



Recebido 20 jun. 2013

Aceito 30 out. 2013

APONTAMENTOS SOBRE FUNÇÃO SOCIAL DOS PRINCÍPIOS

*Anderson Souza da Silva Lanzillo**

*Patrícia Borba Vilar Guimarães***

RESUMO

O presente trabalho discorre acerca das teorias da justiça, a partir do conceito de princípios presente no direito. As funções sociais internas e externas dos princípios são exploradas, num apanhado histórico e teórico que justifica a urgência e atualidade do tema, à luz da problemática da sociedade complexa, e especial nos países em desenvolvimento. Autores-chave são revisitados, de modo a sustentar que os princípios em sua função social são mecanismos diferenciadores de comunicação social, que criam padrões de assimilação, rejeição e reflexividade. Os princípios seriam usados socialmente pelo sistema jurídico como um mecanismo de adaptação e autorregulação da sua positividade, em especial valorizada no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

Palavras-chave: Direito. Teorias da justiça. Função social.

1. PRINCÍPIOS COMO REFERÊNCIA TEÓRICA CENTRAL DO PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO E DA COMPREENSÃO SOCIAL DO DIREITO

* Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2007). Atualmente é Professor Assistente do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

** Doutora em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande (2010). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2008). Mestre pelo Programa Interdisciplinar em Ciências da Sociedade, na área de Políticas Sociais, Conflito e Regulação Social, pela Universidade Estadual da Paraíba (2002). É Advogada e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

No decorrer do século XX e início do século XXI, um tema que se tornou comum nas variadas formas de discussão do Direito (doutrina, jurisprudência, debates em sala de aula) são os princípios. Vive-se na atualidade um encantamento acerca dos princípios, ressaltando-se seu papel nuclear na compreensão e aplicação do ordenamento jurídico.

O estudo dos princípios tem na filosofia do direito e no direito constitucional o eixo central deste debate. Em geral, as ideias de Dworkin e Alexy¹ são proeminentes, tanto no sentido de ressaltar o sentido axiológico com o qual são revestidos quanto à diferenciação entre regras e princípios como graus de normatividade presentes num sistema jurídico. A busca dessas duas dimensões nos princípios leva os trabalhos acerca desta temática a se concentrar na investigação da estrutura lógica dos princípios (suas características formais), as pautas para sua concretização e os parâmetros para controlar a racionalidade dos raciocínios principiológicos.

A questão central deste trabalho revisita esses temas. Contudo, ele centra essas discussões numa perspectiva pouco apreciada, pelo menos nos estudos realizados no Brasil: a função social dos princípios. Levanta-se aqui a discussão de que a incorporação dos princípios no pensamento jurídico contemporâneo revela certa compreensão do aspecto social do Direito, mais especificamente da relação entre Direito e Sociedade. Então, o presente trabalho assenta-se na ideia de função social, no sentido de direito social de François Ewald², para compreender de que maneira o pensamento jurídico contemporâneo vê a relação entre Direito e Sociedade e, desta maneira, indagar o motivo deste tema provocar grande encantamento na ciência do Direito, especialmente a praticada no Brasil.

2. A ABORDAGEM CONCEITUAL DA IDEIA DE FUNÇÃO SOCIAL DOS PRINCÍPIOS

Quando falamos de "função social" dos princípios, devemos em primeiro lugar especificar em que sentido usamos esta expressão, que tem uma conotação no meio jurídico fortemente ideológica. Tradicionalmente, a expressão é vinculada com uma espécie de justiça, a justiça social, servindo como limitador e orientador da interpretação da ordem econômica, pois "Um regime de justiça social [...] não aceita as profundas desigualdades, a pobreza

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 277-283.

² EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. 2 ed. Lisboa: Veja, 2000.

absoluta e a miséria”³. A função social tornou-se tema recorrente do constitucionalismo moderno e da compreensão das limitações impostas pelo poder público aos particulares. Traze-se como pano de fundo a discussão deste princípio e do problema da justiça social, e a maneira como os princípios possam exercer uma espécie de fator promotor de justiça material pelo ordenamento jurídico⁴. Os princípios são colocados como uma ponte axiológica entre Direito e Sociedade, ligando o ordenamento jurídico a pautas de moralidade que teriam se perdido com o positivismo jurídico.

Esse trabalho avalia esta perspectiva, mas não se restringe a ela. Ao colocarmos o tema "função social dos princípios", intentamos tratar a questão de como os princípios são pautas para o funcionamento dos ordenamentos jurídicos ocidentais na modernidade. A indagação se desloca *do que é um princípio para quais são os usos dos princípios*. Colocando a questão nestes termos, dá-se maior concretude ao que significa a função social dos princípios na relação entre Direito e Sociedade: sob a denominação de princípios arregimentam-se diversas formas de ação/discurso necessárias para a operacionalização do Direito na modernidade.

Diante desta perspectiva sociológica levantada, tratamos neste trabalho dos princípios como componentes de uma espécie de jurisdição, que, no dizer de François Ewald, poderíamos chamar de direito social⁵. Sendo uma forma de se operar a jurisdição no mundo moderno, torna-se mais apropriado em falar de funções sociais do princípio. Embora consignando funções, e não a função, podemos dividir essas funções sociais em dois blocos: funções internas, que servem para mediar a ação/discurso entre os profissionais do direito; funções externas, que mediam a comunicação entre o sistema jurídico, juristas e sociedade.

3. FUNÇÕES SOCIAIS INTERNAS DOS PRINCÍPIOS

A ideia de função social interna dos princípios se circunscreve aqui da seguinte maneira: de que maneira os princípios são usados nos discursos jurídicos que mediam, como tornam possível a comunicação entre os juristas, tanto do ponto de vista teórico quanto prático? Esta maneira de colocar o problema trata, portanto, de fazer uma espécie de sociologia do

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 765.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 285-286.

⁵ EDWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. 2 ed. Lisboa: Veja, 2000, p. 218-221.

conhecimento jurídico⁶, pretendendo investigar quais as funções da principiologia na preparação do olhar do jurista para o Direito.

Os estudos críticos da teoria jurídica⁷ em geral colocam o papel da ideologia na formação do conhecimento jurídico. Não é o tipo de investigação aqui tratada (que ideologia sublinha a concepção de princípio no direito), mas como os juristas devem ver os princípios e para que fim eles devem o ver de tal maneira. É a constituição desta luneta, que será instrumental e instauradora de uma forma de estudar e praticar o Direito, que nos interessa neste trabalho. Assumimos, assim, que sem uma visão socialmente partilhada que constitua o sujeito jurídico não há como se ter o Direito como espécie de objeto. Não ha uma visão ingênua, livre, natural do direito: “Assim a abordagem dos fenômenos é sempre mediata, nunca imediata”⁸. Como atrelamos a visão dos princípios a certos objetivos como experiência constituidora de funções sociais presentes na comunicação entre os juristas, delimitamos alguma dessas funções internas.

3.1 O princípio deve ser algo diferente

O primeiro ponto a se destacar na pesquisa sobre os usos do princípio entre os juristas é que eles devem ser identificados como um elemento diferenciado na constituição de certa epistemologia jurídica. O princípio deve ser reconhecido como uma espécie diferenciada formadora do Direito, tendo características que lhe são peculiares. Este ponto parece ser algo trivial e, portanto, não merecedor de nenhuma nota na busca das funções internas dos princípios.

Em primeiro lugar, no uso comum os diversos enunciados que compõem as diversas fontes que temos como jurídicas são chamadas de ‘lei’. Uma pessoa que tem atividades que não são jurídicas ou que nunca estudou Direito chama qualquer documento que contenha regras que são aplicadas pela administração e pela justiça de “leis”. Desta forma, popularmente não há uma necessidade de se perquirir, com maior zelo, notas diferenciadoras dos diversos enunciados contidos no que se chama de “lei”. Poderíamos, em caráter

⁶ Tradicionalmente a teoria do conhecimento se estribava numa concepção estreita entre sujeito e objeto. A partir de alguns trabalhos no campo sociológico e filosófico, como os de Mannheim, Marx e Heidegger, percebeu-se que uma epistemologia tem como apoio fatores sociais, como elementos infraestruturais (Marx), a comunidade de cientistas (Mannheim), pré-compreensões (Heidegger) e outros fatores que foram desenvolvidos pela sociologia do conhecimento. Para a questão da relação sujeito e objeto, VIDE STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁷ VIDE MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1994.

⁸ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1994, p. 41.

hipotético, levantar a questão de que para a população em geral só existam três classes epistemológicas como base para o conhecimento do fenômeno jurídico: lei, contrato e sentença.

Em segundo lugar, no discurso mais comum dos juristas também há uma maneira genérica de se referir a estas três estâncias, que é a palavra ‘norma’. Apesar da generalidade, o emprego desta palavra entre juristas já traz um refinamento que conduz os estudos sobre o Direito: a ideia de imperatividade e observância. Este refinamento, entretanto, não obscurece o fato de que a palavra ‘norma’ tem emprego amplíssimo, tanto para se referir a fontes consideradas jurídicas (lei, decreto, costume, contrato, entre outras), bem como a toda classe de enunciados contidos nelas (alíneas, parágrafos, artigos, votos, entre outras).

A argumentação levada a cabo até aqui mostra que não há uma coerção epistemológica para a separação dos diversos enunciados que compõem o Direito a partir da qual se origina necessariamente algo chamado de ‘princípio’. O contexto em que se desenvolve a ação social pode demarcar necessidades que não levam a ponto de se clivar uma expressão genérica como ‘norma’ em especificações delongadas. Mesmo aqueles que admitem o uso de norma apenas para certa classe de enunciados⁹, dificilmente seria tão exigente numa exposição para um público jurídico mais amplo na discussão de questões cujo rigor teórico não é muito exigido. Do contrário, a desconsideração destes fatores pode levar o interlocutor a um déficit de comunicação por não entender que o sentido do discurso já se encontra previamente mediado por uma tradição e uma situação contextual de características demarcadas¹⁰. Destas considerações, a pergunta que deve ser feita é quais são os pressupostos que levam a esta clivagem epistemológica no discurso jurídico. Neste momento entre a ideia de formas de jurisdição e a questão central na apuração do corte epistemológico em diversas classes de enunciados normativos é o fato de o discurso jurídico ter que assumir outras funções em razão das mudanças das finalidades do Direito perante a Sociedade.

Essa mudança está atrelada a mutação de um Direito meramente sancionatório e distributivo (quem deve sofrer a sanção e a quem cabe o Direito) para um Direito de constituição, legitimação e mudança (a quem e como atribuir direitos, que pretensões deve o

⁹ ALCHOURRÓN e BULYGIN só reservam o termo norma aos enunciados que estipulam uma modalidade deontica (proibido, obrigado...) a uma ação, situação ou estado de coisas. VIDE ALCHÓURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea, 1987.

¹⁰ De fato a tradição jurídica não é muito exigente com a conceituação de norma, chegando inclusive a postular os textos das fontes como sinônimo de norma jurídica e, como já ressaltou Gadamer, a tradição é um elemento de bastante peso na forma de interpretar a maneira como enxergamos o que chamamos de “realidade”. VIDE STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

direito abrigar e como mudar o Direito pelo Direito). A categoria dos princípios surge como expressão dessa viragem, que do ponto de vista da teoria do Direito, é bastante perceptível nas formulações teóricas de Kelsen, Hart e Dworkin. Kelsen é o grande último teórico do Direito sancionador e distributivo. De fato nele, as categorias da norma e da sanção são centrais. Nele a norma assume o resultado de uma condição que, uma vez verificada, acarreta em conseqüências de caráter jurídico. Essas conseqüências são de caráter deôntico, a saber, que implicam numa obrigação, numa proibição, numa permissão ou numa faculdade. Não observadas estas conseqüências, impõe-se uma sanção ao seu desrespeito. È este plexo – norma condicional e sanção - que compõe a noção de imputação, característica da lógica do dever-ser na teoria de Kelsen. Neste contexto Kelsen fará a famosa distinção entre normas primárias (que contêm uma sanção no caso do seu desrespeito) e normas secundárias (que não contêm a sanção, mas dependem de outra norma para garantir este requisito)¹¹. Ocorre em Kelsen a redução do discurso do Direito ao discurso deôntico sancionador, não havendo espaço para princípios¹².

Em Hart temos uma distinção similar à de Kelsen, mas com características que permitem aparecer à distinção entre princípios e regras na filosofia de direito de Dworkin. Aliás, nas palavras de Dworkin, Hart distingue as regras de Direito em duas espécies: regras primárias, que tratam de obrigações e direitos de uma comunidade, e regras secundárias, que cuidam do modo e da autoridade de criação, modificação e extinção das regras primárias. A distinção de Hart se afasta consideravelmente do caráter exclusivamente sancionatório do Direito, divisando classe de enunciados que atuam sobre estes enunciados em várias direções (meta-regras), constituindo a autoridade que dará validade às regras primárias e as condições da produção dos seus efeitos. De um caráter meramente imperativo e sancionador, desvela-se em Hart que o Direito possui regras para a sua própria constituição¹³. Em Hart, contudo, o signo da norma assimilado à classe geral das regras é bastante forte, ainda que a ideia de regras secundárias seja uma porta aberta para a noção de princípio explorada por Dworkin. As ideias de Dworkin aparecem como crítica a ideia de que todo conjunto de enunciados de um direito positivo são regras, especialmente nos chamados ‘casos difíceis’. Em muita das regras secundárias de Hart, Dworkin verá um conjunto de princípios. É célebre a distinção entre regras e princípios, que aqui reproduzimos,

¹¹ Para maiores detalhes VIDE KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹² Como assevera GRAU, “Kelsen dedica todo um capítulo da Teoria Geral das Normas à crítica da exposição de Esser sobre os princípios, recusando qualquer importância jurídica a eles” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 164).

¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 31. Também VIDE HART, Herbert L. A. **O Conceito de direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1994.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se dizem automaticamente quando as condições são dadas. (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão do peso ou **importância**. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um¹⁴.

Da noção utilizada por Dworkin os princípios surgem como uma espécie diferente de normação, pois os princípios estabelecem pautas orientadoras da ordem jurídica sem indicar com precisão uma situação que, verificada, deve trazer certos efeitos jurídicos. Esta é a versão conhecida da tese de Dworkin.

No nosso trabalho, no entanto, o mais importante é assinalar que função interna que essa distinção de Dworkin opera no discurso do Direito moderno: de que os princípios são uma espécie de enunciados normativos *que já existem no ordenamento, explícita ou implicitamente, não sendo inventados pelos juízes para legitimarem decisões arbitrárias num sentido forte (meramente criadas pelo juiz sem suporte jurídico material para tal)*¹⁵. Desta maneira, a distinção de Dworkin é, em uma de suas facetas, uma crítica ao positivismo e a ideia de que a decisão nos casos difíceis não possui orientações materiais existentes nos ordenamentos jurídicos, mas somente é fruto das faculdades cognitivas e volitivas do juiz da

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39; 40; 42.

¹⁵ Esta posição de descoberta é observada em GRAU: “Os princípios explícitos, estes se manifestam de modo expresso. Os demais implícitos, não são “positivados”, mas descobertos no interior do ordenamento; pois eles já eram, nele, *princípios de direito positivo*, embora latentes. Em outros termos: o intérprete autêntico nada “positiva”. O princípio já estava positivado. Se não fosse assim, não poderia ser induzido” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 166).

causa¹⁶. A ideia da exterioridade dos princípios ao intérprete como componente da positividade do Direito é que será importante para avaliar as funções internas dos princípios com suas funções externas.

3.2 O princípio deve exercer uma função diferente na perquirição dos sistemas jurídicos

Outro ponto importante na configuração da função dos princípios no discurso entre os juristas é na sistematização e análise do ordenamento jurídico. Neste sentido, os princípios exercem um papel epistemológico de doação de certo sentido da atividade do jurista no suporte decisório a um conflito atual ou virtual.

Na trilha de Bonavides¹⁷, podemos falar de três modos de construção desta função no discurso da teoria do direito moderno. A primeira consiste em recorrer a uma noção moral suprapositiva da qual dimanariam os princípios invocados pelos juristas conforme imperativos de justiça. Esta concepção é a jusnaturalista, preocupada com alicerces estáveis e universais do Direito. Nela o princípio cumpre um papel de axioma universal – uma verdade evidente e autodemonstrável a maneira do sistema geométrico euclidiano -, do qual derivam todas as normas do direito positivo.

A segunda maneira que os princípios podem exercer na sistematização e compreensão do direito é no modo positivista. Os princípios são pautas gerais do Direito invocados para resolver conflitos quando não há regra que o resolva. O princípio exerce função integradora, deslocando seu campo de racionalidade do arbítrio do legislador para a do juiz diante do caso concreto.

A terceira possibilidade é a pós-positivista, assumindo os princípios como normas, normas não como mandamentos acabados, mas diretrizes normativas de fins a serem perseguidos pela ordem jurídica positiva. A ideia de princípio nesta possibilidade se assemelha à dos jusnaturalistas, mas guarda distinções fundamentais quando atentamos que são finalidades que servem como pautas de conformação do ordenamento, indicando uma direção material dos bens e interesses que ele quer promover, ainda que esses possam colidir em concreto. Desta forma, não se coaduna com a ideia jusnaturalista clássica¹⁸, pois não supõe uma transcendência da positividade (os princípios não são exteriores ao ordenamento),

¹⁶ VIDE STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (eigenschaften) solipsistas do direito. In: **Observatório da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 259-266.

¹⁸ EDWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. 2 ed. Lisboa: Veja, 2000, p. 219-220.

bem como não supõe uma base única de valoração para a qual todas outras regras afluíssem, contrapondo a concepção de universidade axiológica a de pluralidade positiva de valores, bens e interesses dentro de um único ordenamento.

Mas uma pergunta que podemos fazer: se há essas três possibilidades de construção de um sistema de Direito sobre a matriz principiológica, por que a terceira delas tornou-se o discurso oficial dos juristas sobre os princípios? A próxima seção lança luz sobre o problema, esclarecendo melhor a função interna dos princípios na prática jurídica moderna.

3.3 O princípio deve fornecer um status e uma condição para a mediação da ação social entre os juristas

Na seção anterior fizemos notar que há mais de uma maneira de se ter os princípios na construção de uma ciência do Direito. A indagação que devemos fazer agora é buscar a razão de predominar uma destas versões em detrimento de outra. A compreensão disso é primordial para identificar dois eixos: a regulação e o controle de racionalidade do discurso entre os juristas e as ligações do discurso do jurista com outros discursos da sociedade de modo a dar operacionalidade aos princípios no direito moderno.

A hipótese que levantamos para compreender qual maneira de articular os princípios no discurso entre os juristas é de que o discurso dos juristas desde o século XIX teve que preparar uma mudança de lugar da reflexão do Direito, do âmbito do Direito Civil para o do Direito Constitucional. A função dos princípios na ação social entre os juristas só faz sentido com o projeto da Constitucionalidade, tanto que faz lembrar Paulo Bonavides que o movimento atual de se considerar a Constituição como a ‘casa dos princípios’¹⁹.

O Direito moderno tem como projeto uma fundação da sociedade na Constituição e na prescrição de direitos básicos – direitos fundamentais ou direitos humanos, dependendo da ótica nacional ou internacional²⁰. Este projeto, para ser vivo nas palavras dos juristas, teve que passar por plásticas consideráveis que fizeram com que o discurso jusnaturalista – discurso fundador da constitucionalidade nos tempos modernos, e o positivismo – discurso das ciências do século XIX -, não fossem suficientes para dar conta dos problemas que surgiram.

Em primeiro lugar, o discurso jusnaturalista, seja em qualquer versão dele, pressupõe um núcleo fundamental que traz consigo a ideia de universalidade e evidência para

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 289-294.

²⁰ VIDE SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

qualquer sociedade humana. Com as mudanças ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX, a ideia de um núcleo suprapositivo passa a ser questionado, haja vista tanto as pesquisas antropológicas realizadas no século XIX nos tempos do colonialismo europeu sobre a África, quanto às guerras mundiais da primeira metade do século XX. O relativismo moral contribuiu muito para ver no jusnaturalismo um arcabouço teórico não adequado, uma vez que não era mais possível chegar a um acordo sobre o que seria o núcleo de direitos fundamentais, dado à incorporação de mais direitos às Constituições e o pluralismo de bens e interesses que ela passou a abrigar²¹. As referências para a sustentação de um elo moral universal que sustentasse a ideia de axiomas morais básicos para a dedução de direitos naturais estava corroída na base. Mostra desta diversidade de fundamentações para o Direito são as diversas teorias de direitos fundamentais que se encontram em voga na doutrina constitucional²².

Do lado do positivismo, suas orientações teóricas detidas sobre a ideia de norma apenas como enunciados de caráter diretamente prescritivos que possuem sanção não traz também um bom pilar para o projeto do constitucionalismo e dos direitos fundamentais. Muito dos enunciados que compõem a Constituição não estão vazados em termos deônticos (deve, é proibido, está facultado, entre outras) com a ligação a uma sanção. Assim, não são vistos como normas, mas como promessas e orientações²³. Decisões sobre a constitucionalidade, principalmente nos *hard cases*, só serão vistas legitimadas dentro do ponto de vista formal (o juiz ou o tribunal tem autoridade para decidir, principalmente com maior liberdade na falta de lei), não do ponto de vista material, afetando em sua legitimidade um dos principais instrumentos do constitucionalismo moderno que é o do controle material da constitucionalidade.

O pós-positivismo e a noção de normatividade dos princípios socorre o discurso jurídico na modernidade da crise de legitimação do Direito. Ao colocar os princípios não como invenção do arbítrio judicial, resolve o problema da positividade, ao mesmo tempo dando uma fundamentação material para as discussões dos *hard cases* como os integrando como elementos de certo ordenamento jurídico. Ao colocar como bases orientadoras dos ordenamentos jurídicos modernos, o pós-positivismo afasta de si o problema de fundar os

²¹ Assevera EWALD “o direito natural clássico encontrava a sua condição de possibilidade naquilo que tornava possível um conhecimento da natureza como ontologia e teologia; (...) Com a natureza cai a referência ao universal” (EDWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. 2 ed. Lisboa: Veja, 2000, p. 219).

²² VIDE CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Lisboa: Almedina, 2002.

²³ Esta ideia está na base da ideia de normas programáticas. VIDE SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

direitos num núcleo de axiomas autoevidentes e moralmente inquestionáveis, admitindo uma pluralidade de interesses a proteger, ainda que contraditórios no oferecimento de soluções aos conflitos. Sendo operacionalmente mais interessante o discurso dos princípios de teor pós-positivista, o discurso teórico dos juristas teve que sofrer duas mutações básicas.

A primeira foi mudar as linhas de orientação da forma de pensar dos juristas. Embora a operação de subsunção ainda seja importante na forma de raciocinar jurídica, adentra-se hoje o jurista a ter um olhar mais introspectivo para o Direito, buscando as razões de ser de suas regras na sua própria positividade. Acostuma-se o jurista a se perguntar: o que o Direito quer proteger? Qual é a razão de certo instituto? Qual a finalidade de certo preceito? Que bens jurídicos são fundamentais para o ordenamento? A estas perguntas se amolda a busca pelos princípios para dar respostas que desenhem as orientações e finalidades que o ordenamento jurídico quer, não apenas se caso x ou y se encontra regulado pelo ordenamento.

A segunda mudança é de caráter social: dividir no campo teórico aqueles que defendem posições teóricas diferenciadas sobre os princípios através da composição de um status. Nesta ordem de coisas, duas estratégias são utilizadas: uma é a transformação ideológica das palavras ‘positivista’ e ‘dogmático’. De pessoas que defendem certa concepção filosófica e conceito de Ciência sobre o Direito, tais palavras ganharam nos últimos tempos na doutrina brasileira um aspecto fortemente negativo, significando ‘retrógrado’, ‘rígido’, ‘insensível’, ‘fechado’ e ‘sem criatividade nas soluções’. Defender uma concepção positivista passa a ser considerado ter um status ruim, algo que os próprios positivistas fizeram em grande medida com o discurso dos jusnaturalistas. A outra estratégia é da neutralização ideológica, que é conseguida pela naturalização dos postulados pós-positivistas sobre a ideia de princípios e regras, sem discutir suas matrizes conceituais, apresentando como único caminho a ser seguido²⁴, estratégia pela qual os ostentadores deste discurso não receberem alcunhas especiais, sendo os juristas, não positivistas, dogmáticos, jusnaturalistas e outras coisas do tipo.

Mostramos alguns aspectos relevantes da função dos princípios entre os juristas, mas essa função só completa seu sentido se indagarmos de que maneira ela serve para estabelecer a ponte de comunicação entre o discurso dos juristas, o sistema jurídico e o sistema social. Destarte, devemos dar conta de algumas funções externas dos princípios que queremos dar conta neste trabalho.

²⁴ Isto foi percebido por ÁVILA. VIDE AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

4. FUNÇÕES SOCIAIS EXTERNAS DOS PRINCÍPIOS

As funções externas dos princípios têm a ver com a mutação do papel que o Direito teve que assumir na modernidade a partir do século XIX e, notadamente, ao longo do século XX. Esse papel tem haver com a ideia já aludida de um Direito de constituição, legitimação e mudança. São essas três funções sociais externas que queremos explorar aqui e que serão devidamente articuladas com o projeto de constitucionalização, não mais do nível teórico (a função interna), mas como fator de comunicação entre o Direito e a Sociedade (a função social dos princípios e, conseqüentemente, da Constituição).

4.1 O Princípio como força de constituição

Quando falamos de princípios como forma de constituição, estamos falando que os princípios têm peso preponderante em trazer novas soluções para os problemas colocados em sociedade. Significa que a partir de sua referência se podem trazer novas pautas deonticas para a solução dos conflitos sem que tenha que recorrer a introdução desta solução por fontes oficiais. Precisamos especificar mais este ponto. Com a adoção de uma técnica de positivação do Direito (o direito jurisprudencial passou a ser transformado em códigos, leis, decretos e outros atos normativos), um problema sempre recorrente para o Direito é o de enfrentar a resposta a problemas que não possuem ainda nenhum tratamento no sistema jurídico. Com a positivação a segurança jurídica ironicamente caminha junto com o envelhecimento rápido²⁵.

Como resolver este problema, albergando novos interesses e bens jurídicos a proteger sem mudar ou introduzir uma linha das e nas fontes já estabelecidas? Como garantir a ideia de relativa imutabilidade da Constituição como referência a uma sociedade que pleiteia e pressiona cada vez mais pela institucionalização de diversos conflitos? A solução é justamente articular o discurso da qualificação de certos enunciados como princípios do teor pós-positivista com a Constituição. Desta maneira, construiu-se a ideia de Constituição como sistema aberto²⁶. Na verdade, o ordenamento jurídico passou a ter uma referência social baseada numa positividade aberta, ou seja, que possui mecanismos de autoreprodução

²⁵ Nas palavras de Bobbio sobre a crítica a concepção estatal do Direito pela escola livre do Direito, a descoberta da sociedade por debaixo do Estado e do Direito leva a uma concepção que assinala o envelhecimento dos códigos e da necessidade de sua constante mudança (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UNB, 1999, p. 123; 125).

²⁶ Não é a toa que um dos títulos dos livros de Paulo Bonavides seja a “A Constituição Aberta”.

baseados, principalmente, nos princípios, que garantem cumprir as três funções que aludimos no início desta parte. Com esta colocação, a ideia de constituição está apoiada na diferença entre diretriz normativa – sede na qual são colocados os princípios – e qualificação normativa – sede na qual são colocadas as regras. A constituição reside justamente no fato de os princípios funcionarem como instrumentos autorizadores para introduzir novas qualificações normativas (uma hipótese de fato, ligada a um modalizador deôntico ligado a uma consequência, formando um caso genérico²⁷).

Bom exemplo disso no direito brasileiro foi a discussão acerca da possibilidade de união estável entre casais homoafetivos. Com base em princípios como a igualdade, não-discriminação e a dignidade da pessoa humana, procurou-se autorizar toda uma nova série de qualificações normativas em razão das existentes, presentes na Constituição e no Código Civil²⁸, cuidarem de casos genéricos entre pessoas de sexos diferentes. Muitas vezes essa transposição se constituía num caso de legitimação (especificado abaixo); contudo, ela implica na maioria dos casos em tratamento e consequências jurídicas diferentes pela peculiaridade que envolve, o que justifica uma qualificação normativa diferente que costuma se solidificar pelos pronunciamentos judiciais²⁹.

Do exemplo acima é perceptível que o princípio como fator de constituição de novas séries de qualificação normativa pode utilizar raciocínios que tradicionalmente são considerados ‘fontes do Direito’, como a equidade e a analogia. No caso que tratamos, ao invés de se diretamente transpor um caso genérico (casamento entre homem e mulher) para outro caso genérico semelhante (casamento entre pessoas do mesmo sexo) mediante um raciocínio analógico, utiliza-se o princípio como justificativa e autorização para o raciocínio aludido.

4.2 O Princípio como força de legitimação

Outra função social externa que avizinha da de constituição é a de legitimação. A ideia de legitimação está na comunicação do sistema jurídico e do sistema social de um ponto de vista sutilmente diferente no abrigo de pretensões de guarda de bens e interesses pelo

²⁷ Essa concepção é inspirada em ALCHÓURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea, 1987.

²⁸ A leitura tradicional do art. 226 da Constituição Federal e do subtítulo referente à união estável mostrava esta espécie de limitação às uniões estáveis homoafetivas, mas que foi superada principiológicamente pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132.

²⁹ Neste sentido sugere-se de que o mecanismo da súmula vinculante é uma resposta inconsciente não ao problema da rapidez dos processos, mas a de uma dinâmica de uma jurisdição de caráter principiológico.

ordenamento. Na ideia de constituição, embora exista a diretriz normativa dada por um princípio, não existe qualificação normativa que ampare certo bem ou interesse que se tenha a pretensão de tutelar.

Nos casos de legitimação, a distinção que conceitualmente fazemos se opera do ponto de vista da abrangência das qualificações normativas: a diretriz normativa e a qualificação normativa existem no ordenamento (o caso genérico existe e traz conseqüências jurídicas especificadas), mas diversas situações trazidas pelas questões sociais são colocadas fora desta qualificação. O princípio neste caso é uma ferramenta de legitimação social de interesses e bens, especialmente de certas camadas sociais como minorias, não para reivindicar algo que resulte num tratamento deonticamente diferenciado. Pelo contrário, o princípio é utilizado para legitimar que uma situação, a primeira vista excluída das mesmas conseqüências de um caso genérico já previsto, seja neste caso incluído. Esta forma de articulação social dos princípios tem como exemplo no Brasil a discussão de companheiro homossexual sobrevivente fazer jus a benefício previdenciário.

De fato, a legislação traz como requisito a dependência econômica. O socorro a princípios como da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e a igualdade vieram justificar a não exclusão da situação de companheiro homossexual na prova de dependência econômica como hipótese para recebimento do benefício, por muito tempo. O uso do princípio como forma de legitimação social de uma classe de interesses no ordenamento jurídico liga-se ao tema tradicional da interpretação ampliativa e restritiva no Direito³⁰. O princípio atua como forma de orientar o raciocínio na determinação da extensão do caso genérico previsto no ordenamento, funcionando, para recorrer a uma imagem da mecânica, como uma peça calibradora dos limites do caso diante da matéria fática com a qual se quer preenchê-lo.

A articulação da função de legitimação, uma vez que envolve raciocínios de restrição e ampliação da interpretação perante as reivindicações sociais, também pode acontecer de forma inversa, ou seja, para justificar que certa situação não se encaixa num caso genérico, atuando o princípio como força *deslegitimadora* da pretensão de tutela normativa de certos interesses ou bens presentes no sistema social. É o caso das disputas entre as correntes finalista e maximalista no Direito do Consumidor brasileiro, que disputam sobre a interpretação de consumidor e da classe de pessoas por ele abrangidas³¹. A função

³⁰ VIDE MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

³¹ Neste caso a discussão se o princípio da hipossuficiência é um ou não um limitador da aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC às relações que envolvem duas pessoas jurídicas. Para maiores detalhes, VIDE

deslegitimadora como uso comunicativo dos princípios entre o sistema jurídico e o sistema social está próxima da última função social externa que trataremos neste trabalho, a função de mudança.

4.3 O Princípio como força de mudança

Das três funções, a mudança é uma das mais interessantes para entender a comunicação entre o sistema social e o sistema jurídico, uma vez que frequentemente se recorre a ela sem que conscientemente esteja convicto de se estar fazendo isto.

A função de mudança dos princípios é a mais radical. Não é simplesmente uma forma de inserção da dinâmica social na criação e solução dos problemas normativos, mas uma forma de comunicação que cria um dilema autorreferente: a positividade do Direito é usada como padrão de crítica da sua própria positividade. Os princípios são usados como se fossem mecanismos que dessem consciência ao sistema, criando um olhar introspectivo sobre o todo orgânico que o constituiu. Fazendo uma analogia, é como se conseguisse programar uma máquina consciente de si e do seu meio ambiente. Quando o sistema jurídico está em comunicação com outros sistemas sociais neste uso do princípio, pergunta-se sobre a *conformidade* da positividade do Direito às pautas representadas pelos princípios jurídicos. Destarte, avalia-se principalmente a qualificação deôntica dos conflitos já solucionados nos casos genéricos das fontes existentes.

Dois caminhos podem resultar nesta avaliação da qualificação deôntica: confirmar a qualificação deôntica prevista; mudar a direção da qualificação deôntica (de algo obrigatório para que seja proibido; de algo proibido para que seja obrigatório). É a função mais sedutora e a mais usada, pois ela, em verdade, constituiu, por exemplo, o cerne de ações questionando a constitucionalidade de certa qualificação deôntica.

Deste ponto de vista, esta função social dos princípios é uma forma de crítica à legislação por dentro. Dando este espaço, esta função social dos princípios torna-se duplamente sedutora: pelo lado dos atores sociais, ela abre um espaço público de discussão, utilizando o Direito como forma de discutir o direito posto pelo exercício das autoridades constituídas e por outros setores sociais em antagonismo³²; pelo lado do poder, é uma forma

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³² Como observou MOREIRA, “(...) a ordem econômica do capitalismo, ao ser obrigada a assumir juridicamente realidades econômicas – os sindicatos e os salários, os monopólios e a concorrência, a planificação e a propriedade estadual dos meios de produção -, assume ao mesmo tempo dentro de si específicas contradições

de neutralização ideológica, pois pela abertura deste espaço cria-se a ideia que o Direito está acima do poder e de que a sociedade e as estruturas de poder podem ser modificadas pelos mesmos instrumentos que essas estruturas mantêm, afastando formas alternativas de resolver conflitos como a força não autorizada ou uma ordenação normativa paralela³³.

Muitos exemplos deste uso podem ser colhidos no Direito brasileiro. Ficaremos apenas com um, bastante recente, que é o do caso de permissibilidade do aborto no caso de bebê anencéfalo. Pelo texto do Código Penal (art. 128) só há dois casos onde o aborto é permitido: para salvar a vida da gestante ou no caso do bebê ser fruto de um estupro. A discussão é se diante de princípios como a dignidade da pessoa humana não devia se mudar, para o caso de bebê que nasceria sem cérebro, morrendo fatalmente depois do parto, a qualificação de conduta proibida para conduta permitida, criando uma nova possibilidade de excludente de ilicitude³⁴, eximindo o médico e a gestante das consequências sancionatórias da realização da ação proibida. Ressalte-se que não se trata de mera constituição de uma qualificação deontica para o conflito em questão, já que a solução já existe para ele (o aborto mesmo neste caso está proibido). A discussão centra-se, como se costuma dizer, se deve ser aberta uma exceção, que significa, nos nossos termos, se a qualificação deontica para a situação deve ser modificada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As funções sociais internas e externas dos princípios exploradas neste trabalho com certeza não esgotam outras dimensões da temática quando levantados outros ângulos de investigação, tais como a utilização de paradigmas na retórica, a utilização dos princípios

econômicas e sociais, perde a coerência e unidade pacífica da ordem econômica liberal, e estabelece-se a si mesma como campo de tensões (...). Contudo esses aspectos da constituição econômica contemporânea têm duas consequências importantes: uma, prática; outra, teórica. Em primeiro lugar, a consideração da constituição econômica como campo de tensões permite estabelecer aí um campo de luta política. Por exemplo: a consagração do “direito ao trabalho” permite, com base nele, fazer uma certa interpretação da constituição econômica, levando as exigências até ao limite da resistência do sistema. Quer dizer: é possível estabelecer um *campo de luta política* no próprio terreno da constituição econômica, internamente, sem ultrapassar os limites do próprio direito constitucional. A ordem econômica passa a ser contestada, até certo ponto, por dentro” (MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Lisboa: Caminho, 1987, p. 181-183.

³³ A ideia de neutralização é definida assim por FERRAZ JÚNIOR: “Neutralização é o processo pelo qual os valores perdem suas características dialógicas, na medida em que se interrompe a sua reflexividade (questão sobre a questão da questão da questão....). No discurso normativo, este processo tem um caráter ideológico” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 155).

³⁴ Tal possibilidade foi discutida na ADPF 54, com concessão de medida liminar pelo Ministro Marco Aurélio, tendo sido a tese pela permissão do aborto no caso de anencefalia saído vencedora.

jurídicos nos discursos de comunicação de massa e na política e a ideologia como fator de colocação de pautas para a concretização dos princípios.

A perspectiva aqui adotada foi basicamente uma unidade de duas partes: como certo estatuto epistemológico do Direito (os princípios) se relaciona com a comunicação entre o sistema jurídico e os sistemas sociais para dar respostas à roupagem moderna dos conflitos. É a mediação entre Direito e Sociedade, em que vê os juristas como atores envolvidos num sistema relativamente autônomo, mas em constante comunicação com outros sistemas sociais, e cujo discurso e ação revelam, para além da superficialidade de toda autonomia, uma função social que este discurso e ação põem em funcionamento. Sintetizando: os princípios em sua função social são mecanismos diferenciadores de comunicação social, que criam padrões de assimilação, rejeição e reflexividade. Se os princípios são usados socialmente pelo sistema jurídico como um mecanismo de adaptação e autorregulação da sua positividade, isso cria a princípio uma noção de que o sistema de Direito garantia uma forma de hiperracionalidade, uma vez que todo conflito teria uma garantia de direção formal ou material para uma futura decisão.

Daí pode-se ter duas formas de avaliar o Direito sob o reino dos princípios a partir da comunicação social. A primeira delas, mais otimista, seria a caracterização de um Direito flexível, uma vez que os princípios, funcionando como uma consciência do sistema que daria a necessária garantia de racionalidade de adaptação gradual na solução de conflitos sem se colocar impotente diante de uma sociedade cada vez mais pluralista e exigente de uma diferenciação cada vez maior na normatividade dos seus conflitos, mantendo, paradoxalmente, assim a unidade simbólica do social pelo Direito, principalmente pela Constituição.

A segunda delas, mais pessimista, mas crítica desta racionalidade, seria a de que os princípios inauguraram um ‘Direito de risco’, à guisa do que aconteceu com a industrialização e as relações comerciais terem inaugurado uma sociedade de risco. Se uma diretriz normativa não é igual a uma qualificação normativa, um Direito “principlizado”, embora ganhe em flexibilidade, corre o risco de total dessubstancialização³⁵, visto que nenhuma solução normativa está garantida pelo sistema, pelo menos em dois sentidos fortes: uma solução já presente nas fontes positivas não tem garantia nenhuma de que será confirmada ou mudada; o

³⁵ GRAU adverte para este perigo em razão da banalidade com a qual é utilizada a argumentação de caráter principiológico na doutrina atual (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 42). Também VIDE STRECK, Lenio Luiz. **A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (eigenschaften) solipsistas do direito**. In: **observatório da jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.

exercício da concretização dos princípios não dá nenhuma garantia das qualificações normativas adotadas pela falta de padrões de racionalidade do seu controle³⁶.

O desafio dos princípios na sua função social de comunicação com outros sistemas está no equilíbrio entre um Direito flexível e um Direito de risco. É o desafio do Direito na modernidade, entre os perigos da permanência, da mudança e da arbitrariedade.

REFERÊNCIAS

ALCHÓURRON, Carlos E. et BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea, 1987.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Lisboa: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. 2 ed. Lisboa: Veja, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

³⁶ ÁVILA faz notar que há uma euforia principiológica no direito brasileiro, mas que ela é responsável pelo exagero, pela confusão e falta de critérios na eficácia e controle da racionalidade dos princípios, podendo o raciocínio principiológico esconder dentro de si igualmente soluções altamente conservadoras. O princípio e a sua invocação não são em si um ato de modernismo ou avanço como se vende às mentes incautas. Pode ser, mas muitas vezes não o é. (AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 15-19).

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1994.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Lisboa: Caminho, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (eigenschaften) solipsistas do direito. *In: Observatório da jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da Construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NOTES ABOUT SOCIAL FUNCTION OF PRINCIPLES

ABSTRACT

This work talks about some relevant theories of justice, from the concept of principles in the law theories. The internal and external social functions of principles are explored in a theoretical and historical overview that explains the urgency and topicality in the light of the complex society problems, and especially in developing countries. Key authors are revisited in order to argue that the principles in their social function are differentiating mechanisms of social communication that create patterns of assimilation, rejection and reflexivity. The principles would be used socially by the legal system as a mechanism of adaptation and self-regulation of its positivity, especially valued in contemporary Brazilian constitutionalism.

Keywords: Law. Justice Theories. Social function.