 140.

⁴³ Idem, p. 141

desprendida de outras análises, esta aplicação pode conduzir a vulnerá-la, desmoronando o alicerce que a sustenta.

Saliente-se que essa postura é tão legalista que, uma vez admitida a incapacidade da lei em fornecer uma solução ao caso concreto diretamente, o segundo momento seria buscar uma disposição imperfeita, concebida para regular uma situação distinta e, por um juízo de similaridade, desconsiderar as substanciais diferenças e aplicar a solução de uma a outra⁴⁴. Em certos casos pode ser o mesmo que suprir uma lacuna das regras de um esporte através das regras de outro pelo simples fato de serem jogados na mesma quadra, com o mesmo número de jogadores, etc. Não se pode negar as semelhanças, contudo, analisando a essência das modalidades, essa aproximação pode se mostrar inoportuna. O silogismo pode ser logicamente perfeito, mas não necessariamente juridicamente o será. É até possível que haja sucesso, mas seria a título de coincidência. Seria razoável colocar o acerto de uma decisão nas mãos do acaso? A resposta só pode ser negativa. Essa concepção busca a segurança jurídica através da resolução dos litígios por um padrão de julgamento já existente, em nome de uma conduta mais cômoda e pragmática, que evite maiores complicações e protestos posteriormente⁴⁵.

O jurista não precisaria estar autorizado pelo legislador a invocar princípios gerais, aos quais deve recorrer sempre até mesmo quando encontra a lei própria ou adequada ao caso. Não há ciência sem princípios, que são verdades válidas para um determinado campo do saber, ou para um sistema de enunciados lógicos. Prive-se uma ciência de seus princípios, e tê-la-emos privado de sua substância lógica, pois o Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as consolidam e as tornam significantes⁴⁶.

Não se pretende advogar pela inaplicabilidade das regras, nem que um princípio deva sempre prevalecer diante de uma regra. Tanto o artigo 4º da LINDB como o artigo 126 do Código de Processo Civil são legítimos, desde que não sejam aplicados criteriosamente. Insta, portanto, reconhecer e aplicar a distinção entre regras e princípios, de modo a, conhecendo o papel de cada um no ordenamento jurídico, adequar cada espécie a seu uso⁴⁷.

Os princípios não determinam diretamente a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar um comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de um modo

⁴⁴ Refiro-me a analogia.

⁴⁵ Incluo, aqui, os costumes, que, apesar de não positivados, derivam desse ideário de rigidez e estabilidade.

⁴⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 19. ed. - São Paulo. Saraiva, 1999, p.57

⁴⁷ Para aprofundamento no tema, ver Alexy e Dworkin.

menos intenso de um ato institucional de aplicação aos casos normais, pois o comportamento está previsto frontalmente pela norma

Joaquim Gomes Canotilho apresenta alguns critérios para diferenciar regras e princípios:

a) o grau de abstração: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida; b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação direta; c) *Carácter de fundamentalidade no sistema* de fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido a sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou a sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito); d) *Proximidade da idéia de direito*: os *princípios* são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente funcional; e) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante⁴⁸

Feita essa distinção, fica fácil perceber o porquê, por exemplo, da regra do artigo 297 do Código de Processo Civil, que estabelece o prazo de 15 dias para o oferecimento da contestação, reconvenção ou exceção não poder ser alterada pelos princípios do contraditório e ampla defesa. “As regras instituem o dever de adotar um comportamento prescrito que objetiva o alcance de específico fim e os princípios, a realização ou preservação de determinado estado de coisas, não necessariamente especificando meios que devam ser observados”⁴⁹.

Ao atentar-se a isto, evitam-se os nefastos efeitos do que Lênio Streck nomina de “panprincipiologismo”⁵⁰:

Trata-se de uma espécie de bolha-especulativo-principiológica, pela qual o jurista/interprete, na falta de uma lei adequada ou até mesmo de uma norma constitucional, lança mão de um catálogo interminável de princípios. Se princípios são normas – questão sobre a qual parece haver consenso (há pelo menos duzentas teses de doutorado no Brasil tratando disso) – o que fazer com os “princípios” como da “precaução”, “da rotatividade”, “da afetividade”, “da solidariedade”, “da confiança no juiz da causa”, “do fato consumado”, “da humanidade”, da cooperação”, para falar de apenas uma pequena parte desses *standarts* retóricos-performáticos?⁵¹

⁴⁸ CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. *Direito Constitucional*. 5a ed., Coimbra: Almedina, p. 1145-1146.

⁴⁹ SANTIAGO, Marcus Firmino. *Princípios Gerais de direito e a nova hermenêutica jurídica*. p. 238. Revista de direito constitucional e internacional, ano 16, n 64.

⁵⁰ Crítica ao Panprincipiologismo ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. p. 415-574

⁵¹ O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: A Necessária Concretização dos Direitos Humanos. Disponível em <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374/603>, acesso em 02/04/2012

O grande perigo dessa tendência é confundir princípios e regras, conferindo o tratamento de uma espécie de norma à outra⁵². Diz-se que tudo é princípio e assim busca-se forçar a possibilidade de “encontrar” colisões com vistas a relativizar certas regras. Mesmo considerando a divergência entre os autores que mais se debruçaram sobre o tema, é possível afirmar, desconsiderando o posicionamento isolado de Humberto Ávila, que os estudiosos, através de metodologias diversas, convergem em enunciar que o conflito de regras é solucionado mediante o critério exclusivo (*all or nothing*) enquanto os princípios podem coexistir na fundamentação de uma decisão.

Para Dworkin, “as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dado os atos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”⁵³. Em relação aos princípios, enuncia o autor que “mesmo os que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”⁵⁴. Ao contrário, sua função é de enunciar “uma razão que conduz o argumento em certa direção, mas ainda assim necessita de uma decisão particular”⁵⁵. Marcus Firmino Santiago, salientando o critério da ponderação no conflito principiológico, assevera que “um valor reconhecido não pode ter sua existência negada, mas, quando muito, mostra-se mais ou menos adequado a uma determinada situação, prevalecendo em razão de sua melhor adequação”⁵⁶. Afinal, “a discussão sobre a teoria dos princípios é (...) essencialmente, uma discussão sobre ponderação”⁵⁷.

Dissociar-se destas distinções seria romper e fazer ruir toda a evolução da teoria do direito nas últimas décadas, ou seja, passar ao largo das condições para construção de bons argumentos e fundamentos das decisões. Conferir normatividade aos princípios é, no mínimo, uma tendência bastante aceita, mas isso deve ser feito com rigor técnico. Ponderar regras e excluir princípios, hodiernamente, é (ou deveria ser) uma prática inaceitável.

⁵² Como fez o ministro Luiz Fux em seu voto no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, o STF, em que conferiu o tratamento próprio das regras ao princípio da presunção de inocência.

⁵³ Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

⁵⁴ *Idem*, p. 40

⁵⁵ Dworkin, op cit, p. 41

⁵⁶ SANTIAGO, Marcus Firmino. *Princípios Gerais de direito e a nova hermenêutica jurídica*. P. 236. Revista de direito constitucional e internacional, ano 16, n 64, 2008

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. Trad Luis Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo* 217.p. 75 Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

6. Reflexos na legislação.

Toda essa discussão tratada vem repercutindo positivamente na legislação. No anteprojeto do novo Código de Processo Civil notamos uma tendência de rompimento com o positivismo estrito, consagrando a força normativa dos princípios, incluídos, aí, os princípios gerais do direito. Vejamos.

Em sua redação atual, o artigo 126 é análogo ao artigo 4º da LINDB, já exaustivamente tratado, e assim dispõe:

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.

Pelas inovações trazidas pelo projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010 (reforma do Código de Processo Civil), o artigo correlato passaria a vigorar com o seguinte texto:

O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito⁵⁸.

Apesar de ainda demonstrar um desarrazoado apego à lei em detrimento do ordenamento jurídico como um todo, nota-se a positivação dos princípios constitucionais como fonte normativa. No entanto, aparentemente há a equiparação entre os princípios constitucionais e a lei infraconstitucional, como se estivessem no mesmo patamar hierárquico, o que, sem dúvida, é um erro. Há quem argumente, ainda que a menção a normatividade dos princípios é despicienda: “na prática, muitos juristas parecem necessitar que isto esteja escrito em uma lei, um grande absurdo, pois, já está implícito na ordem constitucional vigente, que, como se sabe, está acima da lei”⁵⁹.

Por fim, nas alterações apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira, a redação passa a figurar da seguinte forma:

O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, cabendo-lhe, no julgamento, aplicar os princípios constitucionais, as regras legais e os princípios gerais de direito, e, se for o caso, valer-se da analogia e dos costumes⁶⁰.

Sob estes ditames, a lei não está mais em destaque, o que é um avanço considerável. Remanesce, porém, a crítica a identidade hierárquica. Uma salutar inovação é a inclusão e

⁵⁸ Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>, acesso em 02/04/2012

⁵⁹ ORZEVALLA JUNIOR, Wilson. *Um olhar constitucional sobre os artigos 4º do decreto-lei 4.657/42 e 126 da lei 5.869/73*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima6/Wilson-Orzevalla-Junior.pdf>, acesso em 02/04/2012

⁶⁰ Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>, acesso em 02/04/2012.

alçamento a grau superior (acima da analogia e costumes) dos princípios gerais do direito. Dado o seu papel fundamental na estruturação do ordenamento jurídico de qualquer povo, independentemente da vertente adotada, consubstanciando os valores a partir dos quais se busca equilibrar as relações sociais, não há plausibilidade na tese de sua exclusão das fontes normativas.

Conclusões.

Pautado pelo rigor científico colimado neste breve estudo, não é factível estabelecer proposições definitivas, tão somente juízos de expectativas, fundados na base argumentativa colacionada.

Nesse sentido, é perceptível uma tendência de que os Princípios Gerais do Direito abandonem seu tradicional papel subsidiário, assumindo maior relevância no cenário das fontes do direito brasileiro. Conclusão reforçada pela sua possível alteração de status na sistemática do novo Código de Processo Civil que, de maneira mais ou menos intensa, reflete os anseios de juristas do mais alto quilate.

É de fulcral importância a estrita observância às bem delimitadas distinções entre princípios e regras, sob pena de comprometer-se toda a estrutura do ordenamento jurídico, como reiteradas vezes observamos no cotidiano, inclusive na mais alta corte judiciária brasileira.

Corretamente aprendida e aplicada, a hermenêutica calcada nos Princípios Gerais do Direito pode ser uma inestimável ferramental para a efetivação do Direito como meio hábil à realização dos anseios sociais e realização dos fins do Estado. Repisando as lições de Miguel Reale, lembro ao leitor que “não há ciência sem princípios, (...) prive-se uma ciência de seus princípios, e tê-la-emos privada de sua substância lógica, pois o Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as consolidam e as tornam significantes”⁶¹; e como exaustivamente esclarecido, os Princípios Gerais do Direito são o alicerce que sustentam a ciência jurídica.

⁶¹ Vide nota 49.

Bibliografia:

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. Trad Luis Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo* 217.p. 75 Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei de Introdução ao Código Civil*. São Paulo: Max Limonad. p. 336

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929. p. 49

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. Ed. 2. Tir, São Paulo: Malheriros, 2003. p.294.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Prefácio.

CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. *Direito Constitucional*. 5a ed., Coimbra: Almedina, p. 1145-1146.

COELHO, Fábio de Ulhoa. *Para Entender Kelsen – Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Júnior*, 3ª ed., 2ª tiragem, Max Limonad, São Paulo, 2000, p 1-2.

DWORKIN, Ronad. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de janeiro: Renovar, 2003, p. 66

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1

OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurábi!* FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 4. Ed., Atlas, p. 112

ORZEVALLA JUNIOR, Wilson. *Um olhar constitucional sobre os artigos 4º do decreto-lei 4.657/42 e 126 da lei 5.869/73*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima6/Wilson-Orzevalla-Junior.pdf>, acesso em 02/04/2012

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p 103

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ernantina Galvão. 1. Ed. 4. Tir. São Paulo: Martins fontes, 2002. P. 557

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 19. ed. - São Paulo. Saraiva, 1999

SANTIAGO, Marcus Firmino. Princípios Gerais de direito e a nova hermenêutica jurídica. p. 238. *Revista de direito constitucional e internacional*, ano 16, n 64.

STRECK, Lenio . *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?*. Disponível em: www.univali.br/periodicos. acesso em 02/04/2012

_____ ; *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção doDireito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 139.

_____ ; *Verdade e Consenso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009
p. 415-574