

# O COMPLEXO E EFÊMERO SISTEMA DE VALORES DO DIREITO

**RESUMO:** O presente artigo apresenta como objetivo geral entender a dinâmica simbiótica, sinérgica e paradoxal da fonte do direito. Ao longo da pesquisa percebeu-se que o tema 'fontes do direito' é inesgotável, por essa razão apresenta-se como leitura para lucidar a complexidade e efemeridade dos valores que compõem o direito. Isso porque, pode-se considerar que a norma se inspira na natureza e na cultura do ser humano para na prática tornar-se uma regra e/ou conduta social. A metodologia utilizada na pesquisa é o método analítico–descritivo que apresenta como propósito de realizar análises, registros e interpretações dos fatos do mundo real sem a interferência do pesquisador.

**ABSTRACT:** This article presents the general objective to understand the symbiotic dynamic, synergistic and paradoxical of the source of law. During the research it was noted that the theme 'sources of law' is inexhaustible, therefore it presents itself as reading for brighten complexity and ephemerality of the values that make up the law. This is because, it may be considered that the rule to inspire itself in the human nature and in the human culture from in the practice to become itself a rule and/or social conduct. The methodology used in this research is the analytical-descriptive method that introduce as purpose to accomplish analyzes, records and interpretations of real world events without interference from the researcher.

## Introdução

A presente pesquisa visa entender o complexo e efêmero sistema de valores do direito. Para alcançar esse objetivo, realizou-se, primeiramente, uma pesquisa sobre o que são as fontes do direito, como a ciência jurídica tem gerenciado os desafios de sua abstração e evolução, e, por fim, qual sua influência para a formação do princípio. Em seguida, preocupou-se em apresentar um conceito com delimitação prática, objetiva e clara do que seria e o que abrangeria o Direito e Moral no viés jurídico e social para ter maior clareza de sua abstração e evolução. E, por último, realizou-se um breve histórico da arte moderna dos princípios com o intuito de refletir os mecanismos de solução de conflitos simples e complexos.

A vida em sociedade ao longo dos tempos tem se organizado conforme valores, crenças, regras ou compreensão e/ou interpretação do que era, é ou deveria ser viver entre os seres humanos e o meio natural ou artificial em que está inserido. Reflexões filosóficas auxiliaram no desenvolvimento de métodos, sistemas e procedimentos que visavam e continuam visando à meta de alcançar 'o' ou 'um' direito, e, a identificação deste, sempre se apresenta com elementos subjetivos e/ou objetivos.

Um princípio, por apresentar caráter abstrato, ganha importância no âmbito subjetivo, mas não deixa de apresentar delimitações objetivas quando

encontra entendimento quase uniforme dentro de sociedades contemporâneas que apresentam pluralidades culturais. Por essas razões, a importância da pesquisa sobre as fontes do direito para conseguir compreender como uma norma influencia na vida em sociedade e como se atualiza ao longo do tempo com a interpretação e o uso de princípios.

Para realizar o estudo, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. E o método de abordagem é o indutivo, pois considera que o conhecimento é fundamentado na experiência, não levando em conta princípios preestabelecidos. No raciocínio indutivo a generalização deriva de observações de casos da realidade concreta. As constatações particulares levam à elaboração de generalizações. Por fim, o procedimento é o analítico-descritivo que tem como objetivo, realizar a análise, o registro e a interpretação dos fatos do mundo real (da vida física) sem a interferência do pesquisador. Em outras palavras, a finalidade é observar, registrar e analisar os fenômenos ou sistemas técnicos.

## Fontes do direito

As normas que organizam e orientam a sociedade, e mais, ditam a direção que a sociedade, ou deve seguir, ou pode seguir, nascem das fontes do direito; do latim *fons*, *fontins*, que significa nascente, designando tudo o que origina, produz algo. De forma prática, trata-se da fonte real ou material do

**Adriana Girardelo Trentin**

Graduanda em Direito – Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai - (URI-RS).

**Contato:**  
adritrentin@yahoo.com.br

**Palavras-chave:**  
Fonte do direito; valor; sociedade.

**Keywords:**  
Source of law; value; society.

direito, ou seja, dos fatores reais que condicionaram o aparecimento da norma jurídica, segundo Diniz (*apud* Siqueira Júnior, 2013, p. 49). Em outras palavras, fonte jurídica seria a origem primária do direito que se confunde com o problema da gênese do direito. Fontes do direito, também são os fatos da vida cotidiana que devem ser observados e analisados com zelo, realismo e sem interesses particulares, em tese.

Existe a confusão sobre o que seria a pureza ou a verdadeira origem de um direito porque a norma pode ser no sentido de regra, ou, no sentido de princípio. Ambas sofrem com o efeito ou reflexão de questões valorativas que envolvem questões morais, religiosas, éticas, culturais entre outras que se originam novamente, se reinventam ou evoluem conforme a história da humanidade. Cada grupo valorativo ao entrar em contato com o mundo real, ou seja, com a sociedade, apresenta e impõe condições de conduta diferenciada.

Como é o caso da religião. Dentro de uma religião a moral é regulada pela existência ou inexistência de conduta denominada pecado, por fim, o efeito que gera no ser humano pode proporcionar remorso individual ou repulsa do grupo religioso em relação à pessoa dita pecadora. Diferente no caso da "moral que é o conjunto de normas éticas sociais que, uma vez transgredidas, acarretam uma reprovabilidade social mais acentuada que as decorrentes da violação de uma norma de religião." ( LISBOA, 2013, p. 27). A repulsa social, perante ato imoral ou amoral, ultrapassa os limites do próprio grupo, uma vez que a ofensa é contrária à moral tolerada pela média social.

Dessa forma citada anteriormente, pode-se concluir que as questões valorativas interferem na fonte do direito. E ao levar-se em conta que os valores essenciais positivados, eficientes e válidos sofrem influências das percepções, das interpretações e das idealizações presentes no escopo de uma regra normativa, também se pode concluir que há interferência na estrutura 'mecânica' de todas as partes do sistema. A interferência é tamanha e ao mesmo tempo sutil que causa resultados na operacionalização da cultura jurídica positivada de cada época.

Por essas razões, pode-se observar a complexidade de conseguir delimitar não só o que seria a fonte do direito, mas também, o que incorporaria o ordenamento jurídico. Em termos técnico-jurídicos "são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas", (BOBBIO *apud* JÚNIOR, Siqueira, 2013, p. 49).

Na atualidade, Humberto Ávila, brasileiro, estudioso do direito tributário, amplia a discussão entre norma-regra e princípios, mediante o que ele denominou de postulados. Ele propõe uma Teoria de Princípio para aplicação desses com base na reflexão "da proporcionalidade e da razoabilidade, a eficiência e a segurança jurídica, que costuma ser denominados princípios, frequentemente de forma bastante irrefletida", (ÁVILA *apud* CANARIS, 2015, p. 10). Na mesma sequência, Canaris realiza algumas ressalvas à Teoria dos Princípios em que ele "enfrenta o uso linguístico e esse modo de ver como o argumento de que tais postulados não visam" – e vai além – "à diferença dos princípios no sentido mais estrito, à consecução direta de um fim, mas cumprem, muito pelo contrário, a função distinta de prescrever e orientar determinado modo de pensamento e argumentação, estruturando, destarte, o modo de aplicação das regras e dos princípios."

Após a análise de caso, no âmbito tributário, Ávila (2015, p. 211) conclui que "se pode atribuir qualquer nome a eles [princípios] seja feita a mesma ponderação." Ele mesmo complementa ao dizer que isso significa que, "independente da palavra ("proporcionalidade, "razoabilidade", "recessividade", "arbitrariedade"), se uma para todos ou uma para cada raciocínio concreto, o importante é que há exames concretos diversos que exigem uma justificação distinta (por causa dos elementos e dos critérios)".

A reflexão de forma mais ampla, até mesmo no âmbito social e cultural, que se pode alcançar é que a nomenclatura, com elementos e critérios, dada a um princípio ou a um valor possui a sua importância para se conseguir projetar ou visualizar a localização de um fato ao longo do espaço. Ou, até mesmo, onde e como esse fato está inserido e interagindo em contextos multicultural, multilateral, enfim, complexo não só na sua estrutura fática, mas também na sua construção conceitual abstrata. Essa análise é possível em razão da falta de diferenciação entre os postulados detectada por Ávila (2015, p. 221), dessa forma, conclui-se que "baralhar esses exames concreto diferentes é inviabilizar a correta aplicação do Direito." Na sequência ele complementa:

*"Pior ainda é despender energia para sustentar a discussão é meramente terminológica. É até plausível, para quem não persegue o rigor no uso da linguagem e a coerente clareza na fundamentação, utilizar um só termo para os três exames ou outros para cada um deles. O que definitivamente não é aceitável é usar um só termo ou outros termos de modo intercambiável, desconhecendo que há três exames*

*concretos diversos nos seus elementos e nos seus parâmetros: uma avaliação da relação entre os graus de promoção e restrição de princípios colidentes em razão da adoção de uma medida utilizada com a expectativa de promover um fim cuja realização é determinada por um dos princípios (exame, esse, chamado, a partir de agora, de "x"); uma avaliação da relação entre a regra geral e o caso individual ou entre a imposição e sua consequência (raciocínio, esse, denominado de "y"); e uma avaliação da relação entre uma norma impositiva e a restrição do núcleo de um princípio (exame qualificado de "z")." (ÁVILA, 2015, p. 221)*

Ávila aponta que o problema não está em afirmar que tudo se resume a optar entre os qualificativos para "x", "y" ou "z". O problema está, outrossim, "em pensar que todos os exames são assimiláveis a uma só das categorias "x", "y" ou "z" quando

elas, na verdade, envolvem relações de parâmetros diferentes, tanto que permitem resultados díspares: uma norma pode ser aplicada conforme a exigência "x" sem estar de acordo com a "y" ou com a "z", e assim sucessivamente", assim, Ávila (2015, p. 221), de certa forma, fecha sua reflexão.

Com base no que foi exposto até o momento, pode-se observar que a lucidez sobre o assunto da fonte de direito atrelada a subjetividade do indivíduo e o próprio mistério sobre a vida encontra-se em: não só no estudo do que é moral e sobre questões de valores, mas também no estudo do que é o direito advinda de reflexões principiológicas. Ambas as questões, empíricas e científicas, por sinal, regulam a conduta humana e objetivam o bem comum, contudo, ainda, torna-se salutar delimitar qual é a influencia da moral sobre o direito.



Lucas Braga

### O que seria o direito?

O direito como expressão de sentido análogo apresenta-se com o significado de ser "uma das ciências éticas, norma jurídica, autorização legal, permissão, justiça, equidade", conforme Lisboa (2013, p. 25). Do latim, *directum*, isto é, de acordo com aquilo que é reto, em outras palavras, o que não se desvia da regra. Se, tratar o direito como ciência ética, pode-se afirmar que direito é um conjunto de normas jurídicas elaboradas a partir de princípios naturais e da razão humana, que atribui ou autoriza

uma serie de condutas em sociedade.

A construção do direito mediante diálogo entre os indivíduos é uma atividade política do ser humano. ( DUGUIT *apud* REALE, 2012, p. 77) reconhece o fato do poder político, mas o declara insuscetível de qualidade jurídica. Desse modo, ele conclui que somos reconduzidos ao elemento essencial de todo Estado: a maior das forças que pode ser material ou moral; mas que seja apenas moral, revela-se, sempre, como poder de coação.

Em outras palavras, o direito possui, de certa

forma, uma força moral intangível e imperceptível presente nas normas positivadas que podem ser interpretadas, com efeito 'positivo' de organização social ou como efeito 'negativo' de sacrifício em prol a algo determinado ou imposto pelos outros. Miguel Reale (*apud* Rachid, 2013, p. 169) separa o direito da

moral, "no entanto defende que, apesar de ambos se encontrarem em determinados aspectos, existem pontos do direito que não são abrangidos pela moral, sendo, de certa forma, amorais", conforme tabela 01.

Não é atual nem com solução definitiva quando

Tabela 01: Distinção entre Direito e Moral, segundo Miguel Reale

Características	DIREITO	MORAL
Atributividade	Atribui um valor ou obrigação ao ato, que poderá ser cobrado ou exigido.	Trata-se de algo intrínseco, de forma que não atribui algo objetivo.
Bilateralidade	Todas as relações envolvem, pelo menos, duas pessoas.	Todas as relações envolvem, pelo menos duas pessoas.
Coercitividade	Possui mecanismos de coação que forçam os indivíduos, mesmo contra as suas vontades, a praticarem ou não alguma coisa.	Não possui instrumentos de coação. É espontânea. O indivíduo age de acordo com a sua vontade interior.
Heteronomia	É a vontade de outra pessoa como, por exemplo, do Estado ou do Soberano. Não é, necessariamente, o que concordamos.	É a vontade do próprio indivíduo, que é quem escolhe e julga o seu ato. Assim, podemos dizer que a moral, ao contrário do direito, é autônomo.

Fonte: Alysson Rachid (2013, p.169-170)

o assunto envolve questões de valores, moral ou até mesmo sobre a interpretação das fontes. Tanto é verdade que sempre foi desafiador conseguir conceituar de forma universal e atemporal. Isso ocorre porque a subjetividade e a percepção ao longo da evolução histórica da humanidade interferem na construção da delimitação do que é desde dignidade humana até a justiça; da mesma forma interferem na orientação sobre determinada(s) conduta(s) humana(s).

Ferraz Júnior (2012, p. 335), ao tratar sobre 'direito e moral', cita que o direito privado de moralidade perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. O mesmo autor complementa ao dizer "é possível às vezes, ao homem e a sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com seu direito, tanto é que esse fenômeno é um eterno enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até a um despudorado cinismo."

De forma mais específica e prática, quando as questões de valores, moral, ética e culturais entram no mundo jurídico interferem na tomada de decisão porque cada indivíduo, cada geração, cada fase histórica possui a ou uma percepção própria sobre o espaço-tempo em que se vive. O pensar jurídico, a reflexão social e as motivações de decidir ou solucionar um conflito interferem ainda mais quando se leva em conta não só as questões citadas anteriormente, mas também o próprio sistema jurídico adotado pela sociedade.

Por essas razões, torna-se perigoso afirmar ou tentar transformar a ciência jurídica em algo rígido ou inflexível; em complemento, é compreensível a dificuldade de gerenciar a malha complexa e rica de detalhes que é a sociedade, e, que a ciência jurídica tem que compreender e se reeducar para decidir de forma proporcional, ponderada e condizente com a realidade posta não só na sociedade como todo, mas também em casos específico e concreto.

Contudo, as relações humanas carecem de certa padronagem, em outras palavras, normas positivadas, regras de conduta, por fim, delimitadores por direitos. A necessidade de se sentir seguro e amparado no ambiente que habita é influenciada pela carência psicológica e medo do desconhecido, conforme Winnicott (1989, p. 21). Dessa forma, é possível destacar a seguinte reflexão sobre a necessidade da padronagem: para que haja a sensação de segurança, é necessário que haja segurança nas regras, normas, em fim, no direito positivado. Isso porque, a segurança simbólica por meio do direito é que realmente transmitiria à sociedade a sonhada sensação de segurança jurídica.

O que dificulta a universalidade e atemporalidade de uma norma é que "todo ser humano é dotado de sentidos que lhe proporcionam o conhecimento, o qual é a abstração a respeito de algo, traduzida por um enunciado ou uma regra", conforme Lisboa (2013, p. 23). É a ideia kantiana do imperativo categórico que visa que todo mundo deve pensar e agir bem. Barros Filho (2013, p. -) complementa

a ideia kantiana com a seguinte informação: o indivíduo deve viver de tal maneira que a tua vontade pretendida por meio de princípio/critério, e, que, o teu comportamento possa reger o comportamento de qualquer um. Em suma, o imperativo categórico kantiano sugere que o indivíduo aja conforme se espera que os demais indivíduos ajam também.

*"Norma é a regra abstrata sobre algo que pode ser analisado pelo ser humano. De forma didática, pode-se dizer que há dois grandes grupos de normas relevantes à humanidade: as normas físicas e as normas éticas. Lei física é a que regula a natureza e os seus fenômenos. A norma física independe de qualquer consideração humana, impondo-se por si própria. Trata-se de um imperativo categórico, ou seja, é norma absoluta. A ciência física estuda a norma cujo conteúdo é o "ser". [...] a ciência ética estuda as normas comportamentais, isto é, o "dever ser". O "dever ser" é, portanto o conteúdo da norma ética ou de conduta. Lei ética é norma que regula a conduta humana [...] as normas éticas advêm da intuição do espírito." (LISBOA, 2013, p.23-24)*

O que Lisboa considera como intuição do espírito, Aristóteles considera como o corpo. Em outras palavras, segundo Barros Filho (2013, p.-), para Aristóteles o corpo é responsável pelas inclinações ou virtudes particulares de cada indivíduo e essa potência íntima devem estar alinhadas com o cosmos para exercitar a vida boa, logo, a moralidade. Isso porque, para Aristóteles a moralidade está ligada a finalidade de sua conduta e não tem nada a ver com regras, como: não matar, não mentir entre outras.

Isto é, cada pensador em sua época 'olha' para o mesmo objeto da vida e descreve-o de forma diferente e com significados diferentes conforme a interpretação construída e/ou fornecida por cada geração e/ou época. Aqui, poder-se-ia fazer a seguinte inferência da Teoria dos Princípios de Humberto Ávila (2015), qual seja o vetor 'z' dele é os múltiplos olhares da humanidade que alteram e/ou atualizam as normas mediante novas leituras e/ou interpretações de 'antigos' princípios. Isso porque, o vetor 'z' assume a responsabilidade de avaliar a relação entre uma norma impositiva e a restrição do núcleo de um princípio, ou seja, exame qualificador, segundo Ávila (2015, p. 221).

Partindo da análise do exame qualificador do vetor 'z', a pergunta que se pode fazer é: o que seria o vetor 'y' e 'x'? Poder-se-ia, também, fazer duas inferências. A primeira inferência é que o vetor 'y' que cuida de sua imposição e sua consequência dentro de um âmbito racional é a norma. A segunda inferência

é que o vetor 'x' que cuida dos princípios assume a 'potência de exercitar' a evolução ou a construção de interpretação de princípios com a finalidade de atualizar a norma conforme o 'olhar' de cada geração e/ou época. O vetor 'x', de forma análoga e metafórica, é a potência de agir do princípio, ou seja, é o agir bem do homem virtuoso aristotélico.

Pergunta-se: qual é a virtude de um ou do princípio? Talvez, essa seja a pergunta que angustia gerações. Contudo, é importante lembrar que para realizar a alteração ou atualização do vetor 'x' teria que passar pela avaliação do vetor 'z'. Em outras palavras, talvez, as regras ou os critérios do vetor 'z' sejam os responsáveis pelas atualizações e oxigenação do ordenamento jurídico com segurança. Porém, poder-se-á a chegar a esta zero de novo. Isso porque, as regras e os critérios deverão estar de acordo com a definição da virtude de um ou do princípio.

Em suma, é o 'olhar' de cada geração e/ou época que definirá a virtude de um ou do princípio. E, se, não tomar devidas precauções no momento de atualizar a definição os valores que compõe a virtude principiológica juntamente com o momento histórico vivido é que o caos existente no 'mundo da vida' ganhará maior dimensão e complexidade no 'mundo jurídico'.

Francisco Amaral (*apud* Lisboa, 2013, p. 29) conceitua o direito como "o produto de uma realidade complexa e dinâmica, que surge por um processo histórico, cultural e dialético, como técnica de solução de conflitos". Na atualidade, o direito assume a função apresentada pela ciência ética que é a pacificação social e segurança das relações jurídicas.

*"A conduta antiética tão somente acarreta certa reprovabilidade social, destruída de qualquer pena corporal ou patrimonial. Todavia, a rejeição social mais intensa a determinado comportamento pode causar alguma penalidade ou sanção contra o violador da norma. Observa-se, então, que a norma ética depende da intuição do espírito humano. É lei imperativa hipotética ou condicional, decorrente de juízos normativos estabelecidos pela sociedade. O ser é, pois, a razão do dever ser." (LISBOA, 2013, p. 24)*

Lisboa reforça a ideia kantiana do imperativo hipotético e categórico, mas com simbiose. Isso porque, o imperativo hipotético kantiano é condicionado por aquilo que você pretende e/ou pelo teu interesse, segundo Barros Filho (2013, p.-). É quase dizer que o imperativo hipotético kantiano são as inclinações da personalidade do indivíduo, e, são

condicionados porque são vontades hipotéticas do indivíduo – só existe nos pensamentos do indivíduo.

Por outro lado, o imperativo categórico kantiano que visa compreender e/ou delimitar a conduta humana pela moral. Para Kant a moral é um verbo que deve ser julgado na primeira pessoa, segundo Barros Filho (2013, p.-). Isso porque, para saber se a conduta do indivíduo é boa, ou seja, moralmente aceitável ou adequada, ele deveria se colocar no lugar da outra pessoa. É quase dizer que o imperativo categórico kantiano é a democracia e/ou a soberania de um Estado ou Nação – é um pensamento difundido e aceito pela sociedade.

O entendimento sobre determinado direito passa pelo processo de amadurecimento cognitivo – individual e/ou institucional - sobre a matéria ou conflito em discussão. Dessa forma, o direito acaba por ser constituído como ciência imprescindível para a segurança e estabilidade social, pois busca ordem e atendimento ao bem comum. Essa percepção faz com que a ciência jurídica apresente suas próprias carências ou necessidades de tentar ser flexível e respeitosa perante evolução não só tecnológica e científica, mas também da própria compreensão sensível da natureza humana.

*"[...] para Dworkin o direito é composto tanto por regras como por princípios. O direito não é uma ciência, mas é um conceito interpretativo. A argumentação jurídica se encontra na melhor interpretação moral das práticas sociais. Dworkin ressalta que a interpretação é construtiva com o objetivo de atingir a melhor justificação da prática jurídica. As proposições de direito são verdadeiras se decorrem de princípios que estejam de acordo com a história institucional e que ofereçam a melhor justificação moral. Ele compara a interpretação da prática social à interpretação artística, pelo seguinte motivo: "ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas". [...] os princípios servem como critérios normativos para a validação e a invalidação das regras." (FONSECA, 2011. P. 47-48) (grifo do autor)*

Em outras palavras, pode-se dizer que cada indivíduo possui racionalidade e afetividade que juntas compõe a personalidade dele. A racionalidade, ora sociedade e histórico institucional que visa justificar a moralidade, apresenta sua interpretação, evolução e necessidade. Por outro lado, a afetividade, ora artístico que seria o abstrato social ou personalidade dos indivíduos, também apresenta sua percepção e interpretação sobre os acontecimentos da vida real.

Por fim, para encontrar o meio termo dessa

sinergia antagônica, algumas vezes simbiótica, necessita do terceiro elemento externo do social e do indivíduo. Seria o princípio o elemento externo? Ou o direito? Ou o vetor 'z' que realiza a avaliação entre a norma e o núcleo de um princípio da Teoria dos Princípios de Ávila (2015, p. 221)? Ou não existe? No passado, grandes juristas apresentaram teses com o objetivo de reduzir a superfície arenosa, por exemplo, Herbert Hart, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

### Breve história da arte moderna dos princípios

Herbert Hart, filósofo positivista, apresenta a tese de classificar as normas em primárias e em secundárias na tentativa de afastar a moralidade do direito. Em contraponto, Ronald Dworkin, filósofo da integridade, interpretação e argumentação, ressalta que a moralidade faz parte do direito e que queria lançar um ataque geral contra o positivismo e usaria a versão de Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário, segundo Dworkin (*apud* Cachichi, 2009, p. 2). Segundo Fonseca (2011, p.63), após analisar a obra de Hart e Dworkin, conclui que entre eles existe certo grau de semelhança, tendo em vista que o problema gira em torno da identificação e aplicação das regras e dos princípios por causa da possibilidade de haver o arbitramento sobre o poder discricionário do juiz.

*"Apesar das divergências entre Hart e Dworkin, pode se identificar algum grau de semelhança. E essa semelhança, a meu ver, se dá acerca do problema que os tornou conhecidos em filosofia do direito, qual seja, sobre o poder discricionário. Na análise do poder discricionário, Dworkin reconhece que os princípios possuem alguma importância. O juiz na decisão de um caso deve observar na ausência de uma regra, os princípios. Ele deve buscar a melhor justificação moral e, sendo assim, buscar por princípios que melhor se conformam ao direito preexistente. Dito de outra forma, o juiz é encarregado de tomar certas decisões conformes aos padrões estabelecidos. E, nesse sentido, ele deve dar um juízo substantivo sobre qual das partes irá ganhar a causa. Porém, a decisão tem limites, os quais são impostos pelo direito. Logo, Dworkin assume uma forma de discricionariedade, mas não na mesma medida que Hart. Em Hart é claro a defesa acerca do exercício do poder discricionário por parte do juiz porque ele defende que existem casos em que o juiz "cria" direito com o propósito de não ter que recorrer ao poder legislativo." (FONSECA, 2011. P. 63)*

Stolz (2007, p.102) demonstra a contribuição

da filosofia do direito hartiana mediante três teses básicas do positivismo jurídico metodológico que são: (a) o direito é uma questão de fatos sociais, em outras palavras, a tese das fontes sociais do direito; (b) direito e moral são dois sistemas normativos distintos, em outras palavras, a tese da separação conceitual do direito e da moralidade, tendo em vista que pertencem a mundos ou instituições distintos que não seguem os mesmos interesses e as mesmas lógicas; e (c) direito tem natureza semântica, em outras palavras, a tese da discricionariedade judicial, tendo em vista que a norma possui textura aberta da linguagem que permite mudança de interpretação ou encontrar soluções aos conflitos ainda não positivadas – aqui, os valores morais e principiológicos podem moldar novas direções sociais. Não esquecendo que Hart, em sua tese classifica as normas em primárias e em secundárias na tentativa de afastar a moralidade do direito.

*"Àquelas que exigem que o ser humano faça ou se abstenha de fazer certas ações, o autor denomina de tipo básico ou primário. Já as normas secundárias são aquelas que permitem aos seres humanos criarem, extinguírem ou modificarem as regras antigas, determinarem de outro modo a sua incidência ou fiscalizarem a sua aplicação. [...] Hart entende que o conceito de obrigação é fundamental para a formulação de uma teoria do direito. Analisa os conceitos tradicional (ordens coercitivas) e alternativo (regras primárias e secundárias) de direito para reformular o conceito de obrigação." (SANTOS, Alexandre 2014)*

O que se percebe é que Hart tenta separar a moralidade do direito mediante a reconstrução do conceito do que é obrigação. Contudo, a construção do conceito de obrigação, inevitavelmente, apresenta questões valorativas em maior ou menor grau, pois é um ser humano tentando delimitar a conduta de outro ser humano. Esse mesmo raciocínio pode-se aplicar aos princípios, ao direito e até mesmo a moral, pois a regra desenvolvida apresenta inerentemente e intangivelmente questões valorativas que são interpretados ou entendidos de forma subjetivos de algo abstrato, e mais, tornam-se carentes em determinado momento de respaldo objetivo, concreto, positivado, ou seja, falta de estrutura clara, simples, direta e transparente.

Sobre teoria do direito que engloba a fonte do direito, Hart analisou e considerou que são necessários três regras secundárias que compõem o ordenamento jurídico. Para ele, o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras que ele denomina de regras primárias e por três tipos de

regras secundárias: (1) regras de [re]conhecimento; (2) regras de alteração/modificação; e (3) regras de adjudicação ou julgamento, segundo Stolz (2007, p. 104). As regras secundárias mais cedo ou mais tarde, entram em contato com normas primárias ou até mesmo tornam-se uma norma primária, isso porque, as regras primárias prescrevem uma conduta padrão.

Para explicar que as normas primárias prescrevem condutas com deveres positivas e/ou negativas - de fazer, de não fazer ou de omitir -, fez-se referencia a uma sociedade rudimentar, ou seja, na qual não existia Poder Legislativo, tribunais ou pessoas encarregadas de fazer cumprir as regras/normas, segundo Stolz (2007, p. 104-105).

*"Já as regras secundárias desempenham distintas funções no ordenamento jurídico, como por exemplo, também são remédios para cada um dos defeitos que, inevitavelmente apresenta um sistema composto somente por regras primárias; como por exemplo: falta de certeza, a dificuldade para assimilar as mudanças (culturais, sociais, econômicas entre outras) ocorridas na sociedade e a ineficácia da pressão social difusa que se exerce com a intenção de que se cumpram as normas." (STOLZ, 2007, p. 105).*

É salutar destacar que mesmo com as próprias limitações das regras primárias são indispensáveis à existência de regras secundárias porque é esta que apresenta condições e capacidade de oxigenar ou atualizar as regras primárias. Ou seja, as regras secundárias proporcionam à norma a possibilidade de conseguir se adequar dentro de um sistema jurídico tendo como fonte a sociedade contemporânea. Isso significa que dentro do sistema jurídico deve-se existir a possibilidade de um mecanismo de melhoria contínua para absorver e adequar-se às mudanças e às evoluções tecnocientífica, comunicacional, artísticas sociais e humanas.

Com base no exposto, pode-se inferir que Hart preocupou-se em introduzir um mecanismo de correção, espécie de remédio, para que cada defeito detectado pudesse ser realizado a devida reformulação ou adaptação ao momento que fosse inserido no processo de passagem do mundo pré-jurídico [regras primárias] para o jurídico [regras secundárias]. Tendo em vista que cada um desses remédios [regras secundárias] traz consigo muitos elementos que vão permear o direito, ou seja, vão [re]constituir o direito. As três espécies regras secundárias, quais sejam, conhecer, alterar e adjudicar, são as regra-remédios que em conjunto tornam-se, em tese para Hart. E isso é o bastante

para converter o regime de regras primárias naquilo que é indiscutivelmente um sistema jurídico.

Com base na construção do pensamento hartiano, também, é possível realizar a análise considerando a 'sinergia' da psicologia-institucional com a sociologia-institucional. Isso porque, ele menciona que há dois pontos de vista de observância das regras, quais sejam, os pontos de vista interno e externo. No sentido da psicologia-institucional, Hart apresenta o ponto interno que trata sobre:

*"O ponto interno define a conduta daqueles que aceitam as normas jurídicas, e em particular, define a conduta dos juizes, promotores, funcionário e profissionais jurídicos inseridos em um determinado contexto jurídico. Adota este ponto de vista quem assume o caráter obrigatória das normas, ou seja, as aceita como critério e guria da conduta própria e dos demais e cuja infração justifica, segundo o aceitante, a respectiva imposição de sanção. Logo, aqueles que ocupam o ponto de vista interno, pronunciam enunciados internos – os únicos enunciados aptos a justificar a coerção jurídica." (STOLZ, 2007, p. 108)*

No sentido da sociologia-institucional, Hart apresenta o ponto externo que trata sobre:

*"O ponto de vista externo é aquele próprio do observador que se limita a explicar o Direito em termos psicólogos e/ou sociológicos, portanto cabe ao mesmo tempo constatar a existência de um comportamento uniforme e regular praticado por razões prudenciais por parte daqueles que não aceitam, eles mesmos, as normas como guias e/ou critérios de valoração da conduta pessoal ou alheia e que só as seguem por medo de sofrer algum tipo de sanção ou punição. Aqueles que ocupam o ponto de vista externo pronunciam, por conseguinte, enunciados externos." (STOLZ, 2007, p. 109)*

A primeira espécie regras-remédios hartiana, qual seja, "regra de reconhecimento" que trata sobre a discricionariedade do julgador foi criticada por Dworkin porque Hart desconsiderou os princípios como sendo parte essencial do direito. "Dworkin defende que há uma distinção lógica entre regras e princípios, e que os princípios possuem obrigatoriedade de lei, embora apenas orientem a decisão", como salienta Fonseca (2011, p. 45). É válido lembrar que essa diferença de percepção entre Hart e Dworkin ocorre em razão de que o primeiro é positivista jurídico e o segundo defende a interpretação construtivista sobre o que é e o que deve ser direito.

No âmbito prático (do dia-a-dia), em casos simples o positivismo com suas regras resolve o problema dos conflitos sociais facilmente. Mas, em relação aos casos mais complexos em que não há regras que solucionem o conflito, "o juiz para Dworkin, deve decidir o caso buscando por princípios, oferecendo uma justificação moral. Em contrapartida, para Hart, na ausência de uma regra o juiz 'cria' outra, ou seja, ele pode exercer o mesmo papel que o do legislador.", segundo Fonseca (2011, p.45). Ainda sobre os 'casos difíceis', Dworkin considera que os juizes, a fim de resolvê-los, precisarão recorrer a princípios e políticas, e não a regras sem, contudo, deixar de recorrer ao direito preexistente, por essas razões, os princípios desempenham papel fundamental à discricionariedade do poder jurisdicional.

Outro grande pensador é Robert Alexy que propôs de início um modelo jurídico de regras e princípios, contudo, ao mesmo tempo, comentava e criticava a distinção entre regras e princípios de Dworkin e, por sua vez, tomava-a como ponto de partida para sua própria teoria. De toda forma, Robert Alexy contribui sobre os "problemas com a identificação de quais seriam os direitos fundamentais, os princípios que norteiam a legislação e as exigências da realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade", segundo Cachichi (2009, p. 3). E, uma vez positivada na Constituição, passam pelo âmbito da dogmática jurídica que comporta três dimensões: analítica, empírica e normativa. Segundo Alexy (*apud* Cachichi, 2009, p.3), "o que faz uma teoria ser dogmática e, em decorrência disso, jurídica é algo pouco claro; é natural orientar-se, de início, por aquilo que de fato é praticado como ciência do direito e designado como 'dogmática jurídica' ou 'ciência jurídica', ou seja, pela ciência do direito em sentido estrito e próprio".

*"Grosso modo, a [dogmática jurídica] empírica cuida de validade e eficácia da norma positivada; a normativa da reflexão crítica da práxis jurídica. No entanto é a dimensão analítica que objetiva dissecar sistemática e conceitualmente o direito vigente. Alexy (2008) explica [que a] "clareza conceitual, ausência de contradição e coerência são pressupostos da racionalidade de todas as ciências. Os inúmeros problemas sistemático-conceituais dos direitos fundamentais demonstram o importante papel da dimensão analítica no âmbito de uma ciência prática dos direitos fundamentais que pretende cumprir sua tarefa de maneira racional." Eis aí o cerne analítico-estrutural no qual se embute a distinção entre princípios e regras como espécie de norma de direito fundamental. Analítico na medida em que se busca limpeza e precisão conceitual, condição mínima de*

*racionalidade em ciência. "Na filosofia do direito, a dimensão analítica se refere a conceitos como os de norma, 'dever ser', pessoa, ação, sanção e instituição, [segundo Alexy, 2003]". Estrutural, porque tal limpidez e precisão purifica conceitos de elementos constitutivos – estruturais, portanto – no âmbito dos direitos fundamentais." (CACHICHI, 2009, p.3)*

Em complemento, Robert Alexy (2010, p.9) levanta a tese de que o direito possui dupla natureza. Para isso, inclui necessariamente: (a) dimensão real ou fática que se reflete nos elementos definitórios da produção formalmente adequada e da eficácia social; e (b) dimensão de uma ideal ou crítica: da correção moral.

*"A tese da dupla natureza do direito é, como tal, ainda imprecisa e formal. Ela adquire, porém, conteúdo concreto e estrutura clara quando é desdobrada em um sistema. A ideia abrangente desse sistema é a da institucionalização da razão (Alexy, 1999c:23 e segs.). Sua forma política é o constitucionalismo democrático ou discursivo (Alexy, 1998:258 e segs.). O sistema é elaborado em três passos: 1. Correção e discurso; 2. Positividade; e 3. Institucionalização da razão." (ALEXY, 2010, p. 9)*

Por essas razões, também, encontrar solução razoável, digno, proporcional e condizente com cada realidade vivida é desafiador, principalmente ao momento em que os princípios entram em rota de colisão e há divergência de entendimento por existir regras positivadas e vigorantes no mundo jurídico que validam e legitimam determinada conduta, que, talvez não fosse a melhor solução. O que faz não ser a melhor solução a norma positivada é o fato de possuir uma carga jurídica-moral inadequada e irreal ao fato ou momento histórico em discussão. A atividade de ponderar esses conflitos sem deixar de lado o 'sentido' da justiça e a equidade, em um Estado Democrático de Direito é o que torna o desafio cada vez mais complexo, uma vez que uma regra pode não ter efeito *erga omnes* salutar a sociedade, em razão disso, a discussão da aplicação de princípios ganha espaço e força no mundo jurídico.

Com o intuito sentir a maleabilidade da linha tênue exposta anteriormente, é salutar possuir a visão do sistema jurídico que é composto por fundamentos representado por direitos que possuem valores advindos da construção história humana e institucional que configuram e estruturam a cultura do indivíduo e do coletivo das nações. Em outras palavras, valores e ideias são utilizados para delimitar, oxigenar e evoluir não só a base social,

mas também todo sistema jurídico que conforme a necessidade advinda da sinergia entre a contingência passada com a utopia futura.

Pode-se citar como exemplo de necessidade sinérgica de desenvolver novos mecanismos jurídicos para tentar alcançar o desejo de se ter uma sociedade cada vez mais humana e equilibrada. "Os valores que se constituem no fundamento do sistema jurídico são: a segurança, a justiça, o bem comum, a liberdade e a igualdade", afirma Lisboa (2013, p.32). O mesmo complementa que o "ordenamento jurídico brasileiro possui fundamentos constitucionais como: a solidariedade social, a proteção a dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza".

Com base nisso, pode-se fazer a seguinte reflexão de que a criação de mecanismos jurídicos que tutelem as necessidades sinérgicas em uma sociedade cada vez mais plural e divergente é complexa e muitas vezes quase impossível de acabar. Isso porque, a abstração da fonte do direito, de forma figurada, é gelatinosa e escorregadia, em outras palavras, de difícil definição para que se tenha efeito *erga omnes* e atemporal, seja normativa, seja principiológica. Logo, sempre estará em constante mutação e desafiando a perpetuidade de teorias, por fim, tornando-se simples referências autorizadas na tentativa de facilitar a aplicação do direito.

Compreender o universo de movimentos dos atos, fatos e omissão, e, ao mesmo tempo perceber que regra, estilo e signo-símbolo enrijecem não só a sociedade, mas também o indivíduo, tudo isso, tem fascinado estudiosos e pensadores desde os primórdios. Ao adquirir essa visão sensível do sistema jurídico é o que se torna a força motriz aos desafiados em tentar quebrar paradigmas – trabalho de doutrinadores, juristas, advogados e porque não da própria evolução e/ou revolução social. Isso porque, o aplicador moderno de uma lei antiga depara-se com conflitos de evolução de ideias, conceitos, princípios, arte, realidade, economia, tecnologia, por fim, como resultado, "[...] o exegeta simula buscar a força ativa primordial, porém, de fato, recorre a uma entidade inexistente, fantástica; braceja no desconhecido, e voltas com ares de ter descoberto a verdade, quando apenas se embala e se perde no mundo da ficção"; segundo Maximiliano (1998, p. 26). Em suma, paradigmas positivados mediante regras genéricas por vontade do legislador assumem a estagnação de um movimento em um dado espaço-tempo que desafia o juiz-intérprete na tentativa de solucionar problemas e assegurar valores-direitos.

Se a norma é um símbolo que representa um valor, torna-se salutar entender o poder de influência

que o simbolismo tem não somente sobre o indivíduo, mas também sobre a sociedade. Bourdieu (1989, p. 11) foi um grande estudioso sobre as questões de poder simbólico e seu instrumento estruturado e estruturante de comunicação e de conhecimento que

*"[...] os 'sistemas simbólicos' cumprem a sua função política instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) dando o reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuem assim, segundo a expressão de Weber, para a 'domesticação dos dominados'."*

Com base nisso, poder-se-ia concluir que o valor agregado aos símbolos contribuem para a construção principiológica do direito. Os valores estão presentes em cada cultura social do indivíduo, da família, da cidade, do estado, do país. Esses valores em algum momento são transformados em símbolos, aqui, são as leis, as normas que interferem na evolução humana não só de forma tangível, mas também de forma intangível. Isso quer dizer que os símbolos interferem na formação de regra social, na conduta humana, na cultura adotada ao longo do tempo e do espaço.

Os símbolos, também, são atualizados conforme nova interpretação ou importância atribuída a determinada norma-valor. Ou, também, pela necessidade em adequar as normas-valores ao momento presente em que humanidade está evoluindo. Para compreender a evolução dos valores, auxiliares na construção conceitual de princípios, exige-se conhecimento de vida, de história, de ciência com suas rigidez e flexibilidade que vão do macro para o micro, do simples para o complexo, do estático para o dinâmico, entre outros e as avessas. Esses movimentos são os responsáveis por construir a malha, a base, em fim, a fonte pluralista e flexível do direito. E, em alguns casos se entrelaçam mais de um princípio (ou fonte-fundamento) em antagonismo responsável pelo efeito paradoxal. Miguel Reale (2012, p. 60) traz a seguinte contribuição sobre princípios:

*"Quando o nosso pensamento opera essa redução certificadora, até atingir o juízo que não possam mais ser reduzidos a outros, dizemos que atingimos princípios. Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam*

*princípios certas proposições que, apenas de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários."*

Com base no exposto até o momento, percebe-se o quanto é complexo definir a origem do direito para sentir e aplicar o direito positivado, advindo de um princípio encharcado de valores e ideias. O quanto é complexa a malha flexível de aplicação do direito de forma segura, clara e, na medida do possível, justa. Ou seja, o justo com caráter de ser coerente com os anseios da humanidade em conquistar e manter a tutela de ter o direito de viver de forma digna dentro de uma naturalidade sustentável e saudável não só ao indivíduo, mas também ao coletivo.

### Considerações finais

Com base no que foi proposto, os objetivos foram alcançados por meio da construção consciente sobre a complexidade e o universo paradoxal que existe no direito. Isso foi possível mediante o estudo das fontes e teorias de aplicação.

Em razão disso, percebeu-se a difícil tarefa de conseguir separar elementos individuais e coletivos, bem como, subjetiva e objetiva. Logo, faz da ciência do direito um emaranhado simbiótico, às vezes complexo e efêmero, que objetiva auxiliar a escolha de 'um' ou do 'o' melhor sentido, ou seja, qual interpretação deve ser adotada em determinada situação fática ou jurídica.

E que, qualquer norma positivada em algum momento passou pela reflexão relativa e abstrata de um princípio. Isso significa que é possível a retomada da origem principiológica de certa norma positivada. E, o objetivo da retomada é a possibilidade de atualização na norma mediante uma revolução de entendimento ou uma reforma pontual de um todo maior que é o sistema jurídico.

O fato de ter alcançado os objetivos da pesquisa, não significa que os resultados sejam definitivos, uma vez que, é da natureza das fontes do direito ser maleável e mutável conforme os elementos históricos e as necessidades humanas.

Uma vez que no âmbito interno e externo - social e jurídica - possuem necessidades peculiares a serem atendidas. Contudo, as necessidades humanas naturais ou artificiais estão constantemente em adequação e alteração com o objetivo de 'melhoria contínua'. Esta, de certa forma, assume a responsabilidade de tutelar efemeridade e complexidade da sociedade por meio de princípios e

direitos positivados para que o convívio humano seja cada vez mais saudável.

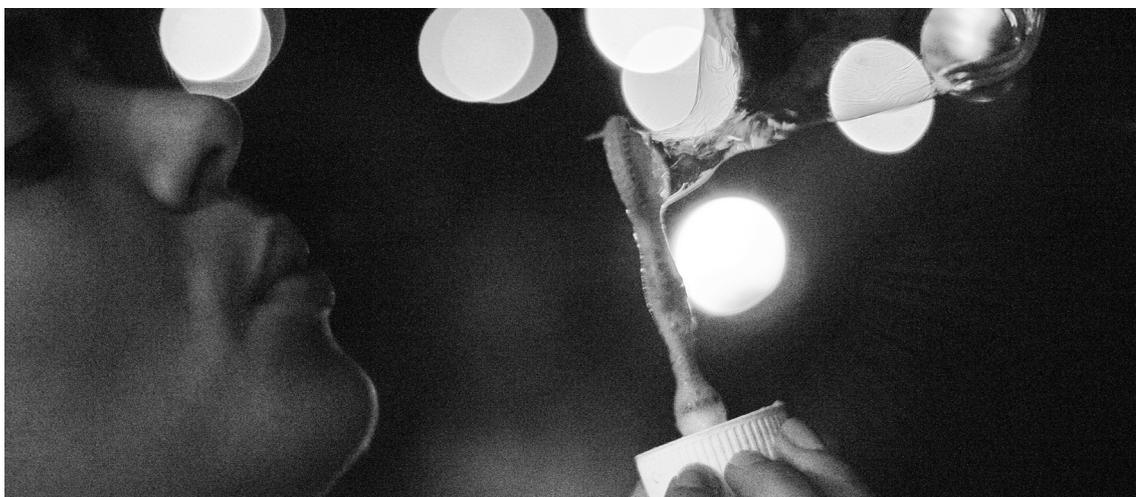
Existem dois pontos a ser ressaltados. O primeiro ponto é que conforme a evolução social, as normas positivas que possuem caráter de regras se dissipam, ao ponto de não existirem mais no mundo jurídico. Outro ponto importante é que os princípios tem assumido a função e o papel de tentar resgatar

e/ou reavaliar as novas formas de viver em sociedade sem deixar de preservar a vida humana.

Por consequência, essas características ou tentativas de positivações são inerentes da ciência sociais e jurídicas porque é uma constante no estudo e na reflexão sobre o complexo e efêmero sistema de valores do direito.

## Referências bibliográficas

- BARROS FILHO, Clóvis. (2014), Ética. <[www.espacoetico.com.br](http://www.espacoetico.com.br)>; Acessado em 15/10 de 2014.
- BOURDIEU, Pierre. (1998), O Poder Simbólico. Tradução Fernando Tomaz (português de Portugal) 2ª edição, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil.
- CACHICI, Rogério Cangussu Dantas. (2009), "A distinção entre princípios e regras como espécies de normas na obra teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy." Revista de Direito Público. Londrina, v. 4, n. 2, p. 1-11, maio/ago. <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10749/9399>>; Acesso em 07 jan. 2015.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. (2015), "Prefácio". In: ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16ª edição, revisada e ampliada, São Paulo, Malheiros Editora.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. (2012), Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6ª ed. 4. Impr. São Paulo: Atlas, 2012.
- FONSECA, Tania Schneider. (2011), "O debate entre Herbert A. Hart e Ronald Dworkin." Revista Seara Filosófica. UFPel: Pelotas, Verão, n.4, p. 45-64.<<http://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/view/541>>. Acesso em 05/01 de 2015.
- LISBOA, Roberto Senise. (2013), Manual de direito civil, v.1: teoria geral do direito civil. 8ª edição, São Paulo, Saraiva.
- MAXIMILIANO, Carlos. (1998), Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro, Forense.
- NADER, Paulo. (1997), Introdução ao estudo do direito. 14ª edição, Rio de Janeiro, Forense.
- RACHID, Alysso. (2013), "Filosofia do Direito" In: ARAUJO JÚNIO, Marco Antônio & MARTINS, Flávio. Direito em áudio. 3ª edição, revisada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- REALE, Miguel. (2012), Filosofia do direito. 20ª edição, São Paulo, Saraiva.
- REALE, Miguel. (1998), Fundamentos do Direito. 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- ROSENFELD, L. Denis. (1996), Lições de filosofia política: o estado, o público e o privado. Porto Alegre, L&PM.
- SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. (2014), O conceito de sistema jurídico de Herbert Hart. <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-conceito-de-sistema-juridico-de-herbert-hart,45956.html>>. Acessado em 30/12 de 2014.
- STOLZ, Sheila. (2007), "Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart." Revista Direito GV, São Paulo, FGV, v.3 n.1, p. 101-120, jan./jun.<[http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv\\_05\\_pp101-120.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_05_pp101-120.pdf)>. Acessado em 30/12 de 2014.
- WINNICOTT, Donald Wood. (1989), Tudo começa em casa. São Paulo, Martins Fontes.



Lucas Braga