

JUSTIÇA E LEGALIDADE À LUZ DA NORMA JURÍDICA

Lucas Antonio Rosso Gomes Caldas¹

Ana Cláudia Costa Aguiar²

Resumo

A discussão deste tema é de suma importância visto que existem vários casos dentro de nosso ordenamento jurídico em que, em sua maioria se finda pela lei, há casos em que um costume ou um princípio resolve a lide. Para apresentar essa temática, será utilizado o método dialético, consistindo na contraposição de ideias colocando frente a frente lei, princípios e costume jurídico com o condão de reforçar a discussão acerca destes nas decisões judiciais, em que sua maioria se vale da lei. A ideia chave é mostrar que, na maioria dos casos, em que se há um processo judicial, na sentença, o entendimento é baseado na lei, mas, também se pesam os princípios e, em casos únicos, os costumes interferem numa decisão judicial.

Palavras-Chave: Ordenamento Jurídico. Norma Jurídica. Costume Jurídico. Princípio Jurídico.

JUSTICE AND LEGALITY UNDER THE LIGHT OF THE JURIDICAL NORM

Abstract

The discussion of this theme, is of great importance for there have been many cases within our legal system in which, in their majority are solved by the law, the rule of law, but, it doesn't flourish in all cases; there are some which a usual legal or a legal principle can solve the issue. We'll use the dialectic method, which consists of the clash of ideas, theories that will clash proposed with the current discussion about those in judicial decisions, whose majority it's the law who is used to solve and to base the judicial decision. In front of what had been prior seen, it is concluded that, with such a discussion, you need to watch carefully the case to be proposed and what allows a fairer solution of a concrete case.

Keywords: Law. Usual Legal. Legal Principle. Case.

1- Discente do curso de direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: lucasrosso1@hotmail.com

2- Docente do curso de direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Mestre em Direito Constitucional. Email: anaclaudiacostaguiar@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Dentro de um ordenamento jurídico, pode ser dito que o Direito, amparado em grande parte pela norma jurídica para a resolução dos casos práticos propostos, entretanto, como o próprio Direito permite exceções, existem casos concretos em que a lei não será suficiente para solucionar a lide. A sua solução pode também ser por um princípio jurídico ou por um costume já presente na sociedade, embora o mesmo não necessariamente esteja regido por uma lei.

Essa discussão faz-se presente também no âmbito processual uma vez que, interferindo no dispositivo da sentença, o caminho percorrido pelo magistrado pode ter até o mesmo resultado, mas poderá haver uma sentença mais branda ou mais rígida. Por exemplo, tem casos que, se julgados pela lei, a sentença seria menos justa que se fosse o dispositivo alimentado por um princípio jurídico ou por uma jurisprudência.

Portanto, a finalidade da discussão sobre este tema seria demonstrar aos juristas, operadores do Direito, que um tema básico, porém, de fundamental importância pode influenciar diretamente o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a sociedade a qual esse ordenamento rege. Até porque, na própria Lei existem lacunas que podem ser supridas por leis supervenientes, complementares, ou por princípios, costumes, etc.

Entretanto, o judiciário não poderá assumir a posição de "legislador positivo" e legislar, exceto se o próprio legislativo propuser uma lei que necessitaria de outra complementar e não a fizer como foi o caso da lei da greve dos funcionários públicos, que fora decidida por analogia à CLT (Consolidação das Leis de Trabalho).

Reitera-se também que em casos concretos que são apresentados aos tribunais, sempre se terá uma exceção à norma jurídica, permitindo a elasticidade da lei, conforme aduzida na teoria da "Lei Moldura" proposta pelo jurista Hans Kelsen e na questão do Direito tendo elementos sociais participando das decisões, ou seja, o Direito como uma "Textura Aberta" como propusera Herbert Hart, eliminando a automatização das

decisões (jurisprudências mecânicas) por necessitar do entendimento de um magistrado, passível de emoções, para averiguar qual seria o melhor caminho para se resolver a lide, ou seja, para julgar o caso concreto da maneira mais justa possível, sem ferir a segurança jurídica trazida pelo ordenamento jurídico.

Portanto, será discutida a norma jurídica pela sua evolução histórica, ou seja, como o conceito atual de norma jurídica foi constituído, como também as suas espécies, haja vista que a norma jurídica pode ser considerada como gênero, podendo ser subdividida em espécies como a lei, os princípios e costumes com o condão de obter decisões justas e morais, levando-se em conta conceitos do termo justiça para o direito.

O capítulo 2 irá tratar dos preliminares históricos da norma jurídica, ou seja, como a norma veio evoluindo ao longo do tempo. O capítulo 3 irá tratar da Norma Jurídica em si, ou seja, como a norma jurídica é tratada no ordenamento, sendo subdividido em pontos 3.1 (norma jurídica pela lei), que fala da norma como a lei se insere no ordenamento jurídico, 3.2 (norma jurídica pelos princípios), em que tange os princípios jurídicos do ordenamento e 3.3 (norma jurídica pelos costumes jurídicos), que versa sobre como os costumes da sociedade influem no ordenamento jurídico. O capítulo 4 versa sobre os conceitos de justiça apresentados por pensadores e juristas e o capítulo 5 versa sobre a conclusão do artigo, ou seja, o objetivo final do mesmo.

2 PRELIMINARES HISTÓRICOS DA NORMA JURÍDICA

A norma jurídica tem sua origem remetida diretamente ao próprio surgimento do direito, mais especificamente o direito escrito, em que se teria a efetivação da norma jurídica no tocante a sua aplicabilidade, pois, haveria ali a possibilidade do cidadão compreender e conhecer, portanto, a lei que o rege.

Como se punia os cidadãos, de forma prevista em costumes jurídicos no Código de Hamurabi na antiga Mesopotâmia, por exemplo,

haveria a necessidade de se fazer cumprir a lei, criando a figura do Estado e a ele dar a prerrogativa de agir coercitivamente. Sendo, portanto, o Estado e as Leis, criações humanas, regentes dos próprios humanos que são cidadãos que obedecem ou deveriam obedecer às leis presentes no ordenamento jurídico.

A manifestação de norma jurídica, embora houvesse códigos anteriores ao código romano, o embasamento direto na norma advém do *corpus juris civilis*, que era a compilação das leis romanas constituída durante o regime de Justiniano.¹ Entretanto, na era medieval, a norma jurídica passou para o segundo plano; caiu em desuso uma vez que no sistema feudal, o campo ou feudo passou a ser a moeda de troca e, portanto, baseava-se nos costumes jurídicos sob a tutela de um rei como suserano maior e seus vassallos, que poderiam ser barões, duques, etc. Estes vassallos dos reis poderiam ter seus próprios vassallos dentro desse regime.

Com o final da era medieval e início da era moderna, oriunda da tomada da cidade de Constantinopla em 1453, instaurou-se o regime absolutista na Europa, e, neste período, surgiram às figuras de John Locke, Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Barão de Montesquieu entre outros, surgindo ali o iluminismo.

Estes teóricos passaram a criticar o absolutismo, alegando a necessidade de combater o poder absoluto dos reis com o próprio poder, em que, por exemplo, a proposição de Montesquieu em dividir o poder total em três poderes (legislativo, executivo e judiciário) e a proposição de Hobbes em que os reis deveriam ser submetidos às leis propostas mostrava a necessidade que se tinha de regular tal poder que era ilimitado.

Com a Revolução Francesa datada em 14 de Julho 1789, com a tomada da Bastilha, fez-se a transição para a idade contemporânea, afirmar-se-ia que nesse período compreendido desde a revolução francesa até os dias de hoje, tiveram-se as maiores revoluções jurídicas.

O período pós-medieval (Idade Moderna e Idade Contemporânea) fora marcado pelas intensas discussões e divergências que

¹ Forense, 2011, p. 187, NADER, Paulo, Introdução ao Estudo do Direito, 33ª ed., Rio de Janeiro

aduziam a teoria do jusnaturalismo, tendo como principais referências Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau e John Locke, e a Escola Normativista, que defendia o juspositivismo, tendo como expoentes as Escolas do Estrito Legalismo e Hans Kelsen.

A superação da doutrina jusnaturalista deu margem ao juspositivismo, sendo iniciado pelas Escolas do Estrito Legalismo, que teve como principal expoente a Escola da Exegese e após, o juspositivismo teve como um de seus porta-vozes mais famosos o jurista austríaco Hans Kelsen.

Kelsen revolucionara o direito com constituição da teoria da Norma Fundamental em que uma norma jurídica retiraria validade de outra norma hierarquicamente, exceto a constituição que não retiraria sua validade de outra norma superior, pois esta seria a maior norma existente. A validade da constituição seria retirada "do nada", ou seja, seria inerente ao próprio ordenamento jurídico.

A norma jurídica, embora houvesse variadas teorias e debates, haveria casos em que a lei não seria suficiente, cabendo ao magistrado assim a necessidade de aplicar um princípio regente do ordenamento jurídico e de costumes jurídicos presentes na sociedade em questão com o condão de solucionar a lide de maneira justa.

Portanto, não poderiam ter casos concretos sendo julgados de maneira automática, seguindo um padrão mecânico, conforme será visto mais adiante, não cabendo uma jurisprudência mecânica justamente pelo fato de não haver um padrão; sempre haveria algum caso em que se necessitaria do entendimento do magistrado para poder resolver a lide em questão de forma justa.

Nessa revolução jurídica, veio a se destacar também a jurisprudência como um meio de auxílio aos julgamentos seguindo entendimentos de decisões reiteradas dos tribunais superiores, já trazendo a temática para o direito atual, em que, casos semelhantes poderiam ser julgados de maneira semelhante, entretanto, não isentaria o magistrado de ler o processo e julgá-lo de maneira justa, pois, poderia haver diferenças de um processo para outro quanto ao objeto discutido, alterando diretamente seu

dispositivo de sentença, portanto, concretizando a teoria de Hart² em que não poderia ter uma jurisprudência mecânica, devido a grande máxima do Direito: "Para toda regra, há uma exceção."

A norma jurídica também hoje ganhou força no sentido de ser visto como uma maneira de coibir atos ilegais ou imorais, tendo um caráter coercitivo. Inerente ao direito haveria a coibição de ilicitudes justamente pelo discernimento de certo e errado, entretanto, havia a necessidade de se ter um poder sancionatório, ou seja, uma força coercitiva que punisse aquele que descumprisse a norma.

3 FUNDAMENTAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

A norma jurídica pode ser proposta como uma maneira que é inerente ao Direito de se regular o ordenamento jurídico, sendo vista como gênero, podendo assumir as facetas de Lei, Princípios e Costume Jurídico, como também pode ser amparada por diversas correntes e teorias propostas por juristas que eram seguidores destas correntes jurídicas.

Como todo aspecto do Direito, existem exceções e, nesse caso, também há divergências doutrinárias acerca das visões que as escolas tinham sobre o Direito. Um exemplo de divergência seria a visão jusnaturalista, predeterminando que o Direito dependeria da Vontade do Legislador, transformando o Judiciário em um poder meramente aplicador.

A visão juspositivista que via a norma como elemento importante face aos poderes; o judiciário teria uma espécie de "superioridade", mesmo com a equivalência dos três poderes proposta por Montesquieu na égide do iluminismo francês.³

Contudo, nem só de regras vive a sociedade, nem tampouco a norma jurídica, pois esta se ampara em leis, princípios e costumes, ou seja,

² Fundação Calouste Gulbekian, 1994 HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito 3ª ed. Lisboa.

³ FAYARD, 1986 BODIN, Jean, Les six livres de la République, Paris

pode ser “subdividida” conforme será proposto posteriormente. A ideia da norma é o controle da ordem e da justiça no ordenamento jurídico em que está sendo vigente a sua aplicação, uma vez que o Estado dependerá das normas para reger a sociedade a qual está sob sua tutela política e social.

3.1 A FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA LEI

A lei pode fundamentar o Direito, e em conjunto a norma jurídica, no tocante a sua aplicabilidade, existência ou eficácia, como também pode validar outra norma presente no ordenamento jurídico.

A norma jurídica, no aspecto legalista, tem como proposta validar o ordenamento jurídico, regendo-o através da lei, interpretadas por uma corte constitucional, sendo hierarquicamente uma superior a outra e que a lei máxima seria a Constituição.

Essa conceituação pode ser amparada pela Teoria da Norma Fundamental (*Grundnorm*), proposta pelo jurista austríaco Hans Kelsen, em que consistia na Constituição, que retiraria sua validade “do nada”, ou seja, de uma força superior e todas as normas que surgiriam posteriormente retirariam a sua validade da norma hierarquicamente superior, no caso, a Constituição, formando uma espécie de pirâmide hierárquica entre as normas.⁴

Existiram e ainda existem diversos impasses dentro do campo da Norma Jurídica. Por exemplo, a clássica discussão entre a doutrina Jusnaturalista, proposta pelas Escolas do Estrito Legalismo, principalmente a Escola da Exegese, que aduzia que o legislativo era quem detinha a capacidade criativa do Direito enquanto que o judiciário se limitaria a ser um mero aplicador do Direito.

A Escola da Exegese propunha dotar de cientificidade a aplicação do Direito, ou seja, que o Direito teria a necessidade de orientações técnicas para as decisões judiciais, visando assim evitar decisões subjetivas.

⁴ Martins Fontes, 1998 KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, 6ª ed. São Paulo

Tal teoria tinha como objetivo também consolidar o domínio burguês da França, uma vez que se limitaria o campo jurídico e, portanto, os seus intérpretes e acadêmicos.

A teoria jusnaturalista se fundamenta na separação dos poderes proposta por Montesquieu, em que o legislativo detinha função criativa e o judiciário detinha função aplicadora, ou seja, a supressão do judiciário em face da supremacia do poder legislativo. Era também regida pelo princípio da legalidade que afirmava: "Somente a lei inova originariamente o Direito" e princípio da isonomia ou igualdade, em que consistia nas normas oriundas do legislativo ter validade para todos, ou seja, serem *erga omnes*, sendo estas expressas na Declaração dos Direitos do Homem, que fora proposta também na França.⁵

Outra ideia jusnaturalista seria a Teoria da Codificação de Jeremy Bentham⁶, que se baseara em Thomas Hobbes, através do conceito de *utile* dando margem ao Utilitarismo Jurídico, que aduzia: "As ações humanas estão sempre orientadas para a realização do interesse pessoal.", seguindo cegamente o conceito de *utile* proposto por Hobbes.⁷

Na ótica de Hobbes, *utile* conceitua-se como o hedonismo do homem, ou seja, que nenhum homem seria capaz de agir contra seus interesses³, valendo-se também no campo jurídico. Tinha-se como princípio ético, na Teoria da Codificação de Bentham, a busca pela *utile*.

Bentham propunha a necessidade de criação de um sistema jurídico que evite decisões pessoais e subjetivistas, uma vez que, a *Common Law*, o sistema jurídico em vigor na Inglaterra na época, e ainda é hoje, não fornecia a segurança jurídica, permitindo com que se tomem decisões subjetivas e, portanto, existindo a necessidade, na ótica de Bentham, de se codificar a lei para evitar tais tipos de decisões.

⁵ FAYARD, 1986, BODIN, Jean, **Les six livres de la République**, Paris

⁶ FAYARD, 1986, BODIN, Jean, **Les six livres de la République** Paris

⁷ Saraiva, 2013, HOBBS, Thomas, **Leviatã**, Atualizado, São Paulo

Havia a necessidade de uma interpretação lógico-sistemática em que a Lei seria Universal (*erga omnes*), como premissa maior, seguida de uma premissa menor que seria a decisão judicial que seria aplicada ao caso concreto proposto.

A jurisprudência não é fonte do Direito segundo a visão jusnaturalista, diferentemente da corrente juspositivista que enxerga a jurisprudência como fonte do Direito, sendo uma fonte formal, contribuindo fortemente para o Direito e ao ordenamento jurídico devido a ser utilizada como julgamento para decisões de mesmo condão.⁸

Um exemplo de código confeccionado à luz da Teoria da Codificação seria o Código Francês de 1804, também conhecido como o código de Napoleão, que apresentava duplicidade jurisdicional e um conselho de Estado.

Nele se via presente também a onipotência do legislativo, amparada pelo código em si, no princípio da legalidade e na completude do ordenamento, sendo a lei interpretada baseada na intenção do legislador (*Mens Legislatoris*)⁹, ou seja, fazia com que o intérprete tivesse uma interpretação passiva, não criacionista e não inovadora, seguindo cegamente a Vontade do Legislador, tecendo uma visão bitolada acerca do Direito.

A vontade do legislador tinha um sentido manifesto que seria uma regra hermenêutica criada pelo legislativo, que buscava orientar a interpretação do código vigente pelo judiciário, através de uma perspectiva unitária e internamente articulada e tinha um sentido oculto que a vontade do legislador, segundo Hans Kelsen, escondia a função criativa do intérprete, no caso, o Judiciário, seguindo uma visão dogmática do Direito.

No viés juspositivista, ou normativista, o intérprete se deteria a uma interpretação autêntica que é realizada pelo órgão que aplica o Direito e inautêntica que é realizada pela sociedade e pela ciência jurídica.

⁸ Saraiva, 2002, REALE, Miguel, Lições Preliminares de Direito, 27ª ed., São Paulo

⁹ Atlas, 2003, FERRAZ JR, Tércio Sampaio, Introdução ao Estudo do Direito, 4ª ed. São Paulo

Conforme abordada antes, a “Lei Moldura” é uma expressão da Teoria Pura do Direito proposto por Kelsen, em que o ordenamento jurídico positivo possui a função de vincular a criação das normas individuais que são as criadas pelo judiciário, porém, sempre deixará um espaço para elementos metajurídicos, entrando no mérito da Discricionariedade Judicial, que seria a margem de livre apreciação, ou seja, a necessidade de uma pluralidade de determinações, possuindo assim um conteúdo determinado pelo conjunto de normas do Direito Positivo e um conteúdo indeterminado que seria o caso concreto ou fato jurídico.

Já afirmava Kelsen: “O ilícito não é negação, mas pressuposto do Direito”, propondo assim um caráter coercitivo da Norma Jurídica, valendo-se de sanções para seu descumprimento e que a própria norma, embora autossuficiente dentro do ordenamento jurídico, persiste a descrição hipotética de uma situação possível, geral e abstrata, ou seja, dotada de elementos metajurídicos que ultrapassariam a moldura da norma, portanto, permitindo uma plasticidade da norma.¹⁰

A plasticidade da norma seria a possibilidade das espécies de norma jurídica se adequar a diversos casos concretos com a finalidade de se obter a decisão mais correta legalmente e a mais justa possível.

Não obstante que, nessa discussão, Kelsen ampliara o conceito de norma jurídica e, também, revolucionara o mundo jurídico acrescentando no fenômeno jurídico outras maneiras de se interpretar a realidade daquele ordenamento ao qual está inserido.

Nesse viés também, a teoria Kelseniana além de revolucionar o mundo jurídico conforme dito anteriormente, “criou” uma noção de constituição para o Direito, em que tange a criação da Teoria da Norma Fundamental Hipotética (*Grundnorm*), em que a Constituição do país seria a maior fonte jurídica, da qual todas as leis retirariam validade, sendo uma hierarquicamente superior à outra, tendo a constituição retirando validade “de um vazio”, sendo o elemento mais importante do ordenamento jurídico.

¹⁰Martins Fontes, 1998 KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, 6ª ed., São Paulo

A constituição inclusive, por ser considerada a manifestação mais alta do Direito Legal no ordenamento jurídico, faz valer a tese de Kelsen face ao Princípio da Supremacia da Constituição, sendo tal princípio aceito no ordenamento jurídico brasileiro.

Contrapondo a teoria Kelseniana, surgiu a Teoria do Direito como uma Textura Aberta proposta pelo inglês Herbert Hart, que criticara a teoria pura do direito afirmando que Kelsen excluiu questões sociais e morais do Direito quando propusera a sua teoria. Uma das críticas de Hart era que a teoria Kelseniana não permitia a existência de Fontes Jurídicas Materiais, ou seja, se necessitaria incluir questões de âmbito social e moral, diferente da rigidez normativa pregada por Kelsen e, portanto, a rigidez da norma conforme era proposta também na Teoria da Lei Moldura.

Na teoria de Hart, o Direito seria um conjunto de disposições abstratas que emite padrões gerais de conduta, havendo uma impossibilidade de um regramento de conteúdo indubitável, ou seja, não haveria dúvidas acerca da aplicação do Direito aos casos propostos pela sociedade direcionada ao poder judiciário daquele ordenamento.

O Hart propusera o Direito como uma Textura Aberta, conceituando-o como: "A incerteza da linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite as questões de fato.", ou seja, colocando combinações jurídicas contra combinações sociais e, nisso, propondo a indeterminação e impossibilidade de uma jurisprudência mecânica, baseada na escolha anterior e escolha ulterior. Para tanto, necessitar-se-ia de um magistrado, passível de emoções, para julgar de acordo com a norma e com o seu entendimento.

Por exemplo, em relação à questão da Norma Jurídica, a maior contribuição foi a do Juspositivismo, mais especificamente de Hans Kelsen, pois através de uma "guerra" de artigos que ele entrou com Karl Schmitt, na época do período entre guerras mundiais (1920-1939) em que nisso constituiria a base que Kelsen teria para publicar a obra Teoria Pura do Direito. O "duelo" teórico era referente à forma de se reger o ordenamento

jurídico tendo como base a supremacia da Constituição de um país, sendo esta a norma dita suprema do ordenamento.

Um exemplo disso é presente na Constituição Federal de 1988, nossa carta magna, em seu Art. 6º, amparado pelo Princípio da Legalidade, que aduz:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)¹¹.

A supremacia da constituição prevista pelos ensinamentos de Kelsen, como do juspositivismo como um todo, é o maior preposto no ordenamento jurídico, em que, a lei é proposta como uma espécie de norma jurídica, haja vista a abrangência da norma jurídica em face de lei que é mais específica.

A constituição, como norma maior de um ordenamento jurídico, reforçada pela Teoria da Norma Fundamental (*Grundnorm*) conforme dito anteriormente retira sua validade "do nada" para dar validade às normas subsequentes hierarquicamente, haja vista o fato de cada norma ou lei retirar sua eficácia de uma dita superior.

"Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito."¹²

A lei, portanto, é um meio de norma jurídica em que sendo aplicada no ordenamento jurídico, regendo a sociedade por meio de regras institucionalizadas para garantir a ordem social.

3.2 A FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO JURÍDICO

¹¹ . EC-64/2010, Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988

¹² Martins Fontes, 1998, pág. 01, KELSEN, Hans Teoria Pura do Direito 6ª ed., São Paulo

Os princípios jurídicos podem decidir casos concretos presentes no ordenamento jurídico. Podem ser conceituados como um conjunto de normas e padrões de conduta, presentes de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico, servindo como base para o mesmo.

Os princípios não valerão sem exceção, podendo entrar em conflito, oposição ou contradição, podendo assim alimentar o dispositivo da sentença do juiz de maneira que este tenha proferido uma decisão concretizada de maneira eficaz e válida ou antagônica.

Eles devem ser analisados de forma plena e não tem a pretensão de exclusividade, ou seja, a característica de um princípio pode ser conectada, ou seja, se estender a outro e necessitam, para a sua realização, uma concretização através de valores singulares e dos subprincípios.

Assumem, portanto, dimensões de Interpretação, de Integração, Direta e Limitada. São também categorizados como princípios omnivalentes, que são os princípios que validam todas as maneiras de saber, como o princípio da identidade, princípios plurivalentes que são aplicáveis em diversos âmbitos de conhecimento, como o princípio da causalidade e princípios monovalentes que apenas valem em um âmbito de uma determinada ciência.

Os princípios podem ser diferenciados da norma jurídica e das regras jurídicas da seguinte forma: as normas, leis e outros dispositivos normativos trazem em seus textos normas que podem ser classificadas em regras, princípios e postulados jurídicos. As regras e princípios são normas jurídicas e a distinções feitas entre eles são através dos variados tipos de norma jurídica existentes no ordenamento.

São diferenciados através do critério de abstração, em que os princípios são normas de um grau de abstração relativamente mais elevado do que o grau de abstração das regras.

A aplicabilidade os princípios são conteúdos normativos extraídos de dispositivos que devem ser concretizados pelo aplicador. Isto é, os princípios são vagos e para serem aplicados precisam da atividade concretize, ao passo que as regras, pelo fato de sua especificidade, podem ser aplicadas imediatamente ao caso concreto sem a necessidade de uma concretização.

Os princípios são fundamentais no sistema de fontes do direito, pois estruturam o sistema normativo e o próprio Estado (princípio do estado de direito, princípios gerais do Direito etc.), além disso, os princípios estão vinculados à ideia de justiça ou de direito, sendo que as regras são normas meramente funcionais, ou instrumentos de aplicação dos princípios.

As regras também podem entrar em conflito, mas quando isto ocorrer faz-se necessário utilizar-se dos critérios de resolução de antinomias: hierarquia (norma superior derroga norma inferior),¹³ especialidade (norma especial afasta a aplicação de norma geral), data de edição do dispositivo (norma posterior derroga norma anterior) etc., podendo, se for o caso, ser até declarada a invalidação de uma delas. Os princípios jurídicos e as regras jurídicas são normas jurídicas que se diferenciam conforme algumas de suas características essenciais.

Casos que foram resolvidos por base nos princípios, por exemplo, são os casos de aborto das crianças diagnosticadas com anencefalia e do casamento homoafetivo, acórdãos proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal).¹⁴

Dizem que estes casos foram resolvidos baseados nos princípios devido ao fato de, no caso do Código Civil e Constituição, classificar a família como um casal heterossexual, sendo necessária a reforma através de emenda e o caso do aborto anencéfalo conflitaria com o princípio da isonomia e o direito a vida, que é elencado no Art. 5º de nossa Carta Magna.

O princípio jurídico é considerado também uma espécie de norma jurídica, em que se busca a justiça na sociedade em que se regem tais princípios, haja vista a propensão à utilização de tais princípios na sociedade regida pelo ordenamento jurídico pátrio, com o condão de permitir resolução de casos previstos em que a lei não resolva de modo justo, assim como o direito costumeiro.

¹³ MASCARO, Alysson Leandro – **Introdução ao Estudo do Direito** – 2ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁴ Vide ADI 4277, ADPF 178 e ADPF 132

3.3 A FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NO DIREITO COSTUMEIRO

O código jurídico não escrito, também conhecido como costume ou direito consuetudinário pode também resolver casos concretos, baseando-se em práticas sociais que não necessariamente estão de acordo com a lei.

Um exemplo disso seria o caso em que a lei soluciona, mas, o costume presente naquela sociedade o resolveria de maneira mais justa. O código jurídico não escrito é uma vertente do direito presente na vida cotidiana, porém, pouco percebida, sendo um conjunto de conduta social, criadas de forma espontânea pela sociedade, ganhando força pelo uso reiterado e uniforme, gerando a certeza de obrigatoriedade, sendo reconhecida e imposta pelo Estado.

São definidas como costumes as regras sociais resultantes de uma prática reiterada de forma generalizada e prolongada. Caracteriza-se por dois elementos que o geram e o justificam: o *corpus* ou consuetudo, que consiste na prática social reiterada do comportamento e o *animus* que consiste na convicção subjetiva ou psicológica de obrigatoriedade desses comportamentos enquanto representativos de valores essenciais. É caracterizado também pela expressão latina *opinio juris et necessitatis*.¹⁵

Pode-se elencar, portanto, o costume em três tipos: *Secundum Legem*, *Praeter Legem*, e *Contra Legem*.

O costume *Secundum Legem* é aquele que é segundo a lei, ou seja, está em conformidade com o ordenamento jurídico, em que a sua prática se amolda a própria lei. Esse tipo de costume está, literalmente, de acordo com a lei regente do ordenamento jurídico.¹⁶

O costume *Praeter Legem* é aquele que tem o condão de suprir uma lacuna da lei, ou seja, as práticas sociais têm caráter supletivo face ao

¹⁵ Forense, 2011, NADER, Paulo, Introdução ao Estudo do Direito, 33ª ed., Rio de Janeiro

¹⁶ Forense, 2011, NADER, Paulo, Introdução ao Estudo do Direito, 33ª ed., Rio de Janeiro

ordenamento jurídico e suas leis. Tem apenas o condão de preencher as lacunas deixadas na norma.¹⁷

O costume *Contra Legem* é aquele que se apresenta de forma adversa a lei, ou seja, está em total desconformidade com o ordenamento jurídico, tendo em sua prática um choque direto com a lei. Seria uma maneira de confronto direto com o ordenamento jurídico, embora não deixe de ser considerada como uma manifestação do Direito.¹⁸

O costume é uma fonte do Direito, sendo esta Material e Estatal, que foi a primeira maneira de se expressar o Direito, sendo através do Direito Natural predominante na época dos homens das cavernas, sendo mais especificamente manifestada no período Paleolítico, em que, além disso, se passou a ter uma ideia rudimentar da divisão das tarefas, elencando-se como também uma manifestação jurídica, embora o Direito naquele período não fosse da forma com a qual o jurista atual conhece.

Existem diversos exemplos nesse mérito de sociedades regidas por códigos não escritos, como o Japão da época dos Samurais, entre os anos de 1555-1601 (Período do fim da Guerra Ōnin até a unificação pelo Shogunato Tokugawa)¹⁹ em que os clássicos Samurais batalhavam em prol de unir sua nação, baseando-se em um código de honra que, para eles, era sagrado e detinha cunho jurídico pelo fato de se ter um Senhor Feudal entre eles. Eles denominavam seu código jurídico de *Bushido*, que significava o “Caminho do Guerreiro”, em que sua norma maior era a manutenção intacta de sua honra, em que a sanção máxima pelo “manchar” de sua honra seria a morte.

Outro exemplo de povo governado por um direito consuetudinário, um código jurídico não escrito, seriam os povos bárbaros germânicos que cercavam Roma, cujas práticas influenciaram os Romanos e se viam muito

¹⁷Forense, 2011 NADER, Paulo, Introdução ao Estudo do Direito – 33ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁸Forense, 2011, NADER, Paulo, Introdução ao Estudo do Direito, 33ª ed., Rio de Janeiro

¹⁹Conrad Editora do Brasil, 2004, YAMAMOTO, Tsunetomo. Hagakure: o livro do samurai

presentes na Europa durante a Idade Média, como a presença do comodato visto reiteradamente naquele período. (Séc. V-XV).

Acerca do direito costumeiro, remetendo-se ao *Bushido* (Caminho do Guerreiro) como exemplo, tinha a premissa que a honra era o maior bem de um indivíduo, assim como seu senhor, semelhante ao feudalismo e a relação de suserania e vassalagem. Os Samurais, de maneira geral, era uma milícia de elite, de certa forma, sendo comandados pelos *Daimyō* (Senhores Feudais), equivalendo-se em gênero e grau com a relação de suserania e vassalagem vista no medievo europeu.

Os samurais eram equivalentes aos cavaleiros e os *daimyō* eram remetidos diretamente aos senhores feudais ou reis europeus. Estes senhores feudais, que também eram samurais, travavam guerras entre si com o condão de que um clã se tornasse superior e, portanto unir o Japão como todo.

Consoante a isto, a honra, como premissa máxima, se o samurai falhasse no seu dever de proteger seu senhor ou ele fosse capturado pelo inimigo, o caminho do guerreiro via aquilo como uma desgraça cuja recuperação era inexistente e, portanto, teriam que cometer o chamado "suicídio honroso", denominado de *Hara-kiri*.

Havia um procedimento semelhante, entretanto, era feito pelos senhores feudais, chamado de *seppuku*, em que os senhores feudais e seus mais leais súditos que se recusavam a render-se, "acompanhavam" seu senhor e simultaneamente cometiam o suicídio, tendo uma denominação diferenciada por tratar-se de um clã em sua totalidade.

O que para nós hoje vemos como insanidade ou como absurdo, com a vigência de vários princípios jurídicos como o princípio da igualdade ou da dignidade humana e a lei e seus códigos escritos, para esses povos que viviam sob a égide de um código amparado pelo consuetudo, era a lei máxima deles.

Portanto, para um Japão Feudal, o *Bushido* era como a Carta Magna para o Brasil hoje no terceiro milênio, ou seja, a supremacia da constituição, para o direito brasileiro, era a supremacia do *Bushido* para os samurais.

4 FUNDAMENTAÇÃO DA JUSTIÇA

O conceito de Justiça sempre fora procurado no meio acadêmico do Direito como uma maneira de ser definido o que é Justiça no Direito. Justiça foi definida de variadas maneiras por indivíduos grandiosos de diversas eras e áreas. Serão propostas duas visões acerca do conceito de justiça, sendo elas o conceito de justiça de Kelsen e conceitos contemporâneos de autores como John Rawls e Amartya Sen.

4.1 Conceitos de Justiça de Kelsen

Ao tratar-se de justiça, Kelsen tinha como principal objetivo delimitar uma ciência jurídica específica, sendo esta composta de objeto de estudo singular e metodologia própria, na qual ele, autor, iria deter-se a uma análise baseando-se na teoria pura do direito, ou seja, uma análise rígida, sendo rigorosamente descritiva, que se absterá de conclusões axiológicas (valorativas) ou soluções, apresentando apenas unicamente o problema da justiça.

Kelsen dividira as teorias clássicas da justiça em duas grandes categorias as quais seriam:

I- Normas de Justiça Metafísica: Caracterizam-se por apresentarem-se, pela sua natureza, como procedentes de uma instância transcendente, existente para além do conhecimento humano experimental;²⁰

II- Normas de Justiça Racional: Não pressupõem a existência de qualquer instância transcendente. São postas no mundo da experiência através ações humanas, podendo assim ser concebidas de maneira racional;²¹

4.2 Conceitos de Justiça Contemporâneos

²⁰ Martins Fontes, 1998, KELSEN, Hans Teoria Pura do Direito 6ª ed., São Paulo

²¹ Martins Fontes, 1998, KELSEN, Hans Teoria Pura do Direito 6ª ed., São Paulo

Na teoria de John Rawls, pode se conceituar o termo justiça: "Como cada pessoa deve decidir com o uso da razão ou que constitui o seu bem, isto é, o sistema de finalidade que, de acordo com a sua razão, ela deve buscar, assim um grupo de pessoas deve decidir uma vez por todas tudo aquilo que entre elas se deve considerar justo ou injusto."²²

Outra teoria pertinente é a teoria de Amartya Sen, que conceitua justiça como um ideal que deve ser atingido, insistindo no papel da razão pública, criando aquilo que pode tornar as sociedades menos injustas.

Sen, em sua obra, argumenta inclusive, que está na natureza do raciocínio sobre a justiça não permitir que todas as questões sejam colocadas mesmo em teoria, havendo-se escolhas a serem feitas tendo em conta avaliações alternativas daquilo do que é razoável cada uma das várias posições, diferentes e concorrentes entre si, pode ser defendida.

Neste diapasão, está longe de rejeitar as variadas pluralidades ou de tentar reduzir os limites da racionalidade, pelo contrário, utiliza-as de maneira a construir uma teoria de justiça que possa absorver pontos de vista distintos, devendo tratar-se da injustiça global e amplificar os princípios de justiça.²³

5 CONCLUSÃO

O Direito é consistente de uma gama de maneiras as quais permitem uma resolução justa de casos concretos, ou seja, embora o mais utilizado seja a lei, existem outros meios de se solucionar impasses ou fundamentar decisões judiciais presentes no ordenamento jurídico, de maneira até mais justa que a própria lei.

²² : Martins Fontes, 1997, pág. 13 RAWLS, John Teoria da Justiça, Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves, São Paulo

²³ Companhia das Letras, 2000, SEN, Amartya, Desenvolvimento como Liberdade, São Paulo

A norma jurídica, com seus diversos defensores e posicionamentos, ainda alimenta uma discussão inflamada pelas diversas visões acerca do tema, principalmente com a discussão atual no tocante aos princípios regendo decisões, como em casos recentes do judiciário brasileiro.

Não obstante que, neste diapasão, a discussão aguerrida permite com que se tenham casos em que até o costume possa solucionar a lide. O código jurídico, embora seja o caminho mais utilizado, mais viável, soluciona os casos, mas nem sempre de maneira justa, havendo assim uma grande crítica a uma visão legalista, bitolada.

O acadêmico do Direito não deve ser apenas um mero aplicador do direito, mas também deve exercitar seu lado crítico e, assim, expandir sua visão de modo que possa alcançar uma solução justa, não uma solução conveniente, amarrada a lei apenas. Resolver-se-ia o caso, mas não se teria justiça sendo feita, apesar de ter sido solucionado.

Diante do que fora demonstrado com tal discussão, necessita-se de que se observe atentamente o caso concreto a ser proposto e que se observe também qual permitirá uma resolução mais justa de um caso judicial.

Outro objetivo é o de remontar a discussão existente sobre este tema com o intuito de fazer com que o jurista brasileiro expanda seu conhecimento deste tema basilar, mas, importante para o direito brasileiro e internacional.

Com as teorias de teóricos como Hans Kelsen, Herbert Hart e escolas jurídicas como a Escola da Exegese justamente pelo fato destes juristas e escolas terem contribuído de forma maciça ao Direito, inovando-o em diversas formas, em diversas maneiras de se ver e de se aplicar, com o condão de mantê-lo como instrumento de controle social, porém, justo, com suas inúmeras discussões e teorias que, embora divergentes, todas contribuíram para a evolução do direito em sua essência.

Portanto, a título de conclusão, há de se expor que o direito não é uma ciência estática, em que se tenha uma visão estreita, mas é uma ciência que requer visão ampla do que significa o termo justiça e o que significa a legalidade no que tange a norma jurídica e as suas espécies.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto **Teoria da Norma Jurídica** 1ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BODIN, Jean **Les six livres de la République** Paris: FAYARD, 1986

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito** 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**, Atualizado São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans **Teoria Pura do Direito** 6ª ed São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NADER, Paulo **Introdução ao Estudo do Direito** 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RAWLS, John. **Teoria da Justiça** Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves – São Paulo: Martins Fontes, 1997

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade** São Paulo: Companhia das Letras, 2000

YAMAMOTO, Tsunetomo. **Hagakure: o livro do Samurai** - São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2004