Direito e princípios no estado democrático de direito

Evian Elias

Mestre em Direito Urbanístico – PUC-SP;
Especialista em Direito Administrativo – PUC-COGAE-SP;
São Paulo – SP [Brasil]
evianelias@prefeitura.sp.gov.br
evian.e@uol.com.br

▼ O estudo do conceito do vocábulo “direito” guarda relação com a filosofia jurídica e encerra divergência entre os juristas, filósofos e sociólogos. Ao longo da história, o direito natural conviveu com o direito positivado, até que este último prevaleceu. No entanto, o senso comum entre ambos é que o direito – seja ele natural, correspondente a uma justiça superior; seja posto, um conjunto de normas gerais que regulam a vida social – tem por objeto determinar regras que permitam aos homens conviver em sociedade. O fim é o bem comum. Cabe, portanto, refletir em que medida a norma válida está apta a atestar a vontade do legislador e alcançar a justiça, tornando-se eficaz, ou ainda, de que forma pode ser interpretada.

Palavras-chave: Direito. Direito natural. Filosofia do direito. Positivismo jurídico. Princípios.

1 Introdução

Ao refletirmos sobre o tema do trabalho, associamos ao vocábulo “direito”, grafado em minúscula, alguns significados: faculdade, natural, espontâneo, intrínseco; e ao termo “Direito”, em maiúscula: disciplina ou conjunto de conhecimentos relativos a uma ciência. Como decorrência do processo associativo, aduziu ao vocábulo, independentemente de sua forma escrita, a idéia de “justiça”, equivalente a uma justa medida, a uma afirmação dos direitos.

Ao longo da história, buscou-se, por meio da aplicação de normas gerais, o senso de justiça comum e o estabelecimento da ordem social. E como é natural, o direito sofre modificações em razão das influências dos pensadores, juristas, filósofos e sociólogos.

Assim, temos que nos primórdios era plena a vigência do direito não codificado, lastreado em valores que simbolizavam a justiça e o ordenamento ideal, consoante os valores de uma determinada época e sociedade. Nesse sentido, o direito natural era símbolo da perfeita justiça, associado à moral e ao campo subjetivo das relações do homem para consigo próprio, para com seus semelhantes e para com a crença divina.

Posteriormente, o movimento iluminista, surgido no século XVIII, no afã de limitar o poder absolutista, conferiu relevo ao direito positivado ou codificado, objetivo e racional, afirmando que o Estado seria um simples executor da vontade da sociedade, conforme as leis redigidas por um corpo de legisladores e julgadas pelos tribunais.

Feitas as considerações, este trabalho contempla, ainda que de forma breve, as origens históricas do positivismo jurídico, resultado da luta do movimento iluminista que tratou de afirmar a supremacia do direito positivo em relação ao direito natural, bem como a importância da hermenêutica e da aplicação dos princípios na interpretação do direito codificado.

2 A origem do positivismo jurídico no século XIX

Registra a história que nem sempre o direito foi entendido como o é no Estado Moderno, ou seja, positivado ou codificado. Até o fim do século XVIII, sem perda da acepção do termo direito, ele era classificado em dois tipos: o natural e o positivo. Contudo, na metade do século XVIII, o direito natural já recebia duras críticas dos iluministas.

Na época clássica, o direito natural e o positivo estiveram em mesmo grau de hierarquia, embora com prevalência do segundo sobre o primeiro, em caso de conflitos. Na Idade Média, o direito natural era considerado superior ao positivo, como sendo a lei escrita por Deus. No Estado Moderno, o direito posto e aprovado pelo Estado é aquele reconhecido e aplicado nos tribunais.

A luta pela codificação do direito teve início na metade do século XVIII, na França, e foi atribuída ao movimento iluminista, que tratou de afirmar a supremacia do direito positivo sobre o natural. Nesse contexto, os iluministas foram críticos ferrenhos do direito consuetudinário, remetendo-o ao século das trevas e do irracional arraigado em toda e qualquer tradição.

Um dos objetivos do Iluminismo foi o de substituir o volume de normas consuetudinárias por um direito constituído de um conjunto sistêmico de normas jurídicas, como expressão da autoridade (do Estado) e da razão. Na França, a codificação do direito não foi precedida de uma teoria da codificação e, por isso, se apresenta como instrumento para unificar e simplificar as decisões decorrentes de controvérsias, se não todas, pelo menos a maior parte delas, conferindo ainda maior celeridade às decisões.

A consagração da teoria iluminista ganhou maior enlevo e influência a partir da entrada em vigor do Código de Napoleão, em 1804, na França, seguido por outros países do continente europeu, à exceção dos anglo-saxônicos.

Com a formação do Estado Moderno houve concentração dos poderes no Estado, que passou a estabelecer o direito, seja por meio de leis, seja

pela reiterada aplicação daquelas de origem consuetudinária, impondo-lhe a obrigação de aplicar as normas postas pelo Estado, ao contrário do Estado primitivo, em que predominava uma sociedade pluralista, constituída por vários agrupamentos sociais, cada um deles dispendo de um ordenamento jurídico próprio. O Estado primitivo não se preocupava em produzir normas jurídicas, ficando sua criação a cargo do desenvolvimento e da evolução da sociedade, atuando apenas na resolução das controvérsias por meio da aplicação das normas sociais.

Temos, portanto, até o fim do século XVIII, uma concepção dualista do direito – natural e positivo – e, a partir de então, e no início do século XIX, a concepção monista – direito positivo – fundada na razão e na autoridade do Estado, afirmada por meio do poder do legislador.

Na Inglaterra, os pensamentos de inspiração iluminista do filósofo Jeremy Bentham, nascido em 1748 e falecido em 1832, exerceram grande influência na Europa, na América e até na Índia, mas não propriamente na Inglaterra. Bentham propôs uma reforma e uma reorganização sistemática do direito inglês nos seus vários ramos e afirmou o utilitarismo do Direito. O direito inglês era e permanece não codificado, fundado nos usos e costumes, cuja aplicação é confiada aos juizes, segundo o sistema do precedente obrigatório.

Bentham criticou, com ardor, a produção judiciária do direito – *common law*, arguindo que o direito comum na Inglaterra era o judiciário, que provocava (i) insegurança jurídica, por não permitir ao cidadão prever as conseqüências das próprias ações; (ii) retroatividade do direito comum (ou consuetudinário) – o juiz, por dever funcional, deve decidir um caso e, quando inexistente fonte para uma norma dedutível com base em sentenças precedentes, cria um novo precedente com norma de eficácia retroativa, aplicando-a a um fato sucedido antes de sua emissão; (iii) princípio da utilidade – o juiz, ao aplicar o direito fundando-se na analogia ou em regra preexistente, pode afastar-se da natureza dos interesses em jogo; (iv) dever de decisão jurisdicional – mesmo diante da ausência de produção legislativa

nas diversas áreas do Direito; (v) controle popular – o direito judiciário, ao contrário do direito posto, além de não representar a vontade popular, não admite o controle pelo povo.

Outro filósofo inglês que se dedicou ao tema do positivismo jurídico foi John Austin (1790-1859). Austin concebia a codificação como um instrumento de progresso puramente técnico-jurídico, ao contrário de Bentham, para o qual se tratava de um instrumento de progresso político-social, e definia a lei como um comando geral e abstrato, apta a regular um número indeterminado de casos. Além disso, sem negar juridicidade ao direito posto pelo Judiciário quanto a controvérsias únicas, específicas, enfatizava que tal poder era atribuído pelo Estado.

Austin sustentou a superioridade do direito legislativo em relação ao direito judiciário. Para o filósofo, no direito judiciário, tem-se menos acesso ao conhecimento e ao controle do que no legislativo. Para ele, o direito judiciário era produzido com menor ponderação; emitido *ex post facto*, ou seja, com eficácia retroativa; era vago e tinha problemas em extrair dos casos decididos uma regra geral de decisão; apresentava dificuldade de atestar a validade das normas do direito judiciário, em face do método quantitativo de aplicabilidade concreta da norma, do critério técnico e equitativo, bem como da coerência da regra em relação ao sistema jurídico, da autoridade do juiz, da dificuldade de abstração do juiz para extrair dos casos decididos uma regra geral, da hipossuficiência, demandando, vez e outra, normas legislativas.

Ao defender a codificação do direito, Austin reconhecia a existência de eventuais lacunas, mas afirmava que a codificação não consistia em disciplinar todos os casos individualmente considerados, e sim em estabelecer normas, cada uma delas aplicável a toda uma categoria de casos e, embora admitisse a maior rigidez do direito codificado, enxergava nisso vantagem determinante para a segurança jurídica em oposição a uma excessiva maleabilidade do direito.

Outros filósofos importantes também se dedicaram ao estudo do tema, entre os quais Jhering, para o qual o direito científico constituía al-

ternativa única ao direito codificado, e Savigny – defensor do direito científico que tem como fonte o direito romano –, e que entendia caber à ciência jurídica transformar o material específico num ordenamento sistemático, em franca oposição à codificação que poria em crise a ciência jurídica.

3 **Bobbio e a versão moderada do positivismo jurídico**

Norberto Bobbio (1995, p. 117), um dos maiores pensadores políticos de nosso tempo, ao se dedicar ao tema do positivismo jurídico, aponta que a grande dificuldade encontrada por Austin e Bentham em promover a codificação não estava no plano teórico, mas, sim, em como defendê-la, elaborando um procedimento que assegurasse uma realização eficaz.

Dos pontos até aqui comentados, extraímos que o positivismo jurídico nasce da necessidade de organizar o informalismo e a generalidade na produção e na aplicação do direito, buscando, por meio da produção “legislativa”, pôr ordem e, ao mesmo tempo, fornecer ao Estado um instrumento válido e eficaz de intervenção na vida social.

Segundo Norberto Bobbio (1995, p. 131-133), as características fundamentais do positivismo jurídico podiam ser resumidas em sete pontos ou questionamentos: (i) o direito é fato e não valor – a validade de uma norma decorre de seu pertencimento a um ordenamento jurídico existente em dada sociedade e não que tenha validade por ser fundada em juízo de valor; (ii) a coatividade do direito – consiste na conformação do sujeito à norma que, mesmo obtida à força, não retira a juridicidade do ato; (iii) a lei como fonte do direito – a doutrina juspositivista tem como base o princípio da prevalência de uma fonte do direito (lei) sobre outras, partindo do pressuposto de que, em um dado ordenamento jurídico, existam várias fontes, e em planos diversos; (iv) a imperatividade do direito; (v) o ordenamento jurídico – conjunto de normas; (vi) o problema da “interpretação” mecanicista, sustentada

pelo positivismo jurídico, que faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito, isto é, de incondicional obediência à lei do Estado, sem qualquer margem de liberdade; (vii) “obediência” absoluta à lei, que mais se assemelha à moral, à ética, do que à ciência do direito.

As críticas ao positivismo jurídico puro associam-se à versão extremista da ideologia juspositivista, que consiste em afirmar o dever absoluto de obedecer a uma lei enquanto ela estiver em vigor. Esse absolutismo implica também obrigação moral. No entanto, a história demonstra que, em todas as ideologias surgidas, a versão original sofre evoluções; por isso, o positivismo jurídico também pode ser encontrado na versão moderada.

Na versão moderada do positivismo jurídico, o direito se afirma enquanto tal, seja em relação à sua validade, seja como instrumento ou meio necessário à realização de um determinado valor ou, por assim dizer, com vistas à consagração da ordem. A ordem objetivada é resultante da conformidade de um conjunto de fatos ou acontecimentos a um sistema normativo e deve ser coerente para que, na imperatividade do comando normativo, haja correspondência entre a lei e o justo, o legal e o proporcional.

Há situações em que o operador ou o aplicador do direito constatam um desajuste entre a letra e o espírito da lei. Em tais situações, costuma-se mover críticas ao direito vigente, alegando lacunas ou obscuridade na lei. Todavia, mesmo diante de tais situações, a certeza do direito não pode ser abalada e, portanto, não cabe ao Judiciário eximir-se de sentenciar ou de decidir, mas, sim, de aplicar as normas legais e, na falta delas, recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

A doutrina, por sua vez, reconhece o emprego do termo “lacunas da lei” não na acepção técnico-jurídica, e sim no sentido ideológico, no qual o operador do direito (juízes e juristas) sai do plano do direito positivo e se lança ao da política legislativa. A respeito do tema, o positivismo jurídico admite a existência do vazio, mas não acolhe a denominação “lacunas”, pois sustenta que as normas podem completar-se a partir do interior do sistema, mediante o recurso da analogia, da hermenêutica e dos princípios gerais de direito.

E, nesse sentido, o positivismo jurídico, constituído a partir de normas gerais, da evolução dos usos e dos costumes, tem na jurisprudência uma fonte de produção do direito, ao explicitar, por meios lógicos e racionais, o conteúdo das normas jurídicas dadas, conformando o equilíbrio do direito, em especial quando a situação exigir interpretar.

Interpretar pressupõe a existência de um termo a ser compreendido, e a sua concepção pode ser feita de diversos modos, com vários enfoques para um mesmo vocábulo. Nessa relação, o signo e seu significado gravitam um em torno do outro, com a possibilidade da prevalência de um deles, dependendo do contexto. No campo do direito, o signo representa o texto legal, doutrinário e codificado, que retrata a vontade do legislador, jurista ou operador do direito. No campo prático do direito, caberá ao intérprete buscar a vontade do legislador e reconstruí-la para aferir o direito e conferir justiça.

A esse respeito a corrente positivista admite a hermenêutica, sem que seja preciso adaptar a vontade do legislador ao contexto histórico e social do momento da aplicação do direito – interpretação estática, posição criticada pela corrente antipositivista, que tende ao enriquecimento do significado do texto legal – interpretação dinâmica ou evolutiva.

Na atualidade, podemos afirmar que a concepção juspositivista enfraqueceu-se. Hoje, temos o que se chama de “realismo jurídico”, cujo movimento de pensamento determina que a jurisprudência extraia do estudo de um texto legal ou até de uma dada realidade o direito que neles se insere, viabilizando delinear ou prever futuros comportamentos, em especial no que diz respeito às decisões do poder judiciário ante o caso concreto.

Este singelo histórico da evolução do direito permite-nos concluir que o direito é formal, recebe diversas roupagens ao longo do tempo, conformando-se ao momento temporal como instrumento de imposição da ordem, da equidade e da justiça, havendo, no complexo sistema normativo, uma hierarquia de leis, em que uma lei maior traçará diretrizes para as inferiores, que devem ser válidas e eficazes, sendo mandamento legal que ninguém ficará ao desabrigo da ordem e da justiça ante a lacuna da lei.

4 Fontes do direito

De tudo quanto foi até aqui exposto, vimos que a questão da "fonte do direito" é fundamental para a escola juspositivista.

Assim, definimos as fontes do direito segundo os ensinamentos de Washington de Barros Monteiro (1990-1993, p. 12): são os meios pelos quais se formam ou se estabelecem as normas jurídicas. É por entre os órgãos sociais que dimana o direito objetivo, cujas fontes podem ser classificadas em diretas ou imediatas e indiretas ou mediatas. Diretas ou imediatas são, por si só, suficientes para gerar a regra jurídica. São a "lei" e o "costume". As indiretas ou mediatas não têm tal força, porém, mais cedo ou mais tarde contribuem para a elaboração da norma. São a "doutrina" e a "jurisprudência".

Fontes diretas – A lei é preceito comum, obrigatório, dirigido a todos os membros de uma coletividade ou sociedade. Emanada do Poder Legislativo e é sancionada pelo Executivo que, ao fazê-lo, concorda com a lei elaborada pelo Legislativo e, ao promulgá-la, torna-a pública e obrigatória.

No nosso sistema, a Constituição é a lei suprema e, em relação a ela, todas as demais devem conformar-se, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

Ao lado da lei, temos os decretos-lei, os regulamentos e os decretos. Decreto-lei é o ato expedido pelo poder executivo em período revolucionário ou de transição, quando não existe poder legislativo regular, modificando ou regulamentando leis em vigor. No Brasil, a partir da Constituição de 5 de outubro de 1988, ele não é mais permitido. Regulamento é ato do Poder Executivo que não se sobrepõe à lei nem entra em conflito com ela. Decreto é ato do Poder Executivo sem caráter de regra comum e tem como objetivo o desempenho das atribuições constitucionais desse poder.

O costume requer longa prática uniforme, geral, e constante repetição de determinado comportamento. É admitido como exceção, quando se torna necessário para suprir lacunas da lei ou deficiências.

Fontes indiretas – A doutrina representa o conjunto dos pareceres dos juristas ou jurisconsultos, das teses dos professores, das opiniões dos tratadistas com relação ao direito positivo vigente.

A jurisprudência, conjunto de julgados de um tribunal, é relevante, em especial para os países anglo-saxões, que se regem com base no direito costumeiro (*common law*). Para nós, os precedentes podem constituir fonte precisa de consulta e de vida jurídica, implicando formação do direito e até suplemento da própria legislação, mas não se equiparam ao direito positivo. No entanto, reconhece-se que a jurisprudência espelha a sensibilidade e o ouvido atento às necessidades do homem, franqueando o acesso ao senso do justo e preparando terreno para a norma jurídica.

Retomando aspecto já exposto, no cumprimento da prestação jurisdicional e para suprir as lacunas da lei, o judiciário, ao lado dos “costumes”, poderá socorrer-se também da “analogia” e dos “princípios gerais de direito”.

A analogia consiste em aplicar em um caso concreto, cuja hipótese não fora prevista em lei, disposição precedente a caso semelhante e só pode ser empregada quando estão presentes os seguintes requisitos: (i) fato considerado não foi previsto pelo legislador; (ii) há, na lei, algo que sugira ligação ou ponto de contato com o fato enfrentado; (iii) que a regra implantada pelo operador do direito seja decorrente da ligação entre o fato e a hipótese não prevista.

Os princípios gerais de direito, pode-se dizer, vão retirar do seu núcleo, seja natural, consuetudinário ou positivo, o ordenamento jurídico do Estado, a equidade personificada na justiça do caso concreto e a humanidade do direito, aplicável somente ante a ausência de lei. Exemplificativamente, as várias correntes que se manifestam a respeito dos princípios gerais do direito reconhecem-no como (i) direito romano puro; (ii) direito natural; (iii) como os ensinamentos da jurisprudência; (iv) elementos inculpidos e extraídos do ordenamento jurídico.

Dos ensinamentos mencionados, concluímos que a função do direito de ordenar e de bem servir à coletividade assegura, por meio da interpreta-

ção legal, doutrinária, do emprego da analogia e dos costumes ou dos princípios, o acesso ao direito como condição *sine qua non*. O ideal é a “justiça”.

Feitas essas considerações, passamos a tratar, no próximo tópico, dos Princípios no Estado Democrático de Direito.

5 Os princípios no Estado Democrático de Direito

Localizamo-nos no tempo a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, aos cinco de outubro do ano de mil novecentos e oitenta e oito.

A República Federativa do Brasil é o Estado Federal, formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e constitui o Estado Democrático de Direito.

A instituição do Estado Democrático de Direito encontra, na Constituição, suas premissas básicas (direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e fraternidade) e, nos princípios fundamentais, a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e a afirmação de que todo o poder emana do povo que o exerce por meio dos representantes eleitos (democracia representativa) ou diretamente (democracia participativa).

O Estado de Direito se apresenta com algumas características, tais como submissão à lei, garantias e direitos individuais, e identifica-se com o direito positivo, como norma pura que é.

Estado Democrático de Direito, por sua vez, significa não apenas a reunião dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, mas também a realização de um conceito que qualifica o Estado de “democrático”, irradiando esse valor sobre toda a estrutura organizacional dos entes da federação, sobre o ordenamento jurídico e sobre o sentir popular, *ex vi* do artigo primeiro do texto constitucional, que proclama o Estado Democrático

de Direito, fundado na soberania popular, na cidadania, na dignidade da pessoa humana e no pluralismo político.

Embora o princípio da legalidade seja um princípio basilar do Estado de Direito, a mera sujeição à lei não se apresenta suficiente para assegurar ou caracterizar o tal Estado sob o aspecto material, pois, se assim o fosse, bastariam leis para dar foros de legalidade a qualquer regime de exceção, reduzindo o Estado de Direito ao Estado da Lei.

A riqueza do pluralismo em relação aos direitos e garantias fundamentais reside no equilíbrio das várias formas de expressão da democracia, isto é, na livre manifestação do pensamento, na liberdade de consciência, de crença religiosa, de convicção filosófica ou política; na liberdade de expressão artística, científica e de comunicação; no respeito pela dignidade da pessoa. Ao mesmo tempo que admite complexidade de classes, de grupos sociais, políticos, culturais, econômicos e religiosos, busca harmonizá-los e equilibrá-los ante o sistema vigente, a fim de compatibilizar as idéias e interesses, sem provocar uma paralisação do sistema. Portanto, o princípio pluralista ou democracia “pluralista” traça as feições do Estado Democrático de Direito.

O conceito de liberdade e de realização de um povo pelo exercício da democracia implica a realização da justiça, seja ela política, econômica ou social, sendo mister que os poderes constituídos, os juristas e os operadores do direito atuem buscando, em primeiro lugar, na letra da Lei Suprema (a Carta de 1988), seu espírito e os ditames dos ideais de justiça do Estado Democrático de Direito.

No tocante aos princípios, iniciamos com a citação do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello (2002, p. 807-808):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, um verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência por

definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

É, portanto, o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que forma o sistema jurídico positivo. Nesse contexto, concordamos com a afirmação de Bandeira de Mello de que, ao ofender-se um princípio, abatem-se as vigas que o sustentam.

No exercício de sua função político-administrativa, a administração pública direta e indireta¹ de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de obediência às normas constitucionais e infraconstitucionais, também deve obediência a alguns princípios² que lhe servem de contrapeso entre o “poder” e o “dever”: os princípios da “legalidade”, da “impessoalidade”, da “moralidade”, da “publicidade” e da “eficiência”, que serão abordados várias vezes ao longo deste estudo.

Existem ainda, outros princípios específicos que informam os processos, tais como (i) os princípios arrolados no art. 2º, da Lei Federal 9.784/1999 (princípios da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência); (ii) os princípios do Estado Democrático de Direito (SILVA, 2005, p. 122) (princípio da constitucionalidade; princípio democrático; sistema de direitos fundamentais; princípio da justiça social, da igualdade, da divisão de poderes, da legalidade e da segurança jurídica); (iii) os princípios derivados de legislação infraconstitucional; (iv) os princípios informadores das diversas áreas do Direito, ainda que a disciplina não esteja afirmada como um ramo autônomo do Direito (ex.: Direito urbanístico – princípio da publicidade, da motivação, da participação popular).

Considerando nosso sistema positivista e o Estado Democrático de Direito, é evidente que o princípio da legalidade é onipresente, mas há um contraponto entre o princípio da legalidade e o da supremacia do interesse público. Esse conjunto forma o regime de direito público. O interesse públi-

co é geral, coletivo e difuso. É um conceito que deve ser clarificado à luz da lei pelo operador do direito.

Importante salientar que é também por meio dos princípios que se assegura o Estado Democrático de Direito e que o rol dos princípios não é exaustivo, podendo-se, por meio da interpretação, encontrar, na raiz da norma ou na compreensão da vontade do legislador, outros princípios não explicitados.

A ênfase aqui consagrada aos princípios subsidia o acesso a uma justa decisão, evitando-se menor ou maior subjetividade na análise de um caso concreto não regulado expressamente.

O arcabouço aqui explorado aponta a existência de uma estrutura organizacional, de poderes constituídos e de positivação do direito que, por meio de normas (válidas e eficazes) e de princípios constitucionais, infraconstitucionais e das específicas áreas do direito, busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, o bem de todos e a segurança jurídica. Lado a lado com a lei, temos a imperatividade dos princípios explicitados (constitucionais ou infraconstitucionais), admitindo-se aos exegetas da lei o emprego da analogia, dos costumes e dos princípios, para que ninguém fique ao desabrigo da lei e da justiça.

Nesse sentido, os princípios não explicitados na Carta Magna, nas leis infraconstitucionais ou específicos a uma disciplina do Direito poderão despontar a partir da análise da letra da lei ou da vontade do legislador, da doutrina ou da jurisprudência e, assim compreendidos, merecerão o reconhecimento e sua aplicação no mundo do direito, esgotando-se qualquer controvérsia quanto à aplicabilidade dos princípios implícitos como verdadeira fonte da lei. Este é o espírito do Direito e do Estado Democrático de Direito.

6 Considerações finais

O movimento pela codificação do Direito teve por premissa maior promover a segurança jurídica e a isonomia entre as partes, assegurando

aos demandantes ou demandados, nas contendas litigiosas, expectativas de resultados quando da aplicação do Direito judiciário.

Por outro lado, em algumas situações, pode o direito posto apresentar claros, momento em que se revela de extrema importância analisar a vontade que se traduz no texto legal, bem como seu alcance e o bem a ser tutelado, sob pena de frustrar a prestação do serviço jurisdicional e o direito à decisão com qualidade.

Haverá ainda situações em que a interpretação hermética da norma poderá frustrar a própria finalidade e demandará, ante o caso concreto, observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, embora o positivismo jurídico não possa, por meio das normas, contemplar todas as situações, confere maior estabilidade às relações e, uma vez admitidas as várias formas de interpretação e de aplicação dos princípios, restarão, assegurados por meio deles, os direitos e garantias fundamentais, atributos do Estado Democrático de Direito, o móvel do pensamento iluminista.

Law and the principles in the Democratic State of Law

The concept of the word “right” is dealt with the legal philosophy and there is not a common sense between the lawyers, philosophers and sociologists. History reveals that “natural law” and “codified law” lived together, till the last one gained weight and prevailed. Despite the differences between the “natural law”, recognized as the divine justice and the “codified law”, as a set of rules, both of them establish some general rules, able to sustain living in society. Their goal: the common welfare. So, should we think about the reach of the law and if it is able to attest the will of the policy maker, be efficient and make justice or still, how to interpret the law’s will.

Key words: Legal philosophy. Legal positivism. Natural Right. Principles. Right.

Notas

- 1 A enumeração legal dos entes que compõem a Administração Pública, isto é, no seu aspecto subjetivo, vem expressa no artigo 4º do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, com posterior redação disposta pela Lei n. 7.596, de 10 de abril de 1987, e, embora se trate de legislação federal, os Estados e Municípios incorporaram os entes lá descritos como integrantes da administração indireta, a saber: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.
- 2 Art. 37, da Constituição Federal de 1988.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 35, de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, N. *O Positivismo jurídico – Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

NERY Junior, Nelson. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTEIRO, W. B. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1990-1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. revista e atualizada (até a Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, publicada em 31.12.2004). São Paulo: Malheiros, 2005.

recebido em 28 out. 2007 / aprovado em 16 nov. 2007

Para referenciar este texto:

ELIAS, E. Direito e princípios no Estado Democrático de Direito. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 6, p. 69-84, 2007.