

**FERNANDA SUCHARSKI MATZENBACHER**

**O CONCEITO DE PRINCÍPIO E SUA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO  
PROCESSUAL PENAL**

**Monografia apresentada ao Curso de Graduação  
em Direito, Setor de Ciências Jurídicas,  
Departamento de Direito Penal e Processual Penal,  
Universidade Federal do Paraná, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em  
Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda  
Coutinho**

**CURITIBA  
2001**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**FERNANDA SUCHARSKI MATZENBACHER**

### **O CONCEITO DE PRINCÍPIO E SUA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL**

**Monografia aprovada como requisito parcial a obtenção de grau em Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:**

**Presidente: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR**

**1º Examinador: Prof. Antônio Acir Breda  
Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR**

**2º Examinador: Prof. Ítalo Tanaka  
Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR**

**Curitiba, de de 2001**

Agradeço ao meu professor e orientador Jacinto Nelson de Miranda Coutinho pela dedicação e amor ao seu trabalho acadêmico, o que me ajudou a encontrar um caminho a seguir. Agradeço, ainda, à minha mãe pelo valoroso apoio.

*Esse amor libertador funda o dinamismo que pervade todo o universo de cada ser. No universo todos seres existem e vivem uns pelos outros, como os outros e para os outros. Ninguém está fora desta relação includente. Mais fundamental que o princípio da sobrevivência do mais forte (Darwin) é o da solidariedade-amor de todos para com todos (Bohr).*

*Leonardo Boff*

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	v
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2. O PRINCÍPIO</b> .....	4
2.1. OS TEÓRICOS.....	4
2.1.1. Luhmann, Kant, Canaris.....	4
2.1.2. Dworkin, MacCormik e Alexy.....	15
2.2. ENSAIO CRÍTICO: Para uma conceitualização de princípio.....	27
2.2.1. Mito, Libertação e Poder.....	27
2.2.2. Análise das teorias.....	38
2.3. OS PRINCÍPIOS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	48
<b>3. CONCLUSÃO</b> .....	58
<b>4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	60

## RESUMO

O presente estudo intenta, através de uma visão transdisciplinar, a construção de um conceitualização de princípio adequada para o Direito Processual Penal. Tal propósito se dirige por uma visualização das teorias aqui consideradas mais importantes a respeito dos sistemas, assim como aquelas que tratam dos princípios diretamente e também da argumentação jurídica. Há também uma análise do mecanismo de fundamentação dos princípios. Aborda-se por último o pensamento sobre o tema diretamente para o processo penal, concluindo sobre a sua importância. O estudo visa adequar a importância da utilização dos princípios em oposição a um pensamento que os despreza em nome de uma segurança jurídica. Ademais, trata-se dos princípios como meios viabilização da jurisprudência criativa. Sua conceitualização parte deste aspecto. Destarte, eles devem sempre estar compatíveis com sua inserção em um sistema, o que é fundamental, de modo a sempre terem íntima relação com seus demais elementos e demais princípios. Além disso, os princípios serão analisados também em sua vulnerabilidade. Será demonstrado seu caráter mítico, que o faz um lugar de representação da verdade. A partir daí se demonstrará seu caráter histórico, assinalando para a impossibilidade de ser verdade, e por fim o colocando como um lugar de luta contra a exclusão. No que concerne ao direito processual penal se concluirá, depois de uma abordagem do conceito de princípio a ele direcionado, pela necessidade dos princípios nesta disciplina. Acentua-se sua estreita ligação com a carta constitucional, pois defende direitos fundamentais. Decorre daí o seu caráter garantista e a necessidade de uma condenação justa.

**Palavras chave:** princípio, direito processual penal, mito, sistema.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de apresentar uma conceitualização de princípio direcionada especialmente ao Direito Processual Penal. Para tanto, será feito um estudo transdisciplinar. Utiliza-se, deste modo, da sociologia, filosofia e psicanálise, acoplados ao Direito.

O estudo dos princípios é de extrema relevância para o Direito atual. Isso porque, este muito tem sido influenciado por noções que prezam por uma falsa segurança jurídica, o que acarreta uma deturpação de sua realidade.

Neste trabalho, contudo, se priorizará um tratamento do Direito adequado à realidade humana, uma realidade onde os homens tem pulsões e são diferentes no decorrer da história. Assim, é impossível uma abordagem de uma disciplina que trata dos aspectos mais íntimos e obscuros do homem, qual seja, o Direito Processual Penal, e desejá-la cartesiana. O próprio Descartes, afinal, admitia que seu método só era possível em ciências exatas como a geometria e a matemática.

Não se pretende, portanto, um Direito matemático. Intenta-se, ao contrário, colaborar para a construção de um Direito acima de tudo humano. Que remédio há, deste modo, senão considerá-lo falho? O Direito é falho porque não tem capacidade de trazer certeza ou proporcionar total segurança. As suas respostas, assim, nunca trarão em seu bojo a determinação de uma verdade.

A verdade das disciplinas científicas, assim como aqui se a concebe, guarda a conotação de adequação fato-discurso. O Direito não tem esta capacidade, isto porque não trata de fatos diretamente, mas de discursos feitos após uma confusa concatenação de fatos e muitas idéias. Isto dá origem aos valores. Não há como, assim, buscar um Direito totalmente seguro.

Neste sentido, qualquer teoria que vise a segurança cai no vazio. Isto porque, mesmo que se admita outro conceito de verdade para o Direito, ele se torna distorcido, incompreendido e falso.

Finalmente, teorias que admitam a impossibilidade de determinação de onde está a verdade do Direito e prezam pela segurança jurídica mesmo assim, acabam se

tornando uma multiplicidade de temas, sortidos de uma experimentação que acredita-se ter dado certo. Esta, no entanto, nunca dará certo enquanto se desprezar os valores.

Não se pode negar que o Direito é uma disciplina essencialmente valorativa. Sua função não é apenas regular a vida em sociedade, mas direcioná-la da melhor forma para um ética do bem de todos, da percepção do excluído. Qualquer concepção diferente desta, torna-se enganosa e oportunista, ainda mais quando se trata uma disciplina no Direito onde especialmente não se pode negar a constante existência de questões envolvendo os direitos humanos. Trata-se do Direito Processual Penal.

A partir deste embasamento teórico, a construção pretendida neste trabalho delinea-se em três aspectos essenciais: primeiramente, visa a análise dos princípios desde a localização da sua relevância para campo do Direito; passa por abordagens que visam situar qual o caráter dos princípios com que se pretende trabalhar; e ainda, direciona-se a inserir os princípios dentro da realidade, permitindo que se tornem instrumentos para a luta social.

Para o alcance de tais propósitos, a abordagem aqui pretendida percorre a teoria dos sistemas, iniciando-se pela teoria autopoietica de Niklas Luhmann, passando pela teoria de Immanuel Kant e desembocando em Claus-Wilhelm Canaris. Posteriormente, será abordado o pensamento de Ronald Dworkin, que é muito bem direcionado aos princípios e, então, as críticas a ele dirigidas por Neil MacCormick e Robert Alexy. Todos estes aspectos virão a embasar a construção de uma noção de princípio própria para o Direito Processual Penal.

Em uma segunda parte, será feita uma abordagem crítica através dos pensamentos de Pierre Legendre, Enrique Dussel e Michel Foucault. Por fim, será feita uma análise especialmente direcionada ao Direito Processual Penal, seguindo-se, desde sempre, o pensamento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

Enfim, o que se pretende com este trabalho é uma visão crítica e acima de tudo realista. Isto não significa que se pretende o abandono das lutas utópicas. Muito pelo contrário, o que se almeja é um incentivo a elas. A abordagem realista nada mais faz do que determinar o lugar do sonho, pois só partindo-se de uma noção do campo de



**batalha, e não de uma ilusão, é que se pode lutar pelo homem. E o homem não é uma ilusão.**

## **2. O PRINCÍPIO.**

### **2.1. OS TEÓRICOS.**

#### **2.1.1. Luhmann, Kant, Canaris.**

Antes de iniciar a abordagem que refletirá o posicionamento adotado diante dos princípios, cabe fazer um estudo de algumas teorias que se demonstram importantes para o tema. O primeiro ponto diz respeito às teorias sobre os sistemas. Após, será analisada a teoria dos princípios de Dworkin e as teorias de MacCormic e Alexy sobre a argumentação jurídica e os princípios.

A exposição da teoria de Niklas Luhmann, logo neste primeiro item, ocorre por esta se tratar de uma visão positivista autopoiética, que é exatamente o que se irá combater neste trabalho, visto que ela se mostra incompatível com uma teoria do Direito direcionada por princípios.

Segundo Luhmann, em uma sociedade complexa o Direito funciona como um sistema parcial – diante do sistema total que é o ambiente social – que permite dar conta de tal complexidade e da maior contingência por ela gerada. Um sistema complexo é aquele em que haverão muitas possibilidades de ação, mais do que é possível realizar, devendo-se, então, escolher dentre elas. Já a contingência significa que as possibilidades podem gerar frustrações, isto é, pode ser que não ocorram como se espere. Esse sistema de complexidade gera expectativas sobre as escolhas que são feitas. Tais expectativas ficam mais seguras diante da experiência.

Há ainda, no sistema social de interações, expectativas sobre as expectativas dos outros, isto é, não se sabendo como os outros vão agir, cria-se expectativas sobre as expectativas que o outro tem do mundo, adquiridas pela sua própria experiência. Há, neste contexto, expectativas sobre as expectativas que os outros tem sobre o comportamento deste que espera. A partir daí, as pessoas atuam conforme esperam que os outros esperem que elas atuem.

O Direito surge, neste contexto, com a função de facilitar as expectativas sobre as expectativas, não tendo, desta forma, funções como por exemplo a educativa. Esta facilitação da complexão de expectativas se dá através de seleções prévias dentre as diversas possibilidades, de modo que fica mais fácil às pessoas saber qual o comportamento que os outros esperam delas.

A variabilidade controlada é a grande característica deste sistema jurídico positivo. Pretende-se, com isso, um Direito seguro, baseado na decisão, mas por outro lado, não estanque.

Para cumprir o intento de tal ordem de variabilidade, são estabelecidos alguns pontos básicos através dos quais se pretende um sistema autopoietico. A autopoiese do Direito pressupõe a utilização de expectativas normativas e cognitivas para separar o sistema jurídico de outros sistemas, como o ambiente social. Além disso, a institucionalização é outro fator necessário, juntamente com a utilização de esferas de sentido que cumpram com a abstração ideal. Por fim, é mister tornar estas esferas congruentes.

A utilização de expectativas normativas ocorre para estabilização do sistema e as cognitivas para possibilitar a mudança, de modo que aquelas é que formam o Direito. Ademais, há a institucionalização da seleção de expectativas e a atribuição de sentido, que se dá em variáveis graus de abstração. A positivação, neste contexto, traz a característica da variabilidade ao Direito, já que surge gradualmente como nova possibilidade diante de um Direito Natural, que se confundia na sociedade e proclamava-se eterno.

As expectativas normativas são aquelas que diante de frustrações não são mudadas, não assimilam tais frustrações, isto é, não aprendem com estas. Elas caracterizam o âmbito interno do Direito. Já as expectativas cognitivas são aquelas que apreendem as frustrações como sinais de mudança. Estas últimas esferas de expectativas atuam fora do sistema jurídico e permitem a este a transformação. São, portanto, o ponto de contato entre o Direito e os demais sistemas.

Com esta distinção, permite-se que as expectativas normativas estabilizem o presente, de modo que ele seja confiável. Para o Direito positivo, o presente é a esfera

da decisão. As mudanças no futuro são possibilitadas pelas expectativas cognitivas. O futuro fica, portanto, em aberto. Neste contexto, baseando-se nas experiências do passado e nas frustrações de expectativas normativas, faz-se uma nova seleção. Esta seleção cria um novo Direito para o futuro.

As mudanças na sociedade, deste modo, não entram no Direito diretamente. Antes disso, devem ser transformadas em expectativas normativas, isto é, devem adquirir a conotação lícito/ilícito. Enquanto não se estabelecem como tais, elas continuam indiferentes para o Direito.

Para a atuação deste proposto sistema, ademais, deve haver uma forma de imposição das expectativas normativas e de assimilação das cognitivas, que as torne diferenciadas. Para tanto, as decisões sobre quais expectativas serão selecionadas cabe a um determinado grupo de pessoas. Estas são titulares de um papel, cuja função na sociedade é justamente realizar estas decisões. Através desta função, representa-se o todo por meio de uma suposição de seu consenso. Tudo isto, saliente-se, deve ser feito de forma estruturada, institucionalizada.

A institucionalização, no Direito Positivo, para cumprir sua função de variabilidade controlada, deve se realizar em um sistema que permita determinar quem ocupará estas funções de seleção. A partir daí, Luhmann determina outro mecanismo da autopoiese: a reflexividade. A partir deste mecanismo, institucionaliza-se a institucionalização, normatiza-se a normatização, de modo que o sistema se reproduza por seu próprios meios.

As instituições que possibilitam ao Direito que atue entre as expectativas cognitivas e normativas funcionam de maneira a selecionar aquelas que farão parte do sistema jurídico.

Uma seleção prévia deve ser realizada pelos partidos políticos. Eles são entidades que, representando determinados interesses, vão analisar as questões sociais emergentes. A partir do consenso dos diversos partidos políticos, o legislativo faz a sua seleção. Até então, a análise se deu através da cognição de expectativas diante da experiência jurídica e da do ambiente. Determina-se neste ponto, quais as expectativas serão normatizadas, caracterizando aí o lícito e o ilícito. Esta é a fase legislativa.

Por último, há outro tipo de seleção, realizada pelo judiciário. Este, por sua vez, não pode ser influenciado pelas discussões e questões políticas ou cognitivas. Ele simplesmente atua através das expectativas estruturadas, isto é, selecionadas pelo legislativo a partir do modelo de programação condicional que se traduz no estabelecimento de conseqüências para ações, ambas determinadas previamente. Age, deste modo, o judiciário, através do modelo de expectativas normativas, completamente alheio à análise de frustrações.

Esta separação se dá para permitir que o sistema seja consistente, dando segurança às expectativas das expectativas, e ao mesmo tempo possibilitando a mudança. Destarte, atua o judiciário apenas diante de expectativas normativas, não podendo agir influenciado pelas mudanças sociais. Enquanto isso, o legislativo, apoiado pela discussão política, assume a tarefa de assimilar as mudanças sociais traduzindo-as em novas seleções que, então, orientarão a decisão do judiciário.

Neste contexto, a legitimidade do sistema jurídico positivo, na concepção de Luhmann, não se fundamenta em fatores externos a ele, mas apenas em dois fatores internos: a “eficácia simbólica generalizante da força física”<sup>1</sup>, que impõe as expectativas normativas, e a “participação em processos”<sup>2</sup>, que é a forma de institucionalização.

A força física deve funcionar apenas como mecanismo simbólico que mostra que o Direito deve ser cumprido. A necessidade de sua efetivação, conseqüentemente, demonstra o fracasso do sistema.

Estas são as formas ideais de normatização (pela sanção) e institucionalização (por processos) que são congruentes entre si, permitindo a variabilidade controlada do Direito Positivo.

Cada uma destas formas necessita da outra para a realização do propósito do sistema. A atuação isolada da força física é mecanismo relacionado a sistemas de terror. Deve-se aliá-la a outro mecanismo: a utilização de processos (político,

---

<sup>1</sup> Luhmann, N. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 64.

<sup>2</sup> id

legislativo e judiciário). Esta, por sua vez, permite ao Direito refletir um consenso geral suposto.

Um outro fator importante para o Direito Positivo, que deve ser aliado a estes acima descritos, é a necessidade de um sentido interno. O sentido se determina através de quatro fatores, que devido a sua maior ou menor abstração podem ser regulamentados pelo Direito Positivo. Estas esferas de sentido permitem que se tenha expectativas com referência a fatores determinados, são complexos de sentido. Estes podem ser as pessoas, os papéis, os programas e os valores. O Direito, na perspectiva luhmanniana, seleciona expectativas possíveis diante de papéis e programas.

Os papéis possibilitam a criação de expectativas de uma forma razoavelmente abstrata, já que as expectativas se ligam às funções de determinado papel.

Outra esfera de expectativas que pode ser regulamentada pelo Direito é a de programas. Eles funcionam como regras que valem para um número geral de pessoas. Estas esferas de expectativas podem ser reguladas pelo Direito já que seu grau de abstração não é tão baixo como são as expectativas com relação às pessoas, que se ligam às características próprias destas. O grau de abstração também não é tão alto quanto o dos valores, o que impossibilitaria uma integração com o ambiente.

Destarte, os valores até poderiam ser estruturados no Direito, mas não poderiam ser inseridos na forma de normas, isto é, programações condicionais, que valem em qualquer circunstância. O Direito possível, assim, realiza-se na congruência da normatização, institucionalização e abstração. Estas, portanto, devem ser compatíveis entre si, o que seria impossibilitado pela positivação de valores.

Observe-se que para Luhmann: “tendo em vista os programas, os valores são ideologizados, isto é inutilizáveis”<sup>3</sup>. Esta observação mostra o descaso deste modelo de sistema com relação aos valores. Embora ele não descarte a importância dos valores para o Direito, determina que eles não podem fazer parte do Direito positivo.

Ao desprezar os valores, a questão da unidade do sistema é vista de forma funcional, como o próprio Luhmann diz. Ela é atribuída, assim, à congruência das

---

<sup>3</sup> LUHMANN, N. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 108.

estruturas de expectativas. Esta se caracteriza pela compatibilidade das esferas da normatização, institucionalização e abstração. Essas se concretizam, para tal intento, na utilização da sanção, do processo e de programas, respectivamente.

Este sistema, proposto por Luhmann, possibilita pensar negando outras possibilidades. Deste modo, o que não está positivado não interessa aos juristas. Com isso, a utilização de princípios para a unidade do Direito não é o melhor fator, pois deixa uma indeterminação quanto às possibilidades negadas.

Outro aspecto importante a ser analisado na teoria de Luhmann é a questão do controle. Para ele há três formas de controle: o hermenêutico, o profissional e o político. O controle hermenêutico ocorre pela argumentação, que se dá pelos advogados de forma a direcionar a interpretação do Direito. Desta forma, através do diálogo os advogados controlam-se mutuamente e ambos ao juiz.

Já o controle profissional é atuado reciprocamente pelos juristas, por exemplo, através de grupos de referência. Todavia, este tipo de controle não funciona mais, visto que os profissionais tem outros interesses a defender que não a lisura da aplicação da lei.

Estes tipos de controle atuam sobre a correção da atuação jurisdicional. Com relação ao controle político, está-se a falar da atuação política de seleção prévia das expectativas. Atua ele, não sobre a correção, mas sobre as conseqüências dos atos jurisdicionais. Este controle, entretanto, não é reconhecido institucionalmente.

O próprio Luhmann admite que tais critérios são insuficientes. “...também na área do direito tem que ser desenvolvidas novas formas de controle, que se refeririam ao plano da programação, isto é, às decisões sobre as decisões, para cujo âmbito decisório poderiam ser obtidas e processadas as informações que apontassem as mudanças desejáveis dos programas”<sup>4</sup>

Um controle ideal seria o político, mas de forma funcionalmente eficiente. Isto se daria pela institucionalização deste tipo de controle, isto é, pela institucionalização da possibilidade de se saber os efeitos da aplicação das leis, de modo a perceber o que deve ser mudado.

---

<sup>4</sup> op. cit. p. 96

Como se pôde perceber, as mudanças no Direito não acompanham diretamente as mudanças sociais. O Direito é, neste sentido, um espaço de decisão no presente diante de expectativas para o futuro. Esta decisão elimina a complexidade, pois torna as outras possibilidades indiferentes. A mudança se dá no futuro, através de um processo institucionalizado.

O Direito é, todavia, influenciado e também influencia mudanças sociais. À sociedade cumpre o papel de, a partir do novo Direito, assimilá-lo. O Direito, por sua vez, estabiliza as conquistas evolutivas sociais.

Esta é teoria de Luhmann, e, tal como foi apresentada acima, fundamenta-se na autopoiese. A partir de agora, estudar-se-á brevemente a concepção de sistema de Kant, que é o primeiro passo para se chegar à noção de sistema para Canaris. Este parece ser o mais adequado frente ao luhmanniano.

Kant apresenta uma visão de sistema elementar, na qual a necessidade de ordem e unidade é basilar. O sistema para ele, fundamenta-se em uma arquitetura em torno de um objeto comum. Este sistema estrutura-se em um único fim interno e superior a todo o resto, sob o qual se dará a unidade de sentido. Cada sistema articula-se internamente, mas também externamente em relação aos outros sistemas em busca de um ideal comum.

Em suma, o sistema kantiano envolve a idéia de unidade diante de um fim comum unificador e também ordem interna, na relação entre os seus componentes.

A idéia de Canaris, como dito, fundamenta-se principalmente em Kant, e direciona-se à formulação de que o Direito é um sistema. A concepção de Kant deve conter duas premissas essenciais: a unidade e a ordenação, como já foi dito. Elas manifestam-se no Direito, segundo Canaris, pela adequação valorativa e unidade interna, respectivamente.

A adequação valorativa age no Direito a partir da consideração deste não apenas como um sistema lógico, mas teleológico-axiológico. Destarte, com a entrada de uma nova norma no sistema, esta deve ser analisada em sua relação com as demais normas de modo que em seu conjunto elas possibilitem dar ao igual de forma igual e ao diferente de forma diferente na medida de sua diferença. Através deste princípio da



igualdade, que deve se realizar formalmente, é que ocorre a adequação valorativa, logo, a ordenação no sistema jurídico.

A unidade também é pressuposto que se encontra no sistema jurídico. Ela ocorre através dos Princípios Gerais do Direito. A eles todas as singularidades do sistema devem se subsumir, de modo a adquirirem um sentido comum.

Deve-se perceber, no entanto, que nem todos os princípios jurídicos são unificadores, apenas os que sejam gerais, fundamentais. Ademais, os princípios não devem ser confundidos com as conexões da vida. Eles, na verdade, inserem juridicamente as conexões da vida.

Há que diferenciar, ainda, princípios jurídicos de valores. Aqueles já indicam uma consequência jurídica, enquanto estes não o fazem. Nas palavras de Canaris: “... o princípio está em um grau de concretização maior que o valor: *ao contrário deste, ele já compreende a bipartição, característica da proposição de direito em previsão e consequência jurídica*. Assim, por exemplo, por detrás do princípio da autodeterminação negocial, está o valor da liberdade...”<sup>5</sup>.

Faz-se mister delinear ainda, com relação aos princípios, algumas funções por eles exercidas. Os princípios são passíveis de exceções e de contradições. Sofrem exceções quando o fator que o contradiz não tem status de princípio pois não tem generalidade e categoria bastantes para isto. Já uma contradição, ocorre quando este fator tem também categoria de princípio.

Outra característica dos princípios é a sua interligação. Assim, eles só fazem sentido quando relacionados com aqueles que os complementam e também com os que os limitam. Além disso, saliente-se que as consequências jurídicas de um princípio não são exclusivas a ele.

Um último aspecto sobre o assunto, é que os princípios não tem aplicabilidade imediata. Devem, portanto, ser normatizados. Na medida em que um princípio sofre este processo, novos valores necessitam ser considerados, porque novas questões vão aparecendo. Tais valores não constituem a unidade do sistema, mas podem fazê-lo em âmbitos parciais deste.

Os princípios ainda atuam na abertura do sistema, que é diferente da sua mobilidade. O sistema do Direito é aberto principalmente pela presença da interpretação criativa do Direito. Como Canaris nos ensina: “...em especial, a abertura do sistema não tem qualquer significado para a admissibilidade da interpretação criativa do Direito; esta não é admissível por aquele ser aberto; antes aquele surge aberto porque esta – por razões exteriores à problemática do sistema – é admissível.”<sup>6</sup>

O Direito Positivo modifica-se pela legislação, pelo costume e, ainda, pela criação jurisprudencial. Esta, entretanto, não pode fundamentar a modificação por si, já que não é considerada como fonte do Direito, e isto, segundo Canaris, é unânime na doutrina. Desta forma, para gerar mudanças, deve-se fundamentar no sistema. O ponto de fundamentação de que se utiliza é os Princípios Gerais do Direito.

Enquanto os princípios sejam extraídos do próprio sistema, por indução ou por analogia, não há problemas. Pois desta forma o que mudou foi apenas na esfera da doutrina, isto é, a interpretação do sistema através de seus princípios.

O problema surge quando eles partem de fora do sistema. Isto porque não há como se fundamentar uma mudança no sistema positivo sem se estar atrelado às suas fontes. A solução, para isto, é utilizar como fontes subsidiárias a “natureza das coisas” e a “idéia de direito”. Estas duas fontes servem, então, como critérios de validade dos Princípios Gerais.

A partir daí, a criação jurisprudencial, que é fundamentada nos princípios, está completamente baseada nas fontes do Direito. Há que se dizer que ditas fontes são subsidiárias, visto que não podem ser aplicadas caso contrariem os valores da lei e do costume. Além disso, estas fontes se caracterizam por sua contextualização histórica e também de acordo com a consciência jurídica geral.

Até aqui, falou-se na inovação do Direito Positivo em si. Com relação ao sistema doutrinário da ciência do Direito, por sua vez, deve-se dizer que todas as suas inovações são decorrentes do Direito Positivo. Assim, muitas novas interpretações do

---

<sup>5</sup> CANARIS, C-W. *Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do Direito*. 2.ed. Tradução de: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 86-87.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p.111-112.

sistema surgem através da doutrina. Mas isto não muda o sistema jurídico positivo em si.

Além de aberto, pois possibilita a criação jurisprudencial, o Direito deve ser analisado pela sua mobilidade. Este conceito vem de Wilburg e se traduz basicamente na “igualdade fundamental de categoria e substitutividade mútua dos competentes princípios ou critérios de igualdade.”<sup>7</sup> Desta forma, não há um único princípio que seja hierarquicamente superior. Eles tem o mesmo nível e, além disso, são substituíveis um pelo outro.

No geral, Canaris não considera que o Direito Positivo alemão tenha estas características de mobilidade, pois para ele os princípios tem, no mais das vezes, um campo de atuação delimitado, onde não podem ser substituídos. Ademais, prefere-se normas determinadas do que deixar a decisão à discricionariedade do juiz, ainda que esta seja vinculada.

O sistema móvel é um meio-termo entre as cláusulas gerais (acabam se baseando em conceitos muito esparsos que desembocam na simples equidade), e as regras rígidas. O Direito deve, para Canaris, conter estas três dimensões.

Neste contexto, o sistema é um meio eficaz para obtenção das proposições jurídicas, ao contrário de muitos que acreditam que ele só serve para representação e ordenação. A ordenação sistemática, enquanto teleológica, permite que novas normas sejam descobertas e criadas a partir do todo sistêmico.

A interpretação sistemática se dá como uma extensão da interpretação teleológica. Já a doutrina e sua interpretação são uma extensão da interpretação gramatical. Com a análise sistemática busca-se uma *ratio iuris*.

A conservação do Direito se dá através da preservação deste contra contradições. Uma das formas disso ocorrer é que a interpretação criativa do Direito se dê respeitando os princípios internos.

Os princípios, ainda, exercem outro papel na preservação do sistema. Eles possibilitam, devido a sua generalidade fundante, a existência de lacunas, que dão espaço ao juiz para a jurisprudência criativa. Esta base que se tem na lei para a

---

<sup>7</sup> *ibid.*, p. 129.

interpretação criativa é viável porque tendo um fundamento no sistema é muito mais fácil comprovar a importância de um princípio.

O sistema de Canaris, na resolução de problemas, contudo, tem algumas limitações por ele mesmo apontadas.

Diante de quebras no sistema, há uma quebra da unidade e da adequação valorativa. Isto se dá porque, ou os valores do sistema são diferenciados dentro dele onde não deviam, havendo contradições, ou estas se dão nos próprios princípios.

Antes de descrever os casos em que as quebras ocorrem, deve-se assinalar que muitos fatores parecem, mas não são contradições. São eles: valores diferenciados justificadamente; limites intrínsecos de um princípio; combinação de princípios, isto é, quando um princípio só se torna relevante se conectado com outro; e oposição de princípios e valores. Neste último caso, o que há é uma delimitação do campo de atuação de cada um deles.

As contradições ocorrem quando há uma incompatibilidade tal que os princípios não são capazes de coexistir em um sistema sem que a sua adequação seja afetada. Elas representam ofensas ao princípio da igualdade.

A eliminação destas contradições pode se dar pela interpretação criativa do Direito. Através de uma análise sistêmica, portanto, elimina-se um dos fatores de contradição. Há casos, todavia, em que isso não é possível, pois o sistema não oferece critérios, de modo que a escolha entre um dos conflitantes seria possível apenas por arbítrio, o que vai contra o princípio da igualdade.

Uma das soluções para isto é a lacuna de colisão. Para evitar o arbítrio, elimina-se as duas regras conflitantes, de modo a criar uma lacuna. Há casos, entretanto, em que há uma contradição mas ela não fere a regra da proibição do arbítrio porque se justifica no sistema por outros motivos, como a segurança jurídica. Não pode, assim, ser eliminada.

Os casos em que há uma quebra no sistema e não há violação da proibição de arbítrio são raros, não afetando o sistema como um todo, pois a contradição se isola no sistema axiológico-teleológico.

De igual maneira, o mesmo processo utilizado para eliminar as quebras no sistema pode ser usado no caso de normas estranhas a ele, que quebrariam a unidade por serem divergentes do princípio unificador.

Além das quebras, outro fator que afeta o sistema são as lacunas de valores. Elas se dão quando não há valores no sistema para analisar determinadas situações. A sua existência não é de todo ruim, pois se opõe a uma generalização muito rígida.

Diante destas lacunas o sistema se mostra insuficiente. A solução proposta é o uso da tópica. A concepção de tópica que serve neste caso, porém, não é apenas o pensamento problemático, nem a sua vertente apoiada na retórica. A tópica de que aqui se trata é aquela que parte da dialética.

Deste modo, aspectos onde não se é possível valorar internamente são submetidos a uma discussão sobre tópicos, que são propostas de soluções. Para chegar àquela que será observada, já que os tópicos não são ordenados hierarquicamente, usa-se o senso comum dos mais sábios e da sociedade.

Através da tópica, o juiz não atua como de costume, isto é, visando encontrar o melhor entendimento sobre o sistema. Ele atua como o legislador, visando encontrar a ação mais correta para determinada situação.

A tópica atua no Direito sempre existam lacunas valorativas, atua também nos casos de remissão do Direito ao senso comum. Pode ainda, servir para o aparecimento de novos princípios jurídicos, pois eles surgem do processo dialético entre os sábios. Deve-se porém, para isto, apoiar-se nas fontes subsidiárias aqui já tratadas.

### 2.1.2. Dworkin, MacCormick, Alexy.

Concluída a abordagem da teoria dos sistemas, cabe agora um estudo mais específico sobre os princípios. Para tal intento, inicia-se a abordagem pela teoria de Dworkin, para posteriormente apresentar as críticas advindas de MacCormick e Alexy.

A partir da crítica ao positivismo, enfocando-se basicamente em Austin e Hart, Dworkin formula sua teoria, na qual os princípios assumem importante relevo. A

crítica se dá, basicamente, pelo desprezo de Austin e Hart, enquanto positivistas, aos princípios.

Austin formula sua teoria atribuindo a existência do Direito a um grupo soberano que estipularia os comandos a serem seguidos por todos. As leis, caracterizadas por serem um conjunto de comandos, são, assim, determinadas por este grupo, ao qual a sociedade deve obediência. Austin defende que o grupo soberano atribui ao juiz a discricionariedade para criar normas no caso da omissão destas na disciplina de determinado ato.

Dworkin discorda de Austin em basicamente dois aspectos. Primeiramente não aceita a idéia de um grupo específico e soberano para criar normas, pois na sociedade moderna o controle é pluralístico e está sempre mudando. Ademais, acredita haverem outros fatores que influenciam o Direito além das leis. É o caso dos costumes e dos princípios gerais.

Hart, a seu turno, discorda de Austin em alguns aspectos, embora ambos sejam positivistas. Para aquele, as normas são de diferentes tipos lógicos. Ele as divide em normas primárias e secundárias. Aquelas atribuem direitos ou obrigações, estas estipulam como as primárias devem ser aplicadas, reconhecidas, modificadas ou extintas. As normas secundárias são chamadas normas de reconhecimento.

O que diferencia o sistema jurídico dos demais sistemas sociais é exatamente a norma de reconhecimento. Isto porque ela filtra as normas que deverão fazer parte do sistema jurídico. Deste modo, só as normas que cumprirem as exigências das normas de reconhecimento serão consideradas leis, fazendo, assim, parte do sistema do Direito. Daí a diferenciação para com os sistemas morais, por exemplo. Saliente-se que os critérios para determinação das leis, isto é, o conteúdo das normas de reconhecimento, diferem em cada tipo de sociedade.

Ainda diferentemente de Austin, Hart entende que não é apenas um poder soberano que determina quais as normas devem ser válidas em um sistema. Para ele, também é o poder público que determina as regras a serem obedecidas. Todavia, este não é soberano, isto é, as normas só são válidas a partir do momento em que haja a aceitação de seus destinatários através da atuação conforme a regra. Além disso, como

já explicado, a norma só é vinculante enquanto obedeça aos critérios da norma secundária.

Quanto a Hart, ainda, cabe mais uma observação: na falta de uma solução para determinado caso difícil, onde não haja uma regra da qual se possa deduzir a solução, ele propõe a discricionariedade do juiz para criar a norma.

A posição de Dworkin frente a tais teorias vem através de críticas em diversos aspectos. A mais importante delas, talvez, seja quanto à distinção entre Direito e moral. Como se viu, ambos autores determinam um critério rígido de determinação do que é Direito, de modo a, com isto, diferenciarem o Direito dos demais sistemas sociais, principalmente o moral. Austin faz isto através do poder soberano e Hart, basicamente pela norma de reconhecimento, que atesta a origem do Direito, atribuindo-lhe pedigree.

Para Dworkin, entretanto, os valores morais não podem ser dissociados dos jurídicos. Eles caminham juntos no processo de convicção do juiz, que se forma pela argumentação jurídica. Através dela e da criação de precedentes<sup>8</sup>, os tribunais lentamente criam princípios, que muito se baseiam em fatores morais. Daí se perceber a impossibilidade de separação destes dois aspectos: moral e Direito.

Diz o autor: “ When lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with some concepts seem most acute they make use of standards that do not function of rules, but operate differently, as principles, policies, and other sorts of standards.”<sup>9</sup>

Assim, Dworkin não concorda que a regra de reconhecimento de Hart seja válida para o Direito. Isto porque nele há, além de normas, princípios e diretrizes, que não são adequados à regra de reconhecimento.

<sup>8</sup> Note-se que a origem do autor é norte-americana, logo, insere-se no contexto da common law.

<sup>9</sup> “ Quando os advogados argumentam ou disputam sobre direitos e obrigações legais, particularmente naqueles casos difíceis onde nossos problemas com alguns conceitos parecem mais agudos, eles fazem uso de padrões que não tem a função de regras, mas operam diferentemente, como princípios, normas de conduta e outros tipos de padrões.” (tradução livre) DWORKIN, R. Is a law a sistem of rules? In: \_\_\_\_\_. **The philosophy of law**. New York: Oxford University press, 1977. p. 38-65.

A diferença entre princípios e diretrizes é que aqueles se caracterizam por sua referência à justiça e à equidade, são proposições que descrevem, estabelecem Direitos. Já as diretrizes, caracterizam-se por estabelecer fins sociais.

O mais importante no contexto deste trabalho, no entanto, é a diferenciação entre princípios e normas. Quanto à semelhança, ambos tem a função de regular o Direito.

O primeiro fator relevante de diferenciação é quanto à contradição. No caso de normas, havendo uma contradição, aplica-se uma delas de modo que a outra resulta inválida. O critério determinante da norma que incidirá será aquele que o sistema atribuir. Pode ser por exemplo, através da especialidade (norma especial derroga norma geral), ou então, prevalecendo aquela norma baseada em um maior número de princípios.

No caso dos princípios, contudo, não há contradição. A aplicação de um e não de outro é decidida pelo critério de peso. Será aplicado o princípio mais importante para determinado caso, de modo que o não adotado continua valendo para outros casos.

Além disso, as normas se encontram em um diploma legal e confirmam sua validade e eficácia ao serem aplicadas. Destarte, as normas só deixam de existir quando revogadas por outra lei.

As normas podem ter exceções, os princípios também. No caso de uma exceção à regra, deve haver outra explicitando-a, caso contrário ela é considerada incompleta. Os princípios também podem ser incompletos de modo que a lei venha a regulamentar tal exceção.

Os princípios tem a função de ditar o Direito e condicionar a aplicação das leis. Alguns princípios são vinculantes como as leis e devem ser tratados como elas. As leis reforçam os princípios. Algumas vezes, ainda, a aplicação da lei vem afastar um princípio.

Para Dworkin, os princípios podem deixar de existir de acordo com a mudança social. Por outro lado, um aspecto extremamente relevante e a sua grande função é que eles podem justificar a mudança da lei, dando uma nova interpretação a ela.



Diante destes papéis que se atribui aos princípios, deve-se fazer algumas observações. Quando há um caso difícil, diferentemente de Austin e Hart, Dworkin não atribui discricionariedade indiscriminada aos juizes. Nestes casos deve-se utilizar dos princípios para fornecer a resposta. Eles são capazes, ademais, de fornecer uma única resposta correta. Dworkin considera a discricionariedade um critério inadequado, pois permite que se aplique uma regra retroativamente. Para ele, o juiz não é legislador.

Pensa o autor que deve haver um processo de argumentação que, de acordo com uma determinada teoria<sup>10</sup>, justifique a resposta dada pelo juiz, e assim, faça com que este encontre a única solução correta para o caso. Faltando a regra, portanto, aplica-se os princípios, de modo que não se precisa dar ampla discricionariedade ao juiz. A resposta correta para o caso, deste modo, é alcançada através da utilização das normas, princípios e diretrizes.

As teorias, para Dworkin, como se pode perceber, não têm só uma função descritiva, ou seja, demonstrativa da atuação do juiz, mas prescritiva, de modo a indicar ao juiz uma forma de solução ao caso difícil. A utilização da teoria traz um critério racional que vai contra a incerteza do critério da discricionariedade, de Hart.

Fica claro, assim, para o autor, a necessidade de racionalização das decisões em casos difíceis e a conseqüente função garantidora, e não criadora, do juiz. A idéia da possibilidade da única resposta correta, contudo, é aspecto, da teoria de Dworkin, muito criticado. Esta possibilidade é, em sua própria formulação, associada à existência de um juiz Hércules, que pudesse perceber tudo e tivesse muita sabedoria. Seria um juiz sobre-humano (que, diga-se de passagem, tem tudo aquilo que os humanos não tem.).

Finalizando a análise da teoria de Dworkin, passa-se a um dos autores que criticam a sua teoria, o que se dá principalmente quanto à questão da única resposta correta. Está a se falar de MacCormick. Ele é formulador de uma teoria da argumentação que é um meio termo entre um critério ultra-racional e um critério irracional.

---

<sup>10</sup> As teorias apresentam-se como fundamento de validade de uma única resposta correta.

Assim, para ele, as decisões devem ser justificadas seguindo a justiça conforme o Direito vigente. Para isto, a argumentação deve se basear em premissas normativas. Porém, deve-se ter em conta que as premissas normativas últimas são os princípios jurídicos, que se caracterizam não só por derivarem de um raciocínio lógico (aí seu aspecto racional), mas também por serem decorrentes do aspecto afetivo (daí a irracionalidade). Estas premissas, conseqüentemente, não permitem chegar a uma única resposta correta.

MacCormick acredita que, em alguns casos, uma decisão jurídica pode se basear em uma argumentação seguindo apenas o critério da dedução, a partir de premissas dadas. Isto se dá em casos mais simples. No entanto, os casos difíceis necessitam de uma argumentação jurídica diferenciada. Esta argumentação tem também como necessária a forma dedutiva, mas além dela precisa de algo mais.

Para MacCormick, os casos difíceis surgem, por um lado, de problemas normativos de relevância (diz com a determinação da existência ou não de uma norma para o caso) e de interpretação (diz com a dúvida sobre qual norma deve ser aplicada). Por outro lado, no aspecto fático, os casos difíceis surgem de problemas práticos de prova (referem-se a existência da premissa fática) e de qualificação (questiona-se se os fatos existentes e provados podem subsumir-se à norma sendo, assim, relevantes para o caso).

Para resolução dos problemas dos casos difíceis, neste contexto, utiliza-se o critério da universalidade, o da relação com o sistema e o da relação com o mundo. Assim, pode-se chegar a uma decisão que não seja puramente discricionária, já que se fornecem critérios para ela.

A universalidade significa que uma regra aplicada a um caso deve ser aplicada a todos os casos que sejam semelhantes. É diferente de generalidade, porque aquela pode ser aplicada também a normas específicas, como por exemplo no caso de exceções à regra geral. Assim, pelo critério da universalidade, uma exceção aplicada a determinado caso deve ser aplicada também a um caso igualmente excepcional.

Já o critério da exigência de relação com o sistema significa que uma norma, para ser válida, não pode ser contrária ao sistema. Isto se dá em dois sentidos: deve-se

obedecer à consistência e à coerência. Uma norma consistente é aquela que não contradiz as normas de um sistema. Já uma norma coerente é aquela que se subsume a princípios gerais ou valores satisfatórios (que possibilitam uma forma de vida satisfatória).

Para o autor, princípios é o mesmo que valores. Além disso, ele não diferencia princípios e diretrizes como faz Dworkin. Desta forma, aos princípios cabe também a determinação de fins. O critério da coerência, a seu turno, coaduna com a idéia de que normas são um conjunto dotado de sentido.

Este é um fator que, para MacCormick, fornece uma certeza ao sistema, já que, através de seus Princípios Gerais, permite-se que se conheça o sistema com mais facilidade.

Além dos argumentos a partir de princípios, o critério da coerência se encontra também na argumentação a partir de analogias. Estas duas formas acabam se reduzindo, entretanto, na argumentação a partir de princípios, já que no caso da analogia, as semelhanças entre os casos se baseiam em princípios. Nenhuma das formas de argumentação segundo a coerência, todavia, permite chegar a uma única resposta correta.

Os princípios, para MacCormick, tem duas funções: aclarar o sentido das normas (função explicativa) e valorizar uma norma que seja subsumida a um princípio (função justificativa).

Os princípios expressam um fim a alcançar ou a deseabilidade de determinada conduta, enquanto as regras servem para assegurar a realização destes dois aspectos dos princípios. No caso de um conflito, estes cumprem seu papel orientando a decisão do juiz.

Para a resolução dos casos difíceis, resta ainda outro critério. As normas para serem válidas devem ter relação com o mundo. Para isto, deve a argumentação ser consequencialista, e este é o critério de maior importância na argumentação jurídica. Estes argumentos são decisivos, embora também não possam indicar uma única resposta correta para o caso.

Neste contexto, há que se diferenciar conseqüências de resultados. Estes encontram-se na própria norma. As conseqüências, por sua vez, denunciam uma relação de causalidade para com a decisão jurídica, de modo que expressam qual é o tipo de conduta ou norma que determinada decisão autoriza. Assim, na aplicação de uma norma, as conseqüências jurídicas desta devem ser aceitáveis.

As conseqüências jurídicas são avaliadas conforme valores (por exemplo o bem comum), que variam de acordo com o ramo do Direito com que se relacionem.

Ressalte-se que uma argumentação jurídica em casos difíceis se baseia, fundamentalmente, a partir de princípios e na avaliação das conseqüências, principalmente neste último aspecto. Porém, isto não permite, como já foi dito, o alcance de uma única resposta correta.

Um outro aspecto a ser avaliado com relação a teoria de MacCormick é o seu posicionamento quanto à norma de reconhecimento de Hart. MacCormick defende que esta regra se aplica, diferentemente do que pensa Dworkin, aos princípios, ainda que indiretamente. As normas se deduzem desta regra de reconhecimento e os princípios também, já que se relacionam com as normas. Esta orientação permite a diferenciação entre princípios jurídicos e morais.

Conclui-se que, nos casos difíceis, deve-se aplicar os critérios da universalidade, coerência, consistência e conseqüencialismo, ressaltando-se que os princípios estão presentes amplamente na resolução destes casos. Todavia, ainda assim pode haver mais de uma resposta correta para cada caso, cabendo ao juiz, baseando-se nos critérios acima, decidir.

Na resolução dos casos, os juízes adotam standarts que lhes são apresentados de forma cognitiva, assim como fala Hart. Todavia, para a aplicação destes, MacCormick considera que há, além disso, uma valoração interna através da qual se aceita subjetivamente tais standarts.

Apesar deste critérios, pode ser que ainda haja conflito, daí a importância dos princípios. Eles graduam os fins eliminando os incorretos.

A racionalidade é uma virtude que possibilita uma ordenação das razões, de modo a procurar a resposta correta. Porém, ela é limitada, visto que não há um sistema

de princípios que esteja frente a tudo, de forma a ser perfeitamente racional e exclusivo. Assim, os princípios, que por um lado são racionais, sempre terão outro elemento, que são as virtudes que atuam a par da racionalidade, como é o caso do bem comum e da justiça.

Finalizadas as observações sobre MacCormick, há que se falar de outro teórico da argumentação que também se refere aos princípios e a Dworkin, trata-se de Alexy. Em sua teoria da argumentação, Alexy considera que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático (discurso moral). Acredita que através de um sistema positivista de normas, como o de Hart e o de Kelsen, não é possível chegar a uma resposta adequada aos casos difíceis. Isto porque, nestes – seja por lacunas no sistema, contradições de normas ou problemas de linguagem – , não se pode deixar a decisão à discricionariedade do juiz.

Também não considera adequado se utilizar apenas dos princípios para resolver os casos difíceis e encontrar uma única resposta correta, como quer Dworkin, pois considera este um critério insuficiente. Cabe aqui algumas considerações a respeito dos princípios para Alexy.

Os princípios, assim como as regras, são normas. Para diferenciá-los é necessário mais do que o critério da generalidade, para o qual os princípios tem alto grau e as regras baixo. Deve-se, além disso, fazer uma diferenciação qualitativa.

Ainda quanto a esta diferenciação, Alexy faz uma complementação do critério de Dworkin a respeito da colisão de princípios. Para este, como se sabe, os princípios não colidem em uma relação tudo-ou-nada, mas em uma relação de peso, de modo que a utilização de um não invalida o outro.

Alexy concorda com este critério, embora acrescente que o essencial para diferenciar regras de princípios está no motivo desta colisão se realizar desta forma. Destarte, tem-se que “los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida possible, en relación com las posibilidades jurídicas e fácticas. Los principios son, por conseguinte, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su

cumplimiento no solo depende de las posibilidades fáticas sino también de las posibilidades jurídicas.”<sup>11</sup>

Os princípios, desta forma, tem uma tarefa de otimização. No fundo, esta tarefa guarda um conteúdo moral.

Com relação à possibilidade de se encontrar uma única resposta correta através dos princípios se está, como se disse, diante de um critério insuficiente.

Para que esta possibilidade existisse, deveria haver uma teoria dos princípios capaz de elencar todos eles e, ainda, ordená-los em relações de prioridade concreta e abstrata. Alexy nos ensina que, em uma “ordem estrita” dos princípios, a ordenação de cada um deles só seria possível através de uma escala numérica, o que não é realizável.

Realizável se faz, no entanto, uma ordem. Esta não é, por outro lado, um simples catálogo de topoi, mas se realiza por três aspectos: através de um sistema de prioridades, de estruturas de ponderação e de prioridades *prima facie*.

Deve-se, portanto, através das soluções dos casos concretos que envolvam conflitos de princípios, criar uma relação de prioridades. Os princípios são determinados de acordo com sua importância para um caso concreto. Cria-se, desta forma, regras que estabelecem que, diante de determinadas condições, aplica-se o princípio que tem ali prioridade. A consideração dessas regras possibilita a argumentação nos termos já referidos. Obviamente que em um novo caso, onde os mesmos princípios entrem em colisão, não será necessariamente aplicado aquele que anteriormente foi priorizado, isto porque um novo caso sugere situações diferentes das do caso anterior que, assim, podem ter desfechos diferenciados.

Já no que concerne ao segundo aspecto, isto é, às estruturas de ponderação, deve-se dizer que elas servem para a maior realização das possibilidades jurídicas.

---

<sup>11</sup>“Os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, conseqüentemente, *mandados de otimização* que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas mas também das possibilidades jurídicas.” (tradução livre) Cf. ALEXY, R. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*. Tradução de Manuel Atienza. n.5, p. 139-151, 1988. p. 143

“Cuanto más alto sea el grado de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del outro.”<sup>12</sup>

No que tange às prioridades *prima facie*, por sua vez, vale dizer que elas determinam a carga de prova. O seu conceito já foi definido ao se falar das condições de prioridade. O que importa, além disso, é que em um conflito de princípios, aquele a que a *prima facie* não seja conferida prioridade, deve prová-la, caso deseje a inversão.

Essas são as regras que possibilitam uma teoria ordenada dos princípios. Contudo, como já foi dito, Alexy postula, ainda, a necessidade de algo mais além dos princípios caso se pretenda chegar a uma única resposta correta para cada caso. Isso porque o autor acredita que as regras e os princípios não se regulam por si sós. Precisa-se, desta forma, de um terceiro fator: a argumentação jurídica. A partir daí possibilita-se uma resposta concludente.

A utilização da argumentação faz com que se possibilite um controle racional das valorações (princípios), já que essas são necessárias nos casos problemáticos. Essa é a questão da fundamentação dos juízos práticos (morais). Utiliza-se um procedimento que possibilita a decisão prática racional. Alexy formula, para este propósito, 28 regras para a argumentação. Essas regras servem, ainda, para uma base de justificação crítica da escolha e também do sistema jurídico como um todo.

Através desse trio: regras, princípios e regras da argumentação jurídica, faz-se possível chegar a uma única resposta correta. Isso, porém, apenas se houvesse um consenso. No entanto, isso só se dá aproximadamente. Apesar de não haver um procedimento que permita a certeza da única resposta correta, isso não significa que ela não exista. Pelo contrário, ela existe, só não é possível delimitar em que casos isso ocorre. Assim, diz Alexy, o jurista deve continuar pretendendo a sua resposta como a única correta. De qualquer sorte, não deixa de ser ao menos relativamente, se segue-se as regras da argumentação.

Dentre as regras argumentação propostas por Alexy, as fundamentais são:

(1.1) Ningún hablante pode contradicir-se (1.2) Todo hablante solo puede afirmar aquello que èl mesmo cree. (1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto *a* debe estar

<sup>12</sup> “Quanto mais alto seja o grau de menosprezo de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento de outro.” (tradução livre) *ibid.*, p. 147.

dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a  $a$  en todos los aspectos relevantes. (1.3') Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes. (1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.<sup>13</sup>

Além destas regras fundamentais, há outras relativas à razão, à carga de argumentação, de interpretação, entre outros. Dentre as regras da interpretação estão:

Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos... La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de la ponderación... Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma enre los cánones de la interpretación.<sup>14</sup>

Após estes exemplos, conclui-se a abordagem proposta para este capítulo, sendo que no seguinte será realizada uma análise crítica do até então exposto.

---

<sup>13</sup> “(1.1) Nenhum falante pode se contradizer (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita. (1.3) Todo falante que atribua um predicado F a um objeto  $a$  deve estar disposto a aplicar F também a qualquer outro objeto igual a  $a$  em todos os aspectos relevantes. (1.3') Todo falante só pode afirmar aqueles juízos de valor e de dever que afirmaria da mesma forma em todas as situações em que afirmar serem iguais em todos os aspectos relevantes. (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com significados diversos.” (tradução livre) apud: ATIENZA, M. *Las razones del derecho: teorías de la argumetación jurídica*. Madrid: centro de estudios constitucionales, 1997. p. 186

<sup>14</sup> “Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam aduzir-se outros motivos racionais que concedam prioridade a outros argumentos.... A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ter lugar



## 2.2 ENSAIO CRÍTICO – Para uma conceitualização de Princípio.

### 2.2.1. Mito, Libertação e Poder

Os princípios são fundamentos da vida social e aqueles considerados muito relevantes para ela, ou outros tidos como importantes para um bom desempenho do Direito, são neste inseridos como princípios jurídicos e passam a ser seus fundamentos.

O que se questiona é o porque destes princípios serem assim considerados. Porque há muito tempo São Tomás já procurava fundamentar sua teoria em princípios de verdade? Há que se considerar que lá ainda não havia uma discussão sobre valores, mas isto não nos importa neste primeiro momento, pois a questão é saber porque as pessoas sempre buscam uma fundamentação que traga um lugar de verdade.

Toda esta discussão mostra algo que é essencial nos princípios, e aqui não se está a falar em sua função, mas principalmente em sua essência. Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO nos alerta para o caráter mítico dos princípios:

*...há sempre um antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido. Nesta parca dimensão, o mito pode ser tomado como a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito. Daí o *Big bang* à física moderna; Deus à teologia; o *pai primievo* a Freud e à psicanálise; a *Grundnorm* a Kelsen e um mundo de juristas, só para ter alguns exemplos. O importante, sem embargo, é que, seja na ciência, seja na teoria, no *principium* está o mito sempre.*<sup>15</sup>

Neste contexto, Norberto Bobbio<sup>16</sup> assevera que os direitos do homem são valores últimos e porque são últimos, não tem fundamento. Complementa que o problema dos direitos do homem não é justificá-los, mas defendê-los. Em suas palavras: “Entende-se que a exigência de respeito aos direitos humanos e às liberdades

---

segundo as regras de ponderação... Há eu tomar em consideração todos os argumentos que seja possível propor e que possam incluir-se por sua forma entre os canones da interpretação.” (tradução livre) *ibid.*, p. 198.

<sup>15</sup> COUTINHO, J. N. de M. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, a. 30, n. 30, p.163-197, 1998, p. 164.

<sup>16</sup> BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. RJ: Campus, 1992.

fundamentais nasce da convicção, partilhada universalmente, de que eles possuem fundamento, o problema do fundamento é ineludível”<sup>17</sup>

Pierre Legendre nos ensina que os indivíduos têm a necessidade de buscar um lugar de verdade. Esta busca se faz por uma relação de causalidade através da qual o indivíduo procura a origem das coisas. Este é o lugar onde ele encontra as respostas para seus questionamentos, onde ele encontra uma verdade que fundamenta toda a sua existência.

Isto se dá também no Direito. Os homens precisam, de uma forma geral, criar regras que limitem as suas pulsões. As leis civilizam, permitem ao homem sobreviver. Assim eles se institucionalizam. Os homens criam regras em cima de seus interesses, através de uma relação de reciprocidade.

Estas regras devem se basear, contudo, em um lugar que as garanta como regras, que imponha o seu dever de cumprimento. Assim, o Direito não sobrevive sem a genealogia, pois é ela que permite encontrar este lugar.

O que se deve saber é que o mito vem antes desta relação de reciprocidade de interesses. Isso porque quando se nasce, já se nasce institucionalizado. O questionamento, independentemente disso, é inerente a todo ser humano.

Logo, o indivíduo sempre vai buscar um lugar de verdade que funcione como este poder absoluto, como o poder de fundamentar as suas limitações, um poder que se encontra na anterioridade, já que nada se autofunda.

Esta instância de verdade é uma instância mitológica, porque é um símbolo que se coloca para fundamentar todo um sistema. A procura das origens na escala genealógica leva ao mito. Essa procura segue na relação de causalidade até que se chegue a um lugar de onde não se pode ir adiante. Este lugar, fundado no vazio, é o lugar mítico, porque é considerado instância da verdade.

*El mito es lo que dá consistência de verdad al nada. Si yo digo: nada funda la normatividad en la reproducción, debo agregar de inmediato salvo la verdad encajada en el discurso que ocupa el lugar vacío del Nada. Estructuralmente, el mito marca el lugar institucional de la verdad, una verdad imposible de decir de outro modo más que por un discurso de puesta en*

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 26.

escena del *Nada*. Los grandes mitos vitales de la humanidad están a servicio de la verdad de la estructura.<sup>18</sup>

**Sobre esta verdade Legendre ainda fala:**

el nivel de verdad sitúa *aquello de lo que se trata* ... cuando la cuestión del poder e de la reproducción se plantea com lo que se mescla em ella de más conforme la naturaleza, el amor e la sangre. El aquello de lo que se trata, ¿puede devenir explícito sin ricorrrir a circunlóquios poéticos, a una retórica teatral , a relatos cuya función sería girar en torno a la cuestión sin agotar-la? El mito es esto: hablar en el limite de la palabra, hablar por medio de una puesta en escena de la verdad, sin decir-la del todo.<sup>19</sup>

A história do homem é uma história de questionamentos, de tentativa de respondê-los. Eles sempre existirão, embora a ciência esteja sempre na tentativa de esgotá-los. No entanto, não há uma resposta sobre a primeira origem, de modo que se insere aí um véu de verdade.

Ao mesmo tempo em que buscamos o lugar da verdade, ao encontrá-lo, temos uma necessidade de diferenciação. Assim, se não estamos neste lugar, se não estamos na instância de poder, é porque somos diferentes. Logo, o que nos é alcançável não pode ser esta perfeição que se encontra neste lugar de verdade. O lugar da verdade impõe, deste modo, a lei para nós que somos imperfeitos.

Cria-se uma diferenciação binária que institui o bem e o mal, o perfeito e o imperfeito, a partir deste lugar absoluto. Desta forma, tal lugar de verdade é apto para estabelecer limites fazendo com que os indivíduos atuem de modo a mais se aproximarem das leis que ele determina.

As revoluções sociais, neste contexto, surgem como um mecanismo de identificação mítica. Os indivíduos precisam se identificar com verdade mítica para agirem de acordo com as leis que nela se justificam.

---

<sup>18</sup> “ O mito é o que dá consistência de verdade ao *nada*. Se eu digo: *nada funda a normatividade na reprodução*, devo acrescentar de imediato *salvo a verdade encaixada no discurso que ocupa o lugar vazio do Nada*. Estruturalmente, o mito marca o lugar institucional da verdade, uma verdade impossível de dizer de outro modo além do que por um discurso de montagem do *Nada*. Os grandes mitos vitais da humanidade estão a serviço da verdade da estrutura” (tradução livre) Cf. LEGENDRE, P. *Lecciones IV El inestimable objeto de la transmisión: Estudio sobre el principio genealógico en Occidente*. Mexico: Siglo veintiuno editores, 1996. p. 114.

<sup>19</sup> “o nível de verdade situa *aquilo do que se trata....* quando a questão do poder e da reprodução se formula com o que se mistura nela de mais conforme a natureza, o amor e o sangue. O aquilo de que se trata, pode aparecer explícito sem recorrer a circunlóquios poéticos, a uma retórica teatral, a relatos cuja função seria girar em torno da questão sem esgotá-la? O mito é isto: falar no limite da palavra, falar por meio de uma montagem da verdade, sem a dizer completamente.” (tradução livre) Ibid. pg. 116

campo do Direito, de onde vem a lei, o que a gera. Assim, este lugar garante o poder que faz com que a lei seja cumprida.

A partir daí, as instituições geram a civilização do inconsciente, de modo que o indivíduo nasça instituído em montagens prévias. O discurso jurídico está entre o sujeito e o mito. Através de mediações se torna possível a vivificação do mito.

Os princípios são, neste contexto, o mito, enquanto lugar de representação da verdade, situando uma origem onde ela não é demonstrável. Eles são postulados ideados.

Obviamente, não se conhecendo a natureza como se deveria, sem se poder determinar o que acontece no cérebro humano, não se pode saber o que vem antes.

Edgar Morin nos ensina:

A importância da fantasia e do imaginário no ser humano é inimaginável: dado que as vias de entrada e saída do sistema neurocerebral, que colocam o organismo em conexão com o exterior, representam apenas 2% do conjunto, enquanto 98% se referem ao funcionamento interno, constitui-se um mundo psíquico relativamente independente, em que fermentam necessidades, sonhos, desejos, idéias, imagens, fantasias, e este mundo infiltra-se em nossa visão ou concepção de mundo.<sup>20</sup>

Morin ainda complementa: “ Todo conhecimento comporta o risco do erro e da ilusão. A educação do futuro deve enfrentar o problema da dupla face do erro e da ilusão. O maior erro seria subestimar o problema do erro, a maior ilusão seria subestimar o problema da ilusão”.<sup>21</sup>

O grande problema da crença na segurança jurídica é este: não se permite acreditar que o erro e a ilusão estão sempre presentes, só não se sabendo onde. Saber que há, todavia, já é um grande passo em busca de um Direito crítico, que sempre estará atento e pronto para mudanças.

O que se deve ter em conta é a tamanha importância que isso tem para o Direito, que é uma disciplina muito mais mental e criativa do que perceptiva, comparando-se a outras disciplinas ou ciências. Daí percebe-se o caráter vulnerável do conceito de verdade no Direito.

---

<sup>20</sup> MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação no futuro*. 2. ed. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2000. p. 21.

<sup>21</sup> *Ibid.* p. 19.

A partir do que foi dito até então, pode se perceber que os princípios não podem ser vistos como verdade. A ilusão do Direito como verdade, que alimentou os jusnaturalistas, fracassou. A própria história demonstrou que isto não é possível, pois o conhecimento é fruto das suas contingências. Aí se encontram relações de poder, mudanças comportamentais na sociedade e evoluções de toda ordem, incluindo-se alguns retrocessos também.

Diante disso, considerando-se ser o lugar da verdade inalcançável, fica um vazio na fundamentação de validade dos princípios. Afinal, todo conhecimento, como visto, funda-se em uma relação de causalidade, em um critério que lhe fornece a verdade, até que se chegue ao limite, ao mito.

Desta forma, o critério da verdade dos princípios é aquele do mito. Uma verdade representada. Este é, no entanto, um critério inadequado para o Direito.

Desde logo, há que se questionar: porque fundamentar a validade dos princípios na verdade inalcançável e misteriosa se eles podem ser justificados em algo essencialmente humano?

Enrique Dussel<sup>22</sup> nos traz um grande esclarecimento a este respeito ao tratar da ética da libertação.

A fundamentação da aceitação dos princípios, assim, deve se dar por uma ética da libertação, através da qual se atenda à interpelação do outro, de modo ele possa ser percebido como alguém com lugar no mundo.

A questão dos princípios não poderem se basear na verdade como critério reflete muito bem a incoerência desta no discurso do Direito. Isto porque, nas palavras de Dussel:

---

<sup>22</sup> A filosofia da libertação de Enrique Dussel vem com a proposta de libertar os oprimidos, sejam eles mulheres, negros, povos latinos, etc., perante o eurocentrismo, por exemplo, ou qualquer que seja o opressor. Para a libertação, deve-se observar a importância da interpelação do oprimido frente àqueles que fazem parte da totalidade que o oprime. O oprimido é aquele que existe dentro de um totalidade, mas não faz parte dela porque o sistema de valores vigentes não coincide com os seus. Muitas vezes o oprimido não sabe disto. A interpelação vem para mostrar ao ente da totalidade, a existência do oprimido e sua condição enquanto tal. Ocorre que esta interpelação deve ser feita de forma que o ente da totalidade consiga perceber a condição do oprimido. Afora a dificuldade linguística que muitas vezes se apresenta e a dificuldade do oprimido de fundar-se no Direito vigente, há a dificuldade da verdade, visto que não é a mesma para o oprimido e para o membro da totalidade opressora. A partir da impossibilidade da interpelação se fundar na verdade, tem-se a veracidade como critério possível e importante. Trata-se da crença do ouvinte, da aceitação racional deste diante da interpelação do oprimido. Cf. DUSSEL, Enrique, *Filosofia da Libertação*. Tradução: Luiz João Gaio. São Paulo - Piracicaba: Loyola-UNIMEP, s.d.

Deveremos ter em conta que o ‘interpelante’- e nisto consiste a diferença existente entre as exigências ou interpelações meramente intra-sistêmicas (feitas a partir do direito vigente enquanto membros da comunidade de comunicação real) e o interpelar (como alguém que exige do lado de ‘fora’, como um dos ‘excluídos’ do direito vigente, dos sem direito [rechtlos]) se opõe por princípio ao consenso vigente, a esse ‘acordo’ conseguido entre os indivíduos de maneira subjetiva, dentro desse próprio passado que o está excluindo.<sup>23</sup>

Estes excluídos não tem lugar no sistema em que são inseridos porque não fazem parte da “verdade” desta totalidade, que para eles, não é verdade. Havendo excluídos, assim, não se pode dizer que há um Direito como verdade, pois esta deve servir a todos universal, necessária e eternamente.

Ademais, não se pode dizer ter existido, na história, um sistema sem excluídos. Assim, nem o critério da universalidade da verdade tem sido possível concretizar. Ela foi, de fato, até agora inalcançável, ou ao menos, não capaz de provocar consenso sobre si, de modo que muitos acreditam em coisas diferentes do que ela.

Conforme se viu, a verdade não é um critério adequado para fundamentar os princípios. Estes devem, com isso, ser encarados como um lugar onde pode se efetivar a ética da libertação. Isto porque, enquanto valores comuns, podem trazer o lugar de encontro com o outro oprimido.

Herkenhoff atribui à utopia a possibilidade do oprimido ver e julgar o Direito opressor, possibilitando a construção de um Direito do amanhã. A utopia existe, nos sistemas, como sonho inalcançável, somente diante de determinada totalidade. Isso porque, saindo-se desta, este sonho pode se tornar real. Ele diz: “propusemos que se designasse ‘Direito da Libertação’ ao novo Direito que se constrói na periferia do mundo, a partir da luta dos oprimidos.”<sup>24</sup>

Dussel propõe, para haver a libertação, já que é difícil aos excluídos fundamentar sua interpelação na totalidade opressora, que se utilize daquilo que não é o Direito, mas o próprio fundamento de qualquer Direito: a dignidade da pessoa humana. Neste contexto, em suas palavras: “De qualquer modo, como dentro de toda comunicação racional a dignidade é considerada como norma suprema, eticamente falando, ele poderá deixar de apoiar as normas vigentes, questionando-as a partir de

<sup>23</sup> ibid.

<sup>24</sup> HERKENHOFF, J. B. *Direito e Utopia*. 3. ed. Porto Alegre: livraria do advogado editora, 1999.p. 47

seu próprio fundamento, isto é, a partir da dignidade negada a pessoa deste pobre que interpela”.<sup>25</sup>

Neste sentido, os princípios são, ainda, o lugar da luta social. Assim, mesmo quando divergentes, eles servem como forma de luta social, como forma de aparecimento do outro.

No entanto, não se deve concluir do exposto que os princípios são, por si, aptos a representar uma ética global. Isto só existirá, não quando os princípios forem um lugar da ética do excluído, mas quando a ética for o lugar dos princípios. A ética de que se fala é a ética do olhar pelo outro.

O caminho pelos princípios traduz um lugar de mudanças, aberto à interpelação do outro. Obviamente, qualquer sistema hermético, no qual os princípios sejam retirados do papel de colocar o Direito em contato com a realidade, facilita-se a estagnação de valores baseados em interesses pessoais. Isto impossibilita o olhar ao outro oprimido. A autopoiese, como se verá no capítulo seguinte, é o lugar da manipulação. Os princípios devem estar, destarte, não num lugar da verdade, mas num lugar da compaixão.

Perceber o caráter histórico dos princípios, a sua possibilidade de manipulação e seu caráter mítico – que coloca um fundamento de verdade último onde este não é encontrado – é um importante passo para se abrir o Direito à aplicação dos princípios de forma realista, isto é, sem a ilusão de estarmos lidando com fatores imutáveis. O mais importante a se observar diante disso é que os princípios podem, a partir desta visão, ser fator imprescindível no acompanhamento de um Direito que ande ao lado das constantes mudanças sociais.

Neste sentido, os princípios desempenham importante papel, porque estando mais próximos da atualidade do que as leis positivadas, podem nos conferir maior exatidão dos anseios da sociedade com relação ao Direito em determinada período histórico. Fornecem, portanto, muito mais claramente os ideais de uma época, sendo mutáveis diante de incongruências. Afinal, é mais fácil lutar por princípios do que por leis diretamente, e é assim que sempre se tem feito nas lutas sociais.

---

<sup>25</sup> op. cit.

Para se adequar à realidade jurídica, o conceito de verdade<sup>26</sup> deve antes ser objeto de muitas manipulações, muitas alterações de sua definição original e comum. Isto acaba, no entanto, alterando a sua essência, e confundindo os operadores das ciências diante de numerosos significados contraditórios para um único significante.

Antes disso, é mais fácil fundamentar o Direito em algo que é bom, a partir da ética da alteridade. De fato, o que se busca através de um fundamento de verdade é, como se viu, algo que se entenda como bom e que, assim, possa determinar os códigos binários da sociedade, inserindo os indivíduos em uma eterna busca.

Este fundamento de “bondade”, muito mais fácil é de se encontrar na ética da alteridade, no olhar pelo outro. Destarte, serão boas aquelas proposições que atendam a este chamado à solidariedade. A partir disso, percebe-se os princípios como mito e, conseqüentemente, a sua representação da verdade (e não a verdade real), podendo-se aceitá-los como falhos.

Como critério de correção, os princípios deveriam ser considerados como tais apenas se preenchessem a função do olhar pelo outro. Todavia, deve-se aceitar que o princípio é um ideal, apenas uma forma de dever ser e não de ser. Deste modo, permite-se fugir do engano da bondade do princípio por si, já que ele não pode ser considerado como algo empírico. O caráter ideal dos princípios se dá, contudo, sem embargo da possibilidade de sua realização em determinada época.

Desde logo, há que se dizer que o mero consenso não é fator determinante dos princípios, se fundamentados em uma ética da alteridade. A democracia, seja formal ou material, não pode dar conta dos princípios se não se fundamentar na escuta do

---

<sup>26</sup> Como verdade entendemos aquilo que Marielena Chauí nos ensina. Ao descrever as diversas concepções de verdade existentes no decorrer da história ela por fim faz uma síntese daquilo que é comum à todas elas: “1. compreender as causas da diferença entre o parecer e o ser das coisas ou dos erros; 2. compreender as causas de existência das formas e existência dos seres; 3. compreender os princípios necessários e universais do conhecimento racional; 4. separar preconceitos e hábitos do senso comum e a atitude crítica do conhecimento; 5. Explicitar com todos os detalhes os procedimentos empregados para o conhecimento e os critérios de sua realização; 6. Liberdade de pensamento para investigar o sentido ou a significação da realidade que nos circunda e da qual fazemos parte; 7. Comunicabilidade, isto é, os critérios, os princípios, os procedimentos, os percursos realizados, os resultados obtidos devem poder ser conhecidos e compreendidos por todos os seres racionais. Como escreve o filósofo Espinosa, o Bem Verdadeiro é aquele capaz de comunicar-se a todos e ser compartilhado por todos; 9. Transmissibilidade, isto é, os critérios, princípios, procedimentos, percursos e resultados do conhecimento devem poder ser ensinados e discutidos em público. Como diz Kant, temos direito ao uso público da razão; 10. Veracidade, isto é, o conhecimento não pode ser ideologia, ou, em outras palavras, não pode ser máscara ou véu para dissimular e ocultar a realidade servindo aos interesses da exploração.”(CHAUI, M. *Convite à filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1996. P. 106-107).



outro. Não se pode negar que ela é o que rege a vida em sociedade e é o melhor caminho. Entretanto, muitos consensos surgem de relações de poder, engodos gerais ou preconceitos.

É o caso dos princípios racistas que em muitas sociedades predominam como consenso. Nos esclarece Dworkin: “A legislação racialmente discriminatória é injusta, em nossas circunstâncias, porque não há nenhuma justificativa livre de preconceito ou, de qualquer modo, porque não podemos nos convencer de que algum órgão político que aprova tal legislação esteja valendo-se de uma justificativa livre de preconceito”<sup>27</sup>.

E complementa adiante: “Minha visão é que o tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem estar geral –, e que deve tomar estas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.”<sup>28</sup>

Deste modo, o que se propõe, não é uma atuação jurisdicional voltada essencialmente para a política da maioria, mas para a possibilidade de, diante de cada um, atuar-se com igualdade. E acrescente-se, isto só é possível a partir de uma percepção ética da alteridade.

Até o exposto, já se viu que os princípios são um mito, logo, a representação de um lugar de verdade. Viu-se também que eles devem ser orientados segundo uma ética da alteridade. Deve-se perceber, ainda, que eles são produto de uma luta histórica de micropoderes.

Esta elaboração ideal, que permite reconhecer os bons princípios, não é aspecto dominante deles. Isto é, há muitos princípios construídos dentro de uma manipulação de interesses. Na verdade, o que origina os princípios são lutas entre estes interesses. Alguns deles são ligados à alteridade, outros, apenas ligados a interesses individuais.

---

<sup>27</sup> DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 80-152. p. 94.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 100.

O que prevalece, depois dessa luta, é o resultado de um batalha de poderes. Os princípios se impõe, então, pela luta histórica que os geriu. Há uma batalha histórica, como bem assevera Michel Foucault, entre micropoderes.

Quando se fala em poder, aqui, não se está a referir ao poder soberano, mas a pequenos poderes dispersos na sociedade. Há o poder dos que estão no Poder, há o poder dos revolucionários, há também o poder dos excluídos. O que importa é que cada um cria um poder que o faz lutar pela sua causa.

A vitória em cada batalha cabe a um conjunto de fatores. Michel Foucault já nos dizia que saber e poder estão interrelacionados e que quem tem o saber mais facilmente tem o poder. Da mesma forma, quem tem poder, atinge e manipula mais facilmente o saber. Destarte, nas lutas sociais, aqueles que mais fortemente exercerem o seu poder, mais terão o seu saber refletido no seio social. Veja-se a Revolução Francesa com a vitória do povo diante do absolutismo.

A forma através da qual este poder será exercido pode ser vária, e dela decorrerá, de certa forma, um caráter mais ou menos legítimo dos princípios daí decorrentes.

Fala-se em princípios daí decorrentes por uma simples conclusão: os princípios são o que resta desta luta de poderes. Dessa, resta aquilo que será o pilar de uma nova visão na sociedade, são os valores maiores. Frutos de uma luta histórica, no entanto, muitas vezes eles surgem de ilusões coletivas ou de repressões, ou refletindo uma vontade minoritária.

O que há de fundamental nos princípios, e comum à todos, é que eles são valores frutos de lutas históricas e que direcionam um determinado sistema.

Já dizia Eduardo Novoa Monreal:

Porque a verdade é que a história nos mostra que também a luta político-social concreta, que se entretene nas tendências antagônicas da sociedade, e que, em nosso tempo, se manifesta, geralmente, em uma verdadeira luta de classes, tem efeitos diretos nesse conteúdo (do Direito), seja mediante modificações nele, seja mediante o aparecimento de conceitos e princípios novos. Da confrontação de tendências e classes opostas, em defesa de seus interesses e respectivas posições, nascem, e têm nascido, numerosas instituições jurídicas, cuja finalidade é o reconhecimento de vantagens daqueles que triunfaram.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> MONREAL, E. N. **O direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 74.

Alguns destes princípios assumem caráter identificador de um sistema, outros, caráter secundário, identificador de subsistemas, mas todos eles, de uma forma ou de outra, acabam sendo importantes no direcionamento geral de um sistema.

Os princípios, portanto, não se pode dizer convictamente que são o certo, a verdade, ou qualquer apelido que se queira dar à ilusão. Acreditar nisto é viver em estado hipnopédico. A crença na verdade dos princípios gera a crença da verdade de muitas ideologias<sup>30</sup> que nada mais são do que excludentes, mecanizantes dos indivíduos.

Ter consciência, contudo, do caráter vulnerável dos princípios, não os torna menos importantes para o Direito. Isto porque eles permitem, como se disse, uma aproximação dos ideais do povo, que com o evoluir da história tem se demonstrado cada vez mais consciente e engajado. Deste modo, aquelas situações onde a maldade e os interesses predominam, cada vez menos exerce influência sobre o povo, embora estejam muito presentes e não se tenha perspectiva de que se acabem. Bobbio<sup>31</sup> ensinara que o debate sobre os direitos do homem é uma premonição do progresso moral da sociedade.<sup>32</sup>

Faz-se mister notar que os princípios, neste sentido, são muito mais garantidores de um Direito justo e equitativo do que a sua ausência. Deve-se convir que é muito mais fácil manipular leis esparsas, do que os princípios resultantes de incessantes lutas históricas confirmados e concretizados no decorrer dos tempos, e mantidos até que o seu papel para o bem estar social não seja mais relevante.

Podia-se pensar que os princípios que trazem um bem geral, tanto quanto os que não trazem, têm esta facilidade de dominar socialmente. No entanto, os princípios essenciais, que influem na vida do povo diretamente, são, não se pode negar, mais

---

<sup>30</sup> O termo ideologia está aqui empregado no sentido de “visão de mundo”, não obstante a crença nestas ideologias possa criar aquilo que se chama “falsa consciência”, expressão essa que traduz outra concepção, também aceita, deste termo.

<sup>31</sup> Bobbio, N. A era dos direitos...

<sup>32</sup> Não se pode deixar iludir, no entanto, que a história sempre caminha em direção ao progresso. Embora em certos momentos este seja visível, a tomada deste fato como verdade, muitas vezes faz legitimar um Direito que nem sempre é resultado de um progresso. A este respeito FONSECA, Ricardo Marcelo. Direito e História. Dissertação de mestrado pela UFPR. Curitiba, 1997.

facilmente defendidos do que as leis esparsas, enquanto os que fazem mal, por seu turno, são melhor combatidos.

Os princípios fornecem, deste modo, uma melhor facilidade de percepção da realidade que oprime, quando for o caso. Não são, todavia, a solução perfeita para o bem estar social. São, no entanto, a melhor que se tem pois impede, ou dificulta, que se manipule, a lei e o povo, dia a dia por meio de pequenas alterações legais.

Deve-se reconhecer que eles não são perfeitos pois permitem, por outro lado, ilusões generalizadas. Estas, entretanto, são mais raras, de modo que sempre é preferível um modelo que permita uma melhor visualização da realidade, já que de certa forma contém o todo em si.

### 2.2.2. Análise das Teorias

A partir desta análise dos princípios, cabe agora um estudo mais geral, baseado nas teorias reproduzidas no item 2.1.

Negar a importância da teoria de Luhmann como um todo não é coerente, até mesmo porque ele nos oferece uma técnica interessante no que diz respeito à positividade, que é importante para o Direito. O problema surge quando ele restringe o Direito a uma ciência autopoiética e ainda, despreza os valores por não poderem fazer viável seu sistema.

A utilização de instrumentos reflexivos isola o Direito, de modo que a sua teoria da positividade enquanto variabilidade controlável se torna impraticável. Isto porque ela só permite uma variabilidade atrasada e desconexa. O Direito, assim, fica impossibilitado a acompanhar a evolução social de forma coeva.

É fácil crer que se deve atuar o Direito estritamente com o que diz a lei e que a cada nova questão que surja na sociedade se deva fazer uma nova lei para regularizá-la. Porém, o Direito é dinâmico, porque derivado da vida em sociedade que assim se faz. Isto significa que, grandes ou singelas, mudanças ocorrem constantemente e, por seu caráter freqüente, impossibilitam a criação constante de leis. Deve-se considerar, além disso, a falência dos órgãos responsáveis pela produção legal, que não dão conta

das demandas sociais, não obstante este não ser o único fator da impossibilidade de criação constante de leis.

A exigência de produção legal constante para resolver os novos problemas sociais não deve ser descartada. Porém, não se pode, com isso, descartar outros meios de, enquanto a situação não se regulariza, tratar a realidade conforme as suas mudanças.

A limitação da atuação jurisdicional àquilo que resultou em alteração na legislação, tornaria a produção legal um grandioso meio de manipulação. Isto porque, na medida em que a resposta da Justiça às demandas sociais se limitasse à lei, muitas questões importantes seriam tratadas de forma desconectada da realidade. Neste quadro, muitas leis poderiam deixar de ser criadas tendo em vista conveniências com as quais o legislador poderia se deparar.

No caso de se permitir uma atuação jurisdicional atrelada às mudanças sociais, possibilita-se que as correntes renovadoras mostrem a sua cara, as possibilita tomarem o seu lugar. Caso contrário, uma lei não produzida, ou sua própria produção de determinada forma ou de outra, poderia barrar a atuação do juiz na resposta aos anseios sociais. Seria barrada também a aplicação do Direito realmente vigente na sociedade, caso se seguisse uma aplicação extremamente positivista do Direito. Destarte, novas demandas só seriam tratadas na medida em que a lei autoriza e não na medida em que a realidade se faz urgente.

Não se pode deixar, de qualquer sorte, o Direito ao talante do juiz. Diante disso, a solução é uma atuação jurisdicional direcionada de acordo com o Direito positivo e os Princípios Gerais do Direito, que controlariam uma atuação jurisdicional criativa. O sistema de Canaris atende bem a esta proposta. Sem embargo da utilidade das diversas propostas das teorias da argumentação jurídica.

A cristalização histórica de determinados princípios traz uma maior segurança diante das mudanças sociais fora do Direito Positivo. Assim, a história vai construindo princípios fortes e estáveis, daí os princípios de primeira à quarta geração, dos quais decorrem muitos outros de extrema grandeza.

O que se demonstra aqui não é a defesa de princípios surgidos da razão, ou de Deus. Não se está a falar em princípios de Direito Natural. Afinal, os princípios são o mito e o que nos faz acreditar neles não é o seu caráter de verdade última – ele apenas representa o lugar da verdade mas não é realmente – mas porque deram certo historicamente. Determinados princípios adquiriram um caráter estável porque são resultado de lutas históricas de libertação de opressões.

A Constituição Federal brasileira é grande compiladora destes princípios de importância histórica. E é por isso que nela devemos nos fundamentar, inclusive para crer em princípios descendentes daqueles nela positivados. Obviamente que os princípios, constitucionais ou não, podem se tornar opressores de uma hora para outra, daí a necessidade de se dar atenção às lutas sociais.

A obsolescência do Direito positivo, proveniente da sua incapacidade de acompanhar as mudanças sociais está clara na atual situação legal do país.

Embora esteja havendo um movimento onde surgem micro códigos, como o ECA e o CDC, que são admiráveis, as grandes compilações, como o CP, CPP e CCB estão anacrônicas. A interpretação de acordo com a Constituição, portanto, tem um enorme peso. Saliente-se, ainda, a situação do novo Código Civil que, se não analisado de acordo com as normas constitucionais, pode ser um grande revogador de importantes leis surgidas das lutas sociais no devir histórico.

Não se pode olvidar, o que muito convenientemente se faz, que a norma constitucional derroga aquilo que não concorda com ela, mesmo que não expressamente determinado. Com a imensidão da legislação que continua após a CF 1988, a apreciação destas incompatibilidades se faz dia a dia, com uma interpretação que aplique os velhos sistemas legais em conformidade com a Constituição, enquanto estes não são reformados completamente e de acordo com ela.

A realização deste fato esperado (a renovação total e congruente da legislação infra-constitucional anacrônica), todavia, não significa excluir uma interpretação assim sistemática às novas leis. Isto, porque, mesmo diante de uma legislação renovada, sempre haverá conflitos.

Disto tudo se tira a importância de uma aplicação do Direito arejada, em que se combinem a adequada hermenêutica, a utilização da Constituição como direcionadora<sup>33</sup> e a atenção aos princípios do Direito que devem aqui ser vistos, não como um simples critério secundário de interpretação, mas como um critério principal de direcionamento.

Os princípios devem também estar envoltos em uma interpretação crítica de sua real existência e do seu real traço de atuação, para evitar que sejam meros critérios de ocultação de uma realidade diferente. Já nos alertava Friedrich Nietzsche que “Os princípios servem para tiranizar os próprios hábitos, a justificá-los, honrá-los, vituperá-los ou escondê-los – dois homens de princípios iguais desejam alcançar, provavelmente, coisas diferentes.”<sup>34</sup>

Olympio de Sá Sotto Maior Neto, mostra em três princípios do Direito Penal, um desvio. Segundo ele o sistema punitivo é “o mais importante aparelho de controle social”. Para o autor, atrás do princípios como o da legalidade, da igualdade e da prevenção, esconde-se uma realidade diversa da que se acredita. Usando o princípio da igualdade como exemplo, tem-se que, falar que todos são iguais perante a lei não resolve o problema da igualdade, já que a lei é feita pelas classes média e alta, de acordo com seus interesses. Isto se vê na própria desigualdade na escolha dos ilícitos.

Neste aspecto, há que se complementar Nietzsche, pois isto não é um problema dos princípios em si, é um problema de tudo na vida social que envolva interesses. A desvirtuação existe, também, nas leis positivas.

Dito isto há que se perceber que a luta pelos princípios não se esgota no seu reconhecimento e utilização pelos juizes, mas tem outro propósito que é o de não se descuidar daquilo que pode mascará-los e torná-los mais um objeto a serviço da manipulação. Esta sempre existirá, porém, não nos custa, aliás, é nosso dever enquanto operadores do Direito, lutar contra isso. Esta é uma luta, na verdade, entre esferas de interesse.

---

<sup>33</sup> Aqui deve-se considerar a Constituição atual do Brasil, pois é boa e legítima, visto que uma Constituição não legitimada pela sociedade nunca deverá ser considerada base de nada.

<sup>34</sup> NIETZSCHE, F. W. *Além do bem e do mal*. 5. ed. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Hemus. p. 89.

É necessário localizar os princípios dentro do Direito, encontrar o seu verdadeiro sentido neste contexto. A percepção de sua utilização pelos manipuladores do Direito, mantenedores do *status quo*, é um dos passos que se deve percorrer para que ele tenha real coincidência de seus aspectos real e discursivo. Contudo, não se pode esquecer que a linguagem e o conhecimento trazem sempre, em seu bojo, a ilusão.

O conhecimento disto, ao contrário do que possa parecer, não traz apenas a cara de uma realidade triste, mas sim essencialmente humana, pois se está diante daqueles que não podem, ou não querem, controlar suas pulsões. Esta é, também, uma importante constatação para aqueles que não pretendem viver em um “admirável mundo novo”, em estado hipnopédico.

Para uma desmascaração de uma falsa segurança jurídica, deve-se fugir de falsas morais que tornam, no mais das vezes, o Direito bonito (e mentiroso!!). Com uma demonstração séria e realista do papel dos princípios é que se pretende contribuir para um Direito melhor, pois é só na clareza que se encontram as soluções.

Deve-se, para tanto, ver no Direito o que ele tem de enganoso e situar o seu estudo e aplicação com os pés na realidade. O primeiro engano do qual se deve desprender é o da segurança jurídica baseada em um positivismo.

Segundo Lênio Luiz Streck<sup>35</sup>, devemos abrir uma clareira no Direito para descobrir o que realmente nele se encontra para que, a partir daí, possamos reconstruí-lo. Deste modo, somente se atentando às armadilhas do “senso comum teórico”, é que se pode construir algo de bom no Direito. Isto porque, quem não enxerga onde está pisando, quem não se localiza envolto neste senso, por ele não saberá estar sendo iludido e nunca dele se livrará.

Este é o espírito. Devemos nos libertar daquilo que nos parece óbvio, por nos ter sido ensinado desde sempre, e abriremos nossas mentes para o novo. Mas para o novo real e não aquele que acaba caindo no velho porque ainda não se deu conta de estar envolto na ideologia deste.

---

<sup>35</sup> STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica em crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2000. P. 265-289.



Para abriremos a clareira, Streck nos alerta: “... não são os objetos que explicam o mundo e, sim, é o mundo que é condição de possibilidade do acontecer da explicitação dos objetos.”<sup>36</sup>

Daí pode-se concluir que não se deve deixar impregnar pelo conhecimento das leis como se fosse o conhecimento da realidade que as envolve. Assim como não se deve acreditar cegamente nas teorias que nos são ensinadas – mesmo que desde sempre – como verdade absoluta, porque a verdade é construída e reconstruída historicamente, como se pôde perceber em vários fatos históricos bem conhecidos.

O que se pode afirmar com tranqüilidade, é que as mudanças paradigmáticas ocorrem sempre que as “verdades” não dão conta dos problemas da realidade, ou acrescentando, sempre que a realidade não dê conta de uma parcela suficiente de excluídos que sejam capazes de revolucionar.

Outra crítica que se deve fazer ao Direito Positivo “luhmanniano” é a falta de critérios de unidade e ordenação, fatores imprescindíveis em um sistema que se pretenda adequado ao Direito. O único meio para a unidade oferecido por Luhmann é uma solução meramente formal. Negar os princípios obsta a unidade tal com ela é exigida pelo Direito. Neste ponto Canaris oferece uma contribuição substancial.

A teoria de Luhmann é, ainda, ineficiente, enquanto exclua os valores do Direito por não poderem ser inseridos em uma normatização. Ele considera, ademais, os valores um meio muito simplista de justificar a mudança social, mas não propõe sugestões adequadas em seu lugar. Os princípios vem para fundamentar e dinamizar o sistema. Não se pode determinar que este se esgote em si permitindo que mude apenas com a mudança legislativa.

Luhmann defende que o Direito Positivo estabiliza as evoluções sociais. No entanto, considerado de acordo com sua teoria, mais fácil do que isto é que ele estabilize injustiças sociais.

Atribuir ao Direito a função de realizar uma normatização que permita organizar as expectativas das pessoas, porque determina comportamentos, não basta. O

---

<sup>36</sup> Ibid.

Direito tem, obviamente, a função de organizar comportamentos, mas não pode se limitar a este aspecto, da forma traçada por Luhmann.

É impossível, além disso, fundamentar a legitimidade do Direito apenas na sanção e na utilização de processos que permitam supor o consenso geral. A falta de importância dos princípios para Luhmann está, basicamente atrelada ao fato de que eles não cabem no sistema pois este deve consistir em abstrações em um nível ideal.

O excesso de formalismo de Luhmann impede que seu modelo de sistema seja possível porque: impede uma variabilidade que acompanhe de forma dinâmica o desenvolvimento social; impede uma adequação de valores e também uma unidade que possibilite ao Direito a conexão entre seus elementos e destes com o todo, o que se realizaria através de um princípio unificador.

Os programas e os papéis não são capazes de fundamentar a adequação e unidade de que o Direito necessita. A partir daí, a atuação dos juizes fica muito facilmente direcionada por manipulações políticas, pois estas apenas devem representar um consenso suposto. Porém, como o próprio autor falou, este consenso é suposto e se dá através dos partidos políticos que não precisam se basear em valores, mas defender interesses.

Desta questão do consenso surge o duplo problema: os partidos políticos que os representam estão representando interesses. Além disso, aqui cabe uma observação, coerente com a teoria de Dworkin, que nos alerta da insuficiência do critério do consenso. Nem sempre este nos permite um Direito justo, como se verá a seguir. O bem estar comum nem sempre está ligado à justiça.

O Direito não pode priorizar o bem comum sob qualquer circunstância. Isso justificaria uma atuação geral preconceituosa. O Direito serve para todos, mas também para cada um. Afinal, temos direitos sociais e individuais, que devem ser interpretados de acordo com o momento em que surgiram.

A prevalência dos direitos sociais sobre os individuais veio em uma época em que estes por si eram motivo de injustiça generalizada. O que não se pode fazer é inverter os papéis e fazer injustiças individuais em nome de um bem social *injustificado* e por isso, injusto.

O Direito proposto por Luhmann é um Direito cego pois não permite ao juiz orientar-se de um modo mais geral que seja determinado. Ele atua limitado apenas por leis específicas. Não há algo que oriente claramente a sua decisão, o que poderia se dar através dos princípios.

Não se pode supor que pela aplicação de um sistema diferente do luhmanniano não haverão problemas na aplicação do Direito. Todo juiz, não se pode olvidar, orienta-se por seus próprios valores ao aplicar a lei. O que falta ao juiz de Luhmann é a necessidade de justificar suas decisões segundo valores considerados essenciais por todos de forma justificada.

A teoria autopoietica dos sistemas, como se viu, ao desprezar os valores, abdica de alguns pontos essenciais a um sistema jurídico bem estruturado. Fica evidente que lhe falta uma abordagem principiológica que lhe permita um Direito unificado, ordenado, contemporâneo, e acima de tudo, humano. Falta a esta teoria uma luta ética.

A necessidade dos princípios é fatalmente evidente para o Direito. O que seria do Direito sem o princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, e todos aqueles outros que dele decorrem? Não basta uma influência principiológica externa ao sistema. Estes princípios devem estar dentro e fora do sistema. Dentro enquanto possibilidade de estabilização e fora enquanto possibilidade de renovação.

Para esta dialética, o sistema deve estar aberto a constantes mudanças, que orientadas por princípios, talvez tenham sua complexidade mais facilitada do que através de sistemas autopoieticos. A teoria dos sistemas de Canaris é o que melhor parece refletir um caminho para o sistema jurídico, pois formula a idéia de um sistema aberto, já que permite a criação de normas pela jurisprudência por intermédio dos princípios. Estes, como se vê, são limites do sistema. E são, principalmente, limites coerentes.

Um sistema como o de Canaris, prevê uma mudança social tal qual se espera para o Direito. Quanto à possibilidade de manipulação dos princípios, já se discutiu e se percebeu que eles são muito mais eficientes para combater manipulações do que os programas e processos vistos de forma isolada.

O controle principiológico deve se dar por determinados princípios tidos como fundamentais. Assim o são porque tratam dos valores essenciais do ser humano que tem uma estabilidade histórica, o que não impede que eles se desestabilizem, até em decorrência de uma mudança em seu sentido. É nestes princípios que os demais e o sistema devem se fundamentar.

Algumas características dos princípios devem ser analisadas para construir um conceito que seja adequado ao sistema jurídico processual penal em que vivemos. No que de fundamental e conclusivo pode ser dito, os princípios se encontram em posição de garantidores da unidade e da ordenação do sistema, na forma bem colocada por Canaris.

Os princípios unificadores são aqueles gerais que valem para um sistema como um todo. Este sistema pode ser tanto o Direito quanto apenas um de seus ramos, como o Processual Penal.

Estes princípios não são apenas aqueles positivados, mas também os que obedecem à natureza das coisas e à idéia de Direito. Estes não podem, no entanto, contrariar os princípios positivados. O que pode ocorrer é que um princípio esteja positivado mas não valha mais para o Direito por sua inadequação, obsolescência.

A interpretação do significado de um princípio deve se dar sempre de acordo com o sistema, de modo que ele deva ser analisado em conjunto com aqueles que o limitam e complementam.

Os princípios, diferentemente do que afirma Canaris, podem ser simples valores, como o da liberdade. Assim, há princípios que são mais abstratos e outros mais específicos.

Quanto à exceção de um princípio através de regras, isto pode ocorrer, desde que esta regra esteja fundamentada por outro princípio, caso contrário, fere-se a unidade do sistema. Assim, também a normatização ou não de um princípio na aplicação criativa do Direito não faz diferença, na medida em que um princípio é que determine esta inovação.

Dentro deste contexto, brilhante é a contribuição de Canaris, pois embora ele considere necessária a normatização, fornece critérios muito adequados para a

inovação criativa do Direito, principalmente no que concerne aos princípios extra-positivos. Deste modo, nos mostra que a preservação do sistema é realizada através dos princípios, já que eles possibilitam esta interpretação criativa.

Passando-se de Canaris a Dworkin, embora seguindo a mesma linha, vale dizer que a determinação dos princípios, por este autor, como fatores de eliminação da discricionariedade é pertinente ao sistema jurídico, pois como se viu ele não é apenas dedutivo, mas teleológico-axiológico.

Desta forma, os princípios jurídicos estão relacionados à moral, com a diferença de que são selecionados desta os relevantes para o Direito, de modo que nem sempre os princípios jurídicos refletem o interesse geral, como bem ensinou Dworkin. Não obstante, os princípios também são forma de expressão, de viabilização dos fins sociais.

Enfim, os princípios são fatores de dinamização do Direito de forma a evitar sistemas fechados de regras que não levam a outra coisa senão à discricionariedade. Disto não se pode concluir, no entanto, que os princípios levam à certeza da resposta correta. Consideram-se válidas as críticas de Alexy a Dworkin com relação a isto.

Considera-se assim, que um conjunto de regras, princípios e argumentação pode levar à uma resposta correta, o que não se pode saber é onde ela se encontra. Deste modo, deve-se continuar lutando em sua busca.

A argumentação jurídica serve critérios importantes para uma adequada atuação dos princípios, seja pelas regras da universalidade e consequencialismo de MacCormick, e até pelas suas regras da coerência e da consistência, que nada mais são do que a ordem e a unidade de Kant. Pode-se usar também as regras de Alexy. A abordagem mais detalhada da argumentação, no entanto, foge ao interesse deste estudo.

Diante desta interpretação do conceito de princípios, resta demonstrar a importância que estes tem para o Direito Processual Penal. Deve-se ter sempre em mente que os princípios servem para aclarar o sentido das normas e que isto só é possível através de uma intermediação sistemática diante dos critérios aqui colocados.

### 3 - OS PRINCÍPIOS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO PROCESSUAL PENAL.

Antes de iniciar a abordagem crítica do tema, cabe reproduzir alguns conceitos de princípio que se fazem importantes para o desfecho deste trabalho.

Para Rogério Lauria Tucci “...fala-se em princípio porque dele derivam, logicamente, outras proposições, ou porque ele determina o aparecimento de outras proposições. E isso, à evidência, não obsta a que à sua ordem se sobreponham outras ordens, nas quais o princípio não seja tido como tal.”<sup>37</sup>

Julio Fabbrini Mirabete conceitua os princípios como “premissas éticas extraídas da legislação e do ordenamento jurídico geral. São eles estabelecidos com a consciência ética do povo em determinada civilização, e podem suprir lacunas e omissões da lei, adaptando às circunstâncias do caso concreto.”<sup>38</sup>

Luis G. G. Castanho de Carvalho, por sua vez, caracteriza os princípios jurídicos como “...idéias fundamentais que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico, são os valores básicos da sociedade que se constituem em princípios jurídicos.”<sup>39</sup>

Jorge Figueiredo Dias ensina: “Trata-se ali daquelas máximas que emergem das múltiplas constelações de normas do ordenamento jurídico-processual penal para constituírem, verdadeiramente, os princípios constitucionais do processo penal respectivo...”<sup>40</sup>

A estes conceitos falta muito para contemplarem uma concepção completa. Como se pôde perceber, são vários aspectos que tornam os princípios importantes.

Dentre eles, ressalte-se a unidade e adequação que proporcionam ao sistema; a proteção contra o arbítrio e a valoração historicamente estabilizada que proporciona a atuação como fundamentos dos direitos do homem, enfim, o direcionamento geral do

---

<sup>37</sup> TUCCI, R. L. et. al. **Princípios e Regras orientadoras do novo processo brasileiro**. RJ: forense, 1986.

<sup>38</sup> MIRABETE, J. F. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo; Atlas, 1995. P.52-75. p. 55

<sup>39</sup> CARVALHO, L. G. C. de. **O processo penal em face à Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p.5

<sup>40</sup> DIAS, p.100

sistema proporcionando unidade, ordem, segurança e justiça, na medida em que isso se faz possível.

Diante destas abordagens cabe ressaltar que a concepção que se aceita cabalmente é a de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, já transcrita e que representa, no geral, o que se expôs neste trabalho.

Para se analisar essa questão mais profundamente no Direito Processual Penal, deve-se, antes, questionar as relações entre segurança jurídica e justiça. Hélio Tornaghi nos ensina que a lei processual é o lugar que, antes de qualquer outro, deve conseguir o equilíbrio entre estes dois aspectos.

A importância de segurança no processo penal decorre do fato que a “lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio de autoridades processantes.”<sup>41</sup>

A conciliação entre segurança e justiça não é o que há de mais fácil. Isso porque ela traduz uma conciliação entre decisão política e princípios. Esta conciliação, no entanto, muito bem fez Canaris.

Quanto ao problema da segurança e da justiça, Figueiredo Dias já nos dizia serem incompatíveis de forma absoluta, e ensina:

Importa sim reconhecer que se está aqui, como em toda autêntica <<questão de direito>>, mesmo no cerne de uma ponderação de valores conflitantes, cujo resultado há-de corresponder ao ordenamento axiológico do Direito, há-de constituir a síntese de antinomias entre a justiça e segurança encontrada no degrau mais elevado da ordem jurídica.<sup>42</sup>

E complementa colocando como o fim do processo penal: “*obstar à insegurança do direito que necessariamente existe <<antes>> e <<fora>> daquele (o direito), declarando o direito do caso concreto, i. é, definindo o que para este caso é hoje e aqui justo.*”<sup>43</sup>

Esta concepção dos fins do Direito, segundo o autor, é adequada ao Direito Penal, que só através do processo se realiza, pois seu objeto é indisponível. É adequada, também, à superação de antinomias e, ainda, à função criadora da jurisprudência. Sobre esta:

<sup>41</sup> TORNAGHI, H. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino editor, 1967. Tomo 1. p. 15.

<sup>42</sup> DIAS, J. de F. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1974. v. 1. p. 45

<sup>43</sup> *ibid.*, p. 46.

Não se trata aqui de um acto pessoal do juiz, seja só subjectivamente fundado ou também intersubjectivamente imposto, mas da força axiológica de convencimento que possui a sua decisão e que resulta, dialecticamente, para a comunidade jurídica, da discussão de pontos de vista (de facto e de direito) contrapostos, da argumentação e da contra-argumentação que caracterizam o <<processo>>. <sup>44</sup>

E, por fim:

*os critérios de valor, os modelos interpretativos, os esquemas axiológicos das normas e problemas processuais são, afinal, os critérios, modelos e esquemas de validade do próprio Direito, do pensamento jurídico tout court ... o direito processual , não é, como tradicionalmente se tem pensado...um << direito técnico>>, regulado por considerações de <<oportunidade>>, mero <<meio>>, que se quer simples, rápido e econômico, de aplicar o direito que lhe é previamente dado, mas sim, ...afinal, só uma forma especial de existir do Direito, um particular modo de estar do Direito.* <sup>45</sup>

Deve-se perceber que o próprio processo em si é meio que traz segurança. Como Luhmann mesmo determinou, o processo é a forma de institucionalização, no caso, da punição. Ele é, assim, meio de controle por excelência, dá segurança ao indivíduo desde a sua existência (processo constitucional) até a fase judicial (processo penal). Por outro lado, o processo não pode ser um objeto de estancamento do Direito, principalmente no caso do processo penal que deve, essencialmente, possibilitar a defesa de direitos fundamentais.

Desta forma, a utilização de princípios funciona como um mecanismo de escape que permite que, em casos difíceis, haja meios para resolvê-los sem precisar recorrer à discricionariedade do juiz. Mas não é só isso, e nem principalmente isso, a importância dos princípios no Direito Processual Penal. Antes, eles permitem o direcionamento do juiz em todos os casos de modo que não podem ser ignorados.

Isso não é menos que a atribuição de segurança ao Direito baseando-se nos princípios jurídicos. Mais do que isso a segurança se torna ilusão. Acreditar, assim, que um ordenamento normativo é capaz de, sozinho, trazer segurança, é irreal, pois é impossível criar um Direito perfeito e tão particularizado.

Não se pode deixar enganar que os princípios também sejam capazes de trazer esta total segurança do Direito. Os princípios, como se viu, são o mito, logo, são um

---

<sup>44</sup> Ibid., p.48

<sup>45</sup> Ibid., p. 49-50.



lugar de representação da verdade, o que é muito diferente de di-los o lugar da verdade.

Como se pôde perceber no decorrer deste trabalho, a utilização de um processo seco, sem princípios, geraria uma série de casos difíceis que não teriam soluções além da discricionariedade.

Portanto, os princípios proporcionam a segurança jurídica ótima, e a única possível, diante das alternativas que se têm. Eles não escondem as incertezas do sistema, ao contrário, são meios de combatê-las.

Princípios e processos são dois fatores que devem andar juntos para possibilitar a melhor combinação possível entre justiça e segurança.

Esta questão é de extrema importância no Direito Processual Penal, pois aqui se está a lidar com direitos fundamentais, nos quais a injustiça deve ser ainda mais fortemente evitada. Como veremos adiante, Dworkin nos ensina que o caminho para evitar a injustiça são os princípios do Direito.

Devemos procurar, sempre mais, o progresso das formas processuais de modo a buscar uma solução cada vez melhor para as questões de Direito. Deve-se ter em conta, no entanto, que os seres humanos são falíveis. E assim sempre serão enquanto a estrutura humana continue íntegra, isto é, sem *microchips*, porque daí, nada se pode dizer.

Para a aplicação dos princípios no Direito Processual Penal, deve-se ter em conta que se trata de uma disciplina diferente de outros ramos do Direito processual e do Direito material. Ressalta-se que as observações aqui feitas são específicas para o Direito Processual Penal, podendo ou não ser pertinentes em outras áreas do Direito. A determinação desta pertinência, entretanto, não é objetivo deste trabalho.

Para relacionar o papel dos princípios no Direito Processual Penal cabe aqui uma averiguação no que concerne aos seus fins.

Quanto ao papel dos princípios nesta área do Direito, Frederico Marques já dizia: “Trata-se de uma síntese crítica, onde as regras jurídicas são focalizadas à luz das finalidades e objetivos do próprio processo, e em face de sua coordenação a

princípios legais vigorantes em outros setores do Direito. Denominam-se tais regras – princípios políticos do processo.<sup>46</sup>

Estes princípios do processo penal são subordinados aos fins do processo. Para Frederico Marques o fim maior do processo é a realização do Direito material, isto é, do Direito Penal de forma justa.

No entanto, cabe dizer que há outra função dos princípios, que não pode ser deixada para segundo plano no Direito Processual Penal contemporâneo. O acusado não tem apenas direito a uma condenação justa, isto é, seu direito é também, e fundamentalmente, um direito de ser processado de forma justa.

O acusado, destarte, tem direito não só a uma condenação somente se culpado, mas também a um processo que, em si, e antes de qualquer resultado sobre a culpa, deve garantir a ele direitos como o de ser justamente processado. Daí a importância que tem se dado a um processo acusatório e não inquisitório. Na história destas formas processuais, enquanto neste se priorizava a busca da verdade a qualquer custo, o que muitas vezes gerava condenação de inocentes, aquele priorizava a liberdade do acusado para se defender.

O que isto reflete não é apenas uma maior possibilidade de encontrar uma condenação correta, mas um processo correto também. O reflexo disso é uma maior civilidade na atuação jurisdicional. Afinal, seguindo-se o sistema acusatório, o acusado não seria considerado um mero objeto de investigação, mas um ser humano ao qual se deveria garantir o direito de defesa.

O direito de se defender em liberdade, hodiernamente, traz muito maiores reflexos no direito do cidadão de não ser punido antes de condenado, do que na possibilidade de que este se defenda. Não basta, deste modo, o conceito de Frederico Marques. Afinal, falar em uma condenação justa não significa falar de um processo justo.

Os princípios, dentro deste contexto, não são apenas instrumentos para fazer cumprir o fim estatal da condenação justa, mas o fim supremo, traduzido já em um princípio, o do devido processo legal. Não basta um processo, isto já havia na

---

<sup>46</sup> MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: millennium, 2000. v.1.p.61

inquirição. Deve haver um processo adequado. Para se chegar a uma justiça condenatória real e não apenas discursiva este processo deve, de fato, ser elemento de garantia dos direitos individuais. Isto se faz através dos princípios. A decisão, como se verá, não basta, nem mesmo uma decisão consensual.

A descoberta da verdade enquanto fim imediato do processo penal, como quer Frederico Marques, é um fim enganoso por dois motivos. Primeiramente e mais importante, a questão de que isto não pode se dar sem a proteção das garantias individuais. Fala-se aqui no processo, no processo civilizado, adequado aos nossos dias, e não de um processo qualquer. Quando se fala em Direito Processual Penal já se exprime que esta garantia é fundamental.

Outro problema deste conceito é a ilusão da possibilidade de descoberta da verdade. O conhecimento total das coisas não nos é apreensível, como bem alerta Carnelutti ao analisar a possibilidade de verdade no processo. Ele a coloca como sempre inalcançável já que para conhecermos a verdade devemos conhecer não apenas a coisa, que é uma parte do todo, mas o todo. Só conhecendo o todo é que se pode conhecer inteiramente as suas partes.

O todo porém, é inalcançável, assim, nunca atingiremos a verdade. Para ele, a busca da verdade no processo deveria ser substituída pela busca da certeza. Esta, deriva de uma escolha que se faz diante da incompatibilidade entre dois raciocínios. Assim, mesmo não podendo julgar, pela impossibilidade de se alcançar a verdade, os juízes devem condenar. Este é o drama do processo, a eterna dúvida. As próprias leis são vulneráveis a exceções. Diante da necessidade da escolha, o juiz se depara com a crença, que se torna o centro de sua decisão.

Baseando-se na crença como critério de escolha, tem-se o primeiro obstáculo ao conceito de verdade. O Direito é uma escolha, não só no que concerne ao papel do juiz, mas ao papel de todos os seus operadores. Isto porque o papel de argumentar juridicamente, o que culmina em uma escolha, começa desde cedo, no seio da sociedade, passa pelas discussões dos legisladores e culmina no papel decisivo do juiz na aplicação da lei ao caso concreto.

A impossibilidade de descoberta da verdade é um fator que nos impele a ter cada vez mais um processo cuidadoso, de modo que se impeça ao máximo a condenação de inocentes. Pode-se dizer que o Direito Processual Penal tem a finalidade de condenar justamente e também de processar justamente.

Com relação à uma condenação justa, Dworkin já nos oferecia critérios. Para ele, o processo penal, assim como o civil, tem o dever de garantir o mínimo exigido de precisão, de modo a evitar injustiças.

Questiona-se qual é o ponto ideal de exatidão processual permitido a constituir um mínimo de exatidão necessário de modo a afetar o mínimo possível outros bens comuns.

A condenação de um inocente é inaceitável no processo, segundo ele, porque gera um tipo de dano, o dano moral, que é um excedente do dano simples, resultante da condenação. É um dano que se caracteriza objetivamente como tal unicamente pela existência de injustiça. A injustiça, no entanto, poderia existir em outros setores tão importantes quanto o punitivo se a verba destinada a eles fosse revertida para a construção de um processo penal super exato. Deve, assim, haver critérios para determinar qual é o processo penal aceitável dentro de um sistema.

Dworkin discute tais questões sempre problematizando se as decisões devem ser tomadas baseando-se em princípios ou políticas. Isto porque aqueles possibilitam a garantia de direitos mesmo quando isso vá contra o bem estar geral. Ele defende que o melhor é se fundamentar em princípios, independentemente de neles se inserir uma argumentação direcionada ao bem comum. Assim, o devido processo legal não deve ser suprimido por razões políticas.

Cabe definir o que é o devido processo legal. Este conceito se resume, diante dos vários conceitos apresentados pela doutrina, na atuação de princípios fundamentais. Dworkin, nos apresenta dois direitos que se tem no processo criminal:

Primeiro, as pessoas tem direito que os processos atribuam a importância correta ao risco do dano moral. Em algumas circunstâncias seria claro que este primeiro direito foi violado, como seria se, por exemplo, alguma comunidade decidisse casos criminais por meio do cara ou coroa, ou não permitisse que o acusado estivesse presente em seu julgamento...O segundo direito, que é o direito à avaliação coerente da importância do dano moral, é de grande importância prática nestas circunstâncias. Pois permite que alguém afirme, mesmo nos casos em que a resposta correta para o problema do dano moral seja profundamente controversada,

que tem direito a processos compatíveis com a avaliação da comunidade do dano moral contemplado em lei.<sup>47</sup>

Estes direitos prevalecem sobre o interesse comum. Representam um mínimo essencial. Eles se utilizam dos princípios considerados moralmente corretos. Ajudam a descobrir, através da interpretação da legislação, o que é este dano moral de que o segundo direito citado por Dworkin menciona. Destarte, os princípios determinam qual é o mínimo que se exige de exatidão em um processo, de forma a não cometer injustiça. Aqui o que se está a falar é em correção (primeiro direito) e coerência (segundo direito).

Este segundo direito protege contra mudanças e também as possibilita, ao perceber os erros do passado. Isto deve ocorrer, no entanto, através de uma interpretação sistêmica.

A partir desta análise do pensamento de Dworkin, diretamente no Direito Processual Penal, se percebe a importância que os princípios têm na determinação daquilo que não se pode abdicar na busca pela resposta jurisdicional.

Frederico Marques afirma que “o processo só atende sua finalidade quando se externa procedimento adequado à lide que nele se contém, de forma a garantir amplamente os interesses das partes em conflito.”<sup>48</sup>

Esta é uma noção equivocada. Com este conceito remete-se à distinção entre o direito de liberdade do indivíduo e o direito de punir do Estado. Na verdade, esta é uma concepção que vai contra a essência do processo penal.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>49</sup> nos ensina que não há lide no processo penal. Ocorre, porém, a busca da resolução do caso penal, na qual se encontra a liberdade do indivíduo contra a punição, mas aí não há uma lide, apenas a necessidade de se descobrir qual é o acerto correto para o caso. O Estado não tem direito de punir, apenas um interesse de descobrir se o correto para o caso é a punição ou a liberdade do indivíduo.

---

<sup>47</sup> DWORKIN, R. Uma questão... p.131

<sup>48</sup> op.cit., p.83

<sup>49</sup> COUTINHO, J. N. de M. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989.

Diante da realidade processual penal, que lida com direitos fundamentais em sua essência, não há como se falar dele sem se falar em princípios. A questão do Direito Processual Penal é indispensavelmente principiológica e incompatível com uma noção autopoietica.

José Augusto Delgado nos ensina: “O funcionamento de um sistema jurídico voltado a assegurar as garantias processuais do cidadão não pode admitir que só exista o Direito Positivo, por esta situação limitar a função do jurista. Esta necessita ter uma amplitude maior do que aquela definida pelo Direito Positivo, tudo vinculado com a precisa identificação das finalidades visadas pela norma jurídica, especialmente, a de natureza constitucional”<sup>50</sup>

A importância que se atribui à interpretação das normas infra-constitucionais de acordo com a Constituição Federal de 1988, enquanto lugar de estabilização de princípios fundamentais adquiridos arduamente nas lutas históricas contra a exclusão, já se assinalou no decorrer deste trabalho. Cabe aqui determinar a importância especial que isto tem diante do Direito Processual Penal.

Segundo René Dotti “As leis do processo são um complemento necessário às leis constitucionais.”<sup>51</sup> E Tornaghi escreve: “A lei do processo penal é prolongamento e efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e garantias constitucionais.”<sup>52</sup>

O Direito Processual Penal é um lugar de garantia da efetivação destes princípios constitucionais. Mais que o processo civil, o processo penal lida essencialmente com os direitos e garantias fundamentais. Isto porque se está a tratar de sua privação ou não, e em que medida isto pode acontecer. O Processo Penal, assim, é também um meio que leva à limitação legítima de alguns destes direitos, o que ocorre em caso de condenação. E, ressalte-se, o único meio para esta privação.

Justamente por isso, ele também é o meio de se evitar que estas liberdades sejam suprimidas até quando se puder. Deste modo, prevalecem tais direitos também para garantir uma condenação o mais certa possível.

---

<sup>50</sup> DELGADO, J. A. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. *Revista de processo*. [S.l.], a. 17, n. 65, p. 89-103, jan./mar. 1992. p. 89

<sup>51</sup> DOTTI, R. A. Princípios de processo penal. *Revista de processo*. [S.l.], a. 17, n. 67, p. 72-92, jul./set. 1992. p.74

<sup>52</sup> TORNAGHI, *Compêndio de ...* p.15

Ademais, ressalte-se que estes direitos e garantias individuais servem para que o processo se dê da forma o mais civilizada possível. Deve ele, deste modo, seguir as orientações daqueles princípios. Isso se dá, simplesmente pelo fato de que se trata de uma esfera onde a atuação dos princípios é necessária simplesmente porque, se eles não existissem, seriam feridos preceitos sociais e individuais fundamentais.

O processo penal adequado se serve dos princípios como orientadores do sistema. Eles direcionam a atuação estatal na determinação da punição ou não. Determinam, não se pode olvidar, um Direito voltado a cada indivíduo e a todos eles. Até mesmo porque, transgressões particulares legitimam transgressões gerais. O respeito ao devido processo legal é valor supremo e deve ser respeitado se pretende-se viver em um país civilizado. Este propósito, no entanto, só se alcança observando-se os princípios, vindo, assim, a favorecer, a todos e a cada um dos cidadãos.

### **3 – CONCLUSÃO**

A luta por um mundo melhor é um caminho árduo, mas inafastável. A existência de um Direito Processual Penal não basta por seu monopólio estatal. É preciso se engajar na luta por algo mais.

O Direito Processual Penal trabalha com o que há de mais humano no homem, isto é, com seus valores mais preciosos, pois ao mesmo tempo em que garante os valores sociais e individuais, possibilita a sua supressão.

Toda esta situação só se torna possível em um sistema não só visto como seleção ou decisão. Mas principalmente como equilíbrio entre todas as funções que lhe cabem. Para isto, não basta a estabilização. Este é apenas o primeiro passo do Direito. O mais importante é a adequada determinação do seu lugar. Mister se faz, para isso, um conteúdo nesta estabilização.

Este conteúdo, por nada mais pode ser representado do que pelos princípios, que são, afinal, a razão de ser de todas as mais relevantes mudanças na atuação do Direito desde as sociedades mais antigas.

Os princípios são indispensáveis no equilíbrio ideal de estabilidade e de justiça. É imprescindível a garantia de determinados valores, que não são compatíveis com uma lógica de estabilização alheia a um direcionamento de conteúdo fundamentado nestes.

Do contrário, onde estariam os direitos humanos? E aqui não se fala apenas destes que aqui estão, mas de todos aqueles que estão por vir.

Enfim, para um Direito dinâmico, atual, direcionado a seres humanos, não há outra fórmula do que aquela que mistura luta, organização, ética, noção da realidade, e tudo isto direcionado a partir de princípios.

A luta pelo Direito ético não pode ser abandonada. Só assim será possível uma sociedade cada vez mais evoluída. Se há uma luta, constata-se que há um outro lado, um inimigo. Ele é justamente o comodismo diante do sistema, a aceitação daquilo que não satisfaz a condição de ser humano de cada um. A luta que se faz é contra todos aqueles que querem um sistema para si. Deve-se lembrar que só haverá um Direito



para cada um quando houver um Direito de todos e isto só se faz através da luta de cada um pelos direitos dos outros. Pois só aí é possível conciliar os interesses próprios e os alheios e construir um Direito total.

Chegar a ele, talvez seja impossível, mas é plenamente possível lutar para que ele seja melhor e alcançar o propósito desta luta. A guerra se vence, afinal, a cada batalha, e é sempre difícil, o que, obviamente, não é motivo para abandoná-la.

#### 4 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. Doxa. Tradução de Manuel Atienza. n.5, p. 139-151, 1988.

ARENHART, B. G. C. *O Processo Penal Brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel*. In: COUTINHO, J. N. de M. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. RJ-SP: Renovar, 2001. p.191-239.

ATIENZA, M. *Las razones del derecho: teorías de la argumetación jurídica*. Madrid: centro de estudios constitucionales, 1997.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. RJ: Campus, 1992.

CANARIS, C-W. *Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do Direito*. 2.ed. Tradução de: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO, L. G. C. de. *O processo penal em face à Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CASAMIGLIA, A. *Ensaio sobre Dworkin*. In: DWORKIN, R. *Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1984. Traduzido por Patrícia Sampaio. Disponível em [http://www.puc-rio.br/sobrepuc/dpto/direito/pet\\_jur/patdwork.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/dpto/direito/pet_jur/patdwork.html) Acesso em 18 jun. 2001.

COUTINHO, J. N. de M. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

\_\_\_\_\_. *Glosas ao “Verdade, dúvida, certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito (no prelo)*.

\_\_\_\_\_. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, a. 30, n. 30, p.163-197, 1998.

\_\_\_\_\_. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: *Direito Alternativo: Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Organizado por Ricardo Cesar Pereira Lira. Rio de Janeiro: COAD, 1993.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal*. In: *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p.39-76.

CHAUÍ, M. *Convite à filosofia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1996.

DALLANORA, A. **Os princípios constitucionais processuais e a possibilidade de uma resposta correta.** Disponível em: <http://www.ccj.ufsc.br/~petdir/dworkinadri.html> Acesso em: 18 jun. 2001.

DAVID, R. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo.** 3. ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 1-139.

DELGADO, J. A. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. **Revista de processo.** [S.l.], a. 17, n. 65, p. 89-103, jan./mar. 1992.

DIAS, J. de F. **Direito Processual Penal.** Coimbra: Coimbra editora, 1974. v. 1.

DOTTL, R. A. Princípios de processo penal. **Revista de processo.** [S.l.], a. 17, n. 67, p. 72-92, jul./set. 1992.

DUSSEL, E. **Filosofia da Libertação.** Tradução: Luiz João Gaio. São Paulo - Piracicaba: Loyola-UNIMEP, s.d..

DWORKIN, R. Is a law a sistem of rules? In: \_\_\_\_\_. **The philosophy of law.** New York: Oxford University press, 1977. p. 38-65.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 80-152.

FONSECA, R. M. **Direito e História: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha.** Dissertação de mestrado pela UFPR, Curitiba: 1997.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder.** 15. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

HERKENHOFF, J. B. **Direito e Utopia.** 3. ed. Porto Alegre: livraria do advogado editora, 1999.

KANT, I. **Crítica da razão pura.** 2. ed. Tradução de Valério Rodhen e udo Baldur Moosburger. São Paulo: Victor Civita, 1983. p. 405-413.

LEÃO, N. C. Direitos fundamentais, garantias constitucionais e processo penal. **Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária.** Brasília, p. 127-140, jul. 98/ dez. 99.

LEGENDRE, P. **Lecciones IV El inestimable objeto de la transmisión: Estudio sobre el principio genealógico en Occidente.** Mexico: Siglo veintiuno editores, 1996.

LEÔNCIO JUNIOR, W. A constituição cidadã de 1988 ainda está em vigor? **Revista de doutrina e jurisprudência**. Brasília, v. 62, p. 13-54, jan./abr. 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: millennium, 2000. v.1.

MIRABETE, J. F. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo; Atlas, 1995. P.52-75.

MONREAL, E. N. **O direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

MORIN, E. **Os sete saberes necessários à educação no futuro**. 2. ed. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2000.

NIETZSCHE, F. W. **Além do bem e do mal**. 5. ed. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Hemus. p. 89.

PONFERRADA, G. E. Los primeros principios. **Sapientia**. v. XXXIV, n. 133-134. p. 171-206, 1979.

SOTTO MAIOR NETO, O. de S. Considerações Críticas em torno de três princípios fundamentais do direito penal. In: **Ciência Penal – Coletânea de Estudos, homenagem a Alcidez Munhoz Neto**. Curitiba: JM editora, 1999. p. 319-327.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica em crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2000. P. 265-289.

TORNAGHI, H. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino editor, 1967. Tomo 1. P. 10-17.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo Penal**. 5. ed. Bauru: Jalovi, 1977. V. 1.

TUCCI, R. L. et. al. **Princípios e Regras orientadoras do novo processo brasileiro**. RJ: forense, 1986.