

DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS EM UM SISTEMA JURÍDICO ABERTO

DÉCISIONS JUDICIAIRES DANS UN SYSTÈME JURIDIQUE OUVERT

Angel Rafael Mariño Castelanos¹

Fernanda Brasileiro de Almeida²

RESUMO: Na tradição processual a discussão sobre a fisionomia do direito, sua composição e teleologia tem se tornado pauta das discussões a partir, principalmente, dos últimos 60 anos. Isto é uma consequência direta da evolução na teoria jurídica da compreensão do direito como um sistema de normas aberto, superando-se o predomínio da ideia do direito como sistema pleno, sem contradições e fechado. A reconstrução da definição do direito que começa nos inícios do século XX e culmina com o pós-positivismo que trouxe nessa releitura um destaque para os princípios e abriu as portas para uma aplicação do direito comprometida com os fins axiológicos e sociais que justificam e fundamentam o sistema jurídico. Discute-se como essa renovação na teoria jurídica influencia o processo decisório judicial, a produção normativa que lhe é imanente e a própria prática processual. Serviram como pressupostos teóricos a polêmica entorno à fisionomia do direito, sua estrutura e composição, segundo ficou registrada nas obras de Hart, Dworkin e Alexy.

RÉSUMÉ: Dans la tradition processuelle de la discussion au sujet de la physionomie du droit, sa composition et téléologie est devenu l'ordre du jour des discussions à partir, principalement, de les derniers 60 ans. C'est à-dire une conséquence directe de l'évolution dans la compréhension de la théorie juridique de droit comme un système de règles ouverts, dépassant la prédominance de l'idée du droit comme un système plein, sans contradictions et ouvert. La reconstruction de la définition du droit qui commence au début du XXe siècle et culmine avec le post-positivisme qui a amené dans relecture un importance par les principes et a ouvert les portes par une application du droit a compris avec les fins axiologiques et

¹Professor Associado I do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), atuando na Graduação e Pós Graduação (Especialização e Mestrado) em Direito. Possui Graduação e Doutorado em Direito pela Universidad de Oriente de Santiago de Cuba, este último devidamente revalidado pela Universidade de São Paulo.

² Mestranda em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo.

sociaux que justifient et sous-tendent le système juridique. Il explique comment ce renouvellement dans la théorie juridique influe sur la prise de décisions judiciaires, la production normative, qu'il est immanente propre pratique et procédure. Servi de la controverse théoriques entourant le visage de la loi, de sa structure et de la composition, second a resté register dans les oeuvres de Hart, Dworkin et Alexy.

PALAVRAS-CHAVE: Processo decisório judicial – Princípios - Pós-Positivismo – Sistema jurídico aberto - Produção judicial de normas

MOTS–CLÉS: Process de decision judiciaire – Príncipes – Post-positivisme – Système Juridique ouvert – Production Judiciaire du règles

1) Introdução. 2) Viragem epistemológica: do positivismo ao pós-positivismo – Sistemas Jurídicos: do modelo fechado ao aberto. 3) Regras e Princípios. 3.1) Distinguindo regras de princípios. 3.2) Teoria de Dworkin. 3.3) Teoria de Alexy. 4) A Jurisdição no “Estado Principiológico” - Processo como método de produção de norma jurídica processual: Princípios utilizados na concretização judicial. 4.1) Analisando decisões judiciais - eficácia direta (integrativa) e indireta (interpretativa) dos princípios jurídicos. 5) Conclusão. 6) Bibliografia

1)INTRODUÇÃO

O estudo dos princípios é tema antigo da Filosofia e Teoria Geral do Direito. Sua relevância esteve sempre associada às teorias que reconheciam a existência de um direito natural. Sejam nos gregos³ como entre os romanos⁴ os princípios foram identificados como

³ Sócrates ensinou a respeitar as leis, mas não apenas as leis escritas, mas também aquelas que, mesmo não escritas, valem, como dizia, igualmente, em toda parte, e são impostas aos homens pelos deuses. VECCHIO, Giorgio Del. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006. p.18.

⁴ Cícero seria um notável representante. Para ele o Direito não era um produto do arbítrio, mas dado pela natureza. Tinha-se, aí, como ensinaram os estóicos, uma lei eterna, que é uma expressão da razão universal.

um referencial axiológico para avaliar e orientar a criação e aplicação do direito legal. Nesse sentido e seguindo a tradição latina foram identificados como princípios gerais do direito.

O descaso de seus significados derivou da estatização definitiva que aconteceu no direito com o Estado moderno, a noção de soberania estatal, a produção parlamentar das leis, a codificação e o predomínio teórico da Escola Exegética na Europa do XIX.⁵ Some-se a isso o monismo jurídico que o positivismo jurídico desse mesmo período reafirma e divulga.⁶ A consequência foi que a validade e existência legal dos princípios ficou associada à juridização dos mesmos ou à autorização legal expressa de sua utilização se não pertencentes ao direito posto.

Enquanto isso, mentes e teóricos jusnaturalistas insistiam no valor de tais princípios e na utilidade deles para a avaliação corretiva do direito. As declarações históricas do século XVIII, que sempre foram referências, o próprio Kant quando demanda “poder encontrar, em vez da variedade sem fim das leis civis, seus princípios, pois só aí está o segredo de simplificar a legislação” e, em especial Radbruch, continuaram a destacar uma face menos estatal do direito e mais universal e principiológica.⁷

O desvalorização à dignidade humana e aos direitos dos homens que protagonizou o nazismo, assim como a desrespeito aos limites que o Estado constitucional impunha ao poder estatal aceleraram o desmantelamento teórico-filosófico do positivismo jurídico e de sua energia principal de tratar o direito apenas como um sistema de normas postas, em que a sanção aparece como o elemento constitutivo de destaque destas.⁸

Inicia-se uma mudança de paradigma teórico-conceptual e os princípios são reabilitados. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e sua vinculação moral era o mais claro sinal de que outros tempos avizinhavam-se para a teoria jurídica.

Segundo ele, nem tudo que era posto como direito era justo, que, em tal caso, também as leis dos tiranos formariam o direito.(...) “Na verdade, a reta razão é uma lei conforme à natureza, difusa em todos, constante, eterna... não exige quem a explique, ou um outro intérprete. Nem existe outra em Roma, outra em Atenas, outra agora, outra depois, mas uma só lei existirá para todas as pessoas e em todo tempo, eterna, imutável... quem não lhe obedecer foge de si mesmo, e tendo desprezado a natureza do homem, sofrerá por isso mesmo as maiores penas, embora fuja de outros sofrimentos, que imagine.” VECCHIO, Giorgio Del. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006. p.35-36.

⁵ A Escola da Exegese surge na França e para ela a interpretação limitava-se a uma interpretação passiva e mecânica do código, ao contrário da Escola Científica que se propunha a uma elaboração autônoma de dados e de conceitos jurídicos cuja validade fosse independente e transcendesse o próprio Código. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Cone, 1995. p. 78.

⁶ Do positivismo filosófico ao positivismo jurídico. *Ibid.*, p. 80

⁷ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁸ BOBBIO, op. cit., p. 82.

Muito a pesar de Kelsen e sua hegemonia teórica, vozes como Kaufman⁹ e Larenz,¹⁰ entre outros, destacam a relevância dos princípios como referenciais axiológicos externos ao direito e cuja validade não depende necessariamente da sua pertença ao direito posto.

Mas, é a partir de Hart e “O conceito de direito,”¹¹ que se deflagra um verdadeiro debate teórico sobre a natureza e significado dos princípios. Primeiro, porque Dworkin em “Levando os direitos sério,”¹² ao criticar a Hart pelo que ele qualifica como apresentação positivista do direito fechado e reduzido a regras, incisivamente coloca os princípios como elementos essenciais ao direito, isto sem que sua pertença ao sistema jurídico seja *conditio sine qua non*. Em segundo lugar, pela polêmica que o autor americano manteve com o alemão Robert Alexy.¹³

Essa polêmica ultrapassou os marcos do espaço teórico e “invadiu”, como é natural, a prática jurídica e trouxe uma mudança de paradigma no processo judicial de interpretação e aplicação do direito, cuja característica principal é a centralização do processo decisório judicial nos resultados e nos fins que o direito propugna, deixando-se atrás um formalismo legalista paralisante que focado principalmente no processo e nos procedimentos não priorizava os valores que justificaram a criação jurídica.

2) A VIRAGEM EPISTEMOLÓGICA DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO – SISTEMAS JURÍDICOS: DO MODELO FECHADO AO ABERTO

O contexto epistemológico de emergência do normativismo, fundado no princípio da legalidade, insculpe-se especialmente após a Revolução Francesa e é tomado como um libelo

⁹ Para Kaufmann deve ser superada a rígida separação entre direito natural e direito positivo e, por isso, propõe que seja encontrada “a terceira via” que permitirá conciliar o dado positivo com os pressupostos fundamentais condicionantes da sua validade e interpretação. Para ele, os valores fundamentais – Justiça, Paz e Tolerância – nunca podem ser vistos como algo que se possa separar dos processos reais de decisão e da experiência histórica de definição de direito. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. XI.

¹⁰ LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

¹¹ HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

antimonárquico, em razão das violações aos direitos e garantias dos cidadãos pelo Estado Absolutista¹⁴.

A formação da classe burguesa, a hegemonia política do capitalismo, o racionalismo científico positivista e o liberalismo político, constituíram fatores que demandavam um direito seguro, estável, documental, rígido e formal, capaz de salvaguardar a sociedade dos arbítrios do soberano e de garantir igualdade formal a todos os cidadãos sem distinção¹⁵.

Assim, a existência de regras predeterminadas, compondo um sistema de leis previamente fixadas definindo a conduta dos cidadãos e do Estado, foi o ideário do Estado de Direito Moderno, fundado, inclusive, na tripartição de poderes, outra forma de assegurar a igualdade e liberdade dos súditos.

Nesta nova concepção jurídico-político, de vigência do positivismo jurídico, que predominou durante o final do século XIX e primeira metade do século XX, o Poder Legislativo passa a ter, baseado na ideia de tripartição de poderes, preponderância em relação aos Poderes Executivo e Judiciário, cabendo a este apenas atuar para cumprir objetivamente a lei. Tem-se, assim, um juiz com exercício pautado na observância estrita à lei, concretizando o direito estritamente através da subsunção do fato à norma, sem qualquer consideração a elementos axiológicos, haja vista que neste contexto não era pertinente indagações quanto à justiça da decisão ou da lei.

Em tal contexto, o ordenamento jurídico era um sistema de normas escalonadas hierárquicamente e cujo fundamento de validade das normas encontrava-se na norma fundamental¹⁶.

Durante este período o sistema jurídico¹⁷ era considerado como sendo um conjunto composto unicamente de normas jurídicas¹⁸ coordenadas e editadas pelo Estado.

¹⁴ BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 75.

¹⁵ *Ibid.*, p. 78.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁷ Afirma-se que o Direito é um sistema de normas sistematicamente organizado, ou seja, não se resume a um simples agregado de normas, mas sim a um conjunto de normas que guardam relação entre si. Tal relação determina a estrutura sistemática do conjunto de normas e dela dependerá o conceito de direito. O conceito de sistema jurídico é perquirido pela Filosofia do Direito, tanto que filósofos desde Bentham e Austin, até Kelsen e Hart dedicaram-se a este tema. Esta temática não será explorada a fundo neste trabalho, haja vista outro ser o objeto de sua pesquisa. Por ora, importante ressaltar que alguns teóricos sustentam a dicotomia entre os termos sistema jurídico e ordem jurídica, tal como faz Alchourrón e Mendonca. Sobre o assunto ver: BULYGIN, E.; MENDONCA, D. *Normas y Sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 46.

¹⁸ Neste sentido Hart e Kelsen.

Com a crise do positivismo jurídico deu-se a superação da rigidez entre o direito e a moral e a conseqüente abertura do debate filosófico-jurídico contemporâneo aos valores ético-políticos. Já não se sustentava mais possível reduzir os ordenamentos jurídicos a meras estruturas normativas,¹⁹ surgindo, daí, a concepção de que ao lado das regras (*rules*) também havia os princípios (*principales*).

Neste novo contexto jusfilosófico, entende-se como aberto o sistema jurídico, de modo a, repita-se, albergar as regras e os princípios, conceitos e distinções que examinar-se-ão a seguir.

3) REGRAS E PRINCÍPIOS

Inicialmente, o conceito de norma jurídica confundia-se com o conceito de regras. Era o tempo no qual apenas admitiam-se as regras como padrão de julgamento dos litígios. Era a época em que o Direito era confundido com a lei e que a decisão das controvérsias baseava-se, tão somente, na subsunção do fato à norma.

Diferente do momento esboçado, hoje, entende-se por norma jurídica o gênero do qual são espécies as regras e os princípios.

Aqui, antes de adentrar-se ao exame das regras e princípios, faz-se um aparte para destacar o conceito de normas jurídicas. Estas são entendidas como proposições normativas²⁰ imperativas ou prescritivas da conduta humana, dotadas de coercibilidade, pois contam com o poder estatal para lhe fazer valer cumprimento, sob pena de sanção²¹²²²³.

¹⁹ Críticas estas feitas por Ronald Dworkin endereçadas ao positivismo de Herbert Hart. Sobre o assunto ver: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁰ Aqui utilizando conceituação extraída de Bobbio, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001. Já para Eugenio Bulygin e Daniel Mendonca proposições normativas e normas são expressões distintas, sendo a primeira utilizada no sentido descritivo e a segunda no sentido impositivo. BULYGIN, E.; MENDONCA, D. *Normas y Sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 19.

²¹ Inicialmente, na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Hans Kelsen entendia que as normas que compunham o sistema jurídico estipulavam, necessariamente, uma coerção, isto é, uma sanção. Daí afirmar que as demais normas desprovidas do caráter sancionatório seriam normas incompletas.

²² A sanção é característica comum às normas sociais, sendo que a sanção da norma jurídica opera-se no âmbito externo, ou seja, incidindo sobre a liberdade ou patrimônio do indivíduo transgressor da norma, diferente do que ocorre com a sanção decorrente das normas religiosas, morais, sociais, que operam tão somente internamente, no íntimo do indivíduo, a citar a rejeição, a exclusão, o sentimento de culpa, remorso etc. Em Hart, diz-se que a

Por proposições normativas imperativas ou prescritivas deve-se entender que a norma jurídica é uma construção de linguagem dotada de sentido, ou seja, uma proposição que impõe uma conduta estabelecendo uma mudança de comportamento, adequada ao que se julga pertinente, ou seja, estabelece um “dever ser,”²⁴²⁵ diferente de meras normas descritivas que, tão somente, constata uma situação, um “ser”.

Por serem normas de dever ser não se sujeitam a critério de avaliação de veracidade ou falsidade. De outro lado, sua avaliação comporta exame duplo,²⁶ seja do ponto de vista da dogmática jurídica, avaliando a norma como válida ou não, seja do ponto de vista jussociológico, avaliando-a como sendo justa ou não²⁷.

Visto isso, e voltando ao tema do trabalho especificamente, tem-se que as doutrinas de Ronald Dworkin e Robert Alexy são consideradas os marcos teóricos para o estudo dos princípios, não obstante no passado anterior já existissem estudos destinados a eles²⁸.

Especificamente em relação à teoria de Dworkin, ela é considerada como inovadora em razão da oposição feita à concepção dominante à época na teoria do Direito e identificada na obra de H. L. A. Hart.

Em razão disso, diz-se que o marco para a distinção entre princípios e regras encontra-se no artigo de Ronald Dworkin intitulado “O modelo de regras” (The modelo f

diferença crucial entre as normas jurídicas e as outras reside no fato de que os devidos de comportamento serão provavelmente objeto de reação hostil com possibilidade de punição. HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 14.

²³ Importante ressaltar que nem todas as normas jurídicas são dotadas de sanção. É o caso das normas programáticas que traçam linhas gerais de atuação do Poder Público, sem, contudo, preverem penalidade pelo seu descumprimento. De acordo com Eduardo Bittar e Guilherme Assis de Almeida “As normas programáticas, bem como as normas que prevêm as chamadas sanções premiaias, são um fato novo no mundo do Direito. O Estado de Direito clássico previa, tão-somente, três normas de conduta para regular a vida em sociedade, quais sejam: as normas proibitivas, obrigatórias e permissivas.”. Sobre o assunto ver: BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2008.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2009. p. 100.

²⁵ Em Hart a expressão utilizada é “ter de” ou “ter o dever de”. HART, Hebert L. A. *op. cit.*, 1994.

²⁶ Neste sentido BULYGIN, E.; MENDONÇA, D., *op. cit.*, p. 19.

²⁷ Sob o ponto de vista positivista, a avaliação jussociológica não interfere na validade da lei, haja vista que para tal concepção jusfilosófica a validade da norma jurídica independe de valores axiológicos, importando, apenas, que a norma tenha sido produzida em consonância com o processo legislativo previsto e que esteja adequada à norma fundamental. A preocupação com a adequação axiológica guarda compatibilidade com a concepção jusnaturalista, para a qual é insuficiente a adequação formal da norma jurídica, podendo a mesma ser afastada se não corresponder aos ideais de justiça da sociedade correlata.

²⁸ VALE, André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009. Ressalta-se que as teorias de Dworkin e Alexy receberam novos enfoques com a releituras de Manuel Atienza e Ruiz Manero, dentre outros.

rules), publicado em 1967, tendo sido posteriormente incluído na obra “Levando os direitos a sério” (Taking Rights Seriously).²⁹

Antes de analisar-se, em apertada síntese, as teorias de Dworkin e Alexy, serão traçadas, a seguir, as distinções entre os dois padrões de julgamento.

3.1) DISTINGUINDO REGRAS DE PRINCÍPIOS

Consoante já explicitado, há consenso na dogmática jurídica contemporânea de que princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica.

A distinção entre eles é feita com base em vários critérios, sendo utilizado com mais frequência o da generalidade. De acordo com tal critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto que as regras possuem grau de generalidade relativamente baixo.³⁰

Além da diferenciação mencionada, é possível distinguir os dois quanto ao conteúdo, de modo a observar que as regras são padrões objetivos descritivos de condutas a serem seguidos, enquanto que os princípios expressam valores ou fins a serem alcançados. Os princípios são valorativos ou finalísticos, ao passo que regras são descritivas de conduta. As regras disciplinam uma situação jurídica determinada, para exigir, proibir ou facultar uma conduta em termo definitivos. Os princípios, por sua vez, expressam uma diretriz, sem regular situação jurídica específica, nem se reportar a um fato particular, prescrevendo o agir humano em conformidade com os valores jurídicos.

Em relação à estrutura normativa, as regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta, ou seja, prevendo um fato e atribuindo um efeito jurídico. Princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas.

No que diz respeito ao modo de aplicação, as regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí

²⁹ VALE, André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

resultante, isto é, aplicam-se mediante subsunção; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação.

Regras expressam comandos objetivos, definitivos, aplicáveis no que se convencionou denominar modalidade tudo ou nada: ocorrendo a hipótese de incidência, a norma deverá ser aplicada, a menos que inválida ou excepcionada por outra. Se não for aplicada, estará sendo descumprida. Já os princípios são mandados de otimização, devendo ser aplicados na maior intensidade possível, levando em conta os elementos fáticos e jurídicos presentes na hipótese.

No que pertine à violação, a transgressão a um princípio é mais grave do que a violação de uma regra jurídica. O desrespeito a um princípio ofende não apenas um específico preceito obrigatório, mas a todo um plexo de comandos normativos. Em outras palavras, promove a violação contra todo o sistema normativo, ferindo seus valores sublegacentes.

Quanto às funções que disciplinam, as regras, ao prescrevem fatos hipotéticos, têm a função de disciplinar as relações intersubjetivas. Já os princípios possuem funções supletiva, fundamentadora (eles são as idéias básicas que servem de embasamento ao direito positivo, exprimindo as finalidades e as estimativas que inspiram a criação do ordenamento jurídico) e hermenêutica (eles informam e orientam a interpretação e aplicação de todo o sistema normativo, inclusive, das próprias regras jurídicas. Além disso, servem como limite de interpretação do intérprete). Os princípios funcionam como padrões de legitimidade na decisão judicial. Eles são considerados imposições deontológicas.

3.2) TEORIA DE DWORKIN

Inaugurando a distinção entre regras e princípios, Dworkin compreende estes como tipos particulares de padrões de solução de conflitos. Diz isso, porque entende que os padrões de julgamento podem ser tanto as regras editadas pelo Estado, como também os princípios jurídicos.

Para o filósofo norte-americano, as regras editadas previamente pelo Estado seriam aplicadas na solução dos casos fáceis, enquanto que os casos difíceis (*hard cases*) seriam julgados com base em razões de política pública e princípios de justiça.³¹

No artigo intitulado “O modelo de regras” (The model of rules), publicado em 1967 e posteriormente incluído na obra “Levando os direitos a sério” (Taking Rights Seriously).³², Dworkin criticava o positivismo de Hebert Hart³³, vez que este considerava o sistema jurídico como sendo formado unicamente por regras.

Para Dworkin a teoria de Hart era deficiente porque não conseguia ofertar meios de solução aos chamados “casos difíceis” (*hard cases*) que, para Dworkin, demandavam a aplicação de outros padrões jurídicos distintos das regras propriamente ditas, quais sejam os princípios e as diretrizes políticas.³⁴

Assim, para Dworkin o sistema jurídico seria formado de regras e princípios, ambos de aplicação obrigatória. Para ele, a distinção entre regras e princípios é de natureza qualitativa ou lógica. Neste sentido, as regras são aplicadas de maneira disjuntiva, ou seja, à maneira do “tudo ou nada”. Com isso, a regra só deixará de ser aplicada a um caso concreto se ela for inválida ou se existir um regra prevendo exceção. Já os princípios, diferente das normas, não estabelecem condições específicas para sua aplicação, mas apenas conduzem a argumentação numa determinada direção.

No conflito de princípios prevalecerá o de maior peso ou dimensão. Assim, no caso de vários princípios orientando em posições distintas aplica-se a teoria da dimensão de peso ou de importância, segundo a qual apenas um deles, de maior envergadura ao caso concreto, será aplicado.

De outro lado, no embate entre regras, uma delas será inválida e, portanto, sucumbirá a outra. Critérios de especialidade, posterior vigência ou hierarquia, evidenciarão qual regra será observada no caso.

3.3) TEORIA DE ALEXY

³¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 9 p.

³² VALE, André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61.

³³ Hart rebate as críticas de Dworkin em seu pós-escrito no livro “O conceito de direito”.

³⁴ VALE, *op. cit.*, p. 62.

Adotando várias das concepções da teoria de Dworkin, Alexy propõe a reformulação da distinção entre princípios e regras. Ele apresenta sua tese no artigo “Sobre o conceito de princípios jurídicos”.

Sua teoria dos princípios é composta por três teses fundamentais, quais seja, tese da otimização, da colisão e da ponderação.³⁵

A tese da otimização representa uma evolução em relação à teoria de Dworkin. Para ela os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Os princípios possuem caráter de mandados de otimização, enquanto que as regras têm caráter de mandados definitivos.

A segunda tese trata da situação de conflito entre princípios. Em tal hipótese um deles deverá ceder ante o outro, sem que com isso precise-se declarar a invalidez do princípio afastado ou nele inserir uma cláusula de exceção. Em sua teoria não existe uma relação de precedência incondicionada dos princípios.

Quanto a tese da lei da ponderação, esta será aplicada quando a satisfação a um princípio importar no descumprimento de outro. Para Alexy, quanto maior o grau de insatisfação ou afestação de um princípio, tanto maior deve ser a satisfação do outro.

4) A JURISDIÇÃO NO “ESTADO PRINCIPIOLÓGICO” - PROCESSO COMO MÉTODO DE PRODUÇÃO DE NORMA JURÍDICA PROCESSUAL: PRINCÍPIOS UTILIZADOS NA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL

Com a assunção do Estado constitucional o princípio da legalidade tomou novo conteúdo, afetando, por conseguinte, as concepções de direito e de jurisdição³⁶. Em razão destas transformações, várias teorias surgiram com a finalidade de dar ao juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição. Dentre as várias teorias, interessa-nos, aqui, citar a teoria dos princípios que acabamos de comentar anteriormente.³⁷

³⁵ VALE, André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva. p. 71.

³⁶ Cf. Luigi Ferrajoli. *Derechos fundamentales. Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 53. In: Luiz Guilherme Marinoni. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2009. v. 1, 23 p., passim.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2009. v. 1, 24 p.

Através dela, pode-se dizer que surgiu um “novo modelo de juiz”, diz-se isso porque no Estado Liberal de Direito o poder dos juízes ficava limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo,³⁸ pois o julgamento deveria corresponder apenas a “um texto exato da lei”.³⁹ Esta era a concepção de direito albergada pelo positivismo jurídico.

Se antes, consoante comentado nas linhas anteriores, cabia ao juiz, tão somente, revelar as palavras da lei⁴⁰, agora, no momento chamado de pós-positivismo, incumbe-lhe projetar uma imagem, corrigindo a lei e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais.

A importância dos princípios está presente em dois momentos relevantes, quais sejam, na elaboração das leis e na aplicação do direito. Quanto a esta, de interesse deste trabalho, Humberto Ávila chega a admitir a presença de um verdadeiro Estado Principiológico, vez que os princípios têm sido utilizados no processo jurisdicional de produção das normas jurídicas individuais (decisões judiciais).⁴¹

Com as transformações havidas na Teoria Geral do Direito, e suas repercussões na Teoria Geral do Processo, os princípios deixaram de ser mera técnica de integração do Direito para passar a ser espécie de norma jurídica, responsável, inclusive, na produção de outras normas jurídico processuais.⁴² Daí, afirmar-se a eficácia normativa dos princípios.

Aqui, faz-se um adendo para noticiar que, inclusive, sua função normativa, em detrimento de uma mera função integrativa, é reconhecida no Projeto do Novo Código de Processo Civil – PL nº 166/10, artigo 6º.⁴³

A evidência dos influxos da Teoria Geral do Direito no Direito Processual, a partir da teoria dos princípios de Dworkin e Alexy, é notada na atividade jurisdicional que tem

³⁸ Durante todo o período em que a concepção positivista prevaleceu, a solução dos conflitos dava-se, única e tão somente, através da subsunção legal. Esta orientação era baseada, inicialmente, na teoria de Jeremy Bentham e depois por John Austin, no século XIX, por Herbert Hart e Hans Kelsen.

³⁹ Montesquieu. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, 158 p. In: Marinoni, Guilherme, *op. cit.*, p. 27, *passim*.

⁴⁰ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12-15.

⁴¹ DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012. 68 p.

⁴² De acordo com Freddie Didier Jr, eles, os princípios, são normas que orientam na produção de outras normas jurídicas. DIDIER Jr., Fredie, *op. cit.*, p. 150.

⁴³ ZUFELATO, Camilo. Constituição e processo: princípios e hermenêutica constitucionais no PL nº 166/10 de novo código de processo civil. *Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*, Birigui, 2012, p. 132-149.

autorizado o juiz a afastar a regra jurídica injusta, para aplicar um princípio que melhor solucione o conflito de interesses.⁴⁴

Não é demais, ainda, destacar que a presença dos princípios no processo jurisdicional teve o condão de promover a reaproximação do direito à moral. Tanto é verdade que, se antes eram afastados os elementos axiológicos, agora os juízes valem-se dos princípios para compatibilizar o direito vigente às questões de justiça. Esta é a tese do “Direito como Integridade” de Dworkin.

Em síntese, afirma-se que o juiz, hoje, desempenha um papel de construção e não mais, apenas, de simples revelação do direito. Melhor seria até mesmo dizer que convivem o método de subsunção com o método de concretização dos textos normativos, sendo neste que reside o papel importante dos princípios.

4.1) ANALISANDO DECISÕES JUDICIAIS – EFICÁCIA DIRETA (INTEGRATIVA) E INDIRETA (INTERPRETATIVA) DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Assim, com base na nova concepção de direito inserta pelo Estado Constitucional, é pacífico que os princípios jurídicos são dotados de eficácia jurídica, incidindo sobre o mundo jurídico e sobre a realização fática de diferentes maneiras.

Desta feita, destaca-se que os princípios podem:

a) ser fundamento direto de uma decisão. Por exemplo, com base no princípio da isonomia alguém postula uma equiparação salarial ou remuneratória; ou alguém se exonera do pagamento do tributo, sob o fundamento da inobservância do princípio da reserva legal. Aqui o princípio serve como fundamento para a tutela do bem jurídico abrigado em seu relato;⁴⁵

b) ter incidência indireta, condicionando a interpretação de determinada regra ou paralisando sua eficácia. A eficácia interpretativa consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos

⁴⁴ Temos notícia antiga de tal providência no julgamento do Caso Riggs contra Palmer, em 1889, no Tribunal de Nova Iorque e no Caso Hennington contra Bloomfield Motors, no Tribunal de Nova Jérsei. In DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 37-38.

⁴⁵ VALE, André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78.

princípios constitucionais. Aqui os princípios servem para orientar a interpretação das regras em geral, para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente.⁴⁶

Vejam-se decisões judiciais nas quais os princípios jurídicos foram utilizados no seu processo de produção:

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-

⁴⁶ VALE, André Rufino. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80.

administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à

segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.⁴⁷

Trata a hipótese de julgamento de caso versando sobre o atendimento em creche e em pré-escola de criança de até cinco anos de idade. A decisão proferida na primeira instância obrigou o Município de São Paulo a matricular as crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais.

Chegando o caso, via recurso, ao Supremo Tribunal Federal, os ministros fizeram ponderação entre a cláusula de reserva de valores e a garantia do mínimo existencial, esta decorrente do postulado da dignidade da pessoa humana. Ao final, confirmaram a decisão recorrida.

Analisando as razões de decidir, constata-se que a norma jurídica processual individual foi produzida através do método da concretização, mediante a utilização direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Situação análoga se verifica nas decisões judiciais condenando o Poder Público no fornecimento de tratamento médico aos cidadãos portadores do vírus HIV.⁴⁸

Vejamos um 2º julgado:

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

⁴⁸ Aqui limitar-se-á a mencionar a utilização dos princípios no papel atual da atividade jurisdicional. Deixar-se-á para próximo trabalho a incumbência de formular críticas a respeito da atuação que tem sido empreendida nos tribunais, sobretudo no Supremo Tribunal Federal.

EMENTA: ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superiores a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços etc.⁴⁹

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir o caso acima ementado, que versa sobre concessão de terras devolutas sem prévia autorização do Senado Federal, em afronta ao §2º do artigo 156 da Constituição Federal de 1946, reconheceu a violação a tal dispositivo, mas ponderando os princípios da legalidade *versus* segurança jurídica e confiança legítima, decidiu pela não nulidade das concessões realizadas há meio século e, por conseguinte, declarou a subsistência e validade dos contratos firmados entre o Poder Público e os particulares.

De acordo com as razões de decidir, constata-se que a norma jurídica processual individual foi produzida através do método da concretização, mediante a utilização indireta do princípio do princípio da segurança jurídica.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ato Administrativo. ACO 79, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2012 PUBLIC 28-05-2012.

5) CONCLUSÃO

Com as transformações havidas na Teoria Geral do Direito, e suas repercussões na Teoria Geral do Processo, os princípios deixaram de ser mera técnica de integração do Direito para constituírem espécie de norma jurídica, responsável, inclusive, na produção de outras normas jurídico processuais. Daí, com isso, afirmar-se a eficácia normativa dos princípios.

No pós-positivismo, a função dos juízes, ao contrário do entendimento desenvolvido por Giuseppe Chiovenda, no início do século XX, deixou de ser apenas um atuar (declarar) a vontade concreta da lei, para consistir num ato de criação do direito.

É bem verdade que a tese da criação judicial do direito, através das normas jurídicas individuais (sentenças), remonta à Hans Kelsen, mas a inovação operada no pós-positivismo vai além, pois, atualmente, os princípios são, também, tomados no processo jurisdicional de criação da norma individual do caso concreto.

Diz-se isso, porque antes, neste processo criativo, os juízes apenas aplicavam a norma geral (entendida aqui apenas as regras editadas pelo Estado) na criação da norma individual, utilizando-se, para tanto do método do silogismo jurídico ao decidir os conflitos de interesses, ao passo que, atualmente, também, utilizam os princípios na produção das normas jurídicas individuais, no denominado método de concretização.

6) BIBLIOGRAFIA

ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Aestra, 1987.

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

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Cone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ato Administrativo. ACO 79, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2012 PUBLIC 28-05-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

BULYGIN, E. MENDONCA, D. *Normas y Sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: RT, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010

FARALLI, Carla. *Filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FREIRE, Ricaedo Maurício. *Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2007.

HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: 2009.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VECCHIO, Giorgio Del. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006

ZUFELATO, Camilo. Constituição e processo: princípios e hermenêutica constitucionais no PL nº 166/10 de novo código de processo civil. *Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*, Birigui, 2012.