XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

FILOSOFIA DO DIREITO

CONSTANÇA TEREZINHA MARCONDES CESAR

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F488

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Clóvis Marinho de Barros Falcão, Constança Terezinha Marcondes Cesar – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-056-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

É com satisfação que apresentamos os trabalhos apresentados no GT de Filosofia do Direito do XXIV Encontro Nacional do Conpedi, realizado no campus da Universidade Federal de Sergipe. É sempre preciosa uma oportunidade de discutir um campo tão antigo, e tão importante para compreender e também testar os limites do pensamento jurídico. Os pesquisadores, uma vez mais, demonstraram como é rica e plural a produção jurídico-filosófica nas escolas de direito no Brasil. Mais do que a quantidade, precisamos aumentar a qualidade do trabalho em filosofia do direito, e o evento abraçou essa ideia.

O livro tem uma importância dupla. Por um lado, registra o trabalho desenvolvido pelos pesquisadores e apresentados à avaliação e seleção desta banca; por outro, permite ampliar a perspectiva e continuar os diálogos que apenas iniciaram nos poucos minutos destinados à apresentação de cada trabalho. A pesquisa, ainda mais quando envolve a reflexão filosófica, pede calma, e seria muito limitada se constituída apenas da apresentação e da sessão de perguntas. O texto, amadurecido e costurado pelos autores, permite o contato silencioso e calmo com cada trabalho apresentado, singularmente valioso.

Este livro é, antes de tudo, um convite à conversa e à reflexão. Entre tantos e variados temas, cada leitor encontrará uma mesa em que se sentirá mais à vontade, puxará sua cadeira e interagirá com dedicados pesquisadores. Esperamos que a publicação desses trabalhos integre mais pessoas à deliciosa conversa do dia 4 de julho de 2015.

Os coordenadores.

DO PROBLEMA CONCEITUAL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: UMA LEITURA EM TEMPOS DE TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA

THE CONCEPTUAL PROBLEM OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES: A LECTURE IN TIMES OF TRANSITION PARADIGMATIC

Daniel Ortiz Matos

Resumo

O trabalho se propõe a analisar a compreensão doutrinária acerca dos princípios constitucionais inserindo-a em um contexto de transição paradigmática do Direito a partir do constitucionalismo do pós-guerra. Para tanto, será feita uma exposição sobre o(s) paradigma (s) filosóficos desenvolvidos na Modernidade e que possibilitaram a formação do direito ocidental moderno, por intermédio de uma abordagem de Filosofia no Direito. Após, serão reconstruídas as principais perspectivas teóricas referentes ao conceito dos princípios constitucionais. Por fim, estas serão problematizadas demonstrando a sua vinculação (ou não) com os aportes filosóficos modernos que, em tese, deveriam estar superados nesta quadra da história, sobretudo, por perpetuarem a discricionariedade judicial.

Palavras-chave: Princípios jurídicos, Modernidade, Transição paradigmática

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to examine the doctrinal understanding about constitutional principles, inserted into a context of paradigmatic transition of Law from the postwar constitutionalism. Therefore, there will be an exposition on the philosophical paradigm(s) developed in modernity and that allowed the formation of modern Law. This will be done through an approach of Philosophy in Law. Then, the major doctrinal approaches related to the concept of constitutional principles will be rebuilt. Finally, they will be problematized demonstrating their binding (or not) with the modern philosophical contributions which, in theory, should be overcome in this history moment, mainly by perpetuate the judicial discretion.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal principles, Modernity, Paradigmatic transition

1. Introdução

O momento hodierno vivenciado pela teoria jurídica em terras brasileiras apresenta-se difuso. Denominado de pós-positivista ou neoconstitucionalista, aparenta ter como objetivo primaz a construção de um novo modo de pensar e fazer o direito como um contraponto àqueles gestados na Modernidade, sobretudo, por intermédio do Positivismo Jurídico.

Em tempos de transição paradigmática "em que o velho não morre e o novo não nasce", as propostas e tendências (supostamente) rupturais muitas vezes não passam de (re)adaptações, que, ao fim e ao cabo, apenas reforçam aquilo que se intentava transpor.

Neste contexto, o reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, de um modo geral, é identificado como um avanço, e que simbolizaria a derrocada de um direito assentado num modelo puro e exclusivo de regras. Este fenômeno decorreu, em grande parte, em virtude do constitucionalismo do pós-guerra, que inseriu no seio das constituições uma série de princípios.

Não obstante ao fato do tema dos princípios constitucionais assumir tamanha relevância, são poucas as investigações que perfazem uma leitura filosófica deste. Esta é imprescindível para compreensão dos vetores de racionalidade[1] que sustentam as cosmovisões científicas. Dito de outra forma, a aplicação da Filosofia ao Direito amplia as possibilidades de análise, e no caso, auxiliam a obtenção de respostas ao problema ora enfrentado, qual seja: a compreensão conceitual dos princípios constitucionais formulados pela doutrina brasileira representa uma ruptura ou uma continuidade de um paradigma jurídico assentado na Modernidade?

Este trabalho tem por objeto a abordagem conceitual doutrinária acerca dos princípios constitucionais relacionando-a com a transição paradigmática em que passa o direito na atualidade[2].

---

[1] Nesse sentido o filosófo Ernildo Stein declara que: "Para enfrentar essa questão é preciso encarar, de frente a contribuição dos standarts de racionalidade que a Filosofia desenvolve, quando ela é mais que uma simples retórica ornamental ou orientação na perplexidade" (2004, p.136). (...) "Dessa maneira, qualquer campo teórico do direito pode esperar respostas importantes de um standart de racionalidade filosófico. Isso, no entanto, pressupõe que o campo teórico do Direito se vincule a determinado paradigma que lhe dá sustento no método e na argumentação (2004, p.137). Cf. STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

[2] A respeito da importância do estudo acerca do conceito dos princípios jurídicos Riccardo Guastini assevera que: "(...) conviene observar que la identificación de los principios no es – como algunos podrían verse inducidos a pensar – un problema exquisitamente teórico – general o filosófico – jurídico carente de consequencias prácticas. Al,contrario, a identificación de los principios (como, por otra parte, resulta de cuanto he dicho antes a propósito de una decisión constitucional) es un problema de derecho positivo" Cf. GUASTINI,

Estruturalmente o artigo se divide em três partes: 1) na primeira é feita uma exposição sobre a influência dos paradigmas filosóficos da Modernidade na construção do pensamento jurídico ocidental; 2) na segunda, buscam-se reconstruir, após uma revisão bibliográfica, os principais conceitos de princípios formulados pela doutrina; 3) na terceira e última, será feito um diálogo entre as duas partes anteriores adentrando na análise, propriamente dita, do nosso problema de pesquisa.

Ao final, espera-se contribuir para reflexões acerca da principiologia constitucional e para formulações teóricas, de fato, rupturais com o paradigma moderno e adequado às exigências democráticas desta quadra da história.

2. Direito e Filosofia: ou de como o jurídico não restou imune aos paradigmas filosóficos

A Modernidade dentre as diversas rupturas com o medievo anunciou o surgimento do sujeito e a crença de que a Razão[3] levaria a humanidade a um progresso total. O direito, enquanto produto cultural, imerso neste contexto, também sofreu profundas alterações, adequando-se ao novo modo de compreender o mundo.

Pode-se apontar René Descartes como um dos fundadores da Modernidade. Afastando-se de uma onto(teo)logia essencialista, própria da cosmovisão medieval, o filósofo[4] colocava no sujeito o fundamento último das certezas. O sujeito que outrora estava perdido na busca pelas essências das coisas, agora começou a assumir papel protagonista no conhecer. Deste modo, já se anuncia uma inversão do poló na relação gnosiológica sujeito-objeto[5].

RICARDO. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. Disponível em: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174776.pdf Acesso em: 12/08/2013, p.40.

[3] Optou-se por colocar Razão em letra maiúscula enfatizando a ressignificação semântico-filosófica do termo operada na Modernidade. Na Idade Média a ideia de racionalidade estava relacionada e, em certo sentido, submissa a uma cosmovisão teológica do mundo, mais precisamente, judaico-cristã e romanista. Deste modo, o pensar e o conhecer eram atividades de adequação e\ou descoberta da ordem divina. Nos tempos modernos, com o advento Iluminismo, o homem assume a centralidade (antropocentrismo), e esta (nova) racionalidade não estaria fundamentada fora do humano, mas nele próprio. Assim, o sujeito moderno se autonomiza (auto-nomos) ao procurar compreender e explicar o mundo a partir de si próprio, do eu pensante.

[4] Nessa linha Adalberto Hommerding declara que: "A ruptura de Descartes com o passado constitui não só a inauguração da Modernidade, mas uma teoria autocosciente e reflexiva daquela, sendo que o próprio *cogito* apresenta desde logo a reflexividade como uma das características centrais da modernidade. Para Descartes, segundo o qual todos os homens podem diferenciar o verdadeiro do falso, isto é, todos têm um bom senso, o conhecimento começa pela razão. Todo o jusnaturalismo moderno (Rosseau, Kant, Hegel, Locke), a partir daí, baseia-se, assim, na idéia de que o Direito é governado pela razão". HOMMERDING. Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.49.

[5] No que tange a esta relação, a Modernidade tentou-se suplantar o objetivismo (realismo filosófico) e consequentemente, a metafísica tradicional. De origem aristotélica, a metafísica era "entendida como ontologia, doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual não é, se refere às determinações

A racionalidade tinha como suporte as denominadas ciências da natureza e exatas, sobretudo, a matemática. O mundo era visto como um "cosmos geométrico"[6] a ser compreendido em um processo de fragmentação, decomposição, e recomposição[7]. O método exsurge como fiel condão da verdade.

Outro filósofo de importância ímpar na Modernidade foi Imanuel Kant (1724-1804). Na *Crítica da Razão Pura*[8] (1781) Kant faz teoria do conhecimento, procura investigar como é possível o conhecer e quais são os seus limites. Em uma síntese entre o racionalismo e o empirismo, o filósofo não nega a experiência, entretanto, sustenta que o conhecer somente é possível devido à existência de intuições puras de espaço e tempo, *a priori*, embutidas na mente humana.

> O idealismo transcedental de Kant sustentava que a "experiência", se consubstancia numa unidade de "representações", e que esta unidade não resulta, pura e simplesmente, dos dados da sensibilidade mas é proporcionada pela função ordenadora das "categorias" nos juízos. Ora, as "categorias" têm origem apenas no entendimento (*Verstand*) e idependentemente da sensibilidade (...)[9]

---

necessárias do ser" (STRECK, 2010, p.13). Assim, acreditava-se que a essência estava nas coisas. De modo diverso, o pensamento moderno desloca o *lócus* gnosiológico para a razão humana. Nesse sentido, "o fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença da *illuminatio divina*. O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra "sujeito" muda de posição. Ele passa a "assujeitar" as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão, (...) (*idem*). STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

[6] Descartes apresenta sua predileção a referência geométrica da verdade na premissa de "(...) não aceitar coisa alguma por verdadeira que não afigura-se mais clara e mais correta do que se me haviam afigurado anteriormente as demonstrações dos geômetras." Cf. DESCARTES. *Discurso do método*. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.69.

[7] Coadunando com o exposto e ainda traçando uma ruptura entre o jusnaturalismo moderno (jusracionalismo) e o medieval, Ovídio Baptista assevera que "as origens racionalistas do Direito Processual Civil moderno, desse direito natural laico, nascido como reação ao direito natural de origem aristotélico-tomista da Idade Média. Cuida-se de novo direito natural nascido sob inspiração da metodologia analítica de Descartes, influenciada, por sua vez, por Galileu. Há duas características que o distinguem do jusnaturalismo medieval: a utilização do método analítico-sintético, empregado nas ciências da natureza, por meio do qual os fenômenos deveriam antes ser decompostos, de modo que, através da análise de seus instrumentos estruturais se tornasse possível a síntese posterior, tal como fizera Galileu". Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.66.

[8] Mister se faz destacar que nas duas primeiras partes da *Crítica da Razão Pura*, Estética Transcendental e Analítica Transcendental, o filósofo desenvolve suas abordagens a patir da análise da matemática e da física. Não por acaso, o positivismo, enquanto, paradigma científico, forjou-se sob égide, também, da Lógica e da Matemática, na busca de certeza, da segurança, da previsibilidade. Nesse trilhar Rafael Tomaz de Oliveira pontua que: " (...) a virada Kantiana e sua crítica transcedental ao direito haviam colocado a reflexão jurídica no nível da pura positividade a partir da exclusão da coisa em si. Neste nível de fundamentação, dada a conhecida proximidade de Kant com as ciências exatas da natureza e a certeza matemática de sua filosofia, a passagem para um modelo positivista de ciência, inspirado nas ciência naturais e a afirmação do positivismo jurídico, não tardaria acontecer". OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito.* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008. p.116-117.

[9] Cf. LAMEGO, José. *O essencial sobre a filosofia do direito do idealismo alemão.* Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p22.

Kant apresenta também uma justificação do conhecimento científico, operando a chamada *revolução copernicana*, legando ao sujeito a constituição de sentido em sua interação com o objeto. A este respeito Umberto Padovani e Luís Castagnola em sua História da Filosofia (1974) escrevem que:

> Os princípios, as formas, têm, porém, um valor meramente fenômenico (como a matéria, assim as sensações são subjetivas, secundárias): a saber, não valem por objetos em si (*noumenons*), mas por coisas objetivadas pelo sujeito humano; por consequência, o sujeito humano não espelha as coisas, mas as constitui. É esta a famosa *revolução copernicana* (idealista), que Kant se vangloria: isto é, ter colocado mo centro do mundo cognoscitivo não o objeto – como era na metafísica tradicional – e sim o sujeito[10].

Desse modo, na Modernidade o direito passa a ser compreendido em sua autônoma objetividade. Ao jurídico as análises lógico-formais, que diziam respeito à validade, em contrapartida, questões referentes à legitimidade e a moral estavam fora do âmbito de incidência das ciências jurídicas, uma vez que seriam ideias vazias da razão, metafísicas. Nesse sentido, José Lamego na obra *O essencial sobre a filosofia do direito do idealismo alemão* (2011*)* afirma:

> No entanto, este "retorno a Kant" na filosofia do Direito – a filosofia do direito do neo-kantianismo – ia buscar apoio ao método exposto por Kant na "Analítica Transcendental" da Crítica da Razão Pura (1781), relativo ao problema da "dedução" transcedental dos conceitos puros do entendimento, afastando-se, com isso, da doutrina Kantiana da razão prática sobre o direito, sob o pretexto de que "*Kant deixou cair, na sua* Metafísica dos Costumes, *em relação a doutrina do direito o método crítico e permaneceu nos trilhos do direito natural"*.
>
> A filosofia jurídica do neo-kantianismo desloca a questão da determinação filosófica do conceito de Direito do domínio da filosofia prática para o âmbito da teroria do conhecimento jurídico e responde à questão *quit sit ius?* com a definição do conceito de direito como forma lógica, transcedental, da experiência jurídica. (p.67, 2011)

Em plena primazia da Razão Teórica, a regra jurídica seria "descoberta" ou "criada", de forma a se tornar um imperativo atemporal com sentido pré-fabricado apriorísticamente antes mesmo da realidade concreta, e, sem dela depender, subsistindo por si só[11].

> Por certo, a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para a produção do conhecimento científico no direito. Isso levou – de acordo com a atsmofera intelectual da época (problemática que, no entanto não está superada) – a uma aposta em uma racionalidade téorica asfixiante que isolava/insulava todo o contexto prático de onde as questões jurídicas realmente

[10] Cf. CASTAGNOLA, Luís; PADOVANI, Umberto. *História da Filosofia.* 10º Ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1974, p.362-363.

[11] Nesse sentido Karl Larenz assevera que: "O que está nos antípodas da ciência do Direito do século XIX, que em regra julga-se ainda não só como o dever, mas com o poder de revelar a razão mais ou menos oculta na lei, de libertar cada norma da lei do seu isolamento empírico, de depurar, digamos, reconduzindo-a a um princípio superior ou a um conceito geral, e promover, deste modo, a espiritualização do «positivo»". Cf. LARENZ, KARL. *Metodologia da Ciência do Direito.* 6º Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991, p.40.

> haviam emergido. Melhor dizendo, essa racionalidade teórica possibilitou – e continua a possibilitar –"entender" o direito em sua "autônoma objetividade"[12].

O Direito é elevado para além da historicidade[13], para o mundo abstrato da lógica, da matemática, no qual se acreditava que seria possível o conhecimento científico. O processo de codificação do direito representa a consolidação deste ideal jusracionalista. Como exemplo cita-se o exegetismo francês, que ao transformar a jusrisdição num poder nulo e invisível, cabendo ao juiz apenas declarar a *mens legis* - já que *lex* e *ius* tornaram-se uma mesma coisa - consequentemente, encerrou o direito na lei, ou melhor no(s) código(s).

Importante observar que neste contexto surgiu o mito do legislador racional. Este, a partir de uma racionalidade moderna, possuiria uma capacidade pleniponteciária de conhecer toda realidade e impor leis gerais e abstratas capazes de regulá-la com precisão, e antecipando todo o provir[14]. Desta forma, o que restava ao juiz era apenas e tão somente declarar a resposta jurídica que existia, pronta e acabada, antes do surgimento das perguntas.

> A transferência pura e simples dos princípios matemáticos para o âmbito de uma ciência social como o direito não teve outro resultado que não a generalização e contrubui decisivamente para que se pensasse na jurisdição como a atividade estatal puramente a serviço de esclarecer o que o legislador já havia previamente dito[15].

Neste ambiente se desenvolveu o Juspositivismo do séc.XIX como um contraponto aos sistemas puramente idealistas, sejam de índole moral, filosófica ou religiosa – estes entendidos como jusnaturalistas – e contra as incertezas por eles geradas no fazer jurídico.

O Positivismo Jurídico neste período apesar de um traço comum apresentará versões diferentes em virtude do recorte epistemológico daquilo que se poderia compreender como "positivo", como "fato". Assim, observa-se a existência de movimentos com suas

---

[12] Cf. STRECK, *Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.457.

[13] Neste sentido Streck afirma que: "O positivismo atinge seu desiderato – repito nas suas mais diversas manifestações – *quando consegue descolar a enunciação da lei do mundo concreto*, ou seja, quando transforma a lei em uma razão autônoma (mesmo quando, nas posturas realistas, considera as decisões judiciais como o modo privilegiado de manifestação do direito)". Cf. Op. Cit. 2010, p.61-62.

[14] Importante também a destacar a influência de Leibniz para o desenvolvimento de uma matematização da jurisdição e, por consequência, do processo, partindo de leis gerais e abstratas. O filósofo, pertencente a uma segunda geração de jusracionalistas dois quais cita-se Hobbes, Espinosa e Pufendorf, sustentava que assim como a matemática possui seus conceitos e axiomas gerais, as demais ciências, dentre elas o direito, também deveriam partilhar destas certezas que seriam estáveis já que atemporais, não casuísticas. Assim a lógica dedutivista a partir de conceitos abstratos foi aplicada ao direito, que se apresentaria como um sistema completo sobre os parâmetros de uma racionalidade matemática. Nesse caminho Ovídio Baptista pontua que: "Como matemático genial, tendo realizado importantes descobertas nesse campo, era natural que o filósofo tentasse "geometrizar" as ciências do espírito. Este projeto incia-se com o empenho de Leibniz em criar um "alfabeto do pensamento", a partir do qual procurou aproximar seu conceito de ciência (*scientia generalis*) à ciência dos números". SILVA, Op. cit, 2006, p.77.

[15] Cf. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e Efetivação do Direito Processual Civil - a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao Projeto do Novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011, p.146.

peculiaridades seja na França, com a Escola da Exegese, na Alemanha, com a Jurisprudência dos Conceitos, e na Inglaterra com a Jurisprudência Analítica. Porém em todos é notória a consideração do Direito enquanto um fenômeno social objetivo, a recusa da inclusão de juízos valorativos ou metafísicos na análise do direito[16] e a tentativa de construir uma ciência jurídica empiricamente fundamentada[17].

Todavia, o Positivismo Jurídico não se cirscuncreve somente a este versão oitocentista, sofrendo significativas alterações no século seguinte, do mesmo modo que toda esta cosmovisão filosófica que lhe servia de alicerce ainda na Modernidade também foi questionada. Ressalta-se que este questionamento inseriu-se em um contexto mais amplo de crítica ao racionalismo, à tradição e ao conformismo expresso em vários domínios, tais como as artes e à religião. Esta contracorrente vivida na Europa no séc. XIX tem como representantes Schopenhauer, Nietzsche e Bergson[18].

Diante das novas emergências históricas[19], o direito passa a ser visto como anacrônico e/ou incompleto. A existência de lacunas legislativas apontava a falência de um ideal

---

[16] Gianluigi Palombella ao discutir sobre a Jurisprudência Analítica desenvolvida na Inglaterra, sobretudo por Bentham e Austin escreve: "A cientificidade da atividade de estudo do direito provém de se considerar o direito como um "fato", e não como um valor por realizar. O carácter factual do direito possibilita submetê-lo ao "método científico", método que esteja em condições de utilizar como critérios os princípios e a objetividade da ciência, como qualquer outra ciência do "real" (obviamente o paradigma científico é o das ciências naturais). A teoria do direito deve ser, portanto, separada da moral, exatamente por que o campo do dever-ser da moral concerne a valorações, enquanto o cientista do direito verifica, também como o auxílio da lógica, o direito como um fato, como um dado positivo, existente". Cf. PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.121.

[17] Nesse sentido, António Manuel Hespanha declara: "Esta influência "cientista" e "sociologizante" do positivismo é muito nítida no domínio do direito criminal. Prescindindo – ou considerando apenas marginalmente – de ideias da teoria penal que considera "metafísicas" (como "responsabilidade", "culpa", "expiação", "retribuição"), o positivismo procura, por uma lado, identificar factores criminógenos objectivos (as "causas do crime") e, por outro, adequar-lhes terepêuticas (não necessariamente penais) correctivas. Tal como o médico que identifica factores patogénicos e os combate com meios terapêuticos ou cirúrgicos". HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p.419.

[18] Neste trilhar António Manuel Hespanha assevera que: "no contexto histórico a que nos referimos esta insistência no caráter "pessoal" e "não racional da decisão" não pode ser desligado, por um lado, da crise do conceitualismo da pandectística, mas, também, num âmbito mais geral, de correntes filosóficos de crítica ao racionalismo, que afirmavam o primado da sensibilidade (intuição), da vontade ou da acção (*élan vital*) com forma de realização do homem, ou o caráter político (*i.e*., radicado na vontade de poder) de todos os valores". Cf.HESPANHA, Op. cit. p.407.

[19] Neste momento transitório insere-se a obra de Rudolf von Jhering. Num primeiro momento Jhering, como discípulo de Friederich Puchta, desenvolve sua teoria sob um prisma formalista e conceitualista. Deste período destaca-se a sua obra *Der Geist des römischen Rechts auf den verschieden en Stufen seiner Entwicklung*, em 4 volumes (1852-1865). Já em um segundo momento, Jhering abandona declaradamente os pressupostos anteriores, afirmava que "primeiro há que perder-se completo a fé na teoria, para podermos sem perigo utilizarmos dela". LARENZ, Op.cit, p.57. Ademais, sustentava que "acreditar na inalterabilidade dos conceitos jurídicos romanos é um posição perfeitamente imatura, que deriva de um estudo da História perfeitamente acrítico" (*idem*, p.58). Nesta mudança foi um dos precursores da chamada Jurisprudência dos interesses, deste período destacam-se as obras: Der *Kampf ums Recht* (A Luta pelo Direito) (1872) e *Der Zweckim Recht* (A finalidade do Direito), 2 volumes., (1877-1883).

codicista. Os códigos já não tinham a capacidade conter em si toda a realidade circundante. Em outras palavras, o direito legislado já não possuía todas as repostas prontas e acabadas para as infindas possibilidades do agir humano.

O movimento para o direito livre na Alemanha foi um dos primeiros a desenvolver uma crítica ao Juspositivismo do séc.XIX. Karl Larenz cita como precursor deste movimento Oskar Bülow, principalmente, em seu escrito intitulado *Lei e Função Judicial*. Em linhas gerais, Bülow afirmava que

> cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade *criadora de Direito*. A lei não logra em criar logo o Direito; é somente «uma preparação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica». Cada litígio jurídico «põe um particular problema jurídico para que não exista ainda pronta na lei a determinação jurídica oportuna..., determinação que não é possível inferir-se, com absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária das determinações da lei». Sob o «véu ilusório da mesma palavra da lei» oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser «em média a mais justa[20]».

Bülow, nada dizia acerca do critério norteador da escolha, abrindo-se espaço para uma maior liberdade de conformação do direito. Isto foi, em geral, uma das características deste movimento, sustentando, assim, o caráter voluntarista, subjetivo, da interpretação/aplicação do direito[21].

Revela apontar que vários outros movimentos intentaram suplantar o Juspositivismo primevo tais como a Jurisprudência dos Interesses[22], o Realismo Jurídico[23] e a Jurisprudência

---

[20] Cf. LARENZ, Op. cit. p.78.

[21] Outros integrantes do Movimento para o Direito Livre, como Stammler, tentavam controlar a atividade interpretativa buscando apresentar uma necessária adequação com uma tradição jurídica e a aspiração por um direito justo. Entretanto, não negavam o caráter personalista do intérprete, mas, tentava identificar critérios objetivos no processo interpretativo.

[22]A Jurisprudência dos Interesses, em síntese, procurava suplantar a lógica formal pelo estudo da vida, da pragmática, e tem como principal representante Philipp Heck. Heck entendia ser necessária uma inversão metodológica do direito, saindo do campo abstrato dos conceitos jurídicos e passando para o mundo concreto das relações sociais. Resumindo suas ideias, Larenz escreve que: «a Jurisprudência dos conceitos», limita o juiz «à subsunção lógica da matéria de facto nos conceitos jurídicos» - e, nessa conformidade, concebe o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, requerendo assim,« o primado da lógica» no trabalho juscientífico -, a Jurisprudência dos Interesses tende, ao invés, para o «primado da indagação da vida e da valoração da vida». Cf. LARENZ, Op. cit., p.64. A atividade do juiz seria *"a satisfação das necessidades da vida, a satisfação das apetências e das tendências apetitivas, quer materiais quer ideais, presentes na comunidade jurídica"* (*idem*). Em tese, pode-se afirmar que, fundamentalmente, a Jurisprudência dos Interesses pode ser compreendida como a tutela dos interesses, e que os preceitos legislativos não apenas delimitam os tais, mas são, em si, produtos destes.

[23]O realismo jurídico foi um movimento surgido nos Estados Unidos na primeira metade do séc. XX, num período de crise do estado liberal e de suas instituições representativas. Em seu discurso, apresentava uma crítica radical ao positivismo legalista e ao positivismo conceitual. Os realistas denunciavam a ideia de um sentido objetivo das normas jurídicas, perceptível dentro do sistema como um mito idealista. Segundo as palavras do juiz da Suprema Corte Americana Oliver W. Holmes (1841 – 1935) o direito nada mais seria do que a previsão do que farão os tribunais. Mario Losano resume que: "Para esta corrente, o direito se extrai das sentenças. Graças a essa análise pode-se razoavelmente (não mais, assim, racionalmente!) estabelecer como se comportarão os juízes no futuro. "What I mean by the law" afirma Holmes, são "the prophecies of what the courts will do in fact". Cf.

dos valores[24]. Todavia, mesmo afastando-se da ideia de jurisdição como declaração da vontade da lei, ao apostarem na subjetividade do intérprete juiz como escape, continuam imersos no(s) paradigma(s) filosófico(s) da modernidade, centrado(s) no sujeito.

Dessa forma o Juspositivismo do século XX, sobretudo pós-Kelsen, até a contemporaneidade reconhece o caráter subjetivo na interpretação do Direito em seu fazer prático. Hans Kelsen (1881-1973) compreendia a interpretação jurisdicional enquanto um ato de vontade. Esta não descreve, não reproduz, ao revés, cria direito que, somente *a posteriori*, seria sistematizado cientificamente.

Portanto, na decisão judicial o juiz não faria um simples exercício analítico de subsunções e silogismos. Ao contrário, sua escolha seria influenciada por fatores externos ao direito. Assim, entende ser um exercício de política jurídica, que pode ou não constar em uma das hipóteses constantes na moldura normativa. Nesse sentido, observa-se que ainda hoje a Discricionariedade Judicial continua sendo apresentada como uma das princiapais características do sistema normativo do Direito.

Do exposto, observa-se que o Direito na Modernidade influenciado pela Filosofia da época apresentou variações que vão de uma Razão Teórica asfixiante a uma Razão Prática desmesurada, isto é, ou um modelo regras fechado, sistematicamente coeso e autosubistente, ou uma abertura à volição do intérprete que embasado em valores teria liberdade para dizer o justo para o caso.

3. Afinal, o que são princípios constitucionais?

Em linhas gerais, o Constitucionalismo contemporâneo pode ser identificado como um movimento decorrente das novas constituições surgidas após a segunda guerra mundial. Estas reconheciam primazia aos direitos fundamentais e albergavam uma série de princípios jurídicos basilares como uma (re)aproximação do Direito à Ética. Isto, de certo modo, abriu ao Direito à possibilidade de uma fundamentação/justificação axiológica que proporcionaria uma legitimidade que transcedenderia àquela referente ao modelo de regras.

LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no direito*, volume II: o Século XX. Trad. Luca Lamberti. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.14.

[24] A Jurisprudência dos valores surge no pós-guerra do séc. XX na Alemanha no intuito de suplantar o positivismo normativista de Kelsen com a (re)inserção de valores no direito. Losano afirma que "jurisprudência dos valores" propôs, assim, uma teoria aberta a todos os valores – também espirituais – que pudessem inspirar o juiz. Com uma lição: os valores precisam ser compatíveis com os já presentes no ordenamento". Cf. LOSANO Op. cit. p.243.

A constituição, no dizer de J.J Gomes Canotilho, passa a ser entendida como "*um sistema aberto de regras e princípios*[25]". O constitucionalista português afirma que este é o modo mais adequado de se compreender a constituição. Pois, se esta fosse assentada apenas em regras não permitiria a "*introdução de conflictos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pulralista e aberta*" (*idem*). Em contrapartida, uma constituição apenas como princípios seria também inaceitável. Em suas palavras afirma que:

> A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflictuantes, a dependência do «possível» fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema (*idem*).

Canotilho em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* não desenvolve diretamente um conceito de princípios constitucionais. Não obstante, de sua exposição é possível extrair a compreensão destes enquanto normas jurídicas com maior grau de abstração e indeterminabilidade e que possuem caráter estrurante e fundamental no sistema, uma vez que possuem uma natureza normogenética. Na esteira de Robert Alexy, entende também que os princípios demandam uma otimização, adequando a sua *aplicatio* aos condicionamentos fáticos e jurídicos existentes.

O jurista alemão, um dos principais nomes dessa nova era dos princípios, os define enquanto

> (...) mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas[26].

Ruy Samuel Espíndola, em sua obra o *Conceito de Princípios Constitucionais* (1999), traz, no segundo capítulo, vários conceitos de diferentes juristas pátrios, dos quais se citam os seguintes:

> Paulo Bonavides: (...) a constitucionalização dos princípios constitui-se em axioma juspublicístico do nosso tempo. E mais: pontifica a tese de que os princípios constitucionaisnada mais são, em seu fundamento teórico, do que os princípios gerais do direito restituídos à sua dimensão intrínseca de valores superiores[27].
>
> Cármem Lúcia: Define os princípios constitucionais como valores superiores havidos na sociedade, postos como raiz e meta do sistema constitucional. Valores

[25] Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1162.
[26] Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2008, p.90.
[27] Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada.* 1. Ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1998, p. 129.

> transformados em princípios jurídicos, com normatividade e eficácia plena, abrigados na constituição[28].
>
> Ivo Dantas: (...) os princípios podem ser identificados através de dois processos metódicos: (i) através de pressupostos filosóficos, como os do Direito Natural, (ii) ou pela via lógica de um processo de abstração, de progressiva generalização, com base no Direito Positivo[29].

Walter Claudius Rothenburg define que os

> princípios constitucionais outros não são que os "velhos conhecidos" princípios gerais do de Direito (de um determinado Direito, historicamente situado), agora dignamente formulados através das normas supostamente mais altas do ordenamento jurídico[30].

Da análise dos vários conceitos apresentados é possível observar e reconstruir as seguintes concepções: 1) os princípios enquanto normas jurídicas abertas, vagas e indeterminadas; 2) princípios constitucionais enquanto princípios gerais do direito; 3) e princípios enquanto a corporificação de valores. Cumpre agora, compreender a problemática que se escondem atrás destas propostas conceituais.

4. Do problema conceitual dos princípios constitucionais: a operacionalização do hoje com os olhos do ontem. Ou de como ainda o direito está imerso no(s) paradigma(s) filosófico(s) da Modernidade.

Castanheira Neves apresenta uma necessária ruptura do modo de pensar e fazer o direito em relação àqueles forjados na Modernidade. A normatividade outrora limitada a lei (lex=*ius*) seria ampliada constituíndo outros elementos outrora não reconhecidos. Esta normatividade translegal poderia ser observada no reconhecimento dos "'*direitos fundamentais' acima e independente da lei e numa incondicional prioridade jurídica em relação a esta*[31]*"*. O outro elemento simbólico desta nova realidade seria o reconhecimento dos princípios como fundamentos normativos e jurídicos da juridicidade, transcendendo um modelo de regras autosubsistentes.

> Princípios estes que se distinguem decisivamente dos "princípios gerais de direito" que o positivismo normativista-sistemático via como axiomas jurídicos racionais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materias

[28] Cf. ESPÍNDOLA, Op. cit, p.135.
[29] Cf. ESPÍNDOLA, Op. cit, p.148.
[30] Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais.* 2º Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p.15.
[31] Cf. NEVES, António Castanheira. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra, 2003, p.107.

> fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de "o direito" em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido não apenas a sua racionalidade[32].

No que tange aos princípios gerais do direto Rafael Tomaz de Oliveira (2008) sintetiza suas principais caracterísiticas da seguinte forma:

> 1) Radical separação entre direito e fato e, por conseguinte, e por conseguinte a problemática relação entre universal e particular, o que implica a cisão entre teoria e metodologia jurídica, esta se volta ao momento aplicativo-operacional do direito, enquanto aquela tem lugar nos processos gnsiológicos de conhecimento da ordem jurídica; 2) um modelo de ciência jurídica que se pretende estruturar sobre processos matemáticos de *definição, organização e fundamentação;* 3) uma imantação do direito à lei, visto que, mesmo os elementos utilizados para suprir lacunas (princípios gerais do direito) – depois que todos os recursos endógenos fracassaram, principalmente a analogia – são conhecidos indutivamente a a partir da constatação de lacunas no sistema de regras positivas e depois reduzidas a axiomas que incorporam o sistema e são aplicados por dedução[33].

Observa-se que conceituar os princípios constitucionais dessa maneira representa uma continuidade de uma cosmovisão jurídica moderna. Nesta perspectiva, os príncípios seriam meras induções das regras que já estão em uma realidade suprafactual[34], assegurando ao direito seu isolamento da faticidade. Representa a perpetuação de uma racionalidade matematizante que compreendia os princípios enquanto sumas abstrações de uma ordem jurídica completa, coesa e unitária.

Esta perspectiva afasta dos princípios constitucionais do horizonte histórico do qual emergiram, vinculando-os à razão moderna que intentava produzir um direito atemporal.

A respeito dessa não ruptura Lenio Streck leciona que

> (...) a primeira tese é a da "continuidade", pela qual o direito é um modelo de regras e, por isso, os princípios constitucionais que emergem da tradição do segundo pós-guerra são apenas um (nova) versão, agora sofisticada, do modelo de princípios gerais de direito já existente ao tempo das metodologias jurídicas que influenciaram o pensamento jurídico no período que sucedeu a codificação[35].

Outro modo de conceituar os princípios refere-se a sua elasticidade semântica, enquanto normas abertas, vagas e indeterminadas e, por isso, carentes de uma concreção a ser realizada pelo intérprete. Esta concepção também serve como critério distintivo em relação às regras que seriam fechadas, precisas e determinadas, sendo aplicadas nos moldes do "tudo ou nada".

---

[32] Cf. NEVES, Op. cit., p.108.

[33] Cf. OLIVEIRA, Op. cit. p.52.

[34] Impende destacar que nessa mesma leitura coompreende-se a definição dos princípios enquanto axiomas de justiça. Este conceito remonta-se a um raciocínio formal, puramente lógico-matemático, que compõe o modo de pensar da modernidade.

[35] Cf. STRECK, Lenio Luiz. Ainda e sempre o problema da relação "regra-princípio": uma análise em tempos pós-positivistas. In: *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes*. 2º Série. Salvador: Juspodivm, 2012, p.320.

Destarte, esta conceituação esconde o "mito do dado" nas regras que seriam aplicadas subsuntivamente. Ademais, esta exaltação a abertura principiológica tem gerado problemas referentes à discricionariedade judicial. Assim, a escolha, o conteúdo e a extensão de sua aplicação seriam outorgados ao intérprete que fundado em si, decide. Represtina-se o sujeito moderno que assujeita as coisas e se assenhora dos sentidos.

A última proposta conceitual elencada refere-se aos princípios jurídicos enquanto valores. *Prima facie*, este conceito é teoricamente questionável uma vez que o valor não possui caráter deontológico. A norma regula o *dever-ser* enquanto um valor intenta *o bem*. Filosoficamente, a ideia dos princípios enquanto enunciação dos valores da sociedade, possui traços de um neokantianismo valorativo[36], manifestamente idealista, deslocado do mundo da vida. Como resultado, abre-se para um subjetivismo que encontraria "fora" da faticidade alguma solução jurídica sob o véu dos princípios, mantendo o direito para além do mundo vivido, *locus* no qual o Juspositivismo o alçou.

Para além de uma abordagem conceitual eivada de resquícios filosóficos modernos, outro problema, na realidade uma decorrência, é manutenção de uma atividade jurisdicional discrionária em pleno Estado Democrático de Direito.

Riccardo Guastini também[37] afirma existir uma relação entre os princípios jurídicos e a discricionariedade judicial. Inicialmente, aponta para o problema do reconhecimento jurisprudencial *ad hoc* dos princípios quando a legislação não os formula de um modo expresso.

> La operación consistente en atribuir valor de princípio a una disposición que no se autocalifica expresamente como tal es fruto de la discrecionariedad, por el hecho – ciertamente obvio – de que los rasgos caracterizadores de los principios (en relación con las reglas especificas) están altamente controvertidos en la literatura[38].

[36] Nesse sentido Streck declara: "Aliás, a referência reiterada aos "valores" demonstra bem o ranço neokantiano que permeia o imaginário daqueles que pretendem fazer uma dogmática jurídica crítica. De fato, não é exagero afirmar que, em termos teóricos, a maioria dos juristas brasileiros permanece, de algum modo, atrelada ao paradigma filosófico que se formou a partir do neokantianismo oriundo da escola de Baden (e da noção de moral pós-convencional). Ou seja, ainda estamos reféns de um culturalismo ultrapassado que pretendia fundar o elemento transcedental do conhecimento na ideia sintética de valores, sendo que a união de todos esses valores, portanto, representaria o mundo cultural". Cf. STRECK, Op. cit, 2011, p.517.

[37] Nesse sentido Lenio Streck tem-se posicionado há tempos em diversos escritos e conferências. O jusfilósofo cunhou o termo pamprincipiologismo para representar a realidade brasileira de exaltação exacerbada dos princípios. Nesta, criam-se princípios os mais variados possíveis, do mesmo modo, suas significações ficam ao arbítrio do intérprete no processo de ponderação tupiniquin. Tudo isto em detrimento do sistema de regras, como se implantasse um grau zero de sentido jurídico. Para maiores aprofundamentos recomenda-se a leitura do posfácio de sua obra Verdade e Consenso. STRECK, Lenio. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

[38] Cf. GUASTINI, Op. cit. p.39.

Entende que esta arbitrariedade[39] também se manifestaria no fato de que existem disposições normativas que ora são interpretadas como regras e ora enquanto princípios. Ilustra esta afirmação com o artigo 3º da Constituição italiana que define que todos os cidadãos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Ademais, Guastini aponta que os princípios demandariam uma atividade concretizadora do intérprete, em suas palavras declara que "*sin embargos los principios no son idóneos por si sólos para ofrecer las solución de específicas controversias: por lo general, necessitan, como suele decirse, 'concretización'*[40]". O problema é que a construção de uma norma específica para a concretização de um determinado princípio também denota a discrionariedade.

A respeito do modo de resolução dos conflitos normativos entre princípios, o jurista italiano observa que, em regra, diante a insuficiência dos métodos tradicionais de resolução de antinomias aplicado às leis, os Tribunais utilizam-se da ponderação. Este método

> conporta una doble discrecionariedad. El discrecional la operación consistente en instituir una jerarquia de valores entre los principios implicados, y es asimismo discrecional la operación consistente en cambiar el valor relativo de tales principios a tenor de los diversos casos concretos[41].

Diante do exposto, observa-se que mesmo os princípios constitucionais estando inseridos num constitucionalismo contemporâneo ainda são conceitualmente compreendidos a apartir de pressupostos paradigmáticos da Modernidade, mantendo, consequentemente, uma atividade jurisdicional inadequada com um contexto democrático.

5. Considerações finais

Sedimentou-se no imaginário jurídico brasileiro a ideia de que os princípios jurídicos representam a redenção de um direito encarcerado nos lindes juspositivistas. Desta forma, construiu-se uma abordagem conceitual, pretensamente, pós-positivista ou neoconstitucionalista.

Não obstante, observa-se que inexiste uma ruptura paradigmática com os standarts de racionalidade modernos. Não há o que se falar em superação se persistirem, dentre outros: o modelo subsuntivo; o "mito do dado" das regras; a discricionariedade, o paradigma subjetivista e a cisão entre Razão Teórica e Razão Prática.

---

[39] Neste trabalho o termo arbitrariedade é colocado como um sinônimo de discricionariedade.
[40] Cf. GUASTINI, Op. cit. p.41.
[41] Cf. GUASTINI, Op. cit. p.44.

Conforme exposto ao longo do artigo, o *modus* de conceituar os princípios constitucionais encontra raízes no arcabouço filosófico da Modernidade. Seja compreendendo os princípios constitucionais enquanto princípios gerais do direito, como abstrações das regras dentro de um sistema jurídico coeso, lógico e atemporal, que se relaciona com o Juspositivismo do séc. XIX. Ou, na compreensão principiológica como normas abertas ou enquanto a corporificação de valores, pois, em ambos os casos reconhecem uma importância ímpar a liberdade do intérprete em dizer o direito. Já estas concepções encontram respaldo no Juspositivismo do séc.XX, principalmente, em decorrência da consideração do inexorável caráter subjetivo da interpretação, que por sua vez se alicerça no paradigma subjetivista moderno.

Dessa forma, os principais conceitos dos princípios constitucionais continuam fundamentados no Juspositivismo e nos paradigmas filosóficos da Modernidade que possibilitaram a sua existência. Em todas as perspectivas apresentadas observa-se uma construção que antagoniza com uma concepção democrática, pois, ou parte-se de uma ideia sistemática e abstrata do Direito ou de uma jurisdição voluntarista. Assim, não representam uma juridicidade legitimada numa tradição que representa a comum-unidade social historicamente estabelecida.

6. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTAGNOLA, Luís; PADOVANI, Umberto. *História da Filosofia.* 10º Ed.São Paulo: Edições Melhoramentos,1974.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 1. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1998.

GUASTINI, Ricardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial.* Disponível em: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174776.pdf Acesso em: 12/08/2013

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOMMERDING. Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LAMEGO, José. *O essencial sobre a filosofia do direito do idealismo alemão.* Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LARENZ, KARL. *Metodologia da Ciência do Direito.* 6º Ed.Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991.

LOSANO, MARIO G.. *Sistema e Estrutura no direito*, volume I: das origens à escola histórica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

_____. *Sistema e Estrutura no direito*, volume II: o Século XX. Trad. Luca Lamberti. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

NEVES, António Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação.* Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito.* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais.* 2º Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e Efetivação do Direito Processual Civil - a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao Projeto do Novo CPC.* Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.
_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.* 3. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007

STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. *Ainda e sempre o problema da relação "regra-princípio": uma análise em tempos pós-positivistas.* In: Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: em homenagem ao ministro Gilmar Ferreira Mendes. 2º Série. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.