

O direito contemporâneo e a era dos princípios

Luiz Augusto Crispim*

RESUMO. A busca de parâmetros estáveis e duradouros, por parte do filósofo do Direito encontra obstáculos dramáticos, aparentemente intransponíveis no interior do ordenamento jurídico. O processo normativo nunca foi tão vulnerável quanto nestes tempos de transição da modernidade para o quadro de perplexidade que envolve o Estado contemporâneo. Aos poucos, como em resposta a essas contradições, uma nova dinâmica vai surgindo para o mundo do Direito. É o avultamento da era dos princípios, a se sobrepor, de forma irreversível, sobre o Direito Positivo.

Palavras-chave: Filosofia do direito; Direito positivo; Princípios jurídicos.

Ao tratar dos fundamentos do poder, afirmou certa vez Leon Trotsky que “todo Estado mantém-se pela violência.”

Estava certo o pensador revolucionário de 1917. De fato, ao longo de toda a sua história, outra coisa não fez a humanidade senão buscar sentido e pleitear fundamentos filosóficos capazes de justificar a violência institucionalizada.

Assim, talvez surpreenda o leitor se eu disser que o pressuposto fundamental do Direito não é a conciliação e o entendimento, como seria compreensível admitir, mas a força e a sujeição, legitimadas pelas convenções, pelas regras jurídicas chanceladas pela coerção.

Eis aí a grande luta do Direito. Pelo menos a luta de um certo Direito timbrado pelo humanismo, valorizado pela sobrevalência dos princípios em relação às normas.

O Direito é prescrição, está certo. Segundo Kelsen resume-se, exclusivamente, à norma em sua dimensão coercitiva. Quer dizer, prescrita a norma jurídica, ao seu destinatário competiria, apenas e tão somente, cumpri-la. A garantir o seu cumprimento, paira sobre o mundo do Direito todo um aparato de instrumentos de força, com poderes suficientes para anular a vontade do indivíduo, em razão de um pacto social que o autoriza expressamente¹.

* Aluno da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e professor da Faculdade de Direito da UFPB.

¹ A esse respeito, eis o que assinala Célso da Silva Aragon, definindo o raciocínio do criador da Teoria Pura do Direito:

A posição de Kelsen, que se funda na concepção do Direito como ordem coativa da conduta humana, se subsume num entendimento de ordem racionalista. O Direito contém normas que se encontram graduadas em escalões dentro de uma pirâmide hierárquica. Toda interpretação depende, em última análise, da colocação da norma na estrutura hierárquica. Uma norma depende de outra conforme a posição hierárquica. A norma fundante é que dá origem à fundada e esta passa a ser a fundante relativamente à

A matéria, todavia, não se esgota aí.

Quando Hobbes inicia a grande discussão sobre a liberdade do indivíduo, estabelece, de pronto, o problema da sujeição. Ser livre, no seu entendimento, é ser sujeito à lei, não a outro indivíduo.

Num minucioso estudo a respeito dessas questões, Pedro Frederico Caldas chama atenção para a célebre definição de Rudolph von Ihering, segundo o qual “(...) ninguém existe para si só, nem tampouco por si só: cada um existe para os outros e pelos outros, intencionalmente ou não, pois assim como o corpo reflete o calor que recebeu de fora, assim também o homem espalha em torno de si o fluido intelectual ou moral que aspirou na atmosfera da civilização da sociedade.” (CALDAS: 5)

Esse ambiente social construído pelo homem, no interior do qual produzirá os mais impressionantes efeitos, dele recebendo, ao mesmo tempo, os mais determinantes estímulos, é, por assim dizer, um eterno canteiro de obras. Cujas realizações, para serem livremente executadas, exigirão do seu autor certo grau de sujeição.

A relação humana não se sujeita à ascendência do outro, nem se deixa contingenciar pela irrevogabilidade do elemento definitivo. Duradouro, sim. Eterno, jamais. É sob o signo da temporariedade que o homem constrói o próprio conceito de perenidade dos valores que o servem e que transcendem o espaço

inferior, e assim sucessivamente. É a dinâmica jurídica. De início, temos a norma fundamental. Esta é diferente de todas das demais, por ser uma norma básica, não positiva, simples ponto de partida para a sustentação lógica das demais normas. É simples hipótese de ordem gnoseológica. A norma fundamental só diz que o primeiro legislador age com legitimidade e juridicidade. É apenas, uma norma pensada, hipoteticamente. Não tem existência objetiva. Para que os mandamentos legais possam ser considerados obrigatórios é indispensável supor a existência de uma norma fundamental, que admita a legitimidade do poder e o dever de obediência da comunidade. A ordem coativa da conduta humana, como sistema de normas obrigatórias, promana do referido axioma da teoria formal do Direito. À norma fundamental seguem-se as normas constitucionais. Ocupam estas o segundo plano. Dizem respeito à organização do Estado, bem como as competências dos poderes legitimamente constituídos e suas relações com os membros da comunidade. A estes últimos são atribuídos direitos e garantias individuais. Em terceiro lugar, surgem as normas ordinárias, isto é, todas as leis que prevêm as relações sociais básicas. Dizem respeito ao equacionamento dos poderes e deveres dos membros da comunidade, referentes às diversas situações de vida. (...) Ao lado destas normas ordinárias devem ser colocadas as normas costumeiras. O costume, embora fonte subsidiária, opera na falta da lei, pertencendo, ambos, ao ordenamento jurídico. Decorrem de um sistema de delegações (complementação autorizada), sendo sua elaboração conseqüência da atribuição concedida, pelas normas superiores, aos agentes públicos (juizes e órgãos da administração) e membros da comunidade para a disciplina de determinadas relações jurídicas específicas. Assim sendo, as normas individualizadas são imperativos autorizantes específicos. Através delas se opera a passagem do plano abstrato ao concreto com as implicações que a simples dedução deste último com relação ao primeiro pode operar.

imediatamente da norma positiva, sem perder a noção dos limites em que pode exercitá-los, de modo a não causar danos a outrem. *Neminem laedere*. É o princípio que dá interatividade ao processo de formação do produto normativo em sua configuração plena.

Compreender o fenômeno jurídico é dominar a violência estatal, mantendo-a sob vigilância, no rigoroso círculo da legalidade.

Não se questiona o poder operativo do Direito. Sem o componente coercitivo, não há como fazer valer a norma. Essa comprovação, todavia, não altera em nada a composição essencial desse instrumento, responsável pela heteronomia do mandamento jurídico. Em termos ontológicos, a supressão da vontade, uma vez declarada, revela-se com as mesmas características da violência, que desconhece a alteridade do ser-em-si.

Do ponto de vista hegeliano, a superação desse impasse tem de ocorrer no plano do ser-para-o-outro.

Pois bem, o Direito é, sobretudo, essa noção de temporariedade ilimitada. No Direito, a única coisa que não se revoga é o tempo, em sua fatalidade inconsútil. E será nesse estado de inevitáveis mutações – agora sem os sobressaltos de Kirchmann – que passaremos a examinar esse novo ser-para-o-outro.

Antes, não custa identificá-lo em certos componentes que o singularizam perante a Criação de onde se origina mas, também, da própria realização humana, da qual participa na condição de criador.

Já não cabem mais dúvidas quanto à capacidade universal dos direitos de personalidade em adquirir e gerar direitos. É o pressuposto inalienável do exercício de toda e qualquer faculdade unguida por virtudes jurídicas. Sem esse revestimento primário de juridicidade, toda e qualquer manifestação nesse sentido será tomada em sua expressão meramente ornamental.

Remonta a Locke e ao seu conceito de Direito Natural o tratamento do dilema essencial entre direitos e deveres confrontados ao sabor das intercorrências da vida normatizada. Esta se revela tanto na necessidade de governo, mediante a proteção dos direitos naturais do homem, quanto pela sua justificação, através da transferência contratual à autoridade civil do direito natural de punir.

De fato o equilíbrio entre os dois extremos, de um lado o conceito do *alterum non laedere* e de outro lado a idéia do *jus puniendi* concentrado no monopólio estatal responde por toda a unidade do ordenamento jurídico cultivado no Ocidente.

No ordenamento jurídico brasileiro essa questão vem disciplinada pelo art. 5.º inciso V, *In verbis*: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, por dano material, moral ou à imagem.”

O dano como categoria ontológica, no entanto, não ocupa o mesmo espaço na ordem jurídica. Esta, no seu pragmatismo positivista, enxerga o bem imediato, assim como o seu valor conversível à cotação subjetiva do prestador jurisdicional. Mas se é difícil ao magistrado cotar o efeito danoso sobre a reserva dos direitos

conferidos ao cidadão, calcule-se o dilema de quem aprecia a lesão moral que se agrega ao patrimônio jurídico.

O grande erro do juspositivismo ortodoxo é voltar as costas para essa aura de princípios e valores que voltam, agora, a reacender o interesse científico dos filósofos e juristas.

Toda a questão subsume-se, portanto, à valorização dos termos POLÍTICA E DIREITO. Depende todo o processo da relação de equilíbrio entre a capacidade interativa da sociedade e o poder que ela própria outorga ao Estado para disciplinar toda essa trama de ações e reações movida pelo pensamento e pela dinâmica social.

Entre os antigos, foram, sem dúvida, os gregos os que mais se devotaram à causa da ideação desses valores, formulando sistemas em bases filosóficas que remontam a Heródoto, Tucídides, Platão e Aristóteles.

Já os romanos, fundamentalistas do Direito e das legalidades privativas da ordem jurídica mais ampla que se conheceu no Ocidente, estes, em verdade, não se preocuparam com o revestimento teórico ou doutrinário que esses institutos teriam a oferecer ou a estimular no espírito da época.

Interessados no pragmatismo da relação jurídica, por si e para consigo própria, como era natural, legaram à humanidade postulados de extraordinária serventia, nesse espaço, como é o caso de todo o patrimônio civilista do qual somos legatários.

De fato, os romanos erigiram todo esse arcabouço que, de forma pragmática e concreta, instalou os fundamentos de todo o positivismo jurídico ocidental, a ponto de nos garantir a proteção legal, através do Estado, mediante a mais irrestrita operacionalização das instituições.

Foi essa noção de plenitude institucional que cruzou os séculos para se inserir na consciência jurídica dos povos livres, emprestando suas tintas e seus caracteres para escrever páginas absolutamente definitivas na história da humanidade, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Mas até parece que essas noções acabam se esgotando na esterilidade da norma positiva, impermeável à razão humana. A lei reassume a postura mítica da esfinge, em sua proposição letal:

– Decifra-me ou eu te devoro...

Vale observar que a norma jurídica, em sua ferocidade, costuma devorar apenas os excluídos, os sem-direito.

Buscando em sua obra *A Arte do Direito*, o conceito mais profundo do próprio Direito, Francesco Carnelutti encontra uma relação entre este último e a configuração do Estado, para então concluir, praticamente repetindo Trotsky: “o Direito é a armação do Estado.”

Em seguida, o notável jusfilósofo acrescenta:

“Os filólogos até agora não descobriram o vínculo entre *ius* e *iungere*; entretanto, não duvido de que na mesma raiz destas duas palavras manifeste-se uma das mais maravilhosas instituições do pensamento humano. O *ius* une os

homens como o iugum une os bois e como a armação une os tijolos.” (Carnelutti: 14)

Ora, o instrumento material de união entre as criaturas civilizadas é exatamente a comunicação. Seria inadmissível a produção das idéias, a concepção dos valores sem a sua exteriorização perante o mundo racional fundado precisamente em conceitos e princípios cogitados e estratificados pelos nossos antepassados.

O Direito e o Estado que interagem nesse espaço sujeitam-se às mesmas normas, por assim dizer, simbióticas. Ambos, porém, só se realizam graças ao processo interativo que flui da emissão das idéias, da livre manifestação do produto da inteligência humana.

O homem não é um conjunto previsível ajustado para atuar na cena histórica e social conforme os limites de um software de potencial definido e funções programadas.

Inesgotável sob todos os ângulos e pontos de vista, o *zoon politikón* de Aristóteles opera na cadeia da realização cultural sob o signo da improvisação e da criatividade.

Dada certa composição de elementos fundados num conteúdo matricial – compatibilizado pela norma fundamental – a dinâmica do Direito seguirá o seu curso independentemente de outras questões de natureza axiológica ou social.

A concepção normativista do dever-ser kelseniano é inquestionável. Não há como negar a precisão das formas prescritivas no conjunto extenso e complexo que é o Direito.

Há, no entanto, um componente específico no processo de formação da norma que, aparentemente, passa despercebido à lógica de Kelsen e de outros teóricos. Surge esse componente das tensões que resultam da própria organização da sociedade, de uma natureza conflitiva do homem. Tal elemento é inafastável do fluxo de produção do Direito. E é precisamente essa matéria que nos interessa compreender em seu envolvimento com a ação humana disciplinada por regras investidas de poderes heterônomos, com suas características imperativo-atributivas.

Se o Direito é prescrição, a norma condutora dessa prescrição é, fundamentalmente, resultado da pressão exercida por uma certa massa crítica que aflora à superfície da trama social, a exigir mecanismos de controle que só a ordem jurídica pode oferecer.

Jean-Louis Bergel chama atenção para a noção de Direito sugerida por Gény: de um lado, o elemento “dado”, oriundo “das realidades de fato ou dos princípios essenciais à ordem geral do mundo que comporta certa permanência e se nos impõe, do outro, “o construído”, conjunto de elementos artificiais, variáveis e contingentes, que tiram seu valor e eficácia da vontade humana e constituem os meios necessários para dar efeito às direções gerais fornecidas pelos fundamentos da sociedade”. (BERGEL: XXXI).

Em última análise, são fatores de natureza social, econômica, étnico e cultural que atuam na configuração dessas condições, criando o meio no interior do qual se defrontam interesses concorrentes ou antagônicos. Por mais que se pretenda atribuir à norma uma autonomia impermeável às manifestações da causalidade histórico-social, não se pode confiar, nem muito menos concentrar o processo de formação do ordenamento jurídico exclusivamente nas mãos do legislador, como se fora este o único artífice do fenômeno jurídico e não o intérprete ou, se quiserem, o porta-voz do grupo social para o qual está legislando em dado momento.

Por outro lado, compete ao aparato estatal velar pela integridade desse ordenamento, pela sustentação das estruturas fundamentais da sociedade e, naturalmente, das instituições de modo muito particular. E aí se concentra a principal questão do processo jurídico numa visão monista do Direito.

Na verdade, essa unidade só se constrói pela força dos princípios. Atraído pelo tema, ensina Jorge Miranda: “A função ordenadora dos princípios revela-se particularmente nítida e forte em momentos revolucionários, quando é nos princípios – nos quais se traduz uma nova idéia de direito – e não nos poucos e precários preceitos escritos, que assenta diretamente a vida jurídico-política do país.” (miranda: 199).

Isso tudo, sem perder de vista a faculdade da pretensão jurídica, comum a todos.

O Estado moderno acolheu a subjetivação do Direito, graças a Hugo Grócio, que sedimentou a idéia da liberdade do agente perante uma ordem jurídica configurada nos limites do Direito Natural.

A questão da proteção à individualidade humana já surge, de alguma forma, embora não explicitamente normada, como fundamento do processo de conhecimento na Antigüidade Clássica, como percebe Werner Jaeger nas primeiras páginas de sua *Paidéia*: – é indiscutível que foi a partir do momento em que os gregos situaram o problema da individualidade no cimo do seu desenvolvimento filosófico que principiou a história da personalidade europeia. (JAEGER: 10).

Configurado dessa forma, o dado pode ensejar conotações indevidas. É evidente que não se tem no conjunto do processo de formação dos valores humanísticos da Grécia Antiga ou mesmo na Idade Média, um arquétipo individualista ou competitivo. Não é esse o conceito. Cabe, portanto, uma reflexão adicional imediata acerca do ambiente em que passam a se desenvolver os elementos de referência de uma personalidade social fundada em suporte juridicamente válido.

Ultimamente, graças às teses de Étienne Gilson, a obra de Dante Alighieri tem despertado especial interesse quanto a esses aspectos de natureza ética. Aliás, Ítalo Sciuto, num criterioso estudo realizado para a Universidade de Verona, sintetiza essa feição ético-política numa longa citação do próprio Étienne, que vale a pena reproduzir:

Em seu famoso estudo Dante e a Filosofia, Etienne Gilson encara o tema como sendo de absoluto relevo no pensamento dantesco, sobretudo pela sua inquestionável originalidade no contexto da filosofia medieval, a ponto de manter o permanente interesse da crítica, de modo a assumir o caráter de tema central. Segundo Gilson, a orientação filosófica do Convívio esta fundada substancialmente sobre a função primeira consoladora e, portanto, indutora da felicidade produzida pela filosofia, perpassada por um conteúdo eminentemente moral. Aqui, Dante dirige-se a um publico de nobres, políticos e homens de ação, nunca aos especialistas das escolas que dedicam o seu tempo aos prazeres da especulação. No mais, a sua vida de exul immeritus lo obriga a involuntárias, injustas e continuas preocupações práticas extremamente envolventes, cujos efeitos o mesmo Convívio inspira a dramática passagem «peregrino, quase um mendigo, tenho andado mostrando contra a minha vontade a roda da fortuna que tao injustamente contra mim se tem voltado. Verdadeiramente, tenh sido, as mais das vezes, barco sem vela e sem govern, levado a portos diversos e abismos pelos ventos secos, envoltos no misama da cruel pobreza.» (Cv I III 4-5). Refletindo sobre o tema, Dante desenvolve uma longa analogia entre os ceus e as ciencias. a ciencia moral, mostra-se superior a metafísica, logo abaixo da ciencia telogica.E conclui que a ciencia moral detem um primado “arquitetonico” idetico ao que aristoteles atribui aos fundamentos da etica a nicomaco.

Seria esse primado arquitetônico aquilo que os romanos, de sua parte, já enxergavam na dinâmica dos fatos: uma poderosa fonte produtora de Direito. “Ex facto oritur jus” – conforme o brocardo. Nas sociedades primitivas, a idéia de um Direito ideal, superior, confundia-se com os desígnios dos deuses.

Entre os gregos, especialmente, a consciência jurídica era algo indissociável da noção de comunidade enquanto polis. A extensão da facultas agendi confundia-se com a simples expressão e o exercício da cidadania, sem o aparato legal do Direito contemporâneo, que, se por um lado, dignifica e singulariza o sujeito da relação jurídica, por outro lado, reifica o objeto da pretensão juridicamente posta.

Ao exercitar a sua personalidade e a sua capacidade, o cidadão romano, por exemplo, unifica as duas condições fundamentais da cidadania – status libertatis e status civitatis – na mesma prerrogativa de cidadania.

Essa introdução no mundo jurídico do Ego magnetizado pela norma foi a base de fundação do Direito Subjetivo e a proteção dos direitos fundamentais do cidadão. E o Direito Natural foi o habitáculo perfeito para essa nova servidão do Dever Ser.

Vale, ainda, realçar o aspecto apreciado mais adiante por Jaeger em seu estudo, quando afirma que:

(...) os Gregos tiveram o senso inato do que significa 'natureza'. O conceito de natureza, elaborado por eles em primeira mão, tem indubitável origem na sua constituição espiritual. Muito antes de o espírito grego ter delineado essa idéia, eles já consideravam as coisas do mundo numa perspectiva tal que nenhuma delas lhes aparecia como parte isolada do resto, mas sempre como um todo ordenado em conexão viva, na e pela qual tudo ganhava posição e sentido. (JAEGER: 11)

Milênios depois, a humanidade volta a reconhecer que a Natureza tinha razão.

Pode afirmar-se que a ordem jurídica fundada nos princípios há de devolver ao homem o humanismo perdido neste último século de mundialização .

Junto com doutrinadores da dimensão de Fábio Corrêa Souza de Oliveira, entendo que é preciso crer nas teorias críticas do Direito, que:

(...) promovem a contestação das noções rígidas e irrefletidas do juspositivismo, tais como: a auto-suficiência do direito positivo, a identificação sem mais entre jus e lex, a subsunção silogístico-axiomática do fato à norma por um formalismo lógico-mecânico, o caráter apolítico e neutro da lei e da hermenêutica, a separação absoluta entre o Direito e a Moral, a pureza científica dogmatista, a negação da lógica dos juízos de valor no raciocínio jurídico, a completude objetiva e hermética do ordenamento legislado.

E conclui brilhantemente o autor:

A crise jurídica é dupla. É a crise do Direito que vem se desconstituindo e a crise do Direito que ainda não se constituiu em substituição. É necessário ir além do rompimento do juspositivismo e alcançar a sua superação. Urge que as teorias críticas apresentem alternativas construtivas para um novo Direito. Deveras, a crítica sem proposta é delação resignada. (OLIVEIRA: 5).

Estamos, sem nenhuma dúvida, ante a mais grave de todas as crises já enfrentadas pelo Direito.

No momento em que os ideais de multilateralidade entre as nações são pisoteados pelos tacões dos poderosos, sob a invocação da lei do mais forte,

Nas suas conquistas científicas, o homem apenas suspeitava que um dia era capaz de alcançar a perfeição. Operando o Direito, no paroxismo de sua soberba, há momentos em que ele tem certeza disso.

Cabe aos herdeiros da razão solidária, resgatar o mundo que resta. Livra-lo das tiranias solitárias que matam sem dó nem piedade, em nome de deuses que cospem fogo atômico sobre os campos e sopram ventos de urânio na cara dos inocentes, escolhendo a culpa que mandam publicar nas manchetes sangrentas dos seus jornais.

Aos operadores do Direito cabe invocar a lei. E, ao fazê-lo, devem começar por invocar o princípio fundamental da equidade, que é a matriz de todos os demais. Por ser a suprema sede da fraternidade entre os homens, é suficientemente grande e poderoso e eficaz para acolher o bem do outro, como patrimônio jurídico que não precisa ser cobrado em juízo. Eis aí o verdadeiro destino do Direito.

Quando deixar de ser mero sistema imperativo-tributivo, custodiado pela sanção, para se transformar em consciência coletiva, cristalizado na espontaneidade do dever de todos, aí, sim. Terá motivos para começar a se assoberbar do verdadeiro legado da Justiça.

Referências Bibliográficas

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Globo, 2001.

TOCQUEVILLE, Aléxis. *De la Démocratie en Amérique*. Paris: Gallimard, 2002.

DEL VECCHIO, George. *Filosofia del Derecho*. 19. ed. Buenos Aires: Bosch.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1997.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Ciudad México: Fondo de Cultura, 2001.

PERELMAN, Chaï m. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. *Teoria dos Princípios – o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

HART, Herbert L.A. *O conceito do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *Arte do Direito*. São Paulo: Âmbito Cultural, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1987

JAEGER, Werner. *Paidéia – A formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

HOBBS, Thomas. *De cive, filósofos a respeito do cidadão*. Petrópolis: Vozes, 1993.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1998. (Coleção Os Pensadores)

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CITAR COMO:

CRISPIM, Luiz Augusto. O direito contemporaneo e a era dos princípios. **Prim@ facie**, João Pessoa, ano 2, n. 2, p. 19-28, jan./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em: