

RODNEY CLÁIDE BOLSONI ELIAS DA SILVA

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC/SP

SÃO PAULO - 2005

RODNEY CLÁIDE BOLSONI ELIAS DA SILVA

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre, em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor **André Ramos Tavares**.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC/SP

SÃO PAULO - 2004

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Ao meu pai Ivan, símbolo de garra e exemplo de vida.

Às mulheres que dão sentido à minha existência.

Cristiane, minha companheira de ontem, de hoje e de sempre.

Maria Luíza e Ana Beatriz, filhas eternas, fontes de grande amor e afeto.

Desirrê, minha irmã, minha alma gêmea.

Elza, mãe, avó, professora, confidente, enfim mulher de alegria inigualável.

RESUMO

Constata-se que, atualmente, as Constituições têm um perfil principiológico, ou seja, os dispositivos previstos nos Textos Constitucionais priorizam fins a serem alcançados pelo estado e pela sociedade e também tarefas a serem desempenhadas pelo estado.

Não obstante sua importância para o estudo do direito constitucional, é certo que a natureza jurídica dos princípios constitucionais continua uma questão tormentosa porque, ainda hoje, é comum situá-los acima da norma jurídica.

Ademais, os princípios constitucionais, não raras vezes, são contraditórios, a exigir a prevalência de um deles no caso concreto, e, essa escolha do princípio constitucional prevalecente, deve ser regulada por um método que evite o arbítrio ou abuso por parte do Poder Judiciário, Executivo ou Legislativo.

Finalmente, os princípios constitucionais podem gerar situações de vantagem para os particulares em face do Estado ou de outro particular. Contudo, a postulação desses direitos subjetivos, muitas vezes, não é agasalhada pelo Poder Judiciário porque os princípios constitucionais, em regra, gozam de eficácia limitada, ou seja, não há por parte do Poder Executivo ou Legislativo uma vontade política em implementar os fins ou tarefas impostos por tais princípios.

O presente trabalho almeja o estudo dos princípios constitucionais para, em primeiro lugar, reconhecê-los como uma espécie de norma jurídica, procurando desmistificá-los.

Posteriormente, pretende-se facilitar a operacionalidade dos princípios constitucionais, sugerindo critérios a serem seguidos para solucionar eventuais conflitos, e, também, delimitando o campo de aplicação deles aos casos concretos.

ABSTRACT

Currently, it is stated that the Constitutions have a principled profile, that is, the provisions due to the Constitutional Texts prioritize ends to be achieved by the state and society, and also tasks to be performed by the state.

Nonetheless its importance for the study of Constitutional Law, it is certain that the legal nature of the constitutional is still a complex matter due to the fact that up to the present time, it is still common to quote them above the rule of law.

Moreover, the constitutional principles are quite frequently contradictory, demanding the predominance of one of them in the concrete case, and this predominant choice of the constitutional principle must be regulated by a method that may avoid either discretion or abuse by the Judicial, Executive or Legislative Departments.

Finally, the constitutional principles may generate advantageous situations for individuals in the face of State or of another individual. Therefore, the pleading of such subjective rights is not very often protected by the Judicial Department for as a rule, the constitutional principles enjoy limited force, that is, there is no political will from either Executive or Legislative Departments to implement the ends or tasks imposed by those principles.

The present study aims at analyzing the constitutional principles to recognize them as a rule of law in the first place, trying to demystify them.

Afterwards, it is intended to easen the effectiveness of the constitutional principles with the suggestion of different criteria to be followed in order to solve occasional conflicts and also by restricting their applicability to concrete cases.

SUMÁRIO

Introdução.....	01
1 A norma jurídica.....	05
1.1 A razão histórica de a ciência do direito centrar o estudo na norma jurídica.....	05
1.2 O conceito de norma jurídica.....	17
1.2.1 <i>Introdução – o gênero norma.....</i>	<i>17</i>
1.2.2 <i>Norma – o problema da essência.....</i>	<i>19</i>
1.2.3 <i>A linguagem normativa.....</i>	<i>22</i>
1.2.4 <i>Norma jurídica – o problema da imperatividade.....</i>	<i>24</i>
1.3 Norma jurídica como imperativo - teorias.....	27
1.3.1 <i>Origem.....</i>	<i>27</i>
1.3.2 <i>Imperativo independente ou impessoal.....</i>	<i>30</i>
1.3.3 <i>Imperativo-atributivo de Léon Petrasizky.....</i>	<i>31</i>
1.3.4 <i>Imperativo-autorizante de Goffredo Telles Jr.....</i>	<i>33</i>

1.3.5 <i>Imperativos-coativos de Kant e Kelsen</i>	35
1.3.6 <i>Conclusão</i>	41
2 Os princípios como espécie do gênero norma	44
2.1 Significados da palavra "princípio"	44
2.2 Princípios gerais de direito	48
2.3 Princípios jurídicos – significados	53
2.4 Evolução doutrinária do princípio jurídico como norma	55
2.4.1 <i>Doutrina estrangeira</i>	56
2.4.2 <i>Doutrina nacional</i>	61
2.5 Princípios e regras – critérios diferenciadores	64
2.5.1 <i>Introdução</i>	64
2.5.2 <i>Grau de abstração e generalidade</i>	65
2.5.3 <i>Grau de determinabilidade</i>	69
2.5.4 <i>Caráter de fundamentalidade</i>	74
2.5.5 <i>Proximidade da idéia de direito</i>	76

2.5.6 Natureza normogenética.....	77
2.5.7 Funcionalidade.....	78
2.5.8 Gradualidade-qualitativa.....	81
2.5.8.1 O postulado normativo da proporcionalidade.....	85
2.5.8.2 Proporcionalidade e razoabilidade.....	88
2.5.8.3 Origem histórica da proporcionalidade.....	91
2.5.8.4 Os três requisitos do postulado normativo da proporcionalidade.....	98
2.5.8.5 Proporcionalidade e a colisão de princípios.....	101
2.5.8.6 Críticas à proporcionalidade.....	104
3 A Constituição como sistema aberto de princípios e regras e o papel dos valores.....	112
3.1 Introdução.....	112
3.2 O conceito de sistema.....	113
3.3 Estado e sistema jurídico.....	118
3.4 Dinamicidade e abertura do sistema jurídico.....	120

3.5 A Constituição como unidade formal do sistema normativo do Brasil.....	129
3.6 A Constituição como um sistema aberto e dinâmico de regras e princípios.....	137
3.6.1 <i>Introdução.....</i>	137
3.6.2 <i>O constitucionalismo na antigüidade.....</i>	139
3.6.3 <i>O constitucionalismo na Idade Média.....</i>	140
3.6.4 <i>O constitucionalismo na Idade Contemporânea.....</i>	147
3.7 A estrutura da Constituição Federal.....	151
4 Os princípios e os valores jurídicos.....	155
4.1 O mundo dos valores.....	155
4.2 Características dos valores.....	159
4.3 Força vinculante dos valores.....	160
4.3.1 <i>Subjetivismo.....</i>	161
4.3.2 <i>Objetivismo.....</i>	162

4.4 Os valores e a ética.....	168
4.5 Os valores e a norma jurídica.....	171
5 Princípios jurídicos constitucionais e seu âmbito de projeção.....	181
5.1 Plano da existência.....	183
5.2 Plano da validade.....	186
5.3 Plano da eficácia.....	194
5.3.1 Doutrinas estrangeiras.....	196
5.3.1.1 Normas "auto-aplicáveis" e "não auto-aplicáveis" (Direito Norte-Americano).....	197
5.3.1.2 Normas "preceptivas" e normas "diretivas" (Direito Italiano).....	198
5.3.2 A doutrina sobre a aplicabilidade das normas constitucionais no direito brasileiro.....	200
5.3.3 Principais efeitos dos princípios constitucionais.....	206
Conclusões.....	213
Bibliografia.....	224

Introdução

Costuma-se definir, analiticamente, a Constituição como um sistema normativo aberto e dinâmico; todavia, enfatiza-se que as normas constitucionais dividem-se em princípios e regras que, embora tenham o mesmo nível hierárquico, não possuem o mesmo peso dentro do sistema, já que é muito mais grave ofender um princípio que uma regra da Constituição.

Muito embora tais lições sejam repetidas à exaustão pelos juristas pátrios, faz-se necessário conceituar o que venha a ser norma jurídica (gênero) para, ao depois, descobrir se, efetivamente, princípios e regras podem ser considerados suas espécies.

Além disso, deve-se extremar o princípio da regra, porque cada um desses termos precisa ter diferenças específicas, que sejam facilmente perceptíveis pelos operadores do direito, a ponto de poderem ser diferenciadas com a necessária segurança.

O próximo passo será dissecar o que se entende por sistema normativo aberto e dinâmico, bem como as conseqüências de considerar que o princípio é uma norma constitucional.

Posteriormente, discorrer-se-á sobre a eficácia do princípio jurídico dentro da Constituição e a possibilidade de ele servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade dos demais atos normativos infraconstitucionais.

Embora não se tenha a mínima pretensão de originalidade, buscar-se-á a máxima clareza na exposição das idéias porque, para nós, a ciência do direito é um sistema de proposições verdadeiras. Descritivas de um determinado objeto, que será, neste trabalho, a norma.

Para fins didáticos, costuma-se dividir as ciências em morais e naturais. Enquanto as primeiras visam a *compreender* a realidade social, as últimas pretendem *explicar* os fenômenos físicos mediante o estudo das suas causas e efeitos.

O direito pertence ao ramo das ciências morais, também ditas sociais, cujo traço característico básico é ter por *objeto material* o estudo do *comportamento humano singular ou coletivo*, expresso por meio da construção de juízos axiológicos, porque a interação entre os próprios homens ou entre estes e o meio físico gera a cultura, isto é, a projeção de valores no mundo pelo agir do homem, ser eminentemente racional.

O comportamento humano, objeto material da ciência social, pode ser visto por um ângulo teórico (estudo do homem como efetivamente é, *v.g.*, história ou sociologia) ou prático (estudo das leis que devem conformar o agir do homem, *e.g.*, moral e direito). As ciências sociais práticas são chamadas de *ciências normativas* (JOLIVET, 1957:93) porque o seu *objeto formal* de estudo é a norma.

Ademais, não há falar em ciência sem método, o qual direciona e ordena o pensamento. Por isso, é mister uma prévia e superficial explicação dos métodos a serem utilizados na presente monografia.

Tradicionalmente, os métodos dividem-se em:

a) *discursivos* ou *analíticos* – o conhecimento do objeto a ser estudado se compõe de etapas escalonadas através de verificações, que podem partir do geral para o particular (dedução) ou do particular para o geral (indução);

b) *intuitivo* – é o conhecimento direto da essência do objeto numa operação mental “total, única e indivisa do espírito, que se projeta sobre o objeto e o domina” (DINIZ, 2003:9);

c) *dialético* – busca o conhecimento do objeto por intermédio da análise dos seus opostos, chegando, criticamente, até uma síntese conclusiva.

Nesta monografia será adotado o *método intuitivo*, porque a essência da norma jurídica pressupõe sua análise direta, extraindo as características básicas que a tornem única dentro do imenso mar de normas sociais que cercam a atividade humana.

Desnecessário utilizar-se de comparações, baseadas em uma análise empírica das diversas normas sociais, para chegar à essência de dado objeto, na medida em que a essência desse objeto é apreendida e compreendida por um ato de intuição.

Também não há por que se valer do método dialético para apreender a essência da norma, uma vez que o conceito pressupõe, acima de tudo, certa neutralidade do cientista, impossível de se alcançar com a dialética, a qual implica a polarização de valores.

O método intuitivo pressupõe a representação imediata do objeto pelo sujeito cognoscente, cuja estrutura psíquica pode ser dividida em três tendências: o pensamento, o sentimento e a vontade. A apreensão do objeto pelo pensamento visa a atingir sua essência; é a chamada *intuição racional*. Em compensação, a análise do objeto pelo sentimento visa o seu valor, daí por que denominada *intuição emocional*. Finalmente, caso o objeto seja apreendido pela vontade, é o elemento existência que será analisado; logo, tem-se a *intuição volitiva* (HESSEN, 1987:124).

Ora, como o conceito impõe uma abstração máxima de raciocínio, almejando a essência da norma jurídica, empregaremos o *método intuitivo intelectual* ou *racional*.

Posteriormente, discorreremos sobre os princípios e as regras, para verificar se são espécies do gênero norma, haja vista que grassa na doutrina enorme controvérsia acerca das definições de princípio e regra.

Agora aplicaremos o *método discursivo* ou *analítico* porque partiremos da análise do geral, a norma, para o particular, o princípio e a regra, ou seja, descobriremos quais os atributos que permitem identificar princípios e regras, como espécie do gênero norma, e, ainda, quais as diferenças entre princípios e regras.

Por último, analisaremos a forma como se relacionam os princípios e as regras dentro da Constituição, entendida como um dos subsistemas que integram o sistema normativo. Aqui teremos particular interesse no princípio como parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Convém deixar claro que o emprego de dois métodos distintos em uma mesma dissertação não desnatura seu caráter científico, mesmo porque nada impede que se lance mão de métodos mistos na análise de conceitos jurídicos diferentes. Afinal, “nossa época se caracteriza pelo pluralismo metodológico” (REALE, 2003:84).

Finalmente, não será possível desenvolver o presente estudo sem fazer referência a história, porque o direito, objeto cultural, é uma realidade em constante mutação e evolução. Assim, sempre que possível, apresentaremos uma introdução histórica acerca o objeto a ser focado.

1 A norma jurídica

1.1 A razão histórica de a ciência do direito centrar o estudo na norma jurídica

É interessante discorrer, ainda que sucintamente, sobre a evolução do enfoque do direito através da história. Afinal, estudaremos apenas a norma jurídica e não o direito, cujo conceito, em nossa ótica, é estritamente filosófico; superando, portanto, os contornos da presente dissertação. Contudo, nossa visão acerca do direito será exposta quando examinarmos o conceito de sistema jurídico, ocasião em que iremos antes mencionar, rapidamente, o entendimento do direito na visão de alguns mestres.

O direito primitivo constituiu-se uma mistura de preceitos religiosos, morais, jurídicos etc. caracterizado por se basear na vontade divina. Em razão disso, o direito não era construído pelo homem, mas dado por uma divindade.

A revelação do direito, obra de Deus, ficava a cargo do chefe do clã, que impunha a sua vontade pela força bruta ou pela astúcia, e também pelos ritos místicos ou religiosos.

Nesse período da história da Humanidade, o poder estava fundado no princípio do parentesco, uma vez que as relações pessoais se estabeleciam entre membros da mesma família ou grupos de famílias que originavam o clã ou grupos de clãs. Portanto, o chefe do grupo era o responsável pela guarda e aplicação do direito (FERRAZ JR., 2003:52).

Fácil perceber que, no referido contexto, não havia campo para estabelecer uma distinção entre direito e ciência do direito, na medida em que a existência, a aplicação e o saber do direito se confundiam.

Com o aumento da população, por óbvio, as relações sociais foram ficando mais complexas. Automaticamente, o poder se deslocou do princípio do parentesco para o da organização social, criaram-se as comunidades e apareceu o domínio político distinto do familiar.

Essa transformação quanto ao centro do poder não alterou, em absoluto, a visão sobre o direito, que continuou a ser um fenômeno de ordem sagrada. Todavia, agora se abriram as portas para a criação da *jurisdicere*, ou seja, a possibilidade de criar um órgão para dizer o direito no caso concreto.

Sob tal aspecto, houve notável contribuição do direito romano, mormente porque apreendeu o direito como atividade ética, que era a ponderação nos atos de julgar. A prudência no julgar ganhou uma dimensão toda especial, que deu origem à *jurisprudencia*.

A jurisprudência romana foi-se consolidando ao longo dos tempos, consoante assinalam os estudiosos do direito romano, que costumam dividi-lo, para fins didáticos, em três períodos: arcaico, clássico e pós-clássico.

No período arcaico, o direito caracterizava-se por ser formalista ao extremo. A atividade dos jurisconsultos era monopolizada pelos pontífices, intérpretes do *jus civile*, que era composto de preceitos costumeiros. A jurisprudência, nessa fase, pode-se dizer que suprimia eventuais omissões do *jus civile*.

Já na época clássica, o direito se preocupava em proteger a boa-fé em detrimento da forma. Ao lado do *jus civile*, aplicado apenas aos cidadãos romanos, surgiu o *jus gentium*, destinado a estrangeiros e romanos. Além disso, os éditos dos pretores começaram a revogar, na prática, o *jus civile*.

A partir daí a jurisprudência secularizou-se; os jurisconsultos exerceram enorme influência no desenvolvimento do direito: redigiam negócios jurídicos (*cauere*), realizavam atividades no processo (*agere*) e proferiam pareceres em questões controvertidas, tanto para as partes quanto para os juízes (*respondere*).

A partir da época do Imperador Adriano, os pareceres dos jurisconsultos, caso fossem opinião comum, passaram a valer como fonte do direito. Por sua vez, Augusto concedeu a certos jurisconsultos o privilégio de produzir pareceres em seu nome, os quais teriam força vinculante (MARKY, 1987:08).

Por último, no período pós-clássico, com a decadência do Império Romano, passaram a constituir a principal fonte do direito as regras escritas, por meio da codificação.

A jurisprudência praticamente desapareceu como fonte criadora do direito. Não havia mais grandes juristas, mas sim práticos. Os juristas dessa época se dedicaram ao estudo da jurisprudência clássica, visando adaptá-la à nova realidade social; infelizmente, nada criaram de relevante.

O uso da técnica da dialética na jurisprudência conduziu os romanos a um saber prático, segundo o qual o direito, antes de ser uma teoria jurídica, constituía uma experiência jurídica baseada em *ratio juris*. A jurisprudência romana lançou as bases para o aparecimento de uma ciência do direito que viria a se desenvolver posteriormente.

Nessa quadra da história, ainda não se tinha, por óbvio, consciência da existência da norma jurídica e do direito como realidades ontológicas distintas. O direito continuava a apresentar-se como mistura de preceitos religiosos, sociais, jurídicos etc.

Com a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.c., iniciou-se a Idade Média, que durante muito tempo foi chamada de “Idade das Trevas”, por causa do retrocesso artístico, intelectual, filosófico e institucional em que mergulhou a Europa.

Antes de prosseguir, deve-se ressaltar que os historiadores têm feito uma releitura desse período da história, que passou a ser visto como uma época de florescimento de novas idéias, as quais viriam a revolucionar o pensamento da sociedade ocidental.

Para fins didáticos, pode-se dividir o estudo da Idade Média em dois períodos distintos: a Alta Idade Média, que se estendeu do século V a IX, e a Baixa Idade Média, que abrangeu os séculos IX a XV.

A principal característica da Alta Idade Média foi a consolidação do sistema feudal de produção, no qual a base da economia era a posse da terra, sendo o poder político descentralizado entre os vários feudos, gerando uma sociedade estamental; cada indivíduo estava preso ao seu *status*.

Não se deve olvidar o fato de a herança política e espiritual de Roma ter sido herdada pela Igreja Católica, que se assumiu como instituição política, criando um Estado da Igreja e, ainda, o direito canônico, o qual era escrito.

Além disso, a Igreja Católica aumentou seus domínios políticos, não por meio de conquistas bélicas, mas utilizando a religião como forma de legitimar e dar autoridade ao poder secular dos reis. Assim, lançando mão do poder espiritual, ou seja, dos dogmas da fé, a Igreja Católica era quem tinha autoridade para atribuir legitimidade aos monarcas.

Para a Igreja Católica o homem é um ser dotado de consciência e, portanto, de livre-arbítrio, motivo pelo qual é portador de uma dignidade que deve ser respeitada. Nessa linha de raciocínio, o direito é visto como forma de ordenar a sociedade para o bem comum.

Essa nova visão do direito, aceita pela Igreja Católica, não se fez sentir nesse período da Idade Média, haja vista que a Europa estava dividida em vários feudos e ocorriam constantes invasões bárbaras; houve, por isso, um retorno ao direito costumeiro e local (REALE, 2003:149).

Ocorre que, com o fim das invasões bárbaras, no século IX, teve início um período de estabilidade na Europa, o qual se refletiu no aumento da população, na maior circulação da riqueza, no enfraquecimento do poder dos senhores feudais e no surgimento das cruzadas patrocinadas pela Igreja e pelos reis. Logo, passou a haver um maior intercâmbio cultural entre as pessoas e os povos.

Dessa maneira, com a Baixa Idade Média teve início um trabalho de volta à tradição científica romana, por meio dos glosadores, que se debruçaram sobre os textos romanos, procurando adaptá-los aos novos tempos e, principalmente, à nova visão do homem, na condição de ser dotado de livre-arbítrio.

Os textos romanos passaram a ser tomados como paradigmas. Deles se procurava extrair regras que solucionassem os conflitos que existiam na sociedade daquela época.

Devido ao peso da tradição, tais textos eram considerados fontes primárias do direito e, portanto, pontos de partida cuja autoridade não se podia negar. Assim, a ciência do direito, iniciada em Bolonha, tornou-se dogmática.

Na Baixa Idade Média, o direito era visto como ciência dogmática, baseada no *Corpus Juris Civile*, de Justiniano, no *Decretum*, de Graciano, nos cânones e nos decretos papais (FERRAZ JR., 2003:63); estes dois últimos, por influência do poder da Igreja Católica, cujas raízes foram estabelecidas na Alta Idade Média.

Interessante observar que o pensamento jurídico medieval ----- embora reconhecesse que a legitimidade do poder secular era divina e que, a autoridade era conferida à Igreja Católica ----- construiu uma doutrina jurídica que tinha o rei como centro do poder. Surgiu, assim, o conceito de soberania, que era uma relação direta e concreta de poder entre o soberano e o súdito.

Essa doutrina jurídica tinha por fulcro os textos romanos, os quais eram utilizados como dogmas pelos juristas medievais, para solucionar questões concretas oriundas da relação entre as pessoas ou entre o soberano e os súditos. Era o germe do absolutismo.

Em síntese, na Idade Média prevaleceu o empirismo analítico dos glosadores (REALE, 2003:150), que pode ser considerado a raiz do normativismo jurídico.

Na época do Renascimento ocorreu uma transformação da mentalidade européia: o homem passou a ser o centro do Universo. O traço marcante da Idade Moderna foi o racionalismo, expresso na convicção de que tudo poderia ser explicado pela razão e pela observação objetiva da natureza.

O racionalismo permeou o pensamento jurídico a partir dessa época, e sua primeira consequência foi dessacralizar o direito, que passou a ser entendido como expressão da razão humana.

Além disso, a compreensão do direito deixou de ser empírica, tal como era feita pelos glosadores, para ser científica, a exigir método para ordenar e formalizar o pensamento.

Partindo dessas premissas, o pensamento jurídico da Idade Moderna, por influência do jusnaturalismo, fundou-se na idéia de sistema, isto é, uma construção lógica de proposições que se ordenam para legitimar o poder. Este, agora, não mais tinha por fundamento a vontade divina, mas sim a vontade humana, guiada pela razão.

Ressalte-se, por oportuno, que "o conceito de sistema, no entender de Wieacker, foi a maior contribuição do jusnaturalismo moderno" (DINIZ, 2001:39) para o estudo do direito.

Para se evitar confusão, entende-se por jusnaturalismo moderno uma concepção de direito natural, de tipo subjetivo e formal, que surgiu a partir do século XVII.

Com base nessa concepção, o direito natural está centrado na vontade autônoma do homem, e as normas jurídicas devem ser criadas por intermédio do método dedutivo, partindo da liberdade como pressuposto do estado natural do homem.

Pode-se conceber, basicamente, o estado natural do homem de duas formas distintas: como ser social ou como ser individual.

Segundo Maria Helena Diniz, partidários da primeira corrente seriam Grocio, Locke e Pufendorf, os quais sustentam ter o homem nascido para viver em sociedade; o direito natural seria o fundamento de validade dessa comunhão social porque, segundo Pufendorf, o direito natural tem a função imperativa e é

anterior ao direito criado pela sociedade. O direito natural, cujo fundamento é a razão humana, legitima o direito positivado pela sociedade.

Pufendorf dividiu as normas de direito natural em absolutas e hipotéticas. As primeiras obrigam independentemente das instituições estabelecidas pelos homens, enquanto as segundas pressupõem a existência de instituições para se fazerem cumprir. De sorte que as normas hipotéticas possibilitavam uma adequação do direito natural à evolução da humanidade (apud FERRAZ JR., 2003:68 e cf. DINIZ, 2001:40).

Por outro lado, ainda segundo Maria Helena Diniz, Hobbes e Rousseau defendiam ser o homem um ser individual que só vive em sociedade para sua própria conservação; logo, são partidários da concepção individual do homem no estado de natureza.

Hobbes entende que o homem se submete ao direito para evitar a guerra de todos contra todos, enquanto para Rousseau, o direito natural é a liberdade e a igualdade plenas, servindo de fundamento para a criação de normas a serem cumpridas pelos membros da sociedade.

Não se pretende aprofundar o estudo do direito natural, mas mostrar que o pensamento dos jusnaturalistas era sistemático e, também, crítico-avaliativo, na medida em que não se contentavam apenas em conhecer o direito, procurando dominá-lo pelo uso da razão.

Os filósofos racionalistas, que endeusaram a razão humana, a ponto de até vê-la como *criadora* do objeto, no ato do conhecimento, nem por isso ignoraram a realidade do Direito Natural, embora o tenham visto *não transcendente, mas imanente ao homem, não descoberto, mas criado pela razão*. Para KANT, por exemplo, Direito Natural seria o "conjunto de princípios universais, perfeitos e imutáveis, *derivados da própria razão humana*, que regem a conduta do homem de acordo com o imperativo categórico (*Crítica da razão prática* --- P. I, L. I, Cap. I, par. 7) (MENDONÇA, 2002:52).

Percebe-se, neste passo, que já se tem plena consciência de que "a Jurisprudência tinha como *objeto* o sistema das regras jurídicas, expressão de imperativos racionais ou resultado da evolução histórica" (REALE, 1975:363 2v).

Finalmente, o conceito de soberania, cunhado no período medieval, manteve-se no pensamento jurídico sistemático-racionalista, mas agora centrado no Estado e não mais na pessoa do monarca. Por isso a soberania deixou de ser considerada como relação direta e concreta entre rei e súdito para ser entendida como relação impessoal e abstrata entre Estado e povo. Destarte, o poder do Estado era visto como disciplinar, e somente poderia atuar se tivesse por fundamento normas previamente postas.

Assim, no século XVIII, por influência dos iluministas, que levaram ao extremo o primado da razão como medida de todas as coisas, houve uma modificação na visão do direito, reduzido à lei. Também o Estado passou a ser reconhecido como a única fonte do direito.

A obra símbolo dessa nova visão do direito foi *O Contrato Social* de Rousseau. Ali ficou assentado que o direito é a lei porque esta é a expressão legítima da vontade geral; logo, se a lei é a expressão da vontade geral, que é única, o direito somente poder ser único para a totalidade do povo.

Com o advento da Revolução Francesa e a queda do Antigo Regime, essa nova visão do direito foi implementada na França, em princípio com a elaboração de uma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e da Constituição, vindo por ser consolidada com o Código Civil francês, de 1804.

A Escola da Exegese foi o marco culminante do novo modelo que reduzia o direito à lei, tendo Demolombe afirmado: "Eu não conheço o Direito Civil, ensino apenas o Código de Napoleão" (apud MENDONÇA, 2002:20).

Não se desconhece que, antes do século XVIII, já existiam leis dispersas. Com a consolidação das monarquias e o surgimento dos Estados Absolutistas, os reis procuraram sistematizar as leis e costumes existentes nos seus domínios nas famosas Ordenações.

O século XVIII caracterizou-se pelo primado da lei, criada pela razão, isto é, "normas gerais escritas emanadas por órgãos especialmente constituídos para tal fim" (REALE, 2003:153), o que pressupõe que a soberania, vista como exercício do poder de imposição, já não era realizada pelo monarca, mas sim pelo Estado, única fonte formal do direito.

De todo o exposto, resulta claro que já se tinha a plena noção da diferença entre direito e norma, principalmente pelo conceito de sistema; todavia, devido à influência dos iluministas, o Estado passou a ser a fonte exclusiva do direito e a lei sua expressão única, daí por que a ciência do direito reduziu-se à exegese da lei positivada pelo Estado.

Não tardou para se perceber que a lei não esgota o direito praticado na sociedade; entretanto, ao se reduzir o direito à lei, criou-se uma distância entre a teoria e a práxis (FERRAZ JR., 2003:71), na medida em que a sociedade avança a passos estugados, enquanto a lei caminha lentamente. Criou-se um descompasso entre a lei, posta pelo Estado, e o direito, seguido pela sociedade. Era a revolta dos fatos contra os Códigos, na feliz expressão de Gaston Morand (apud DINIZ, 2001:57).

Surgiu a necessidade de a lei, que é escrita, acompanhar a evolução da sociedade, e isso foi alcançado, em um primeiro momento, por meio do fenômeno da positivação, ou seja, é considerado direito a lei posta pela autoridade constituída dentro do Estado, detentor da soberania.

Como os Estados Modernos foram moldados pela clássica tripartição dos Poderes, a autoridade constituída com a função de criar a lei e, portanto, o direito novo, passou a ser o Legislativo.

Em contrapartida, a aplicação da lei às situações concretas ficou a cargo do Poder Judiciário, que, nessa época, não tinha liberdade para interpretá-la, limitando-se a apurar se o caso a ser julgado se subsumia à hipótese abstrata da norma e, em caso positivo, aplicar as conseqüências nela previstas.

Ora, o impedimento do Poder Judiciário em interpretar a lei e a possibilidade de sua alteração, a todo e qualquer tempo, pelo Legislativo acabaram por reduzir o direito à lei e esta a uma forma, em que o conteúdo é relegado a plano secundário e o direito vale se criado de acordo com a forma prevista.

Não é por outra razão que o método utilizado pela Escola da Exegese era o dedutivo, segundo o qual o estudo do direito era feito mercê de "um processo rigorosamente silogístico" (DINIZ, 2001:55) em que a premissa maior era o texto legal, a premissa menor o fato concreto e a conclusão a conseqüência prevista na lei, cujo conteúdo podia variar enormemente ante o labor do Poder Legislativo.

Tal visão formalista gerou um direito amoral, que se legitimava pelo procedimento e não por seu conteúdo, e uma ciência jurídica reduzida a mera técnica de interpretação.

Para combater a Escola da Exegese, surgiu o utilitarismo de Jeremy Bentham, o teleologismo de Rudolf von Ihering, a experiência prática de Oliver Wendell Holmes, a livre investigação científica de François Geny, a ofensiva sociologista de Eugen Ehrlich, a Escola do Direito Livre, a jurisprudência de interesses, a jurisprudência sociológica norte-americana, a lógica experimental de John Dewey, a teoria interpretativa de Joaquín Dualde, o realismo norte-americano e

escandinavo, a teoria de Hart, a teoria geral de interpretação de Betti e o raciovitalismo.

Citadas teorias podem ser agrupadas sob a denominação de "movimento do realismo jurídico", que visava combater tanto o jusnaturalismo, impugnando seu caráter de direito ideal, quanto o positivismo, que se sustentava em um direito formalista, sem dar importância ao seu conteúdo (BOBBIO, 2003:62).

A principal contribuição do realismo jurídico foi demonstrar que o direito não se reduzia à lei. O direito engloba a lei e também aspectos axiológicos e fáticos.

Não obstante tais considerações, o certo é que a ciência do direito, influenciada pelo positivismo, passou a estudar a norma jurídica, em seu aspecto formal, independentemente de seu conteúdo.

Inclusive, Hans Kelsen, em sua obra *Teoria pura do direito*, reduziu o direito ao estudo da norma jurídica, vista como uma concatenação lógico-hierárquica. O princípio central da proposta do Mestre de Viena é distinguir duas categorias básicas de conhecimento: o ser e o dever ser, ou seja, o mundo da natureza e o mundo das normas. Kelsen não desconhece que o direito abrange fenômenos sociais, históricos, éticos etc.; entretanto, em nome da objetividade, pureza e neutralidade da ciência jurídica, elegeu como objeto do estudo do direito a norma, vista pelo seu aspecto formal.

Kelsen é partidário do positivismo jurídico. Em sua opinião, a tarefa da ciência jurídica é explicar como funciona o ordenamento jurídico. As normas em vigor devem ser estudadas pelos juristas sem interferência de outras disciplinas, tais como a sociologia, a história, a ciência política, a psicologia, a teologia ou a filosofia. Essas disciplinas são úteis para entender e avaliar o direito positivo, mas não devem intervir no seu estudo, que deve ser puro, como diz o título de sua principal obra (DIMOULIS, 2003:31-32).

Em decorrência de uma redução epistemológica, no presente trabalho, tal qual feito por Kelsen, o direito passará a ser considerado exclusivamente sob o prisma da norma, que será o objeto de nosso fetiche (GRAU, 2003:102).

Isto não significa entender que o direito se resume à norma jurídica, o que será mais bem explicado por ocasião do estudo do sistema jurídico, porque pensamos que o direito é uma realidade tridimensional, a englobar os fatos, os valores e a norma, todos em constante processo dialético, com implicações recíprocas.

Não obstante, como se pretende discutir conceitos específicos do direito (normas, princípios, regras, sistema e valores), houve a necessidade de circunscrever nosso objeto de estudo, que, em um primeiro momento, será a norma.

1.2 O conceito de norma jurídica

1.2.1 Introdução ----- o gênero norma

O ser humano é social por natureza e está em constante relação com os outros. Tais relações, como é intuitivo, geram conflitos que devem ser harmonizados, pena de se criar um verdadeiro caos na sociedade.

A harmonização da relação entre os seres humanos ocorre por intermédio das normas que disciplinam todos os aspectos da nossa vida, desde o nascimento até além de nossa morte (v.g., o testamento), podendo-se afirmar, sem equívoco, que "nossa vida se desenvolve em um mundo de normas" (BOBBIO, 2003:21). A variedade de normas é tamanha que passa a ser impossível uma enumeração; todavia, para fins de compreensão, é útil classificá-las.

Como sabido, toda classificação é arbitrária, pois o sujeito que a realiza pode utilizar critérios múltiplos. Entretanto, sem uma classificação é muito difícil explicar a que tipo de norma pertence a jurídica.

Pela simplicidade e operacionalidade, adotaremos a classificação proposta por Goffredo Teles Jr., que entende serem as normas íntimas ou sociais. As íntimas dizem respeito à pessoa exclusivamente, considerada em si mesma; as sociais procuram disciplinar a relação entre as pessoas (TELLES JR., 1966:423)

As normas íntimas não serão objeto de nossas considerações, pois o direito não visa harmonizar a pessoa e suas instâncias interiores; isso é tarefa, por exemplo, da psicologia. O papel do direito é disciplinar as relações entre as pessoas, em razão do que as normas jurídicas são uma espécie das sociais.

Frise-se que a norma jurídica constitui uma espécie da norma social porque esta última disciplina inúmeros aspectos da relação humana; logo, a norma social é gênero, que tem várias espécies, tais como morais, religiosas, de etiqueta, de boa educação, jurídicas etc.

Novamente é preciso classificar as normas sociais para facilitar a compreensão do fenômeno jurídico, tendo em vista que no presente estágio da civilização a norma jurídica é diferente da norma religiosa, ou moral, ou de boa educação, ou de etiqueta etc.

Uma vez mais com arrimo em Goffredo Telles Jr., classificaremos as normas sociais em normas de garantia e de aperfeiçoamento. As primeiras visam à manutenção do grupo social, enquanto as últimas buscam "aprimorar a comunhão humana de um grupo social" (TELLES JR, 1966:424).

Como a norma de garantia é fundamental para a sobrevivência e conservação do próprio grupo social, ela é considerada norma jurídica; já as demais normas sociais (moral, religiosa, de etiqueta, etc) são de aperfeiçoamento.

Não será objeto de nossas preocupações como se formam as normas sociais, tampouco em que momento passam a ser consideradas normas de garantia e, portanto, jurídicas. Tal estudo deve ser feito pela antropologia jurídica.

Pretende-se deixar assentado, apenas, que a norma jurídica é uma espécie de norma social, porque visa a regular as relações entre os homens.

1.2.2 Norma ----- o problema da essência

A essência da norma jurídica exige que se procure conceituá-la com seus traços básicos para depois definir o que se entende por princípio e regra; portanto, não há confundir conceito e definição.

O conceito deve nos oferecer a essência da coisa investigada; por essência se entende

aquilo que tendo sido dado, basta para que a coisa seja necessariamente posta, e que sendo tirado, basta para que a coisa seja necessariamente suprimida; ou ainda aquilo sem que a coisa não pode existir nem ser concebida e que vice-versa não pode, sem a coisa, existir ou ser concebido (SPINOZA, *Ética*, Capítulo II, Definição II).

Em contrapartida, a definição consiste em buscar a diferença específica entre coisas do mesmo gênero (CHAUÍ, 1999:190).

Deve-se enfatizar que a norma social, independentemente de sua espécie, exprime-se através da linguagem, daí ser possível, para fins de técnica, estudá-la por meio da semiótica.

Como é evidente, isso não implica reduzir o direito à linguagem ou à comunicação; trata-se apenas de uma opção epistemológica para delimitação do campo a ser estudado quanto ao objeto norma.

A linguagem, consoante nos ensina a semiótica, pode ser estudada sob três prismas distintos: a sintaxe, a semântica e a pragmática.

A sintaxe estuda os signos lingüísticos, prescindindo dos usuários e das designações. Seu objeto de estudo é um alfabeto finito, que se combina por meio de um conjunto de regras de formação para originar signos elementares, a partir dos quais se criam signos mais complexos, por meio das regras de derivação.

"A semântica estuda os signos em suas relações com os objetos a que se referem" (WARAT, 1995:40). Os vocábulos devem se referir a objetos reais ou ideais que possam ser verificados pelos interlocutores. "Cada um dos signos tem seus significados particulares porque se refere a determinados objetos ou situações" (DIMOULIS, 2003:149-150).

Finalmente, a pragmática estuda o uso dos signos lingüísticos. Agora enfoca-se a função da linguagem. As palavras serão analisadas como núcleos de significação, que dependerão do contexto que forem utilizadas pelos interlocutores.

Em resumo, a semântica visa o significado do objeto, ou seja, responde à pergunta "o que é a coisa"? Em compensação, a sintaxe procura

estabelecer as relações entre os objetos; noutras palavras, explica como as coisas se relacionam. Finalmente, a pragmática enfoca o uso do objeto pelo sujeito; basicamente, como a coisa é utilizada (FERRAZ JR., 2003:123).

Transpostos tais ensinamentos para a seara do direito, pode-se concluir que o estudo da norma, pelo aspecto sintático, visa relacionar os diferentes enunciados normativos para que sejam deonticamente modalizados (WARAT, 1995:40) e harmonizados.

O estudo do direito, por meio da semântica, pressupõe a criação de conceitos operacionais, tidos como verdades objetivas, porque possíveis de serem empiricamente verificáveis. É um das preocupações centrais do positivismo jurídico.

Por último, "a pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais" (WARAT, 1995:47). O uso da linguagem pressupõe uma visão histórica, política e cultural do homem para descortinar o sentido e a função da norma.

Centraremos o estudo do direito, nesse primeiro momento, sob o aspecto semântico, procurando conceituar a norma jurídica do ponto de vista formal, entendido este último como modo de conceber a ciência jurídica pela tarefa de construir conceitos jurídicos (BOBBIO, 2003:72), que possam ser utilizados pelos operadores do direito para decidir conflitos.

Isto porque o direito, realidade tridimensional, manifesta-se pela norma, que pode ser considerada o átomo da ciência jurídica. A norma jurídica deve conter propriedade designativas que lhe dão a essência e permitam "a construção de uma denotação referida a estado de coisas existentes" (WARAT, 1995:43). Esse estado de coisas existente é o sistema jurídico, que será focado posteriormente.

1.2.3 A linguagem normativa

Entende-se por linguagem a capacidade que possui o ser humano de comunicar-se por intermédio de signos que são, a um só tempo, o suporte de manifestação do pensamento e o seu significado.

O suporte de manifestação do pensamento é o meio ou veículo empregado para externar uma idéia, e o significado é a idéia expressa ou, se se preferir, o teor do pensamento.

O suporte de manifestação do pensamento pode ser um índice, isto é, uma conexão física com o objeto cuja idéia se pretende expressar (v.g., fumaça é índice da idéia de fogo); ou um ícone, que procura reproduzir, de algum modo, o objeto que se pretende transmitir para o interlocutor (e.g., uma fotografia ou uma caricatura), ou, finalmente, um símbolo, que é um código de comunicação criado por convenção, na medida em que não liga a idéia ao objeto, mas pressupõe que a idéia expressa o objeto (v.g., a palavra Brasília, entendida como Capital Federal do Brasil, e a bandeira branca, que exprime o pedido de paz).

Em resumo, "parece convincente atribuir ao termo linguagem uma alcance bastante amplo, para nele incluir todos esses sistemas e meios de comunicação, independente do material que utilizam" (WARAT, 1995:38)

A norma social geralmente se expressa por meio de símbolos, os quais são signos lingüísticos, entendidos como as palavras que servirão de suporte para a mensagem que se pretende transmitir.

Assim, ao conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade damos o nome de "proposição", que não se confunde com o juízo, pois

enquanto este pressupõe sempre um sujeito unido a um predicado (v.g., "O homem é mortal"), aquela apenas exprime um significado, que pode não ter nenhuma referência a qualquer predicado (e.g., "Bom dia" ----- simples cumprimento). Em síntese, todo e qualquer juízo deve ser expresso por uma proposição, mas nem toda proposição exprime um juízo.

Por outro lado, a proposição se exprime mediante uma forma gramatical e lingüística que é seu enunciado. A proposição é uma mensagem, enquanto o enunciado é a forma de transmitir a mensagem (v.g., escrita ou oral).

Em conseqüência, as proposições podem ser enunciadas gramaticalmente pela forma declarativa, interrogativa, imperativa ou exclamativa. Por isso é possível perceber vários tipos de proposições, de acordo com a finalidade da mensagem que se pretenda transmitir. Nesse rumo de idéias, seguindo Norberto Bobbio, podem-se classificar as proposições em asserções, perguntas, prescrições (comandos) e exclamações.

As normas sociais são proposições do tipo prescrições (comandos), porque sua finalidade é influir no comportamento alheio (BOBBIO, 2003:75).

Não se vá concluir que sempre as normas sociais terão a forma imperativa. A forma gramatical da proposição normativa pode variar, mas sua finalidade será uma prescrição (comando), a nota característica da norma social, entendida como gênero, enquanto a norma jurídica é espécie.

Assim, temos que a primeira característica da norma social é ser uma proposição imperativa; logo, por abstração, temos que a norma jurídica é uma prescrição (ordem) de comportamento ou, ainda, que a norma é um imperativo de conduta.

Paulo de Barros Carvalho, em suas aulas de lógica jurídica, aduziu que as normas operam com a linguagem prescritiva "porque incidem no proceder humano, canalizando as condutas no sentido de implantar seus valores" (*Apostila de Filosofia do Direito I - Lógica Jurídica, Capítulo II*).

As normas sociais são proposições que determinam como devem ser as condutas humanas. Nesse sentido, sua função é ordenar condutas, sendo, portanto, proposições imperativas.

1.2.4 Norma jurídica ----- o problema da imperatividade

O caráter imperativo da norma jurídica não é entendimento pacífico, por existirem autores que o negam, sustentando ser a norma uma proposição declarativa e, desse modo, uma simples asserção.

A tese antiimperativista não é nova; foi defendida, em 1879, por Ernest Zittelmam, na obra intitulada *Erro e negócio jurídico*. Nela se asseverava que a norma jurídica não impõe nenhum comando, mas apenas alternativas de comportamento, as quais, em lógica clássica, são juízos hipotéticos (asserções), já que a norma se expressa na estrutura "Se.... você deve" (apud BOBBIO, 2003:136).

Também Kelsen, na primeira fase de seu pensamento, sustentou que a norma jurídica é um juízo hipotético e não um comando. Para tanto, partiu da idéia de que o mundo do ser é regido pelas leis físicas, ou seja, pela causalidade, enquanto o mundo do dever-ser é formulado pelas regras da liberdade. O direito pertence ao mundo do dever-ser e por isso não tem causalidade, mas imputabilidade; logo, a norma jurídica não é um comando, mas simples juízo hipotético, porque pode ou não ser obedecida devido à liberdade do ser humano.

Em prosseguimento, seguindo Kelsen, tem-se que a sanção é o elemento central da norma jurídica, e, por consequência, a conduta descrita na norma é apenas uma *condição* para a aplicação da sanção. Por isso que o Estado não prescreve comportamentos, mas descreve condutas que serão hipóteses a serem preenchidas para desencadear a sanção (apud DINIZ, 2001:351).

Posteriormente, na segunda fase de seu pensamento, Kelsen reviu sua posição, passando a sustentar que a norma é um imperativo ou comando obrigatório de comportamento, porque emitida por uma autoridade competente, enquanto a função da ciência do direito é conhecer e descrever as normas (KELSEN, 2000:45).

Ainda na esteira de Kelsen, o comando da norma não tem o vínculo psicológico da vontade, mas se trata de um comando "despsicologizado" porque se abstrai da norma a vontade de seu emissor. Por esse motivo interpreta-se a norma e não a vontade do legislador.

O "dever ser" da norma não significa descrever uma condição para impor a sanção, mas assume o papel de deixar claro que o comando ou ordem está expresso na norma, que é desvinculada de qualquer vontade pessoal (KELSEN, 2000:51).

Carlos Cossio é outro partidário da tese segundo a qual a norma jurídica não se trata de um imperativo, mas sim de um juízo disjuntivo, em que a endonorma é a prestação devida e a perinorma significa a imposição da sanção. Em sua doutrina, tanto o lícito quanto o ilícito são descritos pela norma jurídica que, portanto, nada prescreve, mas apenas aponta situações possíveis no campo da fenomenologia (apud DINIZ, 2001:358).

A posição de Cossio pode ser tachada como reformulação da primeira fase do pensamento de Kelsen, mas com a vantagem de trazer o lícito

novamente para dentro do direito. Todavia, Cossio deu enorme ênfase ao modo como a norma jurídica se expressa e não à finalidade da linguagem, que, inegavelmente, é um comando, por isso sua doutrina não invalida a conclusão de que a norma é um imperativo.

Existem também os defensores da visão de ser a norma um juízo de valor, tese bastante seguida pelos juristas italianos, dentre os quais merece menção T. PERASSI, o qual parte da premissa de que a norma não é um comando, mas "cânones que valoram um comportamento do indivíduo na vida em sociedade" (apud GODOY, 2000:70).

A norma é entendida como valoração de certos fatos, que passam a ser jurídicos. O fato valorado pela norma é uma condição para o nascimento de uma obrigação, imposta para os componentes de uma sociedade e para o juiz

Acontece que, se a valoração do fato origina uma obrigação, tem-se um dever que somente é possível de ser exigido se se pensar na existência da norma como comando; logo, indiretamente há um reenvio à imperatividade.

O próprio PERASSI, indiretamente, admite que a norma jurídica tem caráter prescritivo: "As valorações do direito são dirigidas, em definitivo, a conformar o comportamento dos particulares em relação aos outros, a certas exigências de equilíbrio social" (apud GODOY, 2000:71).

A bem da verdade, os defensores da tese antiimperativista acabam por confundir a norma jurídica com sua formulação lógica, pois a primeira é sempre imperativa, enquanto a segunda pode ser formulada como juízo hipotético, disjuntivo, conjuntivo ou adversativo (DINIZ, 2001:363) ou mesmo de valor.

Para evitar confusão entre a norma e o enunciado normativo (formulação lógica), deve-se ter em mente que "un norma es, pues, el significado de um enunciado normativo" (ALEXY, 2002:51) e a lição de Eros Roberto Grau:

(...) embora as proposições jurídicas sejam *prescritivas* (deônticas) e não meramente *descritivas* (apofânticas), podem ser enunciadas ---- e isso ocorre com freqüência ---- sob revestimento verbal não prescritivo. Exemplifico com o que dispõe o art. 22, I, da Constituição de 1988: *compete privativamente à União legislar sobre direito civil*; o que está aí afirmado é que, se o Estado-membro, o Distrito Federal ou Município legislar sobre direito civil, estas legislações serão inválidas (ao passo que, se o fizer a União, a legislação será válida) (1998:109).

Em razão dessa constatação, julgamos correta a tese que vê a norma jurídica como imperativo, ou seja, como ordem ou comando de comportamento, ainda que seu revestimento verbal não obedeça a uma forma padrão (VILANOVA, 1997:95), donde se conclui que o primeiro atributo essencial da norma jurídica é a imperatividade, cujo estudo necessita ser mais detalhado.

1.3 A norma jurídica como imperativo ---- teorias

1.3.1 Origem

No direito romano já se tinha a noção de que a norma é um imperativo de comportamento, a ponto de Modestino (D. 1. 7, *De Legibus*, 1,3) ter assentado que "*legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire*" (A essência da lei é esta: ordenar, vetar, permitir, punir) (apud BOBBIO, 2003:106)

Também na Idade Média subsistiu o caráter imperativo do direito, pois os documentos utilizados pelos juristas medievais eram considerados verdadeiros dogmas, que não podiam ser discutidos, o que implicava sua obrigatoriedade.

A imperatividade do direito e, portanto, da norma jurídica seria reforçada no século XVII, por meio das obras de Francisco Suárez e Hugo Grocio.

O primeiro, no *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, deixou assentado que "la ley significa um imperativo moral hacia um determinado comportamiento". O segundo, no célebre *De Jure Belli ac Pacis*, defendia a imperatividade do direito natural, definido como "um dictado de la recta razón, que indica que algun acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad ou necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza" (apud VASCONCELOS, 2002:50).

Thomas Hobbes, na obra *Leviatã*, deixa patente que a lei não é conselho, mas ordem. Essa idéia da imperatividade foi incorporada ao direito pela Escola Analítica Inglesa, cujo principal expoente foi John Austin.

Entretanto, somente no século XIX, a imperatividade da norma jurídica seria desenvolvida como doutrina, mormente com Binding e Thon.

Karl Binding, em *Norma e sua infração*, datado de 1872, procedeu à uma distinção entre norma jurídica e lei, constituindo a primeira um conjunto de imperativos ao povo e a segunda um juízo hipotético dirigido ao juiz (apud VASCONCELOS, 2002:52).

O mérito de Binding foi perceber que norma e lei são conceitos distintos; contudo, ao posicionar a norma como um dado prévio à lei, acabou por situá-la em uma zona cinzenta, podendo-se dizer supralegal. Ademais, ao evocar as figuras da "lei" e do "juiz", pressupõe que a imperatividade da norma se liga ao Estado e à coatividade.

De forma que, embora a obra de Binding seja a pioneira em termos de analisar a norma como imperativo, não se pode dizer que era uma doutrina exclusivamente imperativista, mas sim imperativo-estatal e imperativo-coativa. Isso porque Binding entendia que o direito somente era produzido pelo Estado e, ainda, que a coação (entendida como sanção) é elemento essencial da norma, ao lado da imperatividade.

A formulação imperativista exclusiva coube a Augusto Thon, no *Norma jurídica e direito subjetivo*, de 1.878, no qual aduziu: "Todo o direito de uma sociedade não passa de um complexo de imperativos, os quais estão uns aos outros tão estreitamente ligados que a desobediência de um constitui freqüentemente o pressuposto do que é por outro comandado" (apud BOBBIO, 2003:107).

Não é difícil perceber que Augusto Thon entende que o direito não se resume à norma posta pelo Estado, tampouco depende da coação, haja vista que em sua definição menciona sociedade, em vez de Estado, e liga desobediência a outro comando, e não a uma sanção.

Acontece que no século XIX, consoante visto no item 1.1, grassou a positivação do direito, por meio da lei, esta última como expressão máxima da razão humana. Assim, nessa época, o direito reduziu-se à lei que era imposta pelo Estado; logo, a visão imperativista de Binding acabou por prevalecer sobre a de Thon.

A visão imperativa-estatal-coativa de Binding passou a ser combatida, dado que o direito não se resume a lei, porque outras fontes de produção de normas jurídicas existem fora do Estado. Também a sanção não pode ser considerada elemento essencial da norma visto ser uma consequência dela.

Destarte, para demonstrar o panorama dessas impugnações, faremos uma rápida incursão em algumas doutrinas imperativas da norma jurídica.

1.3.2 Imperativo independente ou impessoal

Para superar a visão de Binding, surgiu a teoria do imperativo independente de Karl Olivecrona, que, em 1.939, lançou a obra *O direito como fato*, sustentando que o comando é uma ordem, na qual se deve divisar o sujeito que manda, bem como aquele que obedece.

Ora, segundo Olivecrona, considerar a lei como um comando pressupõe entender que o Estado ordena enquanto o povo obedece; todavia, normas existem que não são produzidas pelo Estado, uma vez que o direito surge antes do Estado (v.g., os costumes).

Partindo dessas premissas, Olivecrona concluiu que não há como sustentar que a *norma (lei) é um comando*, porque não se consegue visualizar uma relação direta entre dois sujeitos; assim, a *norma é um imperativo*, porque não existe uma relação concreta de poder entre o emissor da ordem e o receptor.

Se a lei (norma) é um imperativo, e considerando que o imperativo induz, necessariamente, a idéia de ordem e, portanto, de comando, como é possível diferenciar comando e imperativo?

Olivecrona procurou solucionar a objeção aduzindo que comando implica sempre relação pessoal, enquanto a lei é imperativa, por ser uma ordem de comportamento que prescinde da relação pessoal, daí por que é um *imperativo independente* (apud VASCONCELOS, 2002:60).

Anos depois, Olivecrona retomou seu pensamento original, separando o comando (relação pessoal de ordem) e a lei, que foi definida como um

imperativo impessoal, pois prescindia da relação entre o sujeito que ordena e aquele que obedece.

O mérito de Olivecrona foi perceber que o Estado apenas por ficção pode ser considerado a única e exclusiva fonte do direito, mesmo porque este existia antes do Estado. Assim, a visão imperativa-estatal foi desmistificada.

Em compensação, a separação entre os vocábulos "comando" e "imperativo" é artificial porque ambos são sinônimos. Para comprovar essa assertiva, basta considerar que nem todo imperativo é impessoal, como pretende Olivecrona. A sentença do Poder Judiciário, embora norma oriunda do Estado, é um imperativo pessoal.

Registre-se, finalmente, que Olivecrona comungava, inteiramente, da opinião segundo a qual a norma é um imperativo-coativo, porque, em sua concepção, o direito é força, exercida mediante coação.

1.3.3 Imperativo-atributivo de Léon Petrasizky

No combate à teoria imperativo-estatal, temos, ainda, Léon Petrasizky, o qual parte do postulado de que o direito não é produzido exclusivamente pelo Estado, já que o direito é um fenômeno social e não estatal.

Para Petrasizky, o direito tem um fundamento de cunho emocional, surgindo dos sentimentos que unem as pessoas, as quais vivem em sociedade porque os fatos importantes são os mesmos para todos os componentes do grupo social.

Tais fatos trarão conseqüências que serão avaliadas pelos membros do grupo, que irão formar, isoladamente, seu juízo de aprovação ou

reprovação. Esses juízos elegerão as condutas consideradas boas, que devem ser praticadas porque proveitosas, ou más, que serão reprovadas.

Segundo Petrasizky, da comunhão emotiva entre os membros do grupo surgirão as normas, que, por isso, passam a ser imperativas. Como as normas morais e jurídicas gozam ambas de imperatividade, Petrasizky teve de diferenciá-las; contudo, não o fez com base no critério da coatividade, mas sim no da atributividade.

O direito é bilateral e a moral é unilateral; logo, há imperativos que impõem um dever e também uma pretensão correlata (direito), enquanto outros impõem apenas um dever (moral).

A norma jurídica caracteriza-se por ser um *imperativo atributivo*, porque a violação da ordem expressa na sua hipótese de incidência confere ao lesado a "faculdade de exigir do violador, por meio do poder competente, o cumprimento dela ou a reparação do mal sofrido" (cf. TELLES JR., 1966:424).

Petrasizky combateu a idéia da norma jurídica como imperativo-coativo, na medida em que afastou a idéia de ser a coação elemento essencial dela.

A principal crítica que se costuma dirigir à teoria de Léon Petrasizky é quanto à criação do direito porque este não pode ter por fundamento as emoções de cada membro da sociedade, pena de não se ter nenhum critério legítimo para exigir o cumprimento da norma que vier a ser violada (REALE, 1975:611).

Como não é objeto deste estudo a formação do direito, apenas se registra a crítica supracitada, com a qual concordamos inteiramente. Contudo, maior atenção deve ser dada à questão da atributividade, porque é um termo novo,

que revoluciona o conceito de norma jurídica, afastando a idéia de coação como seu elemento essencial.

1.3.4 Imperativo autorizante de Goffredo Telles Jr.

Goffredo Telles Jr. é partidário da norma como imperativo, mas se afasta da idéia da coação como seu elemento essencial. Para ele, coação é agir contra a vontade de alguém, e coatividade é a possibilidade de eventual coação, ou seja, é a coação em potência.

O termo "coação" ou "coatividade" enfatiza o aspecto do autor, isto é, daquele que irá pedir a imposição da sanção. A coerção, por seu turno, significa ser compelido a fazer alguma coisa contra a vontade, vale dizer, implica considerar-se o sujeito passivo; de conseguinte, a coercibilidade é a possibilidade de ser coagido.

Assim sendo, e em que pese exista enorme controvérsia quanto ao significado dos termos "coação", "coerção", "coatividade" e "coercibilidade", parece-nos que são idéias iguais (a utilização da força para a imposição do dever ser da norma), só que analisadas sob prismas distintos.

Após esses esclarecimentos iniciais, prossigamos no estudo da teoria de Goffredo Telles Jr. quando afirma que a coação é elemento contingente da norma jurídica, não necessário, já que o entendimento contrário levaria ao absurdo de não considerar direito aquela norma jurídica que fosse voluntariamente cumprida (TELLES JR., 1966:429).

Goffredo Telles Jr. entendia, tal qual Petrasizky, que a norma é um imperativo atributivo, porque concede ao lesado a faculdade de pleitear a

reparação do mal sofrido; logo, a coação não é um elemento essencial da norma jurídica.

Ocorre que, com *Direito quântico*, publicado em 1974, Goffredo Telles Jr. manteve-se fiel a idéia de que a norma é um imperativo e a coação não é da sua essência; porém, reformulou seu entendimento quanto à atributividade, porque a faculdade de reagir contra o violador da norma jurídica é ínsita à natureza humana, existindo antes da própria norma. Assim, o conceito de norma jurídica independe da atributividade.

A norma jurídica autoriza o lesado a exigir, com o apoio oficial da sociedade, o cumprimento da norma violada. De sorte que a norma jurídica é um *imperativo autorizante* (TELLES JR., 2004:262).

A norma jurídica é autorizante porque ela autoriza quem for lesado pela violação dela, ou quem for um provável lesado por previsível e iminente violação dela, a exercer, pelos meios legais, ou por práticas que a tradição consagrou, coação sobre o violador (violador efetivo ou provável), a fim de fazer cessar, ou de obstar a violação; ou de obter, do mesmo violador, reparação pelo dano que a infringência causou; ou de submetê-lo às penas da lei, no caso de crime (TELLES JR., 2003:274/275).

Considerada um imperativo autorizante, a norma jurídica condiciona a coação, que é a consequência maléfica a ser imposta pelo seu descumprimento; entretanto, não é da essência da norma a coação, porque o cumprimento espontâneo não implica possa o lesado exigir a sanção.

Goffredo Telles Jr. é partidário da opinião segundo a qual a sanção, embora não seja da essência da norma jurídica, é um mal, e, nesse aspecto, não difere dos adeptos da teoria da norma jurídica como imperativo-coativo, os quais admitem que a sanção é sempre um malefício.

Mas será a sanção sempre um mal? Como explicar a existência da sanção benéfica, admitida por alguns doutrinadores?

A resposta a essas perguntas, bem como a tomada de uma posição perante o intrincado problema, envolve a necessidade de estudar, de passagem, a teoria imperativo-coativa.

1.3.5 Imperativos-coativos de Kant e Kelsen

A idéia de que a coação é elemento essencial do direito não é nova. Já podia ser notada em Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, quando informava que a lei "tem força coativa". Também Tomás de Aquino, no século XIII, evocava a força coativa da lei. Igualmente Christian Thomasius, nos séculos XVII e XVIII, sustentava que a coatividade pertencia ao direito, sendo o critério utilizado para diferenciá-lo da moral, uma vez que o primeiro possuía uma sanção certa e determinada pelo Estado.

Immanuel Kant também considera a coação elemento essencial do direito porque

(...) sí un cierto uso de la libertad es él mismo un obstáculo al libertad según leyes generales ---- es decir, no conforme al Derecho ----, la coacción es un impedimento de un obstáculo a la libertad. O, lo que es lo mismo, la coacción es conforme al Derecho se halla unida en sí la facultad de ejercer coacción sobre aquél que le viola. Derecho y facultad de coacción significan, por tanto, una y la misma cosa (apud VASCONCELOS, 2002:71).

O gênio de Kant consistiu em perceber que a coação não é oposta ao direito, mas é parte deste, que se vale da força para garantir a liberdade das pessoas, a qual é a finalidade da ordem jurídica.

A concepção de Kant foi seguida, no século XIX, por Rudolf von Jhering que, na obra *A Finalidade do Direito*, de 1877, definiu o direito como: "o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e esta definição, a meu ver, atingiu perfeitamente o essencial. Os dois fatores que ela inclui são o da norma e o da realização através da coação" (apud GODOY, 2000:63).

A visão da coação como a essência do direito ainda persiste nos dias atuais, principalmente por causa de Hans Kelsen, que define o direito como a "técnica social específica de uma ordem coercitiva" (KELSEN, 2000:27), cujas normas devem estipular um ato coercitivo, ou seja, uma sanção.

Em que pese o prestígio dos partidários dessa doutrina, ao entender que a coação ou coatividade ou coerção ou coercibilidade é elemento essencial da norma jurídica, três argumentos básicos são lançados para derrubar mencionada tese.

Primeiro, se a norma é espontaneamente obedecida, a sanção seria uma exceção. Ora, não há como considerar como essência um elemento que é acidental. Se a norma vier a ser cumprida espontaneamente, não haverá aplicação de nenhuma sanção, e, mesmo assim, a norma continuará sendo considerada jurídica.

Kelsen rebateu este primeiro argumento, aduzindo ser a sanção o meio empregado pelo direito para fazer valer a imperatividade de suas normas, que somente podem ser consideradas jurídicas pela sanção. Caso contrário, se houvesse a adesão espontânea de todos ao cumprimento da norma, não haveria necessidade da existência do direito, ou seja, de normas jurídicas (KELSEN, 2000:40).

A asserção de Kelsen é lógica, mas apenas se a coação for sempre entendida como um mal, ou seja, uma retribuição pelo descumprimento da norma.

Entretanto, consoante será explicado, existem normas jurídicas que têm sanções premiais, principalmente no campo do direito tributário; logo, difícil sustentar que a sanção benéfica seja elemento essencial da ordem jurídica.

O segundo argumento contrário à coatividade como elemento essencial da norma jurídica é a existência de normas sem sanção, fato comum de ocorrer nos sistemas jurídicos estatais e também no âmbito do direito internacional público, que disciplina as relações entre os Estados soberanos.

Bobbio rebate essa objeção afirmando que normas jurídicas desprovidas de sanção existem por dois motivos: a) o legislador entende que tais normas, por serem justas e estarem de acordo com a consciência popular, terão adesão espontânea, e, portanto, a sanção é considerada "inútil"; b) a norma é dirigida a autoridade tão alta que a imposição de uma sanção seria "impossível". De qualquer sorte, tais normas poderão ser sancionadas por outras normas do ordenamento jurídico (BOBBIO, 2003:167).

Contudo, existem ordenamentos jurídicos que não tem sanção organizada. Neste caso, como resolver o problema de considerar a sanção elemento essencial da norma jurídica?

Uma vez mais, Bobbio procura responder a essa objeção, tendo como parâmetro o direito internacional público. Em sua ótica, aludido direito é provido de sanção, que pode ser organizada ou não organizada. No último caso, teríamos uma espécie de estado de natureza entre os Estados soberanos e a sanção seria a guerra. De qualquer maneira, existe a sanção como elemento essencial da norma jurídica; somente o que varia é a organização ou não desta (BOBBIO, 2003:172).

Não obstante o brilho da resposta, ousamos dela discordar, porque, se a sanção fosse elemento essencial da norma jurídica, toda e qualquer norma deveria contê-la, o que não ocorre, consoante reconhece Bobbio ao aduzir que há normas cuja sanção é "inútil" ou "impossível". Ora, o que é "inútil" ou "impossível" não pode ser considerado essência de um objeto.

De mais a mais, considerar a guerra uma espécie de sanção não organizada no direito internacional público, é estranho, dado que é possível declarar guerra entre os Estados sem que haja nenhuma norma jurídica violada, uma vez que a guerra se coaduna com a força bruta e a norma jurídica visa, efetivamente, domá-la.

O último argumento contra a coatividade da norma jurídica é a possibilidade de séries infinitas de sanção, já que a norma que estabelece a sanção somente é jurídica por causa de outra norma, também provida de sanção, e assim sucessivamente; logo, o sistema normativo nunca teria fim, ou, então, forçoso reconhecer que a primeira norma do sistema não teria outra norma que estabelecesse uma sanção para o seu descumprimento.

Kelsen responde a esta objeção asseverando que "uma regra é uma regra jurídica não porque sua eficácia é assegurada por outra regra que prevê uma sanção: uma regra é uma regra jurídica porque ela prevê uma sanção". (KELSEN, 2000:41). Daí por que a norma hipotética fundamental não é uma norma posta, mas sim pressuposta, uma vez que pensada e desprovida de sanção.

Bobbio vai mais longe e admite que existem normas superiores do ordenamento jurídico que não seriam providas de sanção porque "representam aquele mínimo de consenso sem o qual nenhum Estado poderia sobreviver" (BOBBIO, 2003:176); portanto, a sanção aqui seria "impossível" ou "inútil".

Aqui os partidários da tese imperativo-coativa não conseguiram responder a constatação de que há normas imperativas desprovidas de coatividade e, portanto, sem uma sanção.

Kelsen procurou justificar seu posicionamento por meio da norma hipotética fundamental, que seria pressuposta e não posta. Contudo, como uma norma pressuposta pode ser fundamento de validade de outra norma, na medida em que essa norma pressuposta não prevê sanção para o eventual descumprimento da norma posta?

A aparente contradição foi superada pela criação especulativa desse mesmo autor, o qual partiu da norma hipotética fundamental como ente ideal para dar início ao sistema normativo em termos de puro raciocínio lógico dedutivo, sem se preocupar com o conteúdo dessa norma.

Mas a despeito de toda a sua criatividade, fato é que o direito não pode ser considerado um conjunto de normas coativas, porque a primeira norma do sistema, caso descumprida, ficará sem punição, porque não está prevista a existência de uma autoridade superior para impor sanção pelo seu eventual descumprimento.

Um exemplo irá melhor ilustrar o raciocínio: imagine-se que uma cláusula da Constituição seja modificada por proposta de iniciativa de um único deputado, com aprovação do Legislativo, e o Judiciário tenha essa mudança como válida. Nessa situação, qual sanção será cabível para os titulares desses poderes? Quem irá aplicar tal sanção?

No atual estágio do direito, não existe uma autoridade superior para aplicar uma punição pelo descumprimento da norma jurídica constitucional, mesmo assim a Constituição Federal continuará a existir e a mudança, embora

inconstitucional, passará a fazer parte de seu texto. Isso demonstra a possibilidade de existir norma jurídica sem sanção.

Não se desconhece que o citado problema é facilmente solucionado pela doutrina de Kelsen, a qual sustentaria que houve uma revolução e, portanto, a institucionalização de uma nova ordem jurídica.

Mas, caso a mudança tenha sido de um único dispositivo considerado de baixo cunho axiológico dentro da Carta Magna, como, por exemplo, a modificação do prazo estabelecido no § 2º do artigo 217 da Constituição Federal, será que mesmo assim se teria uma revolução em termos jurídicos, passando a Constituição a deixar de valer? Parece que não, daí por que o exemplo é válido para comprovar a possibilidade de existência de norma jurídica de escalão superior desprovida de sanção.

Bobbio, tendo em vista o exemplo anterior, admitiu a existência de normas de maior hierarquia sem sanção; justificou essa ocorrência porque desnecessária a sanção por causa do "mínimo de consenso". Implicitamente, reconheceu existirem normas jurídicas despidas de sanção.

De qualquer sorte, se é possível falar em norma jurídica sem sanção, pouco importando a razão de sua ausência, mostra-se evidente que a sanção não constitui seu elemento essencial, e, portanto, a coação não pode ser o critério diferenciador dela.

Por questões de rigor terminológico, deixa-se claro que, enquanto a coação é o uso da força a serviço do direito, a sanção jurídica é a consequência estabelecida pelo direito para fazer cumprir seus imperativos. A coação é, pois, o monopólio da força por parte do Estado, enquanto a sanção é a técnica de que se vale o próprio Estado para fazer cumprir a norma jurídica.

Tais técnicas podem ser intimidativas, ou seja, podem impor pena ou malefício, mas também benéficas, no sentido de conceder incentivos ou vantagens, daí por que ao lado das sanções penais, temos as sanções premiaias (REALE, 2003:76).

Ora, se as sanções premiaias existem na ordem jurídica, temos mais uma razão para afastar a coatividade como elemento essencial da norma jurídica.

Assim sendo, a razão está com Goffredo Telles Jr. ao dizer que a norma jurídica é um imperativo autorizante; todavia, ressaltamos que, o termo "autorizante" significa a possibilidade de exigir a consequência estabelecida pela norma, pouco importa seja tal consequência benéfica, maléfica ou a nulidade do ato. O importante não é o tipo de sanção que poderá ser imposta, mas sim a autorização para exigir o cumprimento pleno da norma.

Isso significa que aquele que cumpre a norma também está autorizado a exigir a consequência por ela estabelecida, inclusive no que tange às sanções premiaias (*v.g.*, o pagamento do tributo adiantado gera, como consequência, o desconto em seu valor, o que pode ser exigido por aquele que cumprir referida norma).

1.3.6 Conclusão

Diante das várias teorias acima apontadas, chega-se à conclusão de que a sanção, embora seja elemento bastante útil à norma jurídica, não constitui seu elemento essencial, mas sim contingente.

Por seu turno, a norma jurídica, muito embora possa ter vários enunciados, encerra sempre uma finalidade de comando ou de ordem, e por isso a imperatividade é seu elemento essencial.

A imperatividade ou comando pertence à norma, e não à vontade do sujeito que a emite; portanto, a norma é um comando impessoal, ou, se se preferir, “despsicologizado”, para usar um termo cunhado por Kelsen.

Entretanto, a imperatividade despsicologizada não é suficiente, por si só, para diferenciar a norma jurídica das demais normas sociais. Mister encontrar um novo elemento essencial da norma jurídica que a especifique.

Esse novo elemento é o *autorizamento*, a significar que a norma jurídica permite o uso legítimo do poder de coação a um sujeito de direito. O autorizamento é a permissão de usar licitamente o poder de coagir que existe previamente ao direito.

Também deve ficar claro que o autorizamento não é sinônimo de atributividade, a qual é descrita como a concessão do poder de coação. A norma jurídica não concede poder algum, pois este existe antes dela, ou seja, o poder de reação é próprio da índole humana. O que a norma jurídica realmente faz é autorizar o exercício legítimo desse poder.

Postas tais premissas, podemos conceituar a *norma jurídica como um imperativo despsicologizado autorizante*.

Esse conceito formal da norma jurídica pode levar a um sistema jurídico incolor, inodoro e insípido, que não atende aos anseios da sociedade, que pode até obedecê-lo, mas não reconhece nenhuma legitimidade em seu conteúdo.

A norma vazia de qualquer conteúdo axiológico é o mesmo que um homem destituído de sonhos e objetivos. Ambos existem e podem até realizar suas funções, mas não têm vida; amesquinham a alma e, pode-se dizer, viraram verdadeiros zumbis.

O resgate da vitalidade do direito por meio da norma jurídica foi realizado pelos princípios jurídicos, os quais, permeados de sentido axiológico, buscam otimizar os valores que o povo almeja sejam implementados, visando a que os seres humanos voltem a sonhar, para alcançar seus objetivos, mas com a certeza de que o direito garantir-lhes-á os valores básicos, tanto no aspecto individual quanto no social.

Encontrado um conceito de norma jurídica, passemos, sem mais delongas, ao estudo dos princípios jurídicos, que Paulo Bonavides considera o coração das hodiernas constituições ocidentais, notadamente da brasileira.

2 Os princípios como espécie do gênero norma

2.1 Significados da palavra "princípio"

Considerando os limites do presente estudo, buscaremos a origem e o significado do vocábulo "princípio", que, consoante será visto, é polissêmico, assumindo diferentes sentidos de acordo com o enfoque do intérprete.

A palavra "princípio" deriva do latim *principium*, que encerrava a noção de começo, início ou origem. Transposto para a filosofia, o vocábulo passou a ser utilizado como o fundamento do raciocínio ou a premissa maior de um silogismo (CARRAZZA, 1993:25)

Por outro lado, Paulo Bonavides, citando Luis Díez Picazo, sustenta ser o princípio uma noção que deriva da geometria, significando as "verdades primeiras" (apud BONAVIDES, 2003:255).

O vocábulo princípio também pode expressar o sentido de valores. Nesse caso, o aspecto moral da palavra é levado em consideração (e.g., "trata-se de um homem de princípio").

Igualmente, princípio pode ser utilizado como a propriedade fundamental de uma coisa (v.g., o princípio ativo de determinado remédio).

Outrossim, "princípio" tem a conotação de preceito, regra ou lei. Agora se enfatiza uma consequência lógica possível, de acordo com a experiência vivenciada pelos vários ramos da ciência, quer seja natural, quer moral.

Tem-se, assim, na Física, o princípio que o calor dilata os corpos; na Química, o princípio segundo o qual dois corpos não ocupam o mesmo lugar no espaço ao mesmo tempo; em Economia, o princípio da oferta e da procura e, em Direito, o princípio pelo qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza.

Por último, "princípio" é uma palavra que pode ser empregada com a idéia de finalidade, objetivo, propósito ou meta (CARRIÓ, 1990:210).

Aurélio Buarque de Holanda fornece praticamente os mesmos significados acima expostos da palavra "princípio":

Princípio. [do latim *principiu*]. S.m. **1.** Momento, local ou trecho em que algo tem origem; começo; *o princípio de um incêndio; o princípio da estrada já está pavimentado.* **2.** Causa primária. **3.** Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. **4.** Preceito, regra, lei. **5.** *P. ext.* Base, germe: *O garoto tem em si o princípio da rebeldia.* **6.** *Filos.* Fonte ou causa de uma ação. **7.** *Filos.* Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. [São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas, etc. Cf. *princípio*, do verbo *principiar*] (1981:1138).

Nicola Abbagnano alude a dois sentidos básicos da palavra princípio, ou seja:

(...) ponto de partida e fundamento de um processo qualquer. Os significados "ponto de partida" e "fundamento" ou "causa" estão estreitamente ligados na noção desse termo, que foi introduzido na Filosofia por Anaximandro; a ele recorria Platão com frequência, no sentido de *causa do movimento* ou de *fundamento de demonstração*. Aristóteles foi o primeiro a enumerar completamente seus significados. Tais significados são os seguintes: 1º ponto de partida de um movimento, p. ex., de uma linha ou de um caminho; 2º o *melhor* ponto de partida de um movimento, p. ex., o que facilita aprender uma coisa; 3º ponto de partida efetivo de uma produção, como p. ex. a quilha de um navio ou os alicerces de uma casa; 4º causa externa de um processo ou de um movimento, como p. ex. um insulto que provoca briga; 5º o que, com a sua decisão, determina movimentos ou mudanças, como, p. ex. o governo ou as magistraturas de uma cidade; 6º aquilo de que parte um processo de conhecimento, como p. ex., as premissas de uma demonstração. Aristóteles acrescenta a esta lista: "Causa também tem os mesmos significados, pois todas as causas são princípios. O que todos os significados têm em comum é que, em todos, P. é ponto de partida do ser, do devir ou do conhecer (2003:792).

Em suma e para fins de sistematização do estudo, pode-se agrupar o conceito de princípio em duas vertentes: as vulgares (comuns) e as cultas (científicas).

Princípio, empregado na forma vulgar, tem a idéia de começo e é antônimo de encerramento, fim, término. Em sentido culto ou científico, o citado vocábulo encerra a idéia de fundamento ou base do ser ou da razão (CRETELLA NETO, 2002:03).

Por uma questão epistemológica, abordaremos a palavra "princípio" em seu aspecto culto ou científico, que podemos definir, em termos de lógica, como a proposição primeira que serve de fundamento para o conhecimento de determinado objeto.

Ocorre que as ciências, naturais ou sociais, têm por fundamento não apenas um princípio, mas sim vários princípios, daí por que Aurélio Buarque de Holanda diferencia o signo "princípio" de *princípios*, já que os últimos podem ter os seguintes significados:

1. Rudimentos. 2. Primeira época da vida. 3. *Bibliogr.* V. *folhas preliminares*.
4. *Filos.* Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado (1981:1139).

Miguel Reale também adota a idéia filosófica de que "princípios"

(...) são *verdades fundantes* de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis* (2003:302).

O direito é uma ciência social, existindo vários fundamentos para explicá-lo e compreendê-lo, daí por que iremos empregar, neste trabalho, o vocábulo "princípios".

Os princípios podem ser classificados com base em diversos critérios. Entretanto, para fins metodológicos, utilizaremos o da abrangência, que implica dividir os princípios em: I) onivalentes; II) plurivalentes e III) monovalentes.

Onivalentes, também chamados universais, são proposições de caráter geral válidas para todas as formas de saber (e.g., princípio da não-contradição, da razão suficiente, do terceiro excluído e da identidade).

Plurivalentes ou regionais são proposições válidas para determinados campos do conhecimento ou para determinado grupo de ciências (v.g., princípio da causalidade).

Monovalentes são proposições restritas a um único campo do conhecimento ou válidas no âmbito de uma ciência (e.g., princípios gerais de direito) (REALE, 2003:304).

Assim, a idéia de princípio penetra no mundo jurídico através dos princípios gerais de direito, que são princípios monovalentes da ciência jurídica, utilizados para preencher eventuais lacunas do direito positivado pelo Estado (MENDONÇA, 2002:115).

Contudo, será que os princípios jurídicos se reduzem aos princípios gerais de direito? Seriam os princípios jurídicos sinônimos de princípios gerais de direito? Impõe-se um aprofundamento do assunto.

2.2 Princípios gerais de direito

A idéia dos princípios gerais de direito está intimamente ligada às lacunas da lei, porque no século XIX, consoante descrição do item 2.1, o direito e a lei eram sinônimos. Assim, todo o direito se resumia às leis, as quais eram emanadas do Poder Legislativo.

Entretanto, não se tardou a perceber que a lei era insuficiente para fazer frente aos inúmeros problemas que surgiam na sociedade, principalmente pela Revolução Industrial e pelo aumento das demandas sociais. Muitas vezes, as leis não tinham solução para determinada lide e os juízes eram obrigados a utilizar critérios extralegais para o julgamento da causa.

Embora a idéia de um direito fora da lei não fosse nova, tendo em conta que na Grécia, ao lado da lei escrita, havia também leis não escritas (*agrafos nomos*) derivadas da natureza e das convenções morais e religiosas, e que na Idade Média se admitia a idéia de um direito natural (DÍEZ PICAZO, 1973:202), fato é que, com o advento dos séculos XVIII e XIX, mormente por influência do Iluminismo, a lei, produto da razão humana, passou a ser a única fonte do direito.

A idéia reducionista do direito à lei emanada pelo Estado fez com que o Código Civil francês não previsse nenhuma fonte supletiva em caso de lacuna, impedindo os juízes de usar critérios extralegais no julgamento, o que impossibilitava ao Poder Judiciário atualizar o direito de acordo com os problemas que surgiam na sociedade.

A idéia dos princípios gerais de direito, como fonte para sanar eventual lacuna da lei apareceu em 1811, no Código Civil da Áustria, que, numa tradução livre do espanhol, assim rezava:

Se não se puder decidir a questão jurídica conforme as palavras e tampouco segundo o sentido natural de uma lei, tentar-se-á encontrar o que a lei determina em casos análogos, e, se ainda duvidosa a questão, decidir-se-á de acordo com as circunstâncias cuidadosamente comprovadas e moderadamente sopesadas, **segundo os princípios jurídicos gerais** (grifos nossos).

Posteriormente, o Código Civil da Itália de 1865, no seu artigo 13, também numa tradução livre do italiano, prescrevia:

Se uma controvérsia não se puder decidir mediante uma determinada disposição legal, recorrer-se-á às disposições que regulam casos semelhantes e matérias análogas e se o caso for ainda duvidoso, decidir-se-á conforme os **princípios gerais de direito** (grifos nossos).

A partir de então, os demais Códigos Civis passaram a adotar os princípios gerais de direito como fonte supletiva da lei, quando esta fosse omissa.

O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro é expresso nesse aspecto: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os **princípios gerais de direito**" (grifos nossos).

Também o Tribunal Internacional de Justiça assinalou os fundamentos jurídicos que adotaria em suas decisões, enumerando, no artigo 38 do seu Estatuto, os seguintes:

1. Os convênios internacionais, tanto gerais quanto especiais; 2. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como Direito; 3. Os **princípios gerais de direito** reconhecidos pelas nações civilizadas (grifos nossos).

Não obstante, o que se entende por princípios gerais de direito é questão bastante controvertida, podendo-se apontar, sem a pretensão de esgotamento do tema, quatro correntes principais de pensamento.

A primeira delas entende que os princípios gerais de direito correspondem ou se identificam com as normas do direito natural, as quais são superiores às do direito positivo e, portanto, precisam ser reveladas.

Os jusnaturalistas têm concepções diversas sobre o direito natural, a gerar três modos diferentes de revelação dos princípios gerais de direito.

O primeiro, chamado de "razão natural" e cujo expoente é Giorgio del Vecchio, sustenta que os princípios gerais de direito são dogmas obtidos pela razão e dela derivados. O segundo, denominado "natureza das coisas", tendo como defensor Legaz y Lacambra, prega que os princípios gerais de direito são imanentes às relações da vida social, ou seja, postulados para a manutenção do equilíbrio da ordem jurídica. O terceiro, intitulado "verdades", pugna que os princípios gerais de direito são derivados da lei divina e, portanto, verdades plantadas por Deus no coração dos homens (DÍEZ PICAZO, 1973:205).

Não concordamos com os jusnaturalistas, porque os princípios gerais de direito fazem parte do direito posto, e o direito natural não. De sorte que não há como os equiparar. De mais a mais, o direito natural não esgota o conteúdo dos princípios gerais de direito, que podem ser formados pela ideologia ou tradição de determinado povo.

A segunda corrente defende que os princípios gerais de direito são normas inspiradas no sentimento de equidade. Partidários dessa corrente seriam Maggiore, Osilia, Giorgi, Borsari, Tripicion, Scialoja (DINIZ, 2001:458).

Afastamo-nos desse entendimento porque a equidade visa a conferir concretude ao princípio da igualdade, que, por óbvio, não esgota todos os princípios gerais de direito.

Uma terceira corrente considera os princípios gerais de direito princípios universais, ditados pela ciência e pela filosofia, aos quais se chega mediante induções ou generalizações. Não se trata de princípios do direito nacional, mas dos elementos que fundamentam a cultura jurídica humana, sendo adeptos deste entendimento Clóvis Bevilácqua, Bianchi e Pachioni (RÁO, 1997:273).

O equívoco dessa corrente é confundir os princípios gerais de direito, que visam suprimir eventual lacuna da lei, com princípios teóricos da ciência do direito, que são formulados no âmbito da teoria geral do direito.

Finalmente, temos a quarta e última corrente, chamada positivista, a qual entende que os princípios gerais de direito são normas do sistema legal positivado por determinado Estado.

Aqui também reina enorme controvérsia entre os seus adeptos, uma vez que alguns, entre eles Savigny, sustentam que os princípios são as idéias fundamentais, inspiradoras das normas jurídicas, enquanto outros, dentre eles Esser, asseveram que tais princípios são normas extraídas do próprio sistema, mercê do processo de decantação e abstração das várias leis que compõem o ordenamento jurídico de dado Estado soberano.

Essas duas formas positivistas de analisar os princípios gerais de direito acabam sendo antagônicas, porque, adotando Savigny, o fundamento de uma norma significa descobrir o valor por ela tutelado, o que seria objeto da ciência do direito; portanto, os citados princípios seriam proposições descritivas. Em contrapartida, Esser entende que encontrar uma nova norma implícita dentro do sistema significa reconhecer a sua imperatividade e, por conseguinte, autorização para que seja exigida; logo, os princípios seriam proposições imperativas.

Há autores a sustentar que os princípios jurídicos constitucionais "outra coisa não representam senão os princípios gerais de Direito, ao

darem estes o passo decisivo de sua peregrinação normativa que, inaugurada nos Códigos, acaba nas Constituições" (BONAVIES, 2003:291).

Aliás, em termos históricos, os princípios gerais de direito foram inseridos no artigo 113, n. 37, da Constituição brasileira, de 1934, que prescrevia:

Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso deverá decidir por analogia, pelos **princípios gerais de Direito** ou por equidade (grifos nossos).

Não obstante se reconheça que vários princípios gerais de direito foram convertidos em princípios jurídicos constitucionais, forçoso admitir que há diferença entre eles.

Os princípios gerais de direito fazem parte da linguagem da ciência do direito, ou seja, são proposições descritivas. Já os princípios jurídicos, entendidos como normas, são prescrições (comandos) de comportamento que usam a linguagem do direito (GRAU, 1998:77).

Ressalte-se, por oportuno, que entender os princípios gerais de direito como pertencentes à proposição descritiva não significará encará-los como princípios universais, ditados pela ciência e pela filosofia, pois isso seria um retorno à visão de Beviláqua, que acima foi criticada.

O enfoque é bem diverso, ou seja, trata-se de princípios de determinado sistema legal e, assim, não têm caráter universal. O "princípio geral de direito é princípio ainda não 'positivado', mas que pode ser formulado ou (re)formulado pela jurisprudência" (GRAU, 1998:77).

A confusão que se estabelece entre princípios jurídicos e princípios gerais de direito ocorre porque os primeiros derivam dos últimos; todavia,

assim como o filho, por mais parecido que seja, é distinto do pai, não há por que misturar os dois termos.

Os princípios gerais de direito são proposições jurídicas formuladas pela ciência do direito, tendo em vista determinado sistema normativo. Em compensação, os princípios jurídicos são normas impostas por autoridades legitimamente constituídas dentro do Estado.

A distinção acima foi cunhada nos ensinamentos de Eros Roberto Grau, que se valeu das posições de Antoine Jeammaud e Jerzy Wróblewski:

Se tomarmos da classificação proposta por Wróblewski, teremos que os princípios positivos que constituem regras jurídicas correspondem aos princípios positivos do direito; trata-se de normas explicitamente formuladas no texto do direito positivo. Já entre os princípios gerais do direito encontraremos os princípios explícitos do direito, os princípios extra-sistêmicos do direito, os princípios nominais do direito e os princípios-construção do direito (1998:78).

Em síntese e sem a pretensão de qualquer inovação, os princípios jurídicos são normas positivadas expressamente pelo Estado, enquanto os princípios gerais de direito são proposições descritivas da ciência jurídica que podem servir de fundamento para a decisão em um caso concreto, como uma norma posta pelo juiz.

2.3 Princípios jurídicos ----- significados

Os princípios jurídicos, como categoria autônoma específica da dogmática jurídica, são uma descoberta relativamente recente. Por isso, o emprego deste termo continua problemático, a ponto de Genario R. Carrió (1990:210-212) ter elencado dez significados possíveis de seu uso:

1. traços importantes de uma ordem jurídica (princípio da separação dos Poderes);
2. generalizações ilustrativas obtidas a partir do estudo de regras do sistema jurídico (princípio da boa-fé nos negócios jurídicos);
3. como referência à *ratio legis* ou *mens legis* de uma norma específica ou conjunto de normas. Sublinha-se, aqui, a finalidade da norma;
4. designação de um conteúdo intrínseco manifestamente justo;
5. identificação de certos requisitos formais que todo ordenamento jurídico deve satisfazer (princípio da proibição da escravidão);
6. indicações a serem seguidas pelo legislador;
7. certos juízos valorativos que expressam a consciência jurídica popular porque são reconhecidos como exigências básicas de justiça;
8. máximas que provêm da tradição jurídica;
9. fonte geradora do direito (influência da Escola Histórica do Direito);
10. enunciados que derivam da essência de conceitos jurídicos (influência da jurisprudência de conceitos).

Analisando os vários empregos da expressão "princípio jurídico" pode-se agrupá-los em três sentidos, a saber: a) como conjunto de conceitos de um sistema legal; b) como conjunto de proposições jurídicas construídas com base em uma ordem jurídica concreta e c) como espécie de norma jurídica.

Interessa-nos o último sentido, ou seja, a espécie princípio jurídico como parte do gênero norma jurídica, sendo certo que Ricardo Guastini, estudando o discurso jurídico da jurisprudência e de renomados juristas, indicou seis acepções em que a expressão "princípio jurídico" denota a idéia de norma: a) norma provida de alto grau de generalidade; b) conjunto de normas providas de elevado grau de indeterminação e que, por isso, requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não poderiam ser aplicadas a casos concretos; c) normas de caráter programático; d) normas cuja posição na hierarquia das fontes do direito é bastante elevada; e) normas que desempenham uma função importante e fundamental no sistema jurídico, unitariamente considerado, e f) normas dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja função específica é fazer a escolha dos dispositivos ou normas aplicáveis aos diversos casos (apud BONAVIDES, 2003:257-258).

Essa evolução do princípio jurídico, como elemento componente do repertório do sistema jurídico, não se operou da noite para o dia; foi uma lenta conquista da doutrina, que precisa ser percorrida, embora brevemente, para que se entenda a diferença entre os termos "norma" (gênero) e "princípios" e "regras" (espécies). Isto porque, ainda hoje, autores contrapõem a idéia de princípio a de norma, considerando o primeiro mais importante.

2.4 Evolução doutrinária do princípio jurídico como norma

O objetivo deste tópico do trabalho não é fazer uma resenha de todos os autores e obras que analisaram a normatividade do princípio jurídico e sim indicar aqueles que mais contribuíram, em nossa ótica, para desenvolver o tema.

Frise-se, por oportuno, que não é nosso intento tecer comentários críticos às lições transcritas, mas apenas procurar expô-las de forma objetiva, porque a normatividade do princípio jurídico não é plenamente admitida na doutrina.

Iniciaremos nossa exposição pela doutrina alienígena e, após, percorreremos a nacional.

2.4.1 Doutrina estrangeira

Costuma-se apontar Jean Boulanger, professor da Faculdade de Direito de Lille, como o primeiro doutrinador que estudou a positividade dos princípios.

Segundo Boulanger, tanto o princípio quanto a norma são dotados de generalidade; no entanto, a norma disciplina tão-somente os atos ou fatos elencados em seu enunciado, enquanto o princípio comporta uma série indefinida de aplicações, isto é, pode subsumir atos ou fatos variados porque fornece uma série de soluções. Além disso, enquanto o enunciado da norma é escrito, o enunciado do princípio não o é, consistindo na manifestação do espírito da legislação (apud GRAU, 1998:94-95).

A seu turno, Josef Esser reconheceu a força normativa do princípio, que, embora não tenha um enunciado escrito, é uma diretriz para justificar determinada decisão judicial.

Os princípios se normatizam "en la medida en que han sido encarnados en una institución, por un acto constitutivo del poder legislativo, de la jurisprudencia o de la vida jurídica" (ESSER, 1961:169).

Nesse rumo de idéias, o princípio se concretiza por meio de um intérprete, porque é vago e indeterminado. Por isso "son *guides* para las 'autoridades jurídicas', que gracias a ellas crean derecho" (ESSER, 1961:172).

Em resumo, Josef Esser entendia que o princípio era descoberto dentro do sistema normativo, servindo de direção para a decisão judicial ou a feitura de leis para situações não contempladas nas normas positivadas pelo Estado.

Não se deve olvidar, porém, que os autores até aqui expostos acabam por contrapor a idéia de norma e princípio como entes distintos que integravam o sistema jurídico positivo do Estado. O princípio era tido e considerado mais importante que a norma, uma vez que o primeiro servia de fundamento para dar coerência ao sistema.

Vezió Crisafulli contestou a visão de princípio como diretriz normativa a ser utilizada na decisão do juiz, pena de este último se converter em legislador. Consoante a sua visão, o juiz não cria a norma, mas a aplica ao caso em julgamento; logo, o princípio é uma norma que já está positivada dentro do sistema, quer de forma implícita, quer explícita, servindo de fundamento para outras normas.

Estas as palavras de Crisafulli para definir princípio:

(...) toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (apud BONAVIDES, 2003:273).

Não é necessário maior malabarismo mental para concluir que Vezió Crisafulli entende ser o princípio uma norma jurídica dotada de imperatividade e, portanto, vinculante, não sendo uma simples diretriz ao Poder Judiciário.

A partir daí o princípio passou a ser considerado uma norma e, portanto, um elemento componente do sistema jurídico, com a elevada função de representar o norte para o desenvolvimento das demais normas jurídicas e, ainda, servir de critério de interpretação para harmonizar o sistema, que é permeado de valores.

Reconhecida a normatividade dos princípios, coube a Ronald Dworkin a tarefa de melhor aclarar os conceitos de norma jurídica, princípio e regra, consoante passamos a demonstrar.

Parte o aludido Mestre de Oxford da premissa de que o conceito de sistema jurídico, significando a ordenação de normas jurídicas de um mesmo tipo, não correspondia à realidade vivenciada nos Tribunais.

Este modelo de sistema jurídico, seguido por Hart (2001:325), deve ser considerado insatisfatório e ultrapassado, na visão de Dworkin. Isso porque o sistema normativo proposto por Hart é baseado na validade das normas, o que significa, noutras palavras, que, se uma norma foi posta por autoridade competente, é válida e, portanto, deve ser aplicada ao caso concreto de acordo com o enunciado expresso nela.

Sucedem, porém, que existem inúmeras situações em que não há normas claras e específicas para solução do problema, e dentro do sistema jurídico se abrem várias possibilidades para decidir a questão, devendo o juiz buscar a solução mais correta também de acordo com as normas jurídicas (DWORKIN, 2002:127).

Em várias decisões, os tribunais não se valem de uma regra jurídica específica para decidir a causa, mas se fulcram em normas que têm a

peculiaridade de não conter em seu enunciado a descrição fática específica de determinado ato ou fato. Diante da constatação acima explicitada, fácil perceber que o sistema normativo é composto por espécies de normas e não por um único tipo.

Dworkin sustenta, com fulcro no raciocínio acima resumido, que o sistema jurídico de um Estado é composto por regras e princípios, sendo ambos espécies de norma jurídica. Agora não há mais uma dicotomia entre princípio e norma, mas uma relação entre gênero (norma) e as espécies (regras e princípios).

Na seqüência de sua lição, assevera que os princípios não impõem comportamentos específicos como as regras; eles apenas estabelecem metas (*policy*) a serem alcançadas ou padrões gerais de comportamento (*standarts*). Entende, igualmente, que as regras seguem o sistema do "tudo ou nada", a significar que, se o fato ou ato específico descrito no enunciado da norma foi realizado no mundo fenomênico, aplica-se a regra (tudo); caso contrário não (nada). Já os princípios, por constituírem padrões de comportamento ou metas a serem atingidas, fornecem uma razão para a decisão; logo, o princípio se aplica de acordo com o critério do valor, ou peso, ou importância (DWORKIN, 2002:39-43).

Finalmente, diz ainda sua doutrina que o conflito entre duas regras opostas é uma falsa antinomia, que será solucionada pelo próprio sistema, que excluirá uma delas por meio de variados critérios, tais como: a) a norma posterior revoga a anterior (cronológico); b) a norma especial afasta a geral (especialidade); e c) a norma de maior hierarquia prevalece sobre a de menor (hierárquico). Em contrapartida, havendo colisão de princípios, nenhum deles é excluído do sistema; somente se prefere um deles pela maior importância revelada para a solução que se apresente a mais justa possível.

O grande mérito de Ronald Dworkin foi perceber que o sistema normativo é composto por regras e princípios, e os últimos têm um peso ou

importância ímpar dentro dele, porque exprimem uma alta carga valorativa se comparados às regras.

Robert Alexy, outro grande teórico que se debruçou sobre o assunto, concorda com o posicionamento de Dworkin no que tange ao fato de o sistema normativo ser composto por regras e princípios. Também entende, tal qual Dworkin, que existem diferenças entre princípios e regras; contudo, Alexy discorda dos critérios de diferenciação propostos por Dworkin porque os entende simples ou formais e não materiais (ALEXY, 2002:99).

Na visão de Dworkin, segundo Alexy, o caso de conflito entre princípios resolve-se mediante a dimensão do peso ou da importância dos princípios dentro do sistema jurídico. Isso equivale a dizer que a dimensão do peso é um atributo abstrato dos princípios em conflito, impondo ao julgador a escolha do princípio que tenha maior dimensão.

O aludido raciocínio, conforme Alexy, não é correto, porque a prevalência de um princípio sobre o outro é o resultado de um juízo valorativo do julgador, que, empiricamente, opta pelo princípio entendido mais adequado para uma justa solução da lide que lhe é apresentada.

Seguindo nesse rumo de idéias, Alexy sustenta que, enquanto a regra é uma determinação específica, o princípio é um mandamento de otimização, o qual busca a realização de valores a serem cumpridos nos mais diversos graus, dependendo, por óbvio, das possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, a diferença entre regra e princípio centra-se na determinabilidade do resultado a ser alcançado (ALEXY, 2002:86).

A regra impõe um resultado determinado (específico), enquanto o princípio prescreve um objetivo a ser atingido, ou seja, um resultado cujo alcance pode variar por múltiplos fatores (sociais, econômicos, políticos, jurídicos).

Incumbe ao juiz, na colisão entre princípios, realizar uma ponderação axiológica, procurando descobrir o princípio que naquele momento é o melhor a ser aplicado; daí por que somente de forma imprópria é possível falar em antinomia entre princípios, já que a aplicação de um deles ao caso concreto não exclui o outro, que poderá vir a ser utilizado em situação diversa.

A diferença entre as concepções de Dworkin e Alexy no que tange à caracterização do princípio tem grande efeito prático, qual seja, o prognóstico do resultado do julgamento de um caso concreto, quando houver colisão de princípios.

Para Dworkin haverá apenas uma decisão correta, porque o juiz deverá aplicar sempre o princípio de maior peso ou importância, que será revelado pela análise do sistema jurídico, uma vez que o peso é um atributo intrínseco de todo e qualquer princípio.

A seu turno, Alexy entende que se abre a possibilidade de haver decisões conflitantes entre os vários juizes, porque existem princípios que têm o mesmo peso ou importância, e, dessa maneira, a escolha de um deles ficará a critério da valoração do juiz no caso concreto. Nesta hipótese, o Poder Judiciário procurará aplicar o princípio que tenha maior otimização.

2.4.2 Doutrina Nacional

Diga-se, desde logo, que não se esgotarão os autores nacionais que trataram do tema princípios jurídicos, porque seria uma pretensão descabida, além do perigo de ser injusto por ser a lista certamente incompleta.

A bem da verdade, daremos ênfase a autores que analisaram o tema à luz do direito constitucional, entendendo que o princípio é uma espécie de norma.

Não se desconhece que nos outros ramos do direito, tais como o civil e o administrativo, o tema princípios jurídicos já vem sendo estudado há muito tempo; entretanto, o enfoque determinante nessas disciplinas sempre procurou contrapor o princípio e a norma, dando primazia ao primeiro, por ser expressão de um valor determinante do sistema jurídico.

Por sua vasta penetração no mundo jurídico brasileiro, tomemos como exemplo o direito administrativo. O Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello foi um dos precursores a realçar a importância do princípio jurídico e a defini-lo, nos seguintes termos:

(...) princípio --- já averbamos alhures ---- é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, 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 exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (2003:817-818).

Daí por que violar o princípio é muito mais grave que ofender uma norma, considerando-se que, com a transgressão do princípio, minam-se os valores fundamentais do sistema (BANDEIRA DE MELLO, 2003:818).

As idéias acima expostas acabaram sendo aceitas pela doutrina brasileira sem maior aprofundamento do sentido de seus termos. Assim, embora reconhecida a positividade dos princípios, continuou-se a contrapô-los às normas, como entes distintos.

Apenas recentemente a doutrina constitucional nacional, mercê da contribuição estrangeira, debruçou-se novamente sobre os princípios constitucionais, procurando redefini-los como uma espécie do gênero norma.

Não obstante a preocupação em definir princípios constitucionais como espécie do gênero norma seja relativamente nova na doutrina pátria, deve-se ressaltar que foi Sampaio Dória quem teve a primazia, no Brasil, de tratar dos princípios jurídicos em termos de Constituição.

Na obra intitulada *Princípios constitucionales*, publicada em 1926, discutiu, basicamente, o alcance da expressão "princípios constitucionais da União", prevista no artigo 63 da Constituição da República, datada de 1891. Sustentou, resumidamente, que os princípios seriam normas gerais e fundamentais que sintetizavam outras normas, denominadas por ele "regras estritas" ou "leis comuns". Na citada obra, enfatizou-se que o termo "princípio" é dotado de enorme generalidade, mas não se sustentou sua normatividade.

Mais recentemente coube a Paulo Bonavides o estudo dos princípios jurídicos sob um enfoque constitucional. Trata-se de um dos primeiros autores a reconhecer a normatividade dos princípios jurídicos. Defendeu o caráter vinculante e imperativo dos princípios jurídicos constitucionais, os quais devem ser aplicados no julgamento de casos concretos por parte do Poder Judiciário à falta de regras específicas para solução da lide.

Eros Roberto Grau também ajudou a aclarar e difundir o conceito de princípio jurídico como espécie de norma. No livro *A ordem econômica na Constituição de 1988*, deixou bem clara sua filiação às novas definições de princípios jurídicos expostos por Dworkin e Alexy. Além disso, fez um apanhado da teoria dos princípios jurídicos, procurando sustentar o caráter normativo destes, inclusive no que concerne aos princípios gerais de direito, que podem ser positivados nas decisões judiciais.

Willis Santiago Guerra Filho, em *Teoria processual da Constituição*, também pugna que os princípios jurídicos constitucionais são espécie

do gênero norma jurídica. Ademais, citado autor busca diferenciar regras e princípios para procurar aplicá-los dentro do direito processual constitucional.

Mais recentemente, Humberto Ávila lançou o livro *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, que assevera que princípios e regras são espécies do gênero norma. Discorre, ainda, criticamente, sobre os critérios diferenciadores de princípios e regras, para finalizar seu trabalho estudando a eficácia dos princípios constitucionais.

Ressalte-se, por oportuno, que obras e artigos vêm sendo publicados, versando sobre o tema princípios jurídicos, os quais ora têm um enfoque de ciência dogmática (teoria geral do direito), ora discutem o papel do princípio dentro do direito positivado pelo Estado, mormente nas Constituições.

Interessante que os vários trabalhos publicados sempre reforçam a normatividade dos princípios jurídicos, reconhecendo-os como espécie de norma jurídica, ao lado das regras.

De modo que a presente dissertação irá procurar delimitar, com maior precisão, a diferença entre princípios e regras, já que apenas tangenciamos o assunto ao discorrermos sobre as obras de Dworkin e Alexy. Mas é chegado o momento de aprofundar o exame.

2.5 Princípios e regras ----- critérios diferenciadores

2.5.1 Introdução

Os princípios e as regras estão inseridos no sistema jurídico positivo como mandamentos ou ordens que, não cumpridos, autorizam os

prejudicados a movimentar a máquina judicial, buscando ver sua pretensão acatada. Assim, não existe dúvida de que princípios e regras são normas jurídicas.

Entretanto, como o conceito de norma é um imperativo autorizante, consoante visto alhures, mister diferenciar princípios e regras, que são suas espécies.

Para isso são propostos inúmeros critérios para extremá-los, os quais variam de autor para autor, sem que haja uma sistematização lógica. Assim, no presente trabalho, iremos apontar o maior número possível de critérios utilizados pela doutrina.

2.5.2 Grau de abstração e generalidade

A estrutura da norma jurídica, segundo entende a dogmática, é composta de dois elementos básicos, que seriam a hipótese normativa e o efeito jurídico.

A hipótese normativa, também chamada de "tipo legal", "hipótese de incidência", "fato gerador", "tatbestand" (expressão alemã), "fattispecie" (expressão italiana) ou "facti species" (latim), são os atos e fatos descritos como aptos para gerar um efeito jurídico.

Os fatos são situações que ingressam no mundo jurídico sem a interferência da vontade humana, que é desconsiderada ou, efetivamente, não existe (e.g., ocorrência de dano nuclear, ainda que por motivo de força maior, impõe responsabilidade civil da União ---- artigo 21, XXIII, c, da CF).

Percebe-se que, no exemplo dado, pouco importa a vontade humana; a proposição apenas descreve a ocorrência do dano nuclear para que se tenha a responsabilização patrimonial da União. Isso é um exemplo de fato jurídico.

Em compensação, o ato jurídico é uma situação em que há necessidade de interferência voluntária sobre a realidade. A interferência pode ser positiva (fazer – *e.g.*, contrato de compra e venda) ou negativa (não fazer – *v.g.*, tipo penal da omissão de socorro).

A hipótese de incidência expressa o enunciado da norma, o qual se vale dos três modais deônticos indicados por Lourival Vilanova, a saber: permitido, proibido, obrigatório. Tais modais podem ser expressos ou implícitos, dependendo da forma como redigido o “tatbestand”

Em relação ao efeito jurídico, chamado de sanção, tem-se uma padronização da nomenclatura. Como já visto nesta dissertação, a sanção é a consequência autorizada pela sociedade para fazer cumprir seus imperativos, ou seja, é a técnica empregada pelo Estado para que se obedeça à norma jurídica.

A propósito, fique bem claro que a sanção não deve sempre ser vista como mal, uma punição a ser aplicada ao transgressor da norma. Partimos da premissa de que as consequências da norma podem ser de vários tipos, tais como punição, recompensa e nulidade do ato.

Em uma sociedade complexa como a contemporânea, não é possível continuar a entender que o direito tem caráter exclusivamente punitivo. Hoje, existem outras técnicas jurídicas para a imposição de comportamentos, as quais não se valem apenas da punição, mas também de prêmios e nulidades.

Tendo em vista a estrutura da norma jurídica acima delineada, possível diferenciar o princípio e a regra por intermédio da abstração ou generalidade.

A abstração e a generalidade são características bastante próximas, sendo difícil distingui-las; porém, neste trabalho, o termo "abstração" refere-se ao conteúdo da norma (abstrato em oposição ao concreto), e "generalidade" indica a idéia de destinatário (geral em oposição ao individual) (FERRAZ JR., 2003:122).

Nessa linha de raciocínio, o critério da abstração e generalidade tem como fundamento a forma de redação do enunciado da norma jurídica.

Com fundamento nas premissas acima, pode-se definir o princípio como imperativo autorizante de baixa carga semântica, isto é, não indica destinatários ou situações específicas, a significar elevado grau de abstração e generalidade.

Em oposição, a regra é um imperativo autorizante de alta carga semântica, já que indica destinatários ou situações específicas; logo, o seu grau de abstração e generalidade é relativamente reduzido.

Convém deixar consignado, uma vez mais, que a generalidade é entendida do ponto de vista do destinatário, e por isso os princípios são generalíssimos, porque abarcam uma série indefinida de pessoas, enquanto as regras são gerais, porque contemplam apenas destinatários que nelas estão discriminados.

Para melhor ilustrar o raciocínio, far-se-á uso de exemplos retirados da Constituição Federal de 1988.

O artigo 5º, *caput*, reza que **todos** são iguais perante a lei. A "igualdade", que é um princípio, goza de enorme generalidade, porque se aplica a um número indeterminado de destinatários.

Ainda na mesma Carta Magna, colhe-se uma norma que isenta as mulheres e os eclesiásticos do serviço militar obrigatório em tempo de paz (artigo 143, § 2º, da CF), a qual deve ser considerada como regra, porque tem destinatários específicos.

Concernente à abstração, relacionada ao conteúdo descrito na hipótese de incidência normativa, pode-se trazer à baila o exemplo da liberdade de expressão, prevista na Constituição Federal (artigo 5º, IV), que é um princípio, porque abstrato, ou seja, não especifica determinada situação de fato.

Em compensação, a norma que impõe o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V), é uma regra, porque bem delimita uma situação para sua incidência.

Em suma e na esteira dos ensinamentos de André Ramos Tavares, pode-se dizer que

(...) o melhor traço para distinguir as normas, as regras, dos princípios é o maior grau de abstração destes, pois não se reportam a qualquer descrição de situação fática (hipotética) em específico, adquirindo, assim, a nota máxima da abstratividade (objetividade) (2003:34).

Ocorre que o presente critério deixa transparecer que o princípio seria apenas uma diretriz interpretativa das demais normas do sistema, sem hipótese de incidência ou consequência.

Adotar aludido critério equivale a relegar o princípio a mero ideal de justiça, sem conteúdo deôntico, e, portanto, sem pode ser exigido o comportamento imposto pelo princípio.

Na verdade, os princípios possuem hipótese de incidência e consequência, tanto que a finalidade do princípio exige a adoção de determinado comportamento, que, não cumprido, dará ensejo a certa consequência prevista no ordenamento jurídico. É o caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

Partindo dessas constatações, tem total pertinência a ponderação de Humberto Ávila:

O ponto decisivo não é, pois, a ausência da prescrição de comportamentos e de consequências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de consequências, o que é algo bem diverso (2004:35).

Assim, é critério insuficiente procurar distinguir princípio e regra pela estrutura da norma, isto é, por sua generalidade ou abstração, pois seria pretender diferenciá-los através da forma do enunciado da norma, sem se ater ao conteúdo.

2.5.3 Grau de determinabilidade

A hipótese de incidência do princípio, em decorrência de sua baixa carga semântica, é bastante larga e aberta, capaz de englobar as mais variadas situações e pessoas.

Assim, os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana etc. têm uma série indefinida de aplicações, consoante já dizia Boulanger (apud BONAVIDES, 2003:267).

Por sua vez, a regra tem uma hipótese de incidência bastante definida quanto à situação e ao sujeito que serão por ela regulados. Trata-se de descrição básica de um determinado trecho da realidade fenomênica, que é cortado pelo legislador e transposto para o enunciado da norma, na forma de proposição prescritiva.

Nesse diapasão, a aplicação da regra é direta, porque feita de forma bastante singela, ou seja, mediante um silogismo em que a premissa maior é a hipótese de incidência e a premissa menor o fato ocorrido na realidade, tendo como resultado a consequência prevista na própria regra.

A aplicação do princípio carece de mediações concretizadoras, quer do legislador quer do julgador, na medida em que o enunciado do princípio é vago e indeterminado (CANOTILHO, 1998:1034).

O caráter indeterminado dos princípios não significa que sejam normas equivalentes a cheques em branco, que podem ser preenchidos com o conteúdo a ser estipulado ao bel-prazer do legislador ou do juiz. Admitir aludida idéia é abrir as portas ao arbítrio desenfreado, com nefastas consequências para o sistema jurídico, político e social.

A vagueza e a indeterminabilidade dos princípios existem porque, na sua hipótese de incidência, são usadas palavras dotadas de elevada carga axiológica, cujo grau de concretização ou satisfação irá variar de acordo com o contexto histórico.

Igualmente, não se deve olvidar que o princípio é a norma utilizada com a finalidade de expressar os valores reinantes na sociedade, que, atualmente, se organiza mercê do Estado. Sendo a sociedade dinâmica, por natureza, o caráter vago e indeterminado dos princípios mostra-se necessário para acompanhar a evolução do conteúdo desses valores, sem a necessidade de alterações legislativas constantes.

Cite-se como exemplo o princípio da liberdade, repetido quer na Constituição do Brasil Império, quer na do Brasil atual. Em termos semânticos, as palavras são as mesmas; porém, a evolução do que se entende hoje por liberdade difere, e muito, do que se entendia no passado, haja vista que na época do Império se admitia a escravidão.

O caráter vago e indeterminado do princípio busca, exatamente, manter aberta a possibilidade de adequar seu conteúdo axiológico de acordo com o avançar da sociedade.

Feitas essas necessárias ponderações, voltemos nossa atenção para a questão de como concretizar os princípios, que são vagos e indeterminados, sem cair no arbítrio.

Em primeiro lugar, os princípios não devem ser interpretados de forma isolada, mas dentro do sistema normativo em que estiverem inseridos, haja vista que não existe um único princípio, mas princípios a serem sopesados, buscando-se harmonizá-los. Não se interpreta uma norma em tiras, mas de forma sistemática (GRAU, 1998:176).

No caso de conflito entre princípios, não é possível, jamais, interpretá-los de forma que a aplicação de um deles gere o sacrifício completo e absoluto de outro. Destarte, se a Constituição Federal de 1988 prevê a inviolabilidade da propriedade (art. 5º, *caput*), bem como sua função social (art. 5º, XXII), mister que

tais princípios (propriedade e função social) sejam harmonizados, evitando o sacrifício de qualquer deles. Observe-se que tais princípios estão dentro da Constituição, não se podendo privilegiar um a ponto de suprimir a existência do outro.

Em segundo lugar, não se pode esquecer que tanto os princípios quanto as regras expressam valores, motivo pelo qual é necessário analisar também as regras do sistema, porque particularizam os valores expressos por meio do princípio. Diante dessa mútua influência, possível concretizar o alcance e o conteúdo dos princípios.

Partindo do exemplo acima exposto, ou seja, da função social *versus* o direito de propriedade, tem-se a necessidade de procurar regras no sistema que visem dar concretude a tais princípios, buscando estabelecer o real conteúdo e alcance deles. Assim, temos o artigo 184 da Constituição Federal, que disciplina a desapropriação para fins de reforma agrária, regra que especifica o conteúdo de ambos os princípios.

Consigne-se, ainda, que o princípio se aplica integralmente por intermédio da regra, mas ele (o princípio) nunca é traduzido em sua plenitude, porque se trata de norma de alto conteúdo axiológico, e, por isso, sua tradução varia de acordo com o momento histórico.

Por mais paradoxal que seja, a regra aplica o conteúdo integral do princípio, que, por sua vez, é continuamente traduzido pela mutação de sentido dos valores no meio da sociedade.

Para ilustrar o raciocínio, tem-se que a regra que autoriza percentual de vagas para deficientes (artigo 37, VIII, da CF/88) aplica integralmente o conteúdo do princípio da igualdade, que, entretanto, pode ser expresso por outras regras, porque está em contínua evolução o sentido do que se entende por

igualdade; desse modo, impossível sua tradução plena, cabal e absoluta em uma regra.

Em assim sendo, a vagueza e a indeterminabilidade são próprios dos princípios, incumbindo estabelecer-se o alcance deles, por meio dos critérios acima expostos, que, se não são exaustivos, ao menos servem de norte para evitar o abuso ou arbítrio no momento de concretizar um princípio.

Antes de encerrar aludido tópico, mister extremar os termos "vago" e "indeterminado", que são distintos.

A vagueza é a qualidade daquilo que expressa uma idéia mínima central, suficiente para um entendimento básico. A vagueza denota situações limites positivas ou negativas, facilmente perceptíveis pelo usuário; todavia, deixa uma zona de incerteza que deve ser empiricamente avaliada. Merece transcrição a lição de Luis Alberto Warat:

Nesta zona de incerteza é onde se apresenta o problema da vagueza. Bertrand Russel exemplifica o problema da vagueza através do termo "calvo". Neste caso, podemos detectar indivíduos que, sem dúvida nenhuma devem ser excluídos na denotação do termo (Lady Godiva); outros, que sem dúvida devem ser incluído (Kojak); no entanto, existe também uma terceira situação na qual podem se apresentar sérias dúvidas quanto à correção da aplicação denotativa do termo. Desta forma, a decisão é puramente convencional. Não existe um 'calvômetro' apto para decidir quantos cabelos deve um homem perder para ser chamado 'calvo' (1995:77).

A seu turno, o termo indeterminado indica um conjunto de idéias mínimas que devem estar presentes para um entendimento básico.

Um exemplo bem delimitará a diferença entre vago e indeterminado: enquanto o princípio da igualdade é vago, porque expressa uma idéia mínima de tratamento a ser dispensado entre as pessoas, o princípio da cidadania é indeterminado, porque pressupõe um conjunto de idéias para ter sua noção (votar,

não votar, ser votado, direito de associação, partidos políticos, direito de reunião, manifestação pública etc.).

Seguindo nesse rumo de idéias, pode-se dizer que os princípios são normas com pretensão de “*complementaridade e parcialidade*”, enquanto as regras são normas “*decisivas e abarcantes*” (ÁVILA, 2004:69).

Noutras palavras, o enunciado do princípio, por ser indeterminado e vago, somente se transforma em norma por meio de atos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo; já o enunciado da regra, devido a seu conteúdo determinado, transforma-se em norma por meio do preenchimento de suas condições de aplicabilidade.

Por exemplo: o princípio do direito à vida exige atos do Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para se ter a dimensão de seu alcance (Quando se protege a vida? Admite-se o aborto? etc.). Já o artigo 121, *caput*, do Código Penal exige apenas que se procure delimitar, na realidade, a ocorrência do tipo penal descrito no citado dispositivo legal.

2.5.4 Caráter de fundamentalidade

As normas jurídicas são criadas pelos órgãos detentores do poder; logo, somente é possível falar em norma jurídica porque ela é imperativa, ou seja, um comando ou uma ordem despsicologizada.

O modo com que os detentores do poder se utilizam para editar normas jurídicas varia de acordo com a história e a geografia. Por essa razão, ainda hoje existem vários meios para se revelar (produzir) o direito, tais como costumes, jurisprudência e lei.

Geralmente essas formas de revelação do direito são conjugadas, mas uma acaba prevalecendo sobre a outra, dependendo das contingências históricas de cada Estado soberano, motivo pelo qual a doutrina indica dois sistemas básicos de produção de normas jurídicas, a saber: romanístico e *common law*.

No sistema romanístico tem-se o primado da lei como a fonte de produção do direito, enquanto a jurisprudência e o costume são considerados fontes secundárias (e.g., Brasil); entretanto, no sistema do *common law*, os precedentes jurisprudenciais, baseados nos costumes, são considerados fontes primárias de revelação do direito, enquanto a lei tem papel secundário (v.g., Inglaterra).

Atualmente, no mundo globalizado, os dois sistemas estão em trocas contínuas, influenciando-se reciprocamente, motivo por que, no Brasil, é cada vez mais presente a jurisprudência como fonte de produção do direito, a ponto de se admitir a súmula vinculante.

Feitas essas breves considerações, nota-se que o caráter de fundamentabilidade enfatiza o papel das normas no sistema das fontes do direito no que tange ao aspecto de produção.

Diga-se de passagem que não discutiremos o papel dos princípios como fonte material de direito, porque isso implicaria estudar o porquê da norma, ou seja, suas razões sociais, políticas, econômicas, culturais. Nossa intenção, neste tópico, é apontar a posição hierárquica do princípio dentro do sistema normativo.

Assim, os princípios são normas fundamentais no sistema jurídico porque traduzem os valores básicos desse sistema. Além disso, servem de cimento para ligar as várias regras do sistema e também estruturam o edifício normativo. As regras são os blocos do sistema e, portanto, estão em posição inferior.

Em suma, por esse critério, os princípios são normas axiologicamente superiores que servem de fundamento de validade e de valor para as regras.

Entretanto, a questão não é pacífica, principalmente para a doutrina jurídica da Espanha, a qual sustenta existirem acima dos princípios os valores, discussão que será desenvolvida em tópico distinto, quando tratarmos do sistema normativo.

A crítica que se costuma fazer ao critério da fundamentalidade é transformar os princípios em normas programáticas, as quais somente podem ser exigidas quando concretizadas em regras. O princípio, embora axiologicamente superior à regra, deixa de ter aplicabilidade direta.

A propósito do tema, cabe a ponderação de Eros Roberto Grau, que teceu acerbas críticas a eficácia limitada das normas programáticas:

A Constituição promete, mas as promessas são inócuas, na medida em que o seu cumprimento fica a depender da ação do legislador ordinário. O máximo que se consegue ---- o que é, contudo, um quase nada ---- é tomar dos preceitos em que instituídas essas promessas para contrapô-los a atos ou normas que se tenha como com eles incompatíveis (1988:125).

2.5.5 Proximidade da idéia de direito

É antiga a idéia segundo a qual o direito e a justiça muitas vezes são distintos, sendo o adágio popular "é direito mas não é justo" ainda hoje freqüentemente utilizado para externar sentimentos que refletem uma aplicação do direito meramente formal, sem conteúdo ético.

O reconhecimento da normatividade dos princípios tem como um de seus escopos o resgate ético do direito, visando a aproximá-lo ----- e permitam-nos a ousadia, confundi-lo ----- da idéia de justiça, esperança recorrente da espécie humana.

Nessa linha de raciocínio, os princípios são modelos de imperativos éticos radicados na idéia de justiça, cujo conceito varia no decorrer da história. Enquanto isso, as regras são consideradas imperativos formais de caráter meramente funcional, ou seja, o conteúdo ético, embora presente, não se faz essencial.

Exemplo bastante elucidativo de princípio, como idéia de justiça, é o artigo 3º, I, da Constituição Federal, que direciona como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil uma sociedade livre, justa e solidária. Colhe-se, ainda, na mesma Constituição, modelo de regra, de caráter meramente funcional, que é o prazo de dez dias para o Presidente da República tomar posse do cargo, pena de este ser declarado vago (artigo 78, parágrafo único).

O presente critério procura aproximar a idéia de princípio à de direito natural, que também aspira aos ideais de justiça, a qual deve ser alcançada por meio de preceitos éticos, baseados na razão humana, condicionada pela experiência histórica.

2.5.6 Natureza normogenética

Trata-se de critério muito parecido com o da fundamentabilidade; contudo, aqui se procura enfatizar não a condição hierárquica do princípio dentro do sistema jurídico, mas o seu caráter funcional na criação do direito pelo Estado.

Os princípios são normas que fornecem a *ratio* das regras jurídicas; logo, as regras existem para desenvolver, em termos mais concretos ou específicos, os princípios que têm uma função normogenética (CANOTILHO, 1998:1035).

A vinculação do enunciado da regra ao conteúdo do princípio, atributo essencial da função normogenética, limita e condiciona quer a atividade do legislador, no momento de criar novas normas, quer a liberdade de interpretação axiológica do julgador, ao lhe conferir uma pauta de valores previamente expressos nos princípios. A criação do direito novo está condicionada pelos valores expressos, primordialmente, por meio dos princípios.

Deve ficar claro que não há confundir princípios, regras e valores, por serem termos distintos, cujo campo de atuação não se mistura, consoante será visto em momento oportuno.

2.5.7 Funcionalidade

Consoante já explanado anteriormente, as regras circunscrevem genericamente atos e fatos, bem como veiculam valores. Os princípios são mandamentos de otimização que expressam finalidades a serem atingidas para assegurar a primazia de determinados valores. Essa definição leva os princípios a terem funções múltiplas dentro do sistema normativo, extremando-os ainda mais das regras, consoante passamos a demonstrar.

A primeira função dos princípios é a mesma de toda e qualquer norma, ou seja, regular um caso (BOBBIO, 1999:159). Os princípios, embora dotados de abstração, generalidade, vagueza e indeterminabilidade, podem ser utilizados como normas para aplicação a um caso concreto; todavia, a mediação concretizadora do juiz ou do legislador é fundamental.

Não custa lembrar que os critérios estudados nos tópicos deste capítulo procuraram sempre enfatizar a característica da normatividade do princípio e diferenciá-lo da regra.

Os princípios possuem, ainda, uma função interpretativa, porque auxiliam a aclarar o sentido das regras, que, muitas vezes, são ambíguas, contraditórias ou obscuras.

Aqui não se têm em mente os princípios de hermenêutica, tidos por nós como postulados normativos (*v.g.*, as exceções interpretam-se de forma restritiva), mas sim os princípios-normas, que expressam as bases axiológicas do sistema e que servirão de norte para o intérprete bem compreender e aplicar tanto os princípios quanto as regras. Veja-se que, antes de aplicar, é necessário interpretar o próprio conteúdo do princípio para depois ir para a regra.

Anote-se que, por meio da função interpretativa dos princípios, é possível restringir a discricionariedade judicial ou até negá-la (GRAU, 1998:117), na medida em que o juiz interpreta o sistema normativo não de acordo com sua tábua de valores, mas diante dos valores insertos nos vários princípios que compõem o sistema.

Uma terceira função dos princípios é limitativa, ou seja, serve para tolher eventuais abusos do legislador ou do administrador, os quais também estão vinculados aos valores expressos pelos princípios inseridos no sistema.

O conteúdo do ato normativo expedido pelo Poder Legislativo ou Executivo é condicionado pelos princípios jurídicos, que garantem os valores básicos do sistema jurídico contra bruscas oscilações de entendimento sobre o teor desses valores.

Isso não significa dizer que o entendimento do conteúdo dos princípios não possa ser alterado com a evolução histórica, social e cultural. Adotar mencionado entendimento seria colocar uma amarra no conteúdo do princípio, tornando-o um entrave ao desenvolvimento da sociedade.

Pretende-se deixar claro que o conteúdo do princípio não se deve alterar por causa de situações passageiras, que não espelham, realmente, uma mudança do significado social acerca do valor nele expresso.

Uma figura de linguagem melhor ilustrará o raciocínio acima exposto: podem-se considerar os princípios como as coordenadas de uma embarcação marítima, cujo destino é o Pólo Norte. Possível que, no percurso até o seu ponto de chegada, tempestades desviem a rota do navio; entretanto, o capitão não está autorizado a mudar as coordenadas para outro destino, mormente porque a tripulação e os demais passageiros ainda querem chegar até o destino previamente traçado.

A última função dos princípios é integrativa, porque é possível empregá-los para o preenchimento das eventuais lacunas do sistema jurídico, as quais existem quando o direito positivado não consegue acompanhar a evolução social.

Destarte, necessária a existência de normas que tenham conteúdo axiológico preponderante e permitam enfrentar novas questões jurídicas, ainda não disciplinadas por regras, mas que podem ser solucionadas pelos princípios, imantados por valores, que servirão de fundamento para a tomada de decisão por parte do operador do direito.

A função integrativa não deixa de ser uma modalidade da função reguladora, já que em ambas o princípio é considerado uma norma que disciplinará o caso concreto. Não obstante, a função reguladora vê o princípio como norma explícita do sistema, enquanto a integrativa o realça como norma implícita.

2.5.8 Gradualidade qualitativa

Diante dos vários critérios acima apontados, nota-se que os princípios diferem das regras porque são considerados mais importantes, dentro do sistema normativo, já que portadores de maior carga axiológica. Isso não autoriza a pensar que as regras não têm conteúdo axiológico. Consoante visto alhures, as regras desenvolvem os princípios, que, por isso, transmitem seu conteúdo valorativo para elas.

Ocorre que as regras adquirem imperatividade menos pelo valor intrínseco de que são portadoras e mais por serem estabelecidas por uma autoridade competente, que exerceu corretamente o conteúdo de suas atribuições.

Seguindo nesse traçado, podemos definir a regra como imperativo autorizante válido, com hipótese de incidência que específica dada situação geral e abstrata. À regra importa o campo da validade das normas. É por isso que Dworkin sustenta que as regras seguem a lógica do "tudo ou nada".

O princípio, partindo dessa concepção, é um imperativo autorizante válido, com hipótese de incidência que traduz não uma situação, mas um valor considerado importante à sociedade. Ao princípio importam a validade e o peso (valor).

As definições acima expostas tornam-se úteis para dirimir eventuais conflitos entre regras, entre princípios e entre princípios e regras, uma vez

que nessas situações-limite é que se escancara a diferença entre essas duas espécies de normas.

O conflito entre regras é resolvido no campo da validade. Uma regra será aplicada porque é a que vale, enquanto a outra será excluída do sistema ou terá delimitado seu campo de atuação. Assim, o conflito de regras é uma antinomia aparente que será resolvida por critérios (hierárquico, cronológico, especial) do próprio sistema normativo.

Por outro lado, o conflito entre princípio e regra, *igualmente válidos e de mesmo nível hierárquico*, é mais complicado de resolver pela ausência de critérios de solução previstos no sistema normativo. Aqui a antinomia deve ser solucionada por meio da interpretação.

Á primeira vista, tem-se a sensação de que deve prevalecer o princípio, devido a sua posição superior dentro do sistema jurídico. É a conhecida lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que emprega os termos "princípio" e "norma" em vez de "princípio" e "regra".

A citada concepção parte da premissa de que o princípio vale mais que a regra e, ainda, que a regra não incorpora valores, os quais são expressos por meio dos princípios.

Contudo, pondere-se que as regras e os princípios são espécies do gênero norma, e as diferenças entre ambos (princípios e regras) dizem respeito mais às suas funções e finalidades do que à posição hierárquica. Além disso, os princípios e as regras são dotados de valores.

Se a regra desenvolve e cristaliza o conteúdo axiológico-finalístico do princípio, havendo conflito entre ambos deve prevalecer a regra, porque

descreve uma situação fática específica que abrange o conteúdo valorativo do princípio.

Ora, se a regra descreve com maior precisão o comportamento devido a ser seguido, e considerando que a regra desenvolve o princípio, segue-se que a transgressão da regra gera maior reprovabilidade que o descumprimento do princípio. Assim, no conflito entre ambos, deve prevalecer a regra, dada sua função *decisiva e abarcante*.

Por isso, adotam-se, na íntegra, os ensinamentos de Humberto Ávila, que sobre o tema assim discorreu:

Ora, no caso das regras, o grau de conhecimento do dever a ser cumprido é muito maior do que aquele presente no caso dos princípios, devido ao caráter imediatamente descritivo e comportamental das regras. Veja-se que conhecer o conteúdo da norma que se deve cumprir é algo valorizado pelo próprio ordenamento jurídico por meio dos princípios da legalidade e publicidade, por exemplo. Descumprir o que se sabe dever cumprir é mais grave do que descumprir uma norma cujo conteúdo ainda carecia de maior complementação. Ou dito diretamente: **descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio** (2004:84, grifos nossos).

No mesmo sentido é a lição de André Ramos Tavares:

Poder-se-ia concluir, pois, que a regra constitucional acaba sobrepondo-se ao princípio. Na realidade, por ser concreta (específica), dirigida a determinada situação, a regra abre seu espaço de aplicação, subtraindo-o do espaço genérico de aplicação do princípio. É uma retração do campo de incidência do princípio, por expressa vontade do constituinte originário (2003:37).

Também o conflito entre princípios válidos exige um novo critério de solução, diferente dos tradicionais (cronológico, hierárquico e de especialidade).

Isso ocorre porque, tal qual no conflito entre princípio e regra, o conflito entre princípios cria uma antinomia real, já que não há critérios previstos para a sua solução.

A ausência de regra de solução da antinomia real não exclui a possibilidade de solução efetiva dela, a ser alcançada ou mediante uma nova norma, que retira uma das normas do sistema, ou por meio da interpretação.

Considerando que o conflito entre princípios significa a colisão de valores expressos em normas, difícil a edição de uma terceira norma para excluir do sistema jurídico um desses valores. Por isso, o caminho que resta para solucionar a colisão de princípios é a interpretação.

Até aqui, frise-se que os ensinamentos de Dworkin e Alexy estão acordes, e, exceto por variações de estilo lingüístico, o conteúdo deles é o mesmo.

Entretanto, Dworkin entende que, no conflito entre princípios, deve-se aplicar sempre o de maior peso ou importância, que será encontrado pelo juiz analisando o sistema jurídico. De sorte que a prevalência de um princípio sobre outro decorre do próprio sistema, que estrutura os valores veiculados pelos princípios com base em uma ordem de preferência.

Por sua vez, Alexy entende de forma diversa, porque os princípios podem até ser estruturados em ordem de preferência, mas para tanto é necessário que o peso e a escala de realização deles fosse indicados de forma numérica, o que é impossível ocorrer, na medida em que os princípios são mandamentos de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, em decorrência de contingências fáticas e jurídicas.

Nesse rumo de idéias, Alexy sustenta que a solução de uma colisão de princípios não pode ser única, mas variável, dependendo das circunstâncias fáticas e legais, porque o julgador deverá fazer uma ponderação do peso ou da importância dos princípios que estão em conflito no caso concreto.

Não é por outra razão que o princípio da dignidade humana pode prevalecer em um caso, mas ser relegado em outra situação, como na hipótese da pena de morte, admitida em alguns países, entre os quais a Alemanha.

Importa estabelecer um critério seguro, que permita ao julgador escolher o princípio prevalecente no caso concreto, pois somente assim será possível evitar o arbítrio. Alexy defende que esse critério é o princípio da proporcionalidade, a ser desenvolvido em tópico distinto.

2.5.8.1 O postulado normativo da proporcionalidade

A doutrina pátria não demonstra maior preocupação em justificar por que considera a proporcionalidade como princípio. Tem-se a sensação de que se assume ser a proporcionalidade um princípio porque sua sede material está na Constituição, mesmo que de forma implícita, e, ainda, porque a proporcionalidade é uma diretriz de comportamento superior às regras de conduta.

A bem da verdade, a doutrina preocupa-se mais em situar o princípio da proporcionalidade dentro da Constituição do que, efetivamente, discutir sua natureza jurídica, isto é, se realmente é correto apontá-lo como princípio.

É comum sustentar que o princípio da proporcionalidade decorre do fato de o Brasil ser um Estado Democrático de Direito, cujo sentido material se corporifica na idéia de Justiça, vista como forma de exercício moderado do poder em

face da pessoa, consoante posicionamento do Tribunal Constitucional alemão (BONAVIDES, 2003:402).

Outros entendem que o princípio da proporcionalidade decorre do devido processo legal (*due process of law*) porque é uma forma de controle substancial da constitucionalidade da norma jurídica (BARROSO, 1998:198).

Há aqueles que sustentam, ademais, que o princípio da proporcionalidade funda-se no conteúdo essencial dos direitos fundamentais, os quais não podem ser afetados em seu núcleo essencial (BARROS, 2003:104).

Finalmente, sem a pretensão de exaurir o tema, há doutrinadores que afirmam que a proporcionalidade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, porque busca defender direitos mínimos da pessoa, ainda que não fundamentais, contra o poder do Estado.

Deve-se deixar claro que, embora tradicional a denominação "princípio da proporcionalidade", tecnicamente não é correta, porque não se está em face de um princípio, nos termos desenvolvidos no presente trabalho.

Em verdade, a proporcionalidade consiste em um método empregado para operacionalizar uma colisão de direitos. É tida apenas como forma de concatenar o raciocínio, do que propriamente um princípio indicativo de um valor intrínseco.

Nesta linha de argumentação, Alexy segue a denominação máxima de proporcionalidade e, em nota de rodapé, explica que se trata de uma regra:

La máxima de proporcionalidad suele ser llamada 'principio de proporcionalidad'. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. **Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas** (2002:112, nota 84, grifos nossos).

Discorda-se do citado posicionamento, porque a proporcionalidade não é uma regra, na medida em que não prescreve condutas e tampouco impõe conseqüências. A proporcionalidade não prevê os modais deônticos *permitido*, *obrigado* ou *proibido* e também não impõe sanções. É uma forma de resolver conflito entre direitos expressos em normas-princípios.

Em assim sendo, a proporcionalidade não pode ser tachada de princípio ou regra porque não faz parte do repertório do sistema jurídico, mas sim de sua estrutura. Trata-se de um dos vários mecanismos de operação do sistema normativo.

A proporcionalidade por ser um mecanismo de operação do sistema, possui a função de fornecer parâmetros objetivos para a interpretação e aplicação da norma jurídica no caso da existência de colisão entre direitos expressos por meio de princípios, daí por que se entende que a proporcionalidade é um postulado normativo.

Por postulado normativo se compreende o preenchimento de condição formal ou estrutural do raciocínio que permite o conhecimento da norma jurídica, visando aplicá-la ao caso concreto. Não se trata de um argumento substancial que fundamenta a aplicação da norma; apenas explicita o meio ou procedimento para se obter determinada decisão.

Destarte, tem-se que a regra prescreve um comportamento como permitido, proibido ou obrigatório; o princípio prescreve uma finalidade ou um

valor a ser atingido e, finalmente, o postulado normativo é um modo de raciocínio que estabelece a vinculação entre elementos e impõe determinada relação entre eles.

À guisa de conclusão e na esteira dos ensinamentos de Humberto Ávila, pode-se definir a proporcionalidade como:

(...) um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados (*Revista de Direito Administrativo* nº 215:175).

De sorte que, no presente trabalho, adotaremos a nomenclatura "postulado normativo da proporcionalidade", abandonando a tradicional, porém não exata, expressão "princípio da proporcionalidade".

Ademais, sendo a proporcionalidade um postulado normativo, temos que se trata de uma proposição admitida como base do raciocínio, mas que não é demonstrável; daí por que não se nos põe o problema de demonstrar a *sedes materiae* da proporcionalidade na Constituição, já que o fundamento da proporcionalidade "está na estrutura da norma jurídica e na atributividade do próprio Direito" (ÁVILA, *RDA* 215:171).

2.5.8.2 Proporcionalidade e Razoabilidade

Mister enfatizar, ademais, que alguns sustentam que o postulado normativo da proporcionalidade é sinônimo do da razoabilidade, diferindo a nomenclatura por causa da origem de ambos, ou seja, o "princípio da proporcionalidade" é o nome utilizado na Alemanha, enquanto "razoabilidade" é o termo cunhado nos Estados Unidos (BARROSO, 1998:199-218).

Sem qualquer pretensão de revelar uma novidade, o certo é que não se trata do mesmo instituto com roupagem lingüística diversa.

O princípio da razoabilidade tem origem no direito anglo-saxão, remontando, historicamente, à Magna Carta de 1215, imposta ao Rei João Sem Terra. Fundamenta-se no *due process of law*, ou seja, na necessidade de impor garantias para que a pessoa possa, validamente, sofrer uma diminuição no seu patrimônio ou uma restrição de sua liberdade.

Até os primórdios do século XX, a cláusula do *due process of law* tinha um conteúdo formal ou processual. Sua aplicação era restrita ao processo, isto é, um conjunto de garantias que deviam ser respeitadas dentro do processo para que este fosse considerado válido e seu resultado final respeitado.

Acontece que, após a Segunda Guerra, principalmente devido aos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, que impuseram maior intervenção do Estado nos domínios econômicos, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América passou a considerar o princípio do devido processo legal em seu aspecto material ou substantivo, vale dizer, os atos normativos emanados pelo Estado não podem ser arbitrários, mas razoáveis. De forma que o princípio da razoabilidade tem por fundamento o princípio do devido processo legal em sentido material

Partindo das considerações acima, pode-se argumentar que o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se estão de acordo com a razão ou o senso comum das pessoas (BANDEIRA DE MELLO, 2003:99). Contudo, verifica-se que não existe uma doutrina específica que indique os requisitos mínimos para aferir a razoabilidade de um ato do Poder Público.

Razoável significa aquilo que é aceitável dentro da tábua de valores previstas no sistema jurídico de determinado Estado. Ora, como existem valores que se excluem em um mesmo ordenamento jurídico, o princípio da razoabilidade não indica como optar, racionalmente, por um desses valores.

Pois bem, enquanto a proporcionalidade indica critérios mínimos a serem seguidos para a solução de eventual conflito entre princípios, a razoabilidade não informa nenhum critério a ser trilhado para solucionar o citado conflito; logo, não podem ser expressões sinônimas, muito embora parte da doutrina nacional assim as considere.

Entretanto, se proporcionalidade e razoabilidade são termos distintos, então, pergunta-se: quando se devem empregar os citados termos e para solucionar quais tipos de conflito?

Para Willis Santiago Guerra Filho a proporcionalidade tem uma função positiva, ou seja, auxilia a resolver conflito de princípios, enquanto a razoabilidade tem uma função negativa, ou seja, "evidenciar que dado ato administrativo não cumpre sua finalidade, por absurdo ou arbitrário" (GUERRA FILHO, 2003:69, nota de rodapé nº 60).

Noutras palavras, a razoabilidade tem função limitada ao direito administrativo e é empregada para aferir a aceitabilidade ou não de um ato administrativo. Não há colisão de direitos, mas valoração de um ato administrativo. A seu turno a proporcionalidade é um procedimento que visa a disciplinar a colisão de direitos abstratamente considerados.

Humberto Ávila, com maestria ímpar, responde à indagação acima formulada, também diferenciando os termos proporcionalidade e razoabilidade, mas saindo dos quadrantes do direito administrativo:

Enquanto a proporcionalidade consistente numa estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade traduz uma condição material para a *aplicação individual da justiça*. Daí por que a doutrina alemã, em especial, atribui *significado normativo autônomo* ao dever de razoabilidade (RDA, 215:174).

Na esteira da citada lição, conclui-se que o postulado normativo da proporcionalidade é um método de aplicação do direito que busca relacionar bens jurídicos em conflito a certos fins previstos no ordenamento jurídico; já razoabilidade significa examinar o caso individual, evitando a iniquidade da aplicação de uma norma geral.

Em suma, busca-se por meio da razoabilidade evitar excessos na aplicação da norma ao caso concreto, tendo em vista o princípio da igualdade. Em contrapartida, o postulado normativo da proporcionalidade é um critério seguro para possibilitar ao Poder Judiciário adotar certos requisitos para solucionar a colisão de princípios constitucionais.

2.5.8.3 Origem histórica da proporcionalidade

A palavra "proporcionalidade" evoca a idéia de simetria harmônica entre diferentes grandezas. Essa idéia, transposta para o direito, cria a noção de uma justiça distributiva, isto é, dar a cada um o que é seu, na medida de sua necessidade e esforço.

Como a balança é o símbolo da Justiça, a proporcionalidade seria o equilíbrio dos pratos da balança que portava a deusa *Diké*, na concepção grega, ou *Iustitia*, de índole romana. Assim, "a idéia de proporção nos arquétipos do pensamento jurídico ocidental, é a de que essa praticamente se confunde com a própria idéia do 'direito'" (GUERRA FILHO, 2002:73).

Contudo, com o surgimento do Estado Moderno, mormente tendo em vista a idéia de soberania como relação de poder impessoal e abstrata, o direito foi reduzido à lei, a qual tinha por escopo restringir a liberdade da pessoa em benefício da coletividade.

Não se demorou a perceber que as restrições impostas pelo Estado acabavam por ofender direitos fundamentais básicos da pessoa humana, gerando uma relação desproporcional entre os direitos individuais das pessoas e o poder estatal.

Em um primeiro momento, buscando reestabelecer o equilíbrio entre as restrições legais impostas pelo Estado e os direitos fundamentais da pessoa, empregou-se o jusnaturalismo, de cunho racional, que sustentava ser o homem portador de direitos inalienáveis decorrentes de sua natureza humana, por isso eventuais leis que restringissem tais direitos, a ponto de suprimi-los, não deveriam ser cumpridas.

Ocorre que, ante o declínio do direito natural e a supremacia do positivismo jurídico, houve a necessidade de buscar, dentro do próprio sistema legal, fundamento para evitar abusos do poder soberano do Estado.

Então, os estudiosos do direito administrativo, primeiro na Prússia e depois no restante da Europa, formularam o princípio geral da "proibição de excesso", porque a atuação do Estado, mormente quando exercia seu poder de polícia, podia limitar a liberdade dos indivíduos, asfixiando-a de modo insuportável. De sorte que a "proibição de excesso" visa disciplinar o poder de polícia, o qual deve ser exercido na medida necessária para buscar a segurança da coletividade.

Convém deixar assentado que a proibição de excesso era destinada, a princípio, a conter o poder de polícia do Estado-Administração; contudo, posteriormente, constatou-se que o exercício do poder de polícia impunha, não raras

vezes, o emprego de certa discricionariedade por parte do Estado, e, então, a proibição de excesso também acabou sendo utilizada para o controle da discricionariedade.

Nos seus primórdios, a "proibição de excesso" era restrita ao Poder Executivo, representante do Estado-Administração. Não obstante, rapidamente se atinou para a situação de que o poder discricionário também estava presente quando o órgão judicial aplicava as leis aos casos concretos ou quando o legislador produzia uma nova lei. Assim, a "proibição de excesso" passou a ser aplicada também ao Estado-Legislator e ao Estado-Juiz.

Coube ao Tribunal Constitucional da Alemanha Ocidental reconhecer o caráter constitucional do princípio geral da proibição de excesso, deslocando-o do campo do direito administrativo para o plano constitucional e aplicando-o a todos os atos do Estado.

Isso aconteceu porque, após o advento da Segunda Guerra Mundial, a economia da Europa estava arrasada, principalmente a da Alemanha, derrotada pelos aliados.

A Constituição alemã que emergiu do pós-guerra trouxe uma inovação: ao lado da legalidade, fundamento do positivismo jurídico, dever-se-iam respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana, visando a preservar sua dignidade, devastada pelos horrores do regime nazista.

Nesse rumo de idéias, as declarações solenes de direitos humanos previstas na Constituição de Alemanha Ocidental deixaram de ser vistas como simples declarações filosóficas, sem cunho de juridicidade.

A grande revolução do pensamento constitucional alemão consistiu em entender que as declarações de direitos da pessoa humana postas, implícita ou explicitamente, no texto constitucional eram atos de legislação, dotados de caráter vinculante; logo, tais direitos passaram a servir de parâmetro para controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Público, nas suas três funções básicas (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Esse controle de constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário, para não cair no puro arbítrio, teria de ser realizado respeitando os valores previstos na Constituição e a separação dos Poderes do Estado.

Houve, pois, a exigência de se criar um procedimento que evitasse abusos por parte do Poder Judiciário. Construiu-se uma doutrina que visava estabelecer critérios mínimos para se decretar a ocorrência de excessos por parte do Estado em detrimento dos direitos fundamentais.

A construção dessa nova doutrina, no início, apresentou grande variação terminológica, pois várias expressões foram utilizadas nos acórdãos do Tribunal Constitucional alemão para procurar tonificar o correto entendimento da expressão "vedação de excesso", transposta do direito administrativo para o constitucional.

Paulo Bonavides, escudado em Hans Schneider e em Hirschberg, apontou as seguintes expressões empregadas pelo Tribunal Alemão: "inadequado", "racional", "materialmente justo e legítimo", "necessário", "indispensável", "absolutamente necessário", "vedação de arbítrio", "princípio de avaliação de bens jurídicos", "princípio de avaliação de interesses" e "princípio da justiça" (BONAVIDES, 2003:404).

A variada nomenclatura empregada pelo Tribunal Constitucional alemão refletia a vacilante doutrina da época em que foi sistematizada, como

princípio da proporcionalidade, por Rupperecht von Krauss, em 1955, na obra *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (traduzida livremente como *O princípio da proporcionalidade*).

O mérito de Rupperecht von Krauss, segundo Paulo Bonavides, foi perceber a diferença entre o princípio da proporcionalidade e o da necessidade, que, até então, eram vistos como sinônimos; todavia, von Krauss manteve-se fiel à tradição e continuou a equiparar proporcionalidade e necessidade como conceitos idênticos.

Foi somente com a obra de Peter Lercher, de 1961, intitulada *Übermass und Verfassungrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers na die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit* (traduzida livremente como *Excesso e direito constitucional, a vinculação do legislador aos princípios da proporcionalidade e da necessidade*), que houve a distinção entre proporcionalidade e necessidade, inseridos como requisitos da "proibição de excesso".

As expressões "proibição de excesso" e "princípio da proporcionalidade" passaram a ser empregadas indistintamente, expressando um juízo de ponderação de bens jurídicos em conflito com o poder de império do Estado. É esse o posicionamento da quase totalidade da doutrina brasileira.

Não obstante, algumas decisões do Tribunal Constitucional alemão faziam referência a "proibição de excesso" e ao "princípio da proporcionalidade" como realidades distintas, tendo plano de atuação diverso.

Concorda-se com o posicionamento expresso no parágrafo acima, uma vez que a proibição de excesso tem significado e aplicação próprios, que não podem ser equiparados ao postulado normativo da proporcionalidade (ÁVILA, 2004:100).

A proibição de excesso seria um critério para valorar se a restrição de um direito fundamental é de tal magnitude que, praticamente, perdeu seu núcleo essencial.

Por esse critério, avalia-se o limite máximo em que é possível restringir um direito fundamental, sem ofender o seu núcleo rígido. Aqui não há a preocupação de fazer uma relação de ponderação entre a restrição do direito e o fim a ser alcançado.

Tanto é verdadeira a assertiva acima que o oposto da proibição de excesso é o chamado "defeito de proteção", ou seja, a ausência ou insuficiência de medidas protetivas por parte do Estado para preservar o núcleo essencial de um direito fundamental (CANOTILHO, 1998:265).

Assim, tanto a "proibição de excesso" quanto o "defeito de proteção" buscam proteger a essência de dado direito humano fundamental, isoladamente considerado. Não há conflito ou colisão de direitos que visem dada finalidade.

Em se tratando de "proibição de excesso", avalia-se o comportamento comissivo do Estado, isto é, uma atividade estatal cuja aplicação acaba por extinguir certo direito fundamental; já no "defeito de proteção" se verifica se há a omissão do Estado, vale dizer, um não agir que coloca em risco a essência de um direito humano básico, como, por exemplo, se a proteção do direito a vida do feto pode prescindir da criminalização do aborto (CANOTILHO, 1998:265).

Em contrapartida, o "princípio da proporcionalidade" é um método para avaliar a constitucionalidade da restrição de um direito fundamental para alcançar determinado fim tido como proveitoso para toda a coletividade.

Atente-se para o fato de que agora o núcleo essencial do direito fundamental restringido está preservado; apenas se discute se o meio utilizado para a restrição é o menos gravoso.

Em conclusão, o postulado normativo da proporcionalidade e a proibição de excesso não devem ser aplicados como sinônimos, porque são utilizados para avaliar situações diversas; portanto, tecnicamente, não podem ser confundidos.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em decisão proferida em 16 de março de 1971, sobre a armazenagem de petróleo, forneceu o seu entendimento sobre a essência do "princípio da proporcionalidade", estremando-o da "proibição de excesso":

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental (apud BONAVIDES, 2003:409-10).

A partir dessa decisão emblemática, o "princípio da proporcionalidade", chamado por nós de "postulado normativo da proporcionalidade", ganhou uma estrutura mínima, decomposta em três requisitos básicos, a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Impõe-se, portanto, o estudo desses requisitos, os quais servirão de norte ao julgador para que realize a escolha do princípio a ser adotado no caso de colisão entre eles porque estamos em face de uma antinomia real e nenhum dos princípios deve ser arbitrariamente sacrificado em prol do outro.

2.5.8.4 Os três requisitos do postulado normativo da proporcionalidade

O requisito da *adequação* ou *conformidade* ou *idoneidade* procura certificar se o meio escolhido é apto para atingir a finalidade desejada. Deve-se, neste momento, investigar e provar que o ato restritivo a determinado direito, emanado do Poder Público, é conforme aos fins que justificaram a sua adoção (CANOTILHO, 1998:262)

O julgador não deve escolher o meio, mas apenas aferir se a escolha realizada pelo legislador ou administrador se liga de forma lógica e apropriada à finalidade almejada. É o balanceamento entre o fim colimado e o meio empregado ou escolhido.

Como os princípios jurídicos impõem o dever de alcançar determinados fins, mas silenciam sobre os meios a serem empregados, para aferir o requisito da adequação é fundamental saber qual o fim a ser atingido, porque a partir daí é possível fazer um juízo da adequação do meio escolhido.

O fim é "um estado desejado de coisas" (ÁVILA, 2004:114), as quais podem ser obtidas por vários meios. Assim, a adequação visa descobrir se o meio escolhido pode ser considerado a causa do fim almejado.

Não deve o Poder Judiciário se ater a analisar a *qualidade* do meio, ou seja, se é o melhor, mas apenas julgar se o meio é empiricamente apto a promover o fim desejado. Não se exige um juízo de certeza, ou seja, que o meio irá, efetivamente, realizar o fim desejado, mas apenas um juízo de probabilidade, isto é, que o meio poderá realizar o fim que se busca promover.

Em suma, somente se houver incompatibilidade flagrante e absoluta entre o fim e o meio, não se atenderá ao requisito da adequação.

Atendido o requisito da adequação, parte-se para o da *necessidade* ou *exigibilidade* ou *menor ingerência possível*, isto é, descobrir se existem outros meios, menos gravosos, para chegar ao objetivo que se pretende alcançar com o ato normativo editado. Agora deve-se provar que, para atingir determinada finalidade, com a mesma eficácia, não era possível adotar outro meio menos penoso.

Uma vez mais, insista-se que a escolha dos meios não cabe ao Poder Judiciário, já que isso equivaleria a usurpar a atribuição dos demais Poderes. Todavia, o juiz tem o dever de analisar se há outro(s) meio(s) para atingir(em) a mesma finalidade, e, em caso positivo, se se revela(m) menos danoso(s) ao interesse da população em geral ou do particular, mormente no que tange aos direitos fundamentais.

Trata-se de uma tarefa bastante complexa e espinhosa, porque a comparação entre meios para a promoção de determinado fim é sempre um juízo relativo, com o perigo de descambar para uma opção política por parte do Poder Judiciário, em detrimento da opção formulado pelo Executivo ou pelo Legislativo.

O requisito da necessidade parte de três premissas básicas, as quais devem ser percorridas pelo julgador: a) a intervenção no direito fundamental deve ser mínima; b) deve haver meios alternativos para chegar à mesma finalidade; c) ele deve realizar um juízo empírico de comparação entre o meio escolhido e o(s) outro(s) meio(s) existente(s) no tange ao resultado final a ser alcançado.

Em síntese, na comparação entre os meios, leva-se em consideração o gravame que cada meio imporá ao direito fundamental, bem como sua eficácia para atingir a finalidade pretendida pelo legislador ou administrador.

Deve-se ressaltar que uma medida será considerada eficaz se o fim for atingido na maioria dos casos em que ela foi adotada. Não se exige que o meio escolhido tenha 100% de aproveitamento, mas sim que seu emprego geralmente atinja o fim desejado.

Postas as premissas acima, tem-se que, se o meio escolhido pelo legislador ou administrador e o meio alternativo, divisado pelo Poder Judiciário, causarem idêntica restrição ao direito fundamental, deve-se, então, optar pelo meio que vier a ser considerado mais eficaz para atingir o objetivo ou resultado pretendido.

Por outro lado, se os meios que estão sendo comparados tiveram a mesma eficácia no que tange ao resultado pretendido, deve-se optar por aquele que cause menor restrição ao direito fundamental.

Contudo, na maioria das situações de conflito ocorre de o meio menos gravoso ao direito fundamental também ser considerado o menos eficaz para atingir o resultado desejado. Neste caso, como solucionar o dilema? O problema comporta, no mínimo, duas soluções possíveis.

A primeira resposta impõe que a eficácia do meio menos prejudicial seja, no mínimo, igual à do meio mais prejudicial. Não havendo essa correspondência, deve-se respeitar a escolha do meio mais prejudicial, em obediência ao princípio da separação de Poderes.

A segunda solução exige apenas que o meio menos prejudicial seja eficaz para atingir o objetivo perseguido, ainda que em menor grau. Agora se enfatiza a proteção ao direito fundamental em detrimento da discricionariedade do administrador ou legislador.

Cumpridos os requisitos da adequação e da necessidade, mister analisar o da *proporcionalidade em sentido estrito* ou *máxima do sopesamento* ou *justa medida*, vale dizer, a ponderação feita pelo juiz entre o ônus imposto ao direito da pessoa em face do ato normativo editado e o benefício trazido à coletividade.

Nesse tópico, da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se levar em consideração as vantagens e desvantagens que o ato normativo poderá provocar quanto aos valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Aqui deverá o julgador escolher o valor que irá prevalecer no caso concreto. Em síntese, devem-se "pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim" (CANOTILHO, 1.998:263).

Contudo, para evitar uma avaliação fortemente subjetiva, deve o Poder Judiciário basear sua decisão nos valores previstos no ordenamento jurídico, uma vez que os princípios são imperativos autorizantes de baixo conteúdo semântico e alta carga valorativa, que prescrevem uma finalidade a ser alcançada em vez de prescrever uma conduta a ser seguida.

Aliás, o Tribunal Constitucional Alemão, para evitar o perigo do subjetivismo, erigiu uma tábua de valores, a ser utilizada, exatamente, no julgamento de *hard cases*, em que se deve fazer a ponderação de bens constitucionalmente protegidos, que estejam em conflito.

2.5.8.5 Proporcionalidade e colisão de princípios

Com apoio nas idéias acima expostas, Alexy sustenta que a colisão de princípios deve ser resolvida com fundamento na regra da proporcionalidade, chamada por nós de "postulado normativo da proporcionalidade".

Em primeiro lugar, deve-se descobrir se a medida adotada é adequada ao fim que o legislador ou administrador deseja. Preenchido esse requisito, passa-se à análise da necessidade, ou seja, se o meio eleito é mais suave para alcançar o resultado escolhido.

Os requisitos da adequação e necessidade indicam que o Poder Judiciário deve analisar as *possibilidades fáticas*, isto é, proceder a uma análise empírica da situação conflituosa.

Aqui existe o chamado dever de prova, ou seja, as partes devem demonstrar a ocorrência ou não da adequação e da necessidade para, então, realizar-se o juízo de ponderação.

Na aplicação da proporcionalidade em sentido estrito efetua-se a ponderação dos princípios em colisão, visando descobrir qual deles deve prevalecer no caso concreto. Agora não se analisa, as possibilidade fáticas, mas as *possibilidade jurídicas*, isto é, se a restrição a um princípio é vantajosa para atingir a finalidade prevista em outro, nos termos da lei da ponderação, formulada por Alexy que prescreve: "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (ALEXY, 2002:161).

Na ponderação dos princípios não se deve levar em consideração as posições pessoais do julgador, ou seja, sua ideologia própria, mas a ideologia expressa nas normas da Constituição, a qual deve ser interpretada como unidade, dotada de coerência valorativa.

Isso não significa que exista uma hierarquia de princípios ou uma tábua de valores a serem seguidos pelo julgador. Importa reconhecer que não existe uma única interpretação correta, porém um rol de possíveis interpretações que

serão admitidas para permitir que o direito permaneça a serviço da realidade (GRAU, 1998:186).

Não é por outro motivo que Alexy entende não existir uma única decisão certa no que tange ao conflito de princípio, mas um elenco possível de decisões que podem privilegiar determinado princípio em detrimento de outro.

Importa ressaltar que o princípio afastado no julgamento do caso concreto não é expelido do sistema normativo, mas ali permanece com todo o seu vigor, podendo ser aplicado em outra situação. Este o motivo porque a colisão de princípios não se resolve no campo exclusivo da validade, mas também no do peso ou da ponderação.

O afastamento de dado princípio em determinado caso concreto, não pode ser decretado de forma a extinguir o seu núcleo essencial ou mínimo. Quando o juiz privilegia um princípio em detrimento de outro, aquele que foi preterido deve ter respeitado o seu valor básico, procurando-se justificar em que medida o princípio foi afastado.

Não se deve olvidar que, sendo os princípios mandamentos de otimização de grau variado, não há a descrição completa de seu enunciado, mas apenas uma indicação *prima facie* do conteúdo dos princípios; por isso a colisão entre princípios exige a modulação de efeitos, e não a aniquilação de um deles. Aqui tem enorme relevância a fundamentação, que traduz a razão da escolha de um princípio em detrimento de outro e até que ponto o outro princípio pode ser desconsiderado (ALEXY, 2002:158)

Para evitar a aniquilação de um princípio, é comum a situação de composição, procurando harmonizar a incidência de cada um deles de acordo com o grau de concreção fática e jurídica possível. A preponderância de um deles

não significa a morte do outro, mas apenas uma forma de privilegiar a decisividade de um deles (GRAU, 1998:187).

À guisa de conclusão, tem-se que o postulado normativo da proporcionalidade é um procedimento formal que conduz à decisão do Poder Judiciário no que tange à colisão de princípios. Por ser um procedimento formal, a proporcionalidade não indica um conteúdo material específico a ser seguido, daí por que não existe uma única solução correta ou certa quando se decide sobre a colisão de princípios.

2.5.8.6 Críticas à proporcionalidade

Não se desconhece que o postulado normativo da proporcionalidade tem inúmeros adeptos, podendo ser apontado como uma das mais notáveis contribuições do pensamento jurídico-constitucional do século XX. Contudo, algumas críticas são feitas contra aludido postulado.

Ressalte-se, de início, não se ter a pretensão de esgotar as críticas contra a proporcionalidade, mas apenas indicar as principais para facilitar a sua compreensão.

A primeira e mais antiga objeção à proporcionalidade é que sua aplicação ofende ao princípio da separação dos Poderes, porque o Judiciário iria sobrepor-se ao Executivo e ao Legislativo, podendo substituir políticas públicas e deixar de cumprir as leis formalmente votadas e aprovadas.

Partidários dessa crítica eram Forsthoff, para quem haveria uma "degradação da legislação", bem como Eberhard Schmidt que temia uma "ditadura" do Poder Judiciário e, ainda, Hans Huber, que sustentava o perigo de haver uma

dissolução da obrigatoriedade do cumprimento do direito vigente (BONAVIDES, 2003:429-430).

O fundamento básico dessa crítica é o emprego exagerado da proporcionalidade, chamado em alemão de *oberdehnung* (traduzido por Willis Santiago Guerra Filho como "superexpansão"), que desembocaria no descompromisso do Poder Judiciário em aplicar a lei, correndo-se o risco de substituir o governo das leis pelo governo dos juízes.

Para evitar a superexpansão da proporcionalidade, sua aplicação deve ser restrita aos casos em que há conflitos de princípios; necessário ainda estruturá-los procedimentalmente, de forma a haver "uma participação suficientemente intensiva e extensa de representantes dos mais diversos pontos de vista a respeito da questão a ser decidida" (GUERRA FILHO, 2003:85).

Nunca é demais lembrar que acima dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário está a Constituição Federal, repleta de princípios e regras, dotados de valores antagônicos, cuja harmonização, muitas vezes, requer a participação não apenas dos poderes constituídos do Estado, mas também da sociedade organizada.

Destarte, não existe o perigo da ditadura do Poder Judiciário ou do governo dos juízes, na medida em que a decisão a ser tomada no caso concreto deve contar com a participação do maior número de interessados possível, aos quais se assegura igualdade de tratamento para debater amplamente a causa.

Conclui-se, pois, que a aplicação do postulado normativo da proporcionalidade, antes de se traduzir em um perigo para o equilíbrio e harmonia dos Poderes do Estado, é a garantia de aplicação ponderada da Constituição, porque assegura o contraditório e a ampla defesa aos interessados no julgamento da causa, dentre os quais podem figurar o Poder Legislativo ou o Executivo.

Lembre-se que a autonomia de administrar e a liberdade de legislar curvam-se aos ditames da Constituição, cujo guardião é o Poder Judiciário; logo, a proporcionalidade é um dos instrumentos de que se vale o juiz para aferir a constitucionalidade ou não de um ato normativo, e isso não significa a intromissão do julgador em seara alheia, mas apenas o exercício de sua função, realizada dentro de um processo que assegura plena participação aos Poderes Legislativo e Executivo.

Uma segunda objeção que se levanta contra a proporcionalidade é que sua aplicação enfraquece os dogmas da segurança jurídica e da igualdade, porque pode impor tratamento diferenciado para situações idênticas, e, ainda, não é possível prever a decisão final do Poder Judiciário.

O pressuposto básico dessa crítica centra-se no fato de não haver uma única decisão correta quando se aplica o postulado normativo da proporcionalidade, possível existirem decisões diversas segundo o ponto de vista de cada membro do Poder Judiciário.

Não se trata de uma crítica intransponível, mormente porque se apegamos a conceitos clássicos sobre igualdade e segurança jurídica. Ademais, não custa lembrar que a ocorrência de decisões conflitantes não é uma situação exclusiva e excepcional da aplicação do princípio da proporcionalidade, mas uma rotina dentro do direito no que tange à interpretação das normas jurídicas.

A igualdade, vista sob o seu aspecto formal, busca abolir todos os privilégios pessoais. Seu caráter é puramente negativo, fruto de uma visão liberal e individualista do direito, pela qual todos os membros da coletividade devem ser tratados de forma idêntica.

O aspecto formal da igualdade pressupõe a existência de uma sociedade relativamente homogênea em que não haja grandes diferenças de classes sociais, donde as normas jurídicas devem tratar a todos de forma isonômica.

Contudo a sociedade contemporânea é composta de classes sociais que possuem diferenças gritantes, as quais devem ser harmonizadas para que se mantenha o equilíbrio do corpo social do Estado.

As Constituições atuais ----- e a do Brasil é um dos melhores exemplos deste novo perfil do direito -----, antes de prescreverem normas-regras, ditando comportamentos a serem seguidos pelos membros da sociedade, valem-se das normas-princípios, focando finalidades a serem atingidas pelo corpo social.

Esses objetivos, impostos pelos princípios, na maioria das vezes resultam de compromissos assumidos por forças políticas antagônicas que buscam um consenso mínimo, mas não definitivo. Daí por que o caráter aberto das normas constitucionais exige uma nova leitura da igualdade, enfocando o sentido material ou substancial.

A isonomia material, na esteira da afirmação aristotélica, significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Noutras palavras, não se pode tratar igualmente pessoas diferentes ou situações diversas.

O legislador, ao fazer a norma, e o juiz, ao aplicá-la, devem evitar a discriminação desarrazoada, isto é, aquela sem justificativa objetiva e sem critérios valorativos previstos nos Textos Constitucionais.

Pois bem, a aferição da justificativa do tratamento não isonômico e o uso de critérios diferenciados devem ser realizados "através do princípios da proporcionalidade (em sentido amplo)" (CANOTILHO, 1998:1162),

porque, em última análise, a Constituição Federal admite tratamentos normativos diferenciados quando estes forem adequados e exigíveis para atingir uma finalidade tida como razoável.

Nesse rumo de idéias, fácil concluir que o postulado normativo da proporcionalidade, antes de ofender a igualdade, é o meio adequado para controlá-la, porque hoje o que se pretende é a igualdade material.

Também a questão da segurança jurídica não fica abalada com a aplicação da proporcionalidade, consoante passamos a demonstrar.

A segurança jurídica, em termos de aplicação da norma jurídica, tradicionalmente significava a previsibilidade das decisões judiciais. Por isso era possível, pela análise do caso concreto à luz das normas constitucionais, fazer um prognóstico seguro do resultado final da demanda, já que as normas-regras enfatizam comportamentos, por meio de modais deônticos (proibido, permitido, obrigatório) a serem seguidos pelos destinatários do aludido comando, de acordo com a hipótese de incidência prevista na norma.

Entretanto, as normas-princípios, ao enfatizarem objetivos a serem alcançados, sem prescrever a conduta a ser seguida, dificultam o prognóstico da decisão judicial, porque a liberdade dos meios para atingir uma finalidade deve ser cotejada com outros meios, igualmente aptos para atingir a mesma finalidade.

Isso não significa incerteza ou insegurança jurídica, mas apenas a mudança de padrão de expectativas no que tange à expressão "segurança jurídica", que, agora, deve ser entendida como vinculação do juiz a determinado conteúdo finalístico da norma e, ainda, a determinado procedimento para tomar uma decisão.

O conteúdo finalístico da norma se obtém por intermédio da interpretação, enquanto o procedimento para a escolha da decisão, no caso de colisão de princípios, é a proporcionalidade, meio racional de fundamentar a decisão judicial.

Donde se conclui que a segurança jurídica, entendida da forma acima exposta, fica reforçada com o princípio da proporcionalidade, porque o juiz deixar de aplicar, automaticamente, uma norma principiológica ao caso concreto, sendo necessário fundamentar os critérios que o levam a optar por aquela decisão, em detrimento de outra, a qual também é aceitável.

Finalmente, a terceira crítica que se dirige ao postulado normativo da proporcionalidade é a ausência de critério no que tange à ponderação de bens, isto é, a falta de um parâmetro seguro e objetivo que possa orientar a escolha do juiz quanto ao princípio que deve prevalecer e qual deve ceder.

Os partidários dessa crítica afirmam que a ausência de critério para aplicar o terceiro requisito do postulado normativo da proporcionalidade, ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, abre "el campo para el subjetivismo y decisionismo judiciales" (ALEXY, 2002:157).

O fulcro da crítica é a irracionalidade da proporcionalidade quanto ao princípio que deve prevalecer, porque ausente parâmetro que permita controlar o acerto ou erro da escolha judicial quanto à ponderação de bens.

Alexy responde à citada crítica aduzindo que a ponderação é um procedimento racional, porque o juiz deve justificar as condições que fizeram estabelecer uma relação de precedência entre os princípios. É a chamada "lei de colisão".

A "lei de colisão" determina que o julgador indique a situação de tensão entre os princípios. A análise dessa situação deve ser feita no caso concreto, não de forma abstrata, indicando as vantagens e desvantagens de optar por determinado princípio em detrimento de outro. Mister indicar em que condições um princípio prevalece sobre o outro, ou seja, estabelecer uma relação de precedência condicionada. Interessante notar que a relação de precedência condicionada não consiste em um novo princípio, mas em uma regra de caráter geral.

Para evitar o subjetivismo na formulação da regra de precedência condicionada, o julgador deve argumentar racionalmente, isto é, pode valer-se livremente dos métodos de interpretação, mas sempre de forma objetiva e justificada à luz da razão do homem médio.

Estabelecida a regra geral da relação de precedência condicionada, passa-se à análise específica do caso concreto por meio da chamada "lei da ponderação", ou seja, "quanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (ALEXY, 2002:161).

Óbvio que a aplicação da lei de ponderação exige a valoração dos princípios, que reduz, em pequena escala, a racionalidade; todavia, essa redução é insuficiente para tachar o postulado normativo da proporcionalidade de irracional, porque todo e qualquer fenômeno jurídico exige uma valoração.

A valoração dos fatos e das normas é parte integrante do direito, segundo a teoria tridimensional de Miguel Reale, donde se conclui que a plenitude do fenômeno jurídico determina que, racionalmente, sejam estruturados e interligados, em um todo coeso, o fato, a norma e o valor.

Não é porque a valoração está presente na ponderação ou na proporcionalidade em sentido estrito que o postulado normativo da proporcionalidade

não deve mais ser aplicado. Como o valor está presente em todo o direito, estranho seria se não estivesse presente na proporcionalidade.

Assim, o que é apontado como crítica a bem da verdade é uma constatação que perpassa todo o direito que não pode ser acusado de irracional, porque é um sistema, estruturado racionalmente, "segundo uma integração normativa de fatos segundo valores" (REALE, 2003:67).

3 A Constituição como sistema aberto de princípios e regras e o papel dos valores

3.1 Introdução

Os teóricos do direito tecem acalorados debates sobre a norma jurídica e suas espécies. Nos últimos tempos, a polêmica envolvendo Herbert Hart e Ronald Dworkin foi uma das mais importantes. Enquanto Hart sustentou que sistema jurídico seria composto apenas de regras, Dworkin defendeu a idéia de os princípios, ao lado das regras, também fazerem parte do sistema (GUERRA FILHO, 2002:135).

Percebe-se ser recorrente a referência a idéia de princípio ligada à de sistema, porque o princípio não é único, tampouco existe de forma isolada. Lembre-se que o princípio é uma espécie de norma, assim como a regra.

Por outro lado, a idéia da existência de várias normas é plenamente aceita na doutrina, haja vista que existe a colisão de princípios, bem como a contradição entre regras.

Também já se deixou assentado que a contradição de regras se resolve no campo da validade, uma vez que se trata de uma antinomia aparente, enquanto a colisão de princípios se resolve no campo da validade e também no do peso, porque estamos em face de uma antinomia real.

Destarte, a validade é uma idéia-chave para a solução das antinomias, quer aparentes, quer reais. Porém, a validade não é requisito intrínseco das normas, mas apenas uma relação que se estabelece entre elas, a reforçar a existência de um conjunto de normas, visto como sistema.

Também não se pode descurar do fato de que, ao lado das regras e princípios, existem também os valores. É necessário, portanto, esclarecer o papel destes últimos dentro do sistema jurídico.

Assim sendo, após o estudo da célula do direito, ou seja, a norma e seus tipos, mister agora analisar o conjunto, isto é, o sistema normativo pelo qual a totalidade do direito se manifesta. A partir daí se procurará enfocar a posição dos princípios dentro da Constituição, visando extrair as conseqüências práticas daí advindas.

3.2 O conceito de sistema

O vocábulo "sistema" é de origem grega ---- *synístemi*, dando a idéia de estar junto de, de reunião ou construído. O emprego dessa palavra, na Grécia, de maneira geral, estava ligado à idéia de uma totalidade, que apontava para uma ordem qualquer.

Além desse uso genérico, o étimo sistema também teve usos restritos, dentre os quais convém destacar que os estóicos entendiam por sistema a *téchne*, um conjunto de regras obtidas pela experiência, mas logicamente repensadas para chegar à perfeição (FERRAZ JR., 1997:123).

Ressalte-se, por oportuno, que a palavra "sistema" não fez parte do vocabulário escolar dos gregos e muito menos foi utilizada no latim, que preferiu o conceito análogo de *constitutio*.

O uso escolar do termo "sistema" foi empregado na teoria da música por Martianus Capella, que lhe atribuiu a conotação científica importante, conhecida por *perfectum et absolutum* (FERRAZ JR., 1997:124).

O termo sistema, utilizado como um método para entender a realidade, iniciou-se no século XVII, na obra de Bartholomäus Keckermann, denominada *System logicae tribus libris adornatum* (1600), que definiu

(...) sistema, de um lado, como conjunto de sentenças, verdadeiras, e de outro, como método que visa à perfeição, apoiando-se na definição estoíca de arte e ligando-a à teoria das *artes liberales* (FERRAZ JR., 1997:124)

Posteriormente, Malebranche, com a obra *De inquirenda veritate libri sex*, discute a idéia de sistema pelo prisma subjetivo, isto é, pela intuição genial se cria o sistema, que é um conceito ideal acerca de dada realidade.

No século XVIII, principalmente com Cristian Wolff, a idéia de sistema ganhou conotação própria, não se confundindo mais com método ou classificação. Sistema, segundo Wolff, é "um conjunto de verdades ligadas entre si e com seus princípios" (apud ABBAGNANO 2003:908).

Essa concepção de sistema, denominada "matemática" ou "mecânica", tem como noção central a relação de identidade entre o todo e a soma das partes, e a relação se estabelece por meio de regras lógicas de dedução, consoante o escólio de Tércio Sampaio Ferraz Jr., que, com base nos ensinamentos de Lambert, asseverou que "sistema é para ele (Lambert) um todo fechado, em que as relações entre as partes e o todo, e entre as partes entre si, estão perfeitamente determinadas, segundo regras próprias" (1997:125).

Kant abandonou o modelo matemático ou mecânico de sistema, substituindo-o pelo orgânico. O sistema, segundo Kant, não constitui uma mera soma de partes que origina o todo, mas uma *unidade* de idéia que, agindo de forma teleológica, liga as partes e forma o todo.

Nicola Abbagnano, no seu *Dicionário de filosofia*, em síntese lapidar bem estabeleceu a diferença entre as concepções de sistema de Wolff e Kant:

A noção de S. moldava-se assim na de procedimento matemático. Kant subordinou-a a outra condição: a unidade do princípio, que fundamente o sistema, pois ele entendeu por S. "a unidade de múltiplos conhecimentos, reunidos sob uma única idéia"; afirmou que o S. é um todo organizado finalisticamente (*articulatio*), e não um amontoado (*coacervatio*); pode crescer de dentro para fora (*per intussusceptionem*), mas não de fora para dentro (*per appositionem*), sendo, pois, semelhante a um corpo animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção do conjunto, torna cada um dos membros mais forte e mais apto a seu objetivo (*Crít. r. Pura*, Doutr. do método, cap. III). Com base nisso, Kant fala de "unidade sistemática do conhecimento, da qual as idéias da razão pura tentam aproximar-se" (*Ibid.*, Dialética, cap. II, seq. I). A unidade do S., ou seja, sua possibilidade de derivar de um único princípio é a característica que determinou o sucesso dessa noção na literatura filosófica romântica (2003:908-9).

Em resumo, a pluralidade de sentidos da palavra sistema chegou até as dias atuais, a ponto de existirem várias definições para o seu uso, todas colhidas no *Novo dicionário da língua portuguesa* de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, consoante alguns trechos abaixo transcritos:

Sistema. [Do gr. *systema*, 'reunião, grupo', pelo lat. *systema*]. S. m. 1. Conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação (5). 2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, que funcionam como estrutura organizada: *sistema penitenciário*; *sistema de refrigeração*. 3. Reunião de elementos naturais da mesma espécie que constituem um conjunto intimamente relacionado: *sistema fluvial*; *sistema cristalino*. 4. O conjunto das instituições políticas e/ou sociais, e dos métodos por elas adotados, encarados quer do ponto de vista teórico, quer do de sua aplicação prática: *sistema parlamentar*, *sistema de ensino*. 5. Reunião coordenada e lógica de princípios ou idéias relacionadas de modo que abranjam um campo do conhecimento: *o sistema de Kant*; *o sistema de Ptolomeu*. 6. Conjunto ordenado de meios de ação ou de idéias tendente a um resultado; plano, método: *sistema de vida*; *sistema de trabalho*, *sistema de defesa*. 7. Técnica ou método empregado para um fim precípuo: *sistema Taylor* (de Frederick W. Taylor - 1856-1915); *sistema Braille* (de Louis Braille - 1809-1852). 8. Modo, maneira, forma, jeito: *Adotou um novo sistema de pentear os cabelos*. 9. Complexo de regras ou normas: *um sistema de futebol*; *um sistema de corte e costura*. 10. Qualquer método ou plano especialmente destinado a marcar, medir ou classificar alguma coisa: *sistema métrico*; *sistema decimal*. 11. Hábito particular; costume, uso: *A cozinheira tinha o sistema de preparar as refeições com antecedência (...)* (1981:1308).

Analisando os vários conceitos de sistema acima expostos, percebe-se que estão sempre presentes os seguintes requisitos: a) conjunto de elementos; b) relação entre os elementos do conjunto para obter uma unidade.

Pois bem, um conjunto de elementos, por si só, forma uma ordem, mas não um sistema. Isto porque a ordem representa a reunião ou o agrupamento de elementos, sem ter necessariamente uma organização. Dessa forma, para que se possa falar em sistema, ao lado do conjunto de elementos mister a existência de uma organização que dê unidade à multiplicidade deles.

Essa a razão porque a idéia de sistema pressupõe duas características básicas: a ordenação e a unidade (CANARIS, 2002:12).

A ordenação significa o repertório do sistema, ou seja, os elementos que estão agrupados. A unidade representa a estrutura do sistema, a saber, os modos de relacionamento entre os diversos elementos (FERRAZ JR., 2003:176).

Neste diapasão e seguindo agora as lições de Marcelo Neves, pode-se afirmar que:

(...) todo sistema implica elementos (reais ou proposicionais), relações e também unidade, que pode decorrer de uma fundamentação unitária (sistema proposicional) ou da forma em que se apresentam ao sujeito cognoscente os modos de se relacionarem os seus elementos (sistema real ou empírico) (1988:02).

Esse também é o magistério de Lourival Vilanova, segundo o qual o sistema implica ordem, isto é, uma ordenação das partes constituintes, relações entre as partes ou elementos. As relações não são *elementos* do sistema. Fixam, antes, sua forma de composição interior, sua modalidade de ser *estrutura* (1997:173).

Também não se deve olvidar que a idéia de sistema é muito antiga, sendo utilizada pelos vários ramos do conhecimento humano, tendo em conta que constitui uma forma de recortar um trecho da realidade para procurar conhecê-lo e explicá-lo de forma racional.

Daí por que se deve diferenciar o sistema de conhecimento, chamado de lógico ou científico, do sistema dos objetos sobre os quais recairá o conhecimento, denominado real ou empírico (CANARIS, 2002:13).

O sistema empírico ou real parte dos fenômenos físicos, psíquicos ou sociais, cujas relações de causalidade são apreendidas pela experiência e observação e estruturadas racionalmente pelo sujeito cognoscente.

É um sistema empírico-causal no que tange aos fenômenos físicos e empírico-cultural quanto aos sociais. A unidade desses sistema é dialética porque pressupõe a interação de forças antagônicas.

A seu turno, o sistema científico ou lógico objetiva racionalizar o conhecimento, mediante esquemas de raciocínio. Divide-se em nomológico e nomoempírico: os primeiros se desenvolvem a partir de axiomas, mediante um processo de dedução, sendo irrelevantes os dados da experiência (*e.g.*, matemática); já os últimos se referem a objetos reais e, portanto, são condicionados pela experiência (*v.g.*, direito) (NEVES, 1988:6).

Os sistemas nomoempíricos distinguem-se, pela sua função, em teóricos e prescritivos, ou seja, em sistema da ciência jurídica e sistema do direito positivo, para se utilizar a terminologia de Lourival Vilanova (1997:169).

Os sistemas teóricos visam conhecer e descrever as maneiras pelas quais se relacionam os dados reais ou as proposições prescritivas. A coerência do sistema é uma condição necessária, pois as asserções teóricas têm a pretensão de ser verdadeiras.

Em compensação, "os sistemas prescritivos (ou normativos) têm por função direcionar a conduta humana em um determinado sentido, incluindo-se no 'mundo' da *praxis*." (NEVES, 1988:7). As proposições desse sistema visam ser válidas para que possam ser exigidas e, portanto, reconhecidas como normas.

Impõe-se agora descobrir, historicamente, como a idéia de sistema passou a permear a ciência jurídica e também o próprio direito positivo.

3.3 Estado e sistema jurídico

A idéia de sistema no campo da ciência do direito é relativamente recente, podendo ser localizada na Era Moderna, quando o direito passou a ser visto como uma ordenação racional de conduta. Esse período da história caracterizou-se pelo antropocentrismo.

Nessa época, o conhecimento do direito pressupunha a idéia de um método que fosse capaz de certa neutralidade, o que se obteve por meio do emprego de uma lógica formalista, na medida em que o direito se legitima perante a razão pela exatidão lógica da concatenação de suas proposições (FERRAZ JR., 2003:67).

Partiu-se da idéia de as várias normas jurídicas não estarem vinculadas entre si, mas dispersas, formando um verdadeiro caos, sistematizado por meio do labor do jurista. Assim, a estruturação das normas jurídicas em uma ordem é criação do operador do direito. Por isso, temos o sistema jurídico como *sistema*

extrínseco ou *externo* porque o liame entre as normas é gerado pelo intérprete e não pelo legislador.

Não resta dúvida de que, historicamente, esse posicionamento metodológico foi a primeira manifestação de sistema na seara do direito, culminando com a chamada "jurisprudência dos conceitos".

Entretanto, ao lado da necessidade de uma técnica científica do conhecimento do direito que desse unidade à multiplicidade de normas, apercebeu-se que as próprias normas jurídicas são postas pela razão humana, a qual busca uma regulação genérica e abstrata dos comportamentos, necessária para legitimar o Estado Moderno e desenvolver o capitalismo.

O Estado Moderno, diante da noção de soberania, que consiste no monopólio da força exercido por meio do poder disciplinar, pressupõe a existência de normas que legitimem a atuação dele, Estado, em face do particular e da sociedade.

Além disso, o desenvolvimento do capitalismo exigia certa segurança jurídica, a impor a existência de normas previamente editadas, as quais formassem um conjunto ordenado de comandos que não podia impedir o desenvolvimento das trocas comerciais e da acumulação de riquezas.

Para atender aos objetivos do capitalismo emergente e legitimar o poder disciplinar, entendido como soberano, o Estado passou a centralizar a produção normativa, motivo pelo qual somente era considerado direito a norma, entendida como lei, posta pelo Estado.

Ademais, as normas postas pelo Estado, como produto da razão do homem, são dotadas de coerência e harmonia, impondo ao jurista descobrir a

estrutura que ligava as várias normas jurídicas, daí por que o direito passou a ser visto como *sistema interno*, dotado de racionalidade intrínseca, criada pelo legislador, a qual seria revelada pelo jurista.

Em suma, a idéia de sistema interno ou intrínseco passou a ser utilizada para designar um conjunto de normas, impostas pelo Estado e estruturadas racionalmente.

O direito, visto como sistema interno, gerou várias escolas jurídicas, das quais são exemplos a Jurisprudência de Interesses, a Escola do Livre Direito e a Teoria Marxista do Direito (BONAVIDES, 2003:112).

À guisa de conclusão, tem-se que a idéia de sistema, introduzida no pensamento jurídico no século XVII, tornou-se um termo técnico no século XVIII, passando a ser visto como sistema externo. Todavia, a partir dos séculos XIX e XX o sistema interno passou a ser a preocupação das várias escolas do direito e continua a ter enorme repercussão até os dias atuais, porque é o critério de pertinência e validade da norma jurídica.

3.4 Dinamicidade e abertura do sistema jurídico

É preciso explicitar o conceito de sistema jurídico que iremos utilizar no presente trabalho para evitar equívocos, porque a citada expressão "tem uma pluralidade de sentidos que torna a investigação equívoca, se não for esclarecida de antemão" (FERRAZ JR., 1976:8).

Tanto é verdadeira a assertiva acima que Norberto Bobbio (1999:75-80) dividiu três empregos usuais para a expressão sistema jurídico, a saber:

a) sistema dedutivo, isto é, as várias normas jurídicas do ordenamento são redutíveis a alguns princípios gerais, considerados da mesma maneira que os postulados de um sistema científico;

b) sistema indutivo, ou seja, parte-se do conteúdo das normas com o escopo de construir conceitos gerais, classificações e divisões do direito tal qual as classificações do zoólogo no reino animal;

c) ordenamento jurídico, que exclui a incompatibilidade das normas, busca-se a coerência entre as normas do aludido ordenamento.

No presente trabalho, partiremos da idéia de que o sistema jurídico é composto por fatos, valores e normas. Ademais, por questões epistemológicas, estudaremos apenas o subsistema normativo, que é prescritivo, e, portanto, interessa-nos estudar a relação que se estabelece entre as normas do direito positivo brasileiro, especificamente entre os princípios e regras da Constituição Federal de 1988.

Feitas as advertências acima, antes de prosseguirmos mister deixar claro que os elementos que irão compor o repertório e a estrutura do sistema jurídico são opções teóricas de fundamento zetético do operador do direito. Não têm o cunho de definitividade, antes são especulativas.

Tais ponderações são necessárias porque grassa enorme divergência na filosofia e na teoria geral do direito sobre os elementos que compõem o sistema jurídico, a ponto de Tércio Sampaio Ferraz Jr. obtemperar:

Assim, as teorias (zetéticas) do ordenamento ora estreitam o repertório, considerando elementos do ordenamento apenas as normas (Kelsen), ora reconhecendo nele normas, fatos, valores (Reale); do mesmo modo, a estrutura merece discussões, havendo quem lhe atribua um caráter lógico-formal (assim, de modo indireto, Kelsen, ao dizer que as normas manifestam um sistema pela concatenação lógica das proposições jurídicas com que a

ciência do direito as descreve); ou veja na estrutura relações dialéticas (de implicação-polaridade - Reale) (2003:177).

Partindo da concepção de Kelsen, o sistema jurídico é composto exclusivamente por normas que se relacionam por meio de puras leis da lógica. Não há diferença entre sistema jurídico e sistema normativo que é um todo ordenado, fechado e completo.

O sistema é fechado e completo porque toda conduta humana está regulada pelo direito, quer positivamente, quer negativamente. Assim, uma ação é proibida, permitida ou obrigatória, não havendo nenhuma conduta deonticamente neutra. Partidários dessa teoria são, entre outros, Zittelamnn (apud BOBBIO, 1999:133) e Kelsen (1987:263).

Também o sistema é fechado e completo porque o campo jurídico seleciona e disciplina apenas alguns aspectos da realidade. Assim, não há lacunas no direito porque os fatos que não estão juridicamente previstos no sistema são considerados juridicamente irrelevantes ou "deonticamente neutros", para usar a feliz expressão de Lourival Vilanova (1997:218). Karl Bergbohm e Santi Romano foram os defensores deste posicionamento (apud BOBBIO, 1999:128).

Essa concepção do sistema jurídico é do tipo lógico-formal e tem por fundamento um conceito positivista de ciência, extraído da matemática e das ciências naturais, uma vez que entende ser o sistema normativo uma concatenação coerente de proposições jurídicas, livre de contradições e sem lacunas. Todos os fatos estão regrados, porque o não proibido, é implicitamente autorizado.

O sistema lógico-formal pode ser dividido em duas vertentes. A primeira, chamada de jurisprudência de conceitos, pugna que a unidade do sistema tem por fundamento a coerência das normas jurídicas. A segunda, axiomático-dedutiva, entende que todo o sistema pode ser reduzido, por meio de processo

mental lógico, a axiomas que seriam permanentes, ou seja, os preceitos do direito natural.

Por certo essa concepção formal não pode ser aceita, porque o sistema normativo prescritivo não é completo, e, portanto, admite a existência de lacunas, consoante veremos com mais minúcias. Além disso, o sistema não é lógico, na medida em que as normas regulam condutas por meio dos valores, os quais estão em permanente evolução. Destarte, impossível reduzir o sistema a alguns poucos axiomas ou buscar coerência em valores antagônicos.

Ademais, o sistema jurídico admite a antinomia real, que é aquela existente quando ocorre a colisão de princípios, daí por que não é possível a solução dessa colisão apenas no campo da lógica (validade), mas por intermédio do posicionamento axiológico (peso).

A Escola do Direito Livre, cujo expoente é Eugen Ehrlich, demonstrou que a completude do sistema jurídico, defendida pelo sistema lógico-formal, é um dogma, cujo fundamento é o monismo estatal, ou seja, ver o Estado como a única fonte do direito.

Contudo, é patente que o sistema normativo positivo é incompleto em face da realidade complexa, uma vez que as normas postas pelo Estado envelhecem ou são insuficientes para fazer frente aos novos relacionamentos que surgem no meio social.

O descompasso entre o sistema normativo do Estado e os novos conflitos sociais demonstra que o sistema jurídico é incompleto, porque repleto de lacunas.

A "lacuna é uma incompletude insatisfatória no seio de um todo", devendo entender-se por todo jurídico a lei positiva e o direito consuetudinário. Assim, quando se fala em lacuna jurídica significa que a lei e o costume não fornecem uma resposta imediata ao problema jurídico (ENGISCH, 1983:267-80).

A ausência de resposta pode ocorrer pelo fato de o todo jurídico não abranger um trecho da realidade fenomênica (lacuna autêntica) ou ocorrer um dissonância entre o todo jurídico e o sistema de valores (lacunas não autênticas).

Também é possível que a lacuna tenha sido desejada pelo legislador, que preferiu deixar a resposta à questão jurídica ao prudente arbítrio do juiz (lacuna intencional), ou tenha sido ocasionada por descuido do legislador, porque não previu a situação problemática, embora pudesse fazê-lo, ou, por questões contextuais e históricas, não tinha como prevê-la (lacuna não intencional).

Finalmente, considerando o caráter histórico do direito e, portanto, sua mutabilidade, a lacuna pode ser primária, quando do nascimento da norma, ou secundária, porque decorre da modificação de situações de fato ou do sistema de valores (ENGISCH, 1983:287).

A breve tipologia acima exposta quer demonstrar ser a lacuna uma inadequação normativa, isto é, o sistema normativo não responde às necessidades do sistema fático ou do sistema valorativo, os quais estão em constante intercâmbio.

Para superar a objeção acima, o sistema jurídico passou a ser visto como conexão de problemas, ou seja, parte-se da visão de que o sistema é um produto da história, mutável. Assim, a unidade do sistema não está nas normas, alteráveis a qualquer momento, mas no fato de elas existirem em decorrência de problemas que surgem na sociedade. Os problemas criam a necessidade de

soluções, as quais têm por fundamento a norma jurídica. Segue-se que os problemas estruturam o sistema jurídico.

Dessa maneira, o sistema tem unidade pela conexão de problemas a serem resolvidos pelo juiz, "daí a possibilidade de um sistema, que não resulta, porém, de uma vontade ordenadora, mas é o resultado não querido de um trabalho orientado para outros fins" (FERRAZ JR., 1997:135).

O tendão de Aquiles dessa concepção, defendida entre outros por Max Salomon (apud CANARIS, 2002:45), é esquecer que o direito não é uma conexão de problemas, mas uma conexão de soluções de problemas. Considerando que as soluções estão nas normas, nos fatos e nos valores do sistema, por óbvio, a sua unidade deve ser buscada dentro do sistema e não nos problemas, que são isolados, carecem de um elemento instigador de sentido e estão fora do sistema.

Há, ainda, a visão do direito como sistema de relações humanas realizadas por meio das normas; logo, o sistema jurídico tem como unidade as relações sociais por ele tuteladas.

Critica-se esse posicionamento acerca do sistema porque acaba por confundir o fato social e a norma jurídica, os quais são distintos, dado que as relações sociais existem mesmo quando não estão tuteladas pelo direito. Ademais, os valores, que permeiam o tecido social e são acolhidos na norma jurídica, ficam relegados a segundo plano.

Existe também a idéia do direito como sistema da jurisprudência de interesses, em que a unidade do sistema jurídico não existe porque não há nenhum valor superior que possa dar-lhe essa unidade.

Resulta daí que o sistema normativo serve apenas para decidir conflitos a serem resolvidos por meio da interpretação e da analogia das normas. Assim, é deixado de lado o conteúdo axiológico do direito, já que o papel do sistema é decidir uma lide, principal interesse das partes.

A jurisprudência de interesses acaba por destruir a noção de sistema, porque relega a unidade do direito a plano secundário ou inexistente, a ponto de se poder dizer, sem medo de errar: "para a antiga 'Jurisprudência dos Interesses', escola de larga influência na metodologia jurídica, o direito não constituía unidade sistemática de espécie alguma" (FERRAZ JR., 1976:1).

Entretanto, não se deve olvidar que a finalidade do sistema é solucionar conflitos, mediante normas dotadas de conteúdo ético, daí por que a questão axiológica não pode ser excluída da idéia de sistema, como, infelizmente, acabou ocorrendo com a "Jurisprudência dos Interesses".

As correntes de pensamento acima expostas, as quais não esgotam o tema mas são bastante ilustrativas, pecam por adotar uma visão unilateral e reducionista do direito, vindo bem a calhar a lição de Marcelo Neves:

Todas as concepções reducionistas (idealistas, formalistas ou realistas), portanto, apresentam obstáculos intransponíveis à compreensão, seja parcial ou integral, do universo jurídico. Em verdade, o complexo fático e as conexões de sentido normativas e axiológicas constituem subsistemas de um todo ontologicamente dialético, o sistema jurídico (1988:13).

Uma proposta mais bem elaborada sobre o fechamento do sistema jurídico foi realizada por Niklas Luhmann, com a idéia de sistema autopoietico, transportada da biologia para a sociologia.

"O sistema jurídico, sendo autopoietico, é fechado, logo, demarca seu próprio limite" (GUERRA FILHO, 2001:189). Assim, deve-se diferenciar

o sistema jurídico do meio onde inserido, ou seja, o sistema social que é comunicacional.

O sistema jurídico, por ter um código de comunicação específico, é autônomo em relação ao meio que se encontra. Isso porque é o sistema jurídico que decide quais elementos de outros sistemas serão considerados para a sua auto-produção. Noutras palavras, o sistema jurídico tem seus próprios códigos de verificação do lícito e do ilícito.

Contudo, a autonomia não significa isolamento, afinal o sistema jurídico está em constante intercâmbio com o sistema social, composto pela moral, religião, política etc. Esse intercâmbio é obtido por meio do acoplamento estrutural (CAMPILONGO, 2002:95), isto é, o sistema jurídico possui sua própria forma de captar as mudanças do meio e processar, em seu interior, sua transformação.

O intercâmbio ente o sistema jurídico e o sistema social é regulado pelos códigos de comunicação do primeiro, daí porque se pode dizer que o sistema jurídico autopoietico tem fechamento meramente operacional.

A crítica que se costuma fazer a teoria de Luhmann é que o ser humano deixa de ser considerado na visão do direito e, em seu lugar, coloca-se a comunicação; logo, o sistema jurídico é analisado apenas sob o prisma da funcionalidade.

Em que pese não concordemos com a mencionada crítica, haja vista que a teoria de Luhmann pretende, na verdade, "aprimorar os instrumentos de auto-observação, i. e., da comunicação com a sociedade acerca da sociedade" (apud GUERRA FILHO, 2001:210), fato é que a citada teoria é de difícil compreensão porque de elevado grau de abstração. Além disso, o sistema autopoietico não se ajusta perfeitamente à realidade brasileira onde o grau de integração dos vários setores sociais é ainda baixo ou precário.

Por isso, tem total pertinência a advertência do professor Willis Guerra Filho porque

A concepção da ordem jurídica como um sistema autopoietico não se ajusta à *realidade* dos setores pré-modernos ou tradicionais (periféricos) das sociedades e/ou grupos sociais, e isso, na maioria dos casos, em razão do seu baixo nível de integração social (2001:210).

Feitas tais ponderações, entendemos que o sistema jurídico, realmente, caracteriza-se por ser uma troca constante de informações entres os fatos, os valores e as normas, contudo não se trata de um sistema fechado, mas sim de um sistema aberto, que, segundo Bertalanffy "define-se como um sistema em troca de matéria com seu ambiente, apresentando importação e exportação, construção e demolição dos materiais que o compõem" (1977:193).

Esse também é o entendimento de Lourival Vilanova, que acrescenta:

O sistema jurídico é *sistema aberto*, em intercâmbio com os *subsistemas sociais* (econômicos, políticos, éticos), sacando seu conteúdo-de-referência desses subsistemas que entram no sistema-Direito através dos esquemas hipotéticos, os *descritores* de fatos típicos, e dos esquemas consequenciais, onde se dá a *função prescritora* da norma de Direito. (1997:180).

Partidários desta corrente também são Eros Roberto Grau, para quem "o sistema jurídico é um sistema aberto, não fechado. Aberto no sentido de que é incompleto, evolui e se modifica" (2003:22), e Marcelo Neves, que aduziu não se poder afirmar o "fechamento do sistema jurídico, pois a completabilidade implica permanente renovação do ordenamento jurídico, com a incorporação de matérias imprevistas" (1988:31).

Dessa forma, o sistema jurídico é um conjunto de princípios e regras que se relacionam por meio de um conjunto hierarquizado de valores, imposto

pelo Estado para regular fatos da vida humana. A coerência do sistema, embora não seja totalmente possível, é buscada por intermédio dos postulados normativos.

O sistema jurídico é uma totalidade que engloba três outros subsistemas, a saber: a) normativo; b) valorativo e c) fático. Tais subsistemas estão numa relação permanente, daí por que são chamados isomórficos, pois se referem sempre ao mesmo objeto, ou seja, a conduta humana. Assim sendo, os três subsistemas são interdependentes, e, havendo incongruência ou alteração entres eles, teremos a lacuna e a quebra da isomorfia (DINIZ, 2001:435).

Ocorre que, para fins epistemológicos, o presente trabalho centra-se no estudo das normas; logo, interessa-nos apenas analisar o subsistema normativo, o qual também é aberto, consoante lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

O sistema normativo jurídico é do tipo aberto, estando em relação de importação e exportação de informações com outros sistemas (o dos conflitos sociais, políticos, religiosos, etc.), sendo ele próprio parte do subsistema jurídico (2000:141)

Passemos a analisar a unidade do sistema normativo e, ainda, discutir a questão de sua coerência ou consistência.

3.5 A Constituição como unidade formal do sistema normativo do Brasil

A relação entre os princípios e as regras do sistema normativo é dinâmica porque pressupõe um processo de contínua transformação, ou seja, ocorre a edição de regras e princípios, a revogação deles e a mutação de interpretação de sentido das normas, gerando, por conseqüência, o reconhecimento da sua pertinência ao sistema e o problema de sua validade (KELSEN, 1987:209).

Por isso o sistema normativo deve ter unidade, para que se possa delimitar a sua extensão e identificar o que está dentro e fora dele, ou ainda, o que entra e sai do ordenamento jurídico.

Dentro da concepção de sistema como ordenamento jurídico positivo, a unidade do sistema deve ser buscada na norma que autoriza a produção de outras normas. Partimos de uma concepção formal de unidade, "significando que pertence ao ordenamento toda norma posta por *órgão* (autoridade) do *sistema*" (NEVES, 1988:26).

Essa visão do direito, adotada no presente trabalho, tem um viés ideológico, posto a descoberto pela teoria pragmática da norma jurídica, que defende não haver a unidade do sistema normativo, mas uma coesão de normas. Isto porque o sistema não é baseado numa única norma fundamental, mas admite várias normas-origens, que lhe dão um aspecto circular.

Neste diapasão, a norma-origem, que é a primeira dentro de uma série normativa, não goza de validade, mas é dotada de *imperatividade*, isto é, "possibilidade de impor um comportamento independente do concurso ou colaboração dos sujeitos e da verificação de qualquer forma de validade" (FERRAZ JR., 2003:191).

A imperatividade da norma-origem não é fulcrada em outra norma, tida como pressuposta, mas oriunda da estrutura do sistema que opera com valores e postulados normativos, tidos como "regras de calibração", cuja função é regular ou ajustar o funcionamento do sistema normativo.

Ante tais constatações, com a peculiar acuidade, Tércio Sampaio Ferraz Jr. aponta a ideologia que está por trás do dogma da unidade do sistema:

O que explica, no direito moderno, a preponderância do padrão constitucional, fundando no princípio da legalidade, e que conduz a dogmática a pensar o ordenamento como um sistema *unitário*, é uma razão de ordem ideológica: a forte presença do Estado e a concepção liberal do direito (2003:197).

Muito embora concordemos com a constatação acima, a verdade é que o sistema jurídico brasileiro é de cunho liberal, e a maciça presença do Estado, em todos os setores da vida social, é uma constante em nossa história, por isso não vejo razão para se abandonar o dogma da unidade do sistema normativo.

O problema que se propõe, agora, é descobrir qual a norma ou conjunto de normas que é o fundamento dessa unidade formal do sistema. Em que pese seja um problema tormentoso, impõe-se enfrentá-lo.

Hans Kelsen sustentou que a unidade do sistema normativo é representada pela norma hipotética fundamental, a qual não é posta, mas sim pressuposta, "porque é instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo" (1987:211).

Entretanto, ainda segundo Kelsen, em termos de ordenamento jurídico do Estado é a "Constituição material" que representa o "escalão de Direito positivo mais elevado", visto que aludida Constituição é que "regula a produção das normas jurídicas gerais" (1987:240).

Interessante assinalar que Kelsen sustenta ser a validade da Constituição material a Constituição lógico-jurídica que, como visto acima, é a norma hipotética fundamental.

Percebe-se, pois, que a norma hipotética fundamental é utilizada por Hans Kelsen tanto como pressuposto gnoseológico da ciência direito como pressuposto ontológico do direito positivo (VILANOVA, 1.997:177).

Em síntese, a norma hipotética fundamental determina que o operador do direito reconheça uma primeira norma, posta como fundamento de validade das demais normas do ordenamento jurídico positivo. Todavia, a validade da norma hipotética fundamental é uma "proposição lógico-transcendental" do pensar. Noutras palavras, a unidade do ordenamento jurídico acaba sendo uma única norma, a qual não está inserida no sistema.

Norberto Bobbio também entende que a unidade do sistema é baseada na norma fundamental, a qual condiciona a criação das demais normas inferiores, haja vista que o ordenamento jurídico é escalonado. Por outro lado, acima das normas constitucionais está a norma fundamental que também é pressuposta porque não escrita. Todavia, a norma fundamental não possui validade, mas apenas legitima o Poder Constituinte Originário. Assim, a unidade do sistema é baseada na norma fundamental que não tem validade, mas goza de efetividade, ou seja, é aceita por todos (BOBBIO, 1999:60).

A seu turno, Hart entende que a unidade do sistema é obtida pela norma última de reconhecimento, a qual está positivada no sistema, não sendo apenas pressuposta. Segundo Hart, essa norma de reconhecimento não é válida, simplesmente existe (2001:121).

Ademais, não se trata de uma norma única de reconhecimento, mas de um complexo normativo originário, isto é, "pode consistir no facto de terem sido legisladas por um certo órgão ou pela sua longa prática consuetudinária ou pela sua relação com decisões judiciais" (HART, 2001:105).

A norma última de reconhecimento é um centro de tensão permanente entre o mundo do *ser* e do *dever ser*. No plano externo, ou seja, no mundo do *ser*, significa a efetividade do sistema; já sob o prisma interno, isto é, o mundo do *dever ser*, é a regra de reconhecimento "que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada" (HART, 2001:117).

Pensamos que a razão está com Hart, haja vista que a unidade do sistema deve estar em uma regra última de reconhecimento que sirva ao mesmo tempo de fundamento de validade para a produção das outras e, ainda, se imponha como existente porque goza de efetividade.

Em termos de Brasil, a regra última de reconhecimento deve ser considerada a Constituição Federal de 1988 porque é o fundamento de validade das demais normas jurídicas, sob o aspecto formal, e também goza de efetividade, porque o povo segue e respeita os seus preceitos.

Esse também é o posicionamento de Lourival Vilanova, para quem "a unidade de um sistema de norma é decorrente de um superior fundamento-de-validade desse sistema ---- a Constituição positiva" (1997:180).

Entretanto, não se desconhece que a Constituição do Brasil de 1988 é dotada de inúmeros princípios e regras que impõem um conteúdo material necessário às normas inferiores. Isso não significa que a unidade do sistema seja também material, porque não há se confundir a questão da unidade do ordenamento jurídico com a sua coerência ou consistência.

A coerência ou consistência do ordenamento jurídico significa que todas as normas do sistema tenham significado uniforme, perfeito e linear, o qual é retirado da norma última de reconhecimento, *in casu*, a Constituição Federal.

Ocorre que a Constituição Federal é repleta de princípios, os quais expressam os valores básicos que formam a sua ideologia. Essas normas freqüentemente têm sentidos plurívocos, gerando conflitos entre as diversas autoridades oficiais incumbidas de as aplicar, fazendo com que um mesmo dispositivo constitucional tenha várias interpretações divergentes.

Assim, dentro da Constituição Federal, dependendo do valor tutelado por uma norma que determinada autoridade oficial pretenda implementar, possível contrariar outros dispositivos constitucionais que tutelem valores opostos.

Não é por outra razão que muitos atos normativos editados pelo Poder Executivo ou Legislativo são tidos por inconstitucionais pelo Poder Judiciário, o qual também, mormente no controle difuso, acaba por emitir decisões divergentes sobre um mesmo assunto. Em decorrência dessa situação, uma norma é considerada válida por certos setores da Administração, que as aplica, e inválida para outras, afastando sua aplicação.

Destarte, a coerência ou consistência do ordenamento jurídico é insustentável, por isso Canaris afirmou que um "sistema de princípios gerais de Direito não pode satisfazer o postulado da total ausência de contradições" (2002:102).

Todavia, não há confundir o sistema da ciência do direito com o sistema normativo prescritivo ou ordenamento jurídico, pois apenas este último não é dotado de coerência ou consistência. A ciência do direito deve ser formada por proposições teóricas isentas de contradição para que se possa falar em sistema científico.

Por seu turno, a Constituição é formada por proposições prescritivas, emitidas pelo Poder Constituinte Originário, as quais têm conteúdos variados e conflitantes. Essa pletora de normas, por óbvio, forma um sistema que não

é dotado de coerência, mas imerso em permanentes contradições, as quais devem ser eliminadas.

A eliminação das contradições não é automática e se trata de um processo contínuo que se aperfeiçoa pelas "regras de calibração" (FERRAZ JR., 2003:191), ou postulados normativos (ÁVILA, 2004:90) ou leis lógicas, os quais não fazem parte, em tese, do repertório do sistema, mas sim de sua estrutura; todavia, é comum a transformação de tais mecanismos lógicos de extirpação de antinomias do sistema em normas jurídicas para que o juiz, o legislador e o intérprete, que não é órgão do Estado, suprimam a contradição entre normas do mesmo sistema normativo positivo (VILANOVA, 1997:95)

Deve ficar claro que não é qualquer contradição entre normas que implica uma antinomia, mas somente a contradição que causa perplexidade ao destinatário das normas conflitantes.

Assim, duas condições são necessárias para que se reconheça a antinomia jurídica: I) a existência de duas normas, pertencentes ao mesmo sistema jurídico e igualmente válidas; II) a incompatibilidade entre elas, isto é, o cumprimento de uma delas impõe a desobediência a outra.

Ademais, dependendo da existência de critérios para a solução das contradições normativas, as antinomias podem ser divididas em aparentes ou reais. As primeiras são solucionáveis porque o sistema prevê formas de o intérprete optar por uma das normas; as segundas são aquelas em que o "intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de um critério ou por conflito entre os critérios dados" (BOBBIO, 1999:92).

O conflito entre regras, consoante acima exposto, é um conflito aparente porque o sistema indica, em geral, três critérios para solucioná-lo, a saber:

a) cronológico (*lex posterior derogat priori*); b) hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e c) da especialidade (*lex specialis derogat generalis*).

Como é evidente, os critérios de solução, acima indicados, pressupõem a existência de uma sucessão temporal de normas, ou a existência de uma hierarquia entre elas ou, ainda, a existência de peculiaridades em cada norma.

Entretanto, no caso das normas constitucionais originárias, isto é, as regras e princípios editadas pelo Poder Constituinte Originário, não há um critério seguro para solucionar eventuais contradições, que surgem com frequência.

Nesta situação, deve-se acatar as ponderações de Norberto Bobbio:

(...) a solução do conflito é confiada à liberdade do intérprete, ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas usadas pelos juristas por uma longa e consolidada tradição e não se limitando a aplicar uma só regra (1999:100).

Não será objeto de nossas preocupações discorrer sobre os postulados normativos da hermenêutica constitucional. Por outro lado, já abordamos, em tópicos distintos acerca da solução de antinomias entre regras e princípios constitucionais (2.5.8) para onde remetemos o leitor para evitar repetições desnecessárias.

Partindo da idéia de o sistema jurídico brasileiro ter um subsistema normativo, dotado de unidade formal, que lhe é conferida pela norma última de reconhecimento, ou seja, a Constituição Federal de 1988, deve-se perguntar se a própria Constituição pode ser considerada, isoladamente, como um sistema, o que faremos no próximo tópico.

3.6. A Constituição como um sistema aberto e dinâmico de regras e princípios

3.6.1 Introdução

A palavra "constitucionalismo" pode ser empregada para designar o estudo do direito constitucional de determinado Estado Soberano, mas também pode expressar a idéia de uma constituição escrita; finalmente, o termo "constitucionalismo" significa a noção de movimento tendente a impor normas jurídicas superiores de controle do poder soberano.

Nesta última acepção é que iremos empregar o termo "constitucionalismo", isto é, um movimento político-social que pretende disciplinar o poder soberano e, ainda, impor normas que visem a tutelar a dignidade da pessoa humana, quer no seu aspecto íntimo, quer no social.

A definição acima é propositadamente ampla porque pretende enfatizar que a idéia (constitucionalismo) está em constante mutação; desse modo, o termo "movimento", significando dotar uma sociedade de normas supremas, controladoras do exercício do poder e também reconhecedora de um rol, ainda que mínimo, de direitos à pessoa humana, está ligado à noção de cultura.

O constitucionalismo é um movimento histórico-cultural, produto de valores que a sociedade objetivamente reconhece como necessários à coexistência pacífica das pessoas.

Autores existem, entre os quais Canotilho, a sustentar que o constitucionalismo, no campo político, adota a ideologia liberal ou burguesa porque seus valores básicos visam a racionalizar o poder e reconhecer a liberdade formal da pessoa física em um documento jurídico máximo, chamado Constituição (1998:45).

Entretanto, pondera-se que o constitucionalismo, por ser um movimento, está sempre em transformação, e, hoje, além dos ideais liberais acima indicados, também se busca a plena igualdade entre as pessoas por intermédio da promoção de uma justiça social, garantidora não apenas de liberdade e igualdade formais, mas reais ou materiais.

Por esse motivo, a Constituição, hodiernamente, não apenas disciplina o poder político, mas também indica um extenso rol de direitos humanos fundamentais, englobantes da liberdade, igualdade e fraternidade, haja vista que a inserção e a proteção dos interesses difusos e coletivos nas Constituições contemporâneas são um reflexo de que o constitucionalismo já não está atrelado exclusivamente à ideologia liberal.

A par disso, o constitucionalismo está jungido a institucionalização de um documento supremo, composto de normas jurídicas, as quais organizam o poder e que todos devem respeitar dentro de uma sociedade. A esse documento deu-se, durante a Idade Moderna, o nome de "Constituição". No entanto, a idéia de normas jurídicas superiores, que disciplinam o poder, sempre existiu na história da Humanidade.

Os antropólogos sustentam que a diferença entre o homem e a natureza surge no momento em que se cria uma ordem simbólica, isto é, em que se estabelecem normas que devem ser obedecidas por todos como imperativo social de convivência.

Sucedem que, entre as várias sociedades que existiram ou existem, sempre é possível deparar com um certo conjunto de normas de maior hierarquia, as quais são chamadas, hoje, de jurídicas.

Os antropólogos constataram, ainda, que nas diferentes sociedades e civilizações sempre existiu a idéia de uma hierarquia entre as normas jurídicas, havendo as superiores e as inferiores. Geralmente as superiores se relacionam ao exercício ou legitimação do poder.

O termo "constituição", com o perfil de norma jurídica de elevado grau hierárquico que busca legitimar o exercício do poder, é bastante antiga. Todavia, o seu uso moderno enfatiza sobretudo a noção de limitação do poder, antes que sua legitimação.

Em decorrência da mencionada constatação, há uma enorme variedade de Constituições, que se expressam em tipos variados de normas, as quais serão sistematizadas de acordo com os períodos da história ocidental.

3.6.2 O constitucionalismo na Idade Antiga

Entre os hebreus já havia a existência de normas que limitavam o poder político, por meio da denominada "Lei do Senhor" (LOEWESTEIN, 1982:154).

Também os gregos conheceram a diferença entre normas no aspecto da hierarquia, a ponto de em Atenas haver uma distinção entre o *nómos*, ou seja, espécies de leis de caráter geral que organizam o Estado, e cuja alteração impunha um procedimento bastante difícil, e o *pséfisma*, isto é, normas de conteúdo variado que podiam ser mais facilmente alteradas (CAPPELLETTI, 1999:49-50).

Em Roma, principalmente, nos períodos clássicos e pós-clássico, o direito passou a ser criado por meio das Constituições Imperiais, que eram ordens supremas oriundas do Imperador.

As Constituições Imperiais se expressavam em quatro tipos de documentos: a) *edicta* ---- normas gerais; b) *mandata* ----- instruções que eram dadas aos governadores e funcionários das províncias; c) *rescripta* ----- pareceres jurídicos dados pelo Príncipe em face de consultas que lhe eram feitas por particulares ou magistrados e d) *decreta* ---- sentenças prolatadas pelo príncipe nos litígios que lhe eram submetidos (MOREIRA ALVES, 1990:43-44).

A nota característica do antigo constitucionalismo é a ausência de um único documento escrito que contivesse todas as regras legitimadoras do exercício do poder. Na verdade, as normas jurídicas superiores dos povos antigos eram um aglomerado de costumes, lendas e estatutos dispendo sobre a organização política e a forma de exercício do poder.

Não havia sistematização das normas jurídicas superiores em um documento singular, escrito e solene. Todavia, já se fazia distinção entre as leis constitucionais e as comuns, consoante se percebe pela leitura do livro *A política* de Aristóteles.

Com a queda do Império Romano e a invasão da Europa pelos bárbaros inicia-se a Idade Média, período em que haverá uma maturação da idéia da existência de normas superiores, não para organizar simplesmente o poder, mas principalmente para limitá-lo.

3.6.3 O constitucionalismo na Idade Média

O poder político, durante a Idade Média, estava centrado nos feudos. Conseqüentemente, a norma superior era aquela ditada pelo senhor feudal, dentro de seus domínios territoriais. Acontece que os reis, embora politicamente enfraquecidos, não estavam derrotados. Formalmente mantinham o poder que, de fato, era exercido pelos barões e bispos, a ponto de se poder dizer, sem medo de

errar, que a principal característica do Estado Medieval era a "limitação do poder real pela amplitude da *potestas* das autoridades locais" (JACQUES, 1977:23)

Ademais, devido às derrotas sucessivas dos reis franceses, obrigados a fazer muitas concessões para obter a paz, criou-se na França, a partir do século VI, a doutrina das "Leis Fundamentais do Reino". Basicamente essa doutrina fazia a distinção entre as "Leis do Reino", que seriam perpétuas e indisponíveis, e as "Leis do Rei", mutáveis e disponíveis. Em razão dessa diferença, criou-se, novamente, a distinção entre normas superiores, limitadoras do poder (Leis do Reino), e as demais normas, hierarquicamente inferiores e mutáveis (Leis do Rei).

Por outro lado, a citada doutrina instituiu a idéia da rigidez das "Leis do Reino", que para alguns doutrinadores da época eram imutáveis, enquanto para outros somente podiam ser alteradas por um processo especial em que houvesse a participação do clero, da nobreza e do terceiro estado.

Interessante observar que por meio da doutrina das leis fundamentais foi possível declarar nulos acordos celebrados pelos reis franceses, lesivos ao Reino, o que reforça a precedência e a superioridade desse tipo de norma.

Não houve a feitura de nenhum documento solene e escrito que prescrevesse as "Leis Fundamentais do Reino", tidas como fulcradas nos usos e costumes.

Também durante a Idade Média teve início a doutrina do pacto de sujeição, justificadora do poder do governo. O fundamento do poder era Deus; não obstante, o seu exercício era delegado ao Monarca, que devia governar com Justiça. O súdito devia obediência ao Monarca, enquanto este último se pautaria pelo critério da Justiça; caso contrário, abririam-se as portas para a desobediência, precedida da autorização do "Papa", representante de Deus na Terra.

Paralelamente às idéias acima expostas, houve aplicação prática da limitação do poder real na Inglaterra, que se operou por meio de uma peculiar evolução histórica, redundando na concretização de uma Constituição histórica, composta de documentos escritos esparsos e pelos costumes.

Já em 1215, pela Magna Carta, os barões ingleses conseguiram impor ao Rei João Sem Terra um documento escrito que limitava o poder deste último, reconhecendo prerrogativas liberais aos primeiros.

Posteriormente, por meio da *Petition of Rights*, de 1628, o Parlamento Inglês logrou impor limites ao poder real, obrigando-o a respeitar os direitos imemoriais do povo da Inglaterra.

Seguiu-se, então, um período de alta turbulência política, culminando na Revolução Gloriosa, que desaguou, em 1689, no *Bill of Rights*, uma declaração solene da supremacia do parlamento, eleito periodicamente, sobre o poder real, o qual ficou impedido de cancelar as leis votadas pelo Parlamento, legítimo representante do poder temporal.

Em síntese, é durante a Idade Média que as principais noções do constitucionalismo moderno foram sendo assentadas, quais sejam: a) normas de limitação do poder passam a ser redigidas em documentos solenes; b) tais normas gozam de posição hierárquica privilegiada; c) a modificação dessas normas, quando possível, sempre depende de um procedimento especial; d) o não-cumprimento destas normas superiores invalida atos do governo.

Com a decadência do regime feudal, os Monarcas assumiram novamente o centro do poder, principalmente pelo apoio da classe burguesa, que não

podia expandir seus negócios em um ambiente jurídico cujas regras eram diferentes em cada feudo.

3.6.4 O constitucionalismo na Idade Moderna

Com a consolidação das monarquias absolutas, o direito posto pelo Rei passa a valer em todo o território. Todavia, não se deve olvidar que ainda persistia o caráter estamental do direito, existindo normas específicas, destinadas ao clero, outras à nobreza e outras à burguesia.

O casamento entre a burguesia e a monarquia não teve vida muito longa, porque os reis passaram a exagerar no exercício de seu poder, sufocando a liberdade política e comercial, tão essenciais ao desenvolvimento dos negócios mercantis.

Assim, a burguesia buscou a emancipação política, procurando desvincular-se da vontade real e criando instrumentos jurídicos que lhe pudessem resguardar contra eventuais caprichos do governante. Abriram-se as portas para o constitucionalismo do período moderno.

O Estado Absolutista, com a concentração de poder nas mãos do Rei, acabou por descambar num Estado Despótico, em que a vontade dos membros da sociedade era totalmente desconsiderada, valendo apenas a vontade real, a ponto de se torna famosa a frase de Luís XIV: "O Estado sou eu".

A classe burguesa era quem bancava os governos absolutistas, mas não tinha vez ou voz no exercício do poder, gerando um grande problema de legitimidade do governo, na medida em que as normas que disciplinavam a circulação de riquezas não eram discutidas por aqueles que sofreriam as conseqüências de sua incidência.

Não bastasse a insatisfação da burguesia no campo político-social, também no campo da filosofia houve enorme revolução, uma vez que o Iluminismo pregava acima de tudo o primado da razão humana como fonte e fundamento do poder temporal.

Ainda que com diferentes pontos de vista, não resta dúvida de que Hobbes, com o *Leviatã*, Locke, por intermédio do *Tratado do governo civil*, e Rosseau, com o clássico *O Contrato social*, revolucionaram o pensamento político-filosófico desse período ao sustentar que o poder do governo é fruto de um pacto social entre os homens, isto é, o poder é exercido de acordo com o estatuto fixado pelos governados, dotados de liberdade inata, só podendo ser restringida nos limites autorizados no pacto.

É evidente que os citados doutrinadores não sustentavam que a sociedade se originou de uma reunião efetiva; partiam da premissa de que a sociedade somente podia ser explicada se concebida como acordo pactuado entre homens livres em seu estado de natureza.

Como o pacto social é feito por homens livres, que estruturam a sociedade e o governo de acordo com a razão que lhes é inata, tem-se a idéia de que o poder temporal deve ser racionalmente estruturado, para que seu exercício seja legítimo e garantida a liberdade dos homens.

Enfim, o constitucionalismo da Idade Moderna tinha uma ideologia liberal ou burguesa, que buscava a supremacia da liberdade do indivíduo. Isso era obtido com a limitação do poder dos governantes, mercê da sua estruturação e racionalização em um documento escrito, chamado de Constituição.

Com a independência das treze colônias da Inglaterra, situadas na América do Norte, inaugurou-se o Estado de Direito, com o poder racionalmente estruturado numa Constituição, vinda a lume em 17 de setembro de 1787.

A Constituição americana impôs a limitação do poder mediante sua tripartição entre órgãos diversos, que se fiscalizavam mutuamente. O equilíbrio do poder era mantido pelo sistema dos freios e contrapesos ("checks and balances"). Ademais, declarava-se uma relação de direitos individuais do cidadão, oponíveis ao poder do Estado.

Muito embora aludido documento tenha sido uma das primeiras Constituições escritas, criadas já sob o império das idéias do moderno constitucionalismo, forçoso reconhecer que a Constituição francesa foi a que popularizou, na Europa e no resto do mundo ocidental, a idéia de Constituição como documento escrito que legitima, estrutura e controla o poder do Estado.

A Revolução Francesa, ocorrida em 1789, derrubou o Antigo Regime, representado pelo clero e pela nobreza, e instituiu um novo Estado, que devia respeitar os direitos básicos e inalienáveis do cidadão.

Aliás, a preocupação primeira dos revolucionários franceses não foi a limitação do poder do Estado pela Constituição, mas o reconhecimento de que o homem é portador de direitos inatos, universais, e que por isso valem em todos os tempos, para todos os povos e em todos os Estados.

Em decorrência dessa preocupação com os direitos fundamentais básicos do homem, os quais deviam ser reconhecidos e respeitados pelos Estados soberanos, foi que se editou na França, após a Revolução, não uma Constituição, mas uma Declaração Universal, que reconhecia inúmeros direitos inalienáveis da pessoa humana, entre os quais a idéia de um Estado, cujo governo deve ser limitado por uma Constituição.

O artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão preconiza: "Toda a sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição".

Posteriormente, em 1791, editou-se a primeira Constituição escrita da França, adotando como modelo formal a Constituição norte-americana; todavia, a substância dessa Constituição era inglesa, haja vista que se instituiu uma monarquia constitucional hereditária e um parlamento representativo da vontade popular, o qual tinha de respeitar os direitos universais constantes na Declaração de 1789.

Ressalte-se, por oportuno, que a França, após a Revolução, teve inúmeras Constituições escritas, as quais tiveram vida efêmera, devido ao conturbado momento político, redundando na sucessão de várias formas de governo que não conseguiam se consolidar. Entretanto, o ideal de uma Lei Suprema escrita, que delimitasse o exercício do poder, manteve-se em todas elas, espalhando-se pelo mundo afora.

As constituições da Idade Moderna eram meramente organizacionais, porque estruturavam e disciplinavam o exercício do poder pelo Estado, visto como um mal necessário, e formalmente declaravam direitos de que a pessoa física era portadora, os quais o Estado estava obrigado a respeitar.

As normas jurídicas veiculadas nas Constituições orgânicas são em sua maioria regras, porque dotadas de grande densidade semântica, visando a regular e limitar o exercício do poder de acordo com a ideologia burguesa. Os poucos princípios inseridos nesse tipo de Constituição eram vistos como exortações morais, desprovidas de imperatividade.

Nesse período, o Estado é entendido apenas como grande árbitro, existente para garantir as regras do jogo político, econômico e social, mas sem poder alterá-las ou influenciá-las.

Não se demorou para perceber que a Constituição, da forma como concebida, era mais um diploma legal, dotado de enorme superioridade, visando manter o *status quo* da burguesia, que chegara, finalmente, ao poder.

O caráter estático da Constituição orgânica começou a ser combatido, principalmente, pelas camadas menos favorecidas do povo, dando surgimento ao constitucionalismo da Idade Contemporânea.

3.6.5 O constitucionalismo na Idade Contemporânea

O avanço do capitalismo, comandado pela burguesia, desaguou na Revolução Industrial, que mecanizou os meios de produção, gerando enorme quantidade de mão-de-obra ociosa, não tendo como subsistir sem a intervenção do Estado.

A concentração de riqueza nas mãos de poucas pessoas acabou por desnudar o caráter meramente formal dos direitos declarados nas Constituições, por não ser possível gozar esses direitos sem condições materiais mínimas de existência digna.

Os governantes, a partir daí eleitos pelo voto direto, sentiram a necessidade de dar respostas concretas aos seus eleitores, que, em sua maioria, faziam parte da massa de desafortunados, exigindo providências por parte do Estado.

Não custa lembrar que na Europa e no resto do mundo ocidental, de forma paulatina, houve a extensão do direito de voto para todas as pessoas que tivessem uma idade mínima.

Finalmente, a Constituição não era vista com documento jurídico, instituidor de direitos e deveres a todo o povo. Tanto é verdadeira essa assertiva que, até o primeiro quartel do século XX, a Constituição era documento jurídico simplesmente legitimador do exercício do poder político. A interpretação e a aplicação das suas normas era realizada principalmente pelo Legislativo. Honrosa exceção a esse quadro foram os Estados Unidos.

Foi nesse novo quadro social, econômico e político que o constitucionalismo progrediria e as Constituições, que até então eram orgânicas, porque disciplinavam um Estado do tipo polícia, passaram a ser dirigentes, na feliz expressão de Canotilho, porque imporiam ao Estado um programa de atuação para equilibrar as demandas sociais. Houve o nascimento do Estado do tipo intervencionista.

As Constituições contemporâneas, ao lado de disciplinarem o poder do Estado e garantirem os direitos de resistência, também passaram a assegurar direitos econômicos e sociais aos homens, bem como os interesses difusos.

Com esse novo perfil, a Constituição deixou de ser um simples documento escrito, impositivo de restrições e abstenções ao Estado, para agora determinar que o Estado prestaria assistência ou serviço ao povo e, caso necessário, interviria no campo econômico para assegurar uma igualdade material mínima para todos os seus súditos.

A técnica constitucional modificou-se formal e substancialmente, já que as Constituições passaram a ser analíticas, estruturando a ordem política, civil,

social e econômica mediante normas que, além de instituir direitos e deveres, impunham objetivos a serem alcançados pelo Estado. Mitigou-se a ideologia liberal em favor da social-democracia.

A Constituição mexicana, de 1917, composta de 152 artigos, foi a primeira a incorporar os novos ideais do constitucionalismo contemporâneo. Todavia, foi a Constituição de Weimar, datada de 1919 e composta de 181 artigos, que passou a ser adotada como paradigma de um novo tipo de modelo constitucional, compromissado com os interesses sociais.

As Constituições que se seguiram à de Weimar podem ser catalogadas como dirigentes, uma vez que o processo de transformação da sociedade não ficava ao alvedrio do livre jogo das forças políticas, econômicas e sociais, mas era disciplinado pelo Estado, que direcionaria o processo de desenvolvimento.

Conseqüência imediata dessa mudança de perfil da Constituição foi o reconhecimento de sua plena normatividade, isto é, o conteúdo das normas constitucionais era imperativo, submetendo todo o povo e o governo aos seus comandos, inclusive no que tange às finalidades do Estado, as quais deixaram de ser opções políticas do governante e passaram a constituir programas a serem perseguidos por todo e qualquer governo.

As normas que buscam direcionar a atuação do Estado, denominadas programáticas, passaram a recheiar as Constituições, vinculando o governo, obrigado juridicamente a implementá-las.

Ao lado dessa transformação, não se pode esquecer que as Constituições, preocupadas em evitar regimes totalitários, como o nazista, passaram a inserir, em suas normas, valores básicos que o Estado devia obrigatoriamente respeitar, pouco importando as contingências históricas.

Finalmente, graças à inserção de valores e fins nos Textos Constitucionais, principalmente nas normas principiológicas, o sistema jurídico ganhou em dinamismo, porque as Constituições passaram a ser consideradas sistemas normativos abertos, possibilitando a atualização dos preceitos constitucionais mercê de novas interpretações, permitidoras de um rápido diálogo entre o texto estático e a realidade dinâmica.

Graças aos princípios constitucionais, as lacunas do sistema jurídico são colmatadas, sem a necessidade de constante produção legislativa. A Constituição está em constante rejuvenescimento, porque a alta carga valorativa dos princípios permite sua rápida acomodação às mudanças sociais.

Tributária dessa concepção é a Constituição Federal de 1988, que, externamente analisada, é a norma de reconhecimento última que confere unidade formal ao sistema normativo brasileiro. Todavia, internamente, é um sistema normativo aberto e dinâmico.

Isso ocorre porque as normas constitucionais não podem ser amarras que dificultem o progresso das futuras gerações. Ao contrário, devem ser dotadas de certa elasticidade que permita amoldá-las ao momento histórico que pretendem regular.

Não se deve olvidar que a perenidade da Constituição está, exatamente, em ser formada por normas que têm "capacidade de aprendizagem" para "captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'" (CANOTILHO, 1998:1033).

Contudo, as normas constitucionais possuem um grau máximo de abertura, pena de a Constituição, como sistema, ver-se incapacitada para

processar a vida da comunidade, daí por que certos princípios ou regras constitucionais, tidos como fundamentos da República Federativa do Brasil, são considerados cláusulas pétreas.

Também a forma como se implementará a mudança das normas constitucionais é regulada pela própria Constituição, por meio dos órgãos que cria e das competências e atribuições que estabelece.

Em síntese, a Constituição deixa espaço para a atuação das forças políticas, as quais irão alterar o Texto Constitucional de acordo com os valores preponderantes da sociedade, considerada em certo momento histórico.

As formas tradicionais de alteração das normas constitucionais são as emendas, cuja aprovação requer procedimento formal expresso na própria Constituição porque haverá mudança na literalidade do dispositivo constitucional, e a mutação de sentido operada por meio de técnicas de interpretação, as quais visam a atualizar o texto constitucional "de modo a atender às mudanças operadas na sociedade, seja no sentido do desenvolvimento, seja no da existência de novas ideologias" (BASTOS, 2001:54).

A moderna técnica constitucional impõe o emprego de regras e princípios como integrantes do repertório de uma Constituição. Todavia, o que estrutura as relações entre as várias normas constitucionais é questão a ser discutida no próximo tópico.

3.7 A estrutura da Constituição Federal

Antes de prosseguir na presente exposição, uma vez mais se deve repetir que os elementos que compõem o repertório e a estrutura do sistema

normativo constitucional são opções teóricas de fundamento zetético do operador do direito.

Como todo o sistema normativo, a Constituição é composta por um repertório e uma estrutura. O repertório engloba as normas, tidas por nós, neste trabalho, como regras e princípios. A estrutura diz respeito às relações que se estabelecem entre as várias normas.

Os operadores do direito não diferem muito quanto ao repertório do sistema constitucional. Todavia, a estrutura "varia de concepção para concepção do próprio Direito" (FERRAZ JR., 1997:126), sendo uma questão até hoje aberta a acalorados debates doutrinários (*vide* item 3.4)

Considerando que a Constituição é o estatuto jurídico da seara política, pensamos que sua unidade só pode ser axiológica ou teleológica, entendidas como a realização de escopos e valores. Daí se segue que

(...) o sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais (CANARIS, 2002:78-9).

É certo que tanto as regras quanto os princípios são dotados de valores. Todavia, existem alguns princípios que indicam uma valoração básica mais explícita a ser seguida, sendo tais princípios apropriados para refletir a unidade da Constituição, daí por que alguns autores os chamam-nos de sobreprincípios (BARROS, 2003:354). Esses sobreprincípios dão a unidade das normas constitucionais porque

(...) no grau mais elevado o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma 'idéia jurídica geral' pela qual se oriente a concretização ulterior como por um fio condutor (LARENZ:1997:674).

Seguindo nessa trilha, chega-se à conclusão de que a Constituição é composta de regras e princípios, os quais expressam os valores básicos a serem tutelados e implementados em determinado Estado.

A unidade da Constituição é formada pelo conjunto básico de princípios que expressam os valores mais elevados daquele Estado, ou, dito por outras palavras, os sobreprincípios dão unidade às normas que formam o sistema constitucional.

A dificuldade é apontar quais são esses sobreprincípios que dão unidade à Constituição porque a questão dos valores é "dinâmica, assumindo pois a estrutura da historicidade" (CANARIS, 2002:109).

Destarte, dentro do sistema normativo constitucional, temos que o repertório é formado por princípios e regras, que se estruturam sobre os valores que pretendem tutelar ou implementar. Nessa linha de raciocínio, a estrutura da Constituição é composta, *preponderantemente*, por meio dos valores jurídicos, insculpidos nos sobreprincípios, que lhe dão a necessária unidade ideológica.

Isso não significa que apenas os valores façam parte da estrutura do sistema jurídico, pois ao lado deles também temos os postulados normativos (*vide* item 2.5.8.1), tidos por Lourival Vilanova como "leis lógicas" que operacionalizam o sistema, evitando o "sem sentido" e o "contra-sentido" (1997:197).

Não se pretende dizer que os valores e os postulados normativos não possam ser transformados pelo Estado em normas jurídicas, mesmo porque não se desconhece que o repertório é composto de elementos normativos e não normativos. Todavia, quer-se deixar patente que a estrutura sempre envolve preponderantemente uma conexão de valores e postulados.

Em decorrência de a estrutura do sistema abranger o elemento axiológico e valorativo, eventuais conflitos entre os princípios são harmonizados, compondo os valores tutelados pela Constituição, valendo-se, por óbvio, dos postulados normativos.

Na medida em que os valores fazem parte do sistema, por que considerá-los como integrantes da estrutura e não do repertório do sistema normativo constitucional? A questão será respondida em capítulo próprio.

4 Os princípios e os valores jurídicos

4.1. O mundo dos valores

O conceito de norma já foi definido neste trabalho. Não se fez referência ao valor que nela é expresso, sendo agora o momento de se debruçar sobre o tema dos valores.

Não há como estudar os valores sem fazer uma incursão, ainda que superficial, no campo da filosofia, porque necessário delimitar a que tipo de realidade pertence os valores.

A realidade, numa primeira aproximação, circunscreve-se àquilo que pode ser apreendido pelos sentidos; por isso, para muitas pessoas, é real aquilo que vemos, tocamos, cheiramos, ouvimos ou experimentamos. Sucede que a realidade não é apenas o mundo tangível, pois os pensamentos também podem ser considerados parte do real. Afinal, por meio deles se podem construir conceitos representados por idéias, expressas por símbolos. Os próprios sentimentos também fazem parte da realidade, uma vez que não é possível pensar o ser humano desprovido de amor, ódio, inveja, paixão etc.

Diante dessas constatações, fácil concluir que a realidade "é muito mais complexa e rica, desdobrando-se em infinitas formas de conhecimento" (REALE, 1989:136). Nessa linha de raciocínio, mister procurar delimitar se os valores fazem parte da realidade e, em caso positivo, de que tipo de realidade se trata.

Entende-se por realidade tudo aquilo que pode ser conhecido pelo intelecto e exposto por meio de um juízo lógico. Assim, podemos classificar as realidades em naturais e ideais.

Nesse sentido, têm-se os objetos físicos, ou seja, os seres reais, os quais existem independentemente do raciocínio. Pelos sentidos se conhecem os objetos físicos, que se sucedem no tempo porque têm começo, meio e fim. Ademais, tais objetos regem-se pela lei da causalidade. Finalmente, os objetos físicos possuem uma localização no espaço, uma vez que inseridos ao redor do sujeito cognoscente.

Todavia, fechando os olhos para a realidade e perscrutando o mundo interior do ser humano, chega-se aos vários sentimentos que nos guiam as decisões. Esses sentimentos são chamados de "objetos psíquicos".

As paixões, as emoções, os desejos também fazem parte da realidade como entes autônomos, porém se projetam dentro do ser humano. Para conhecê-los não é necessário o puro raciocínio, mas apenas as sensações. Os sentimentos também se sucedem no tempo e são regidos pela lei da causalidade; logo, os objetos psíquicos também são parte do mundo natural.

Acontece que os objetos psíquicos diferenciam-se dos naturais porque os primeiros não podem ser concebidos no espaço, já que não se consegue percebê-los fora do sujeito cognoscente por serem interiores, ou seja, vivem no tempo, mas não se projetam no espaço como entes autônomos.

Assim sendo, os objetos físicos, também chamados "reais", e os psíquicos fazem parte do mundo natural, porque são elementos que existem, isto é, foram dados, independentemente de uma criação da inteligência ou da vontade.

Entretanto, ao lado do mundo natural, composto por objetos físicos e psíquicos, percebem-se realidades que somente existem enquanto pensadas pelo sujeito cognoscente. Essa realidade não existe fora do pensamento,

embora possa ser externada por símbolos. As idéias fazem parte desse mundo, e por isso seu objeto é chamado ideal.

Os objetos ideais não existem no tempo, e menos ainda no espaço, porque são apenas pensados, vale dizer, existem como realidade do raciocínio ou do intelecto.

São três os objetos ideais conhecidos pela filosofia, a saber: as relações, a matemática e, finalmente, a essência (MORENTE, 1980:292).

Tanto a realidade natural quanto a ideal tratam de objetos que são considerados do mundo do "ser", porque conhecidos pelas sensações ou pelo intelecto, independentemente de qualquer referência a outro objeto.

Não obstante, os valores não se encaixam como parte do mundo do "ser" ideal, em que pese só existirem enquanto pensados. O fato de os valores existirem apenas enquanto pensados não os insere no mundo ideal, porque o "ser" do mundo ideal tem existência própria; já os "valores" só se concebem quando projetados em um ser previamente existente.

Um exemplo irá ilustrar melhor o raciocínio: o triângulo é um ser ideal porque existe dentro do nosso pensamento como realidade já formada; entretanto, o "belo" necessita ter relação com algum objeto para que se se possa concebê-lo. Uma moça bela, ou um carro belo. Note-se que o belo, para ser concebido, tem de se referir a um objeto (moça, carro) que já existe.

O professor Armando Câmara, embora reconhecendo que o valor não pertença ao mundo real ou ideal, acabou inserido o valor no mundo do ser por uma questão de realismo e explicou:

Não sendo o valor um ser real nem um ser ideal, é, no entanto, uma expressão do ser que está em todo o plano ontológico ---- no ser real e no ser ideal. Numa posição de realismo, inserimos então o valor no ser. Não identificamos valor e ser, não opomos valor e ser, não separamos o valor do ser, nem confundimos os dois. O valor é o ser, que se apresenta sob determinada forma (MENDONÇA, 1999:150)

Acontece que o valor não tem substantividade própria, e por isso não faz parte do mundo do ser. O valor adere a um ser, é uma qualidade, característica ou modo que se lhe agrega, motivo pelo qual o valor pertence ao mundo do dever ser.

E isso fica bem claro se tivermos em mente que o valor não se altera com a mudança dos objetos reais ou psíquicos que o portam. De sorte que um carro, com o tempo, pode deixar de ser belo; todavia, o valor beleza continua existindo em toda a sua plenitude, já que os valores são permanentes.

Não se desconhece que os valores somente podem se manifestar por meio da realidade; porém, não há como reduzi-los aos objetos reais ou psíquicos que os encarnam, uma vez que os valores têm uma realidade própria que pode ser pensada ou sentida pelo homem.

Lotze é apontado como o pai da moderna filosofia dos valores, porque foi o primeiro a contrapor o mundo dos valores, que se descobre pelo sentir espiritual, ao mundo do ser que se revela pela inteligência (HESSEN 1946:24).

Pode-se concluir que os valores fazem parte da nossa realidade como objetos do mundo do dever ser, que engloba a Ética, a Estética e a Filosofia religiosa.

O Direito, consoante será visto no momento oportuno, faz parte da Ética, e, por isso, embora os valores façam parte dele (Direito), com ele não se confundem.

4.2 Características dos valores

O valor, consoante já visto, é uma qualidade ou característica que se atribui a determinado objeto. Porém os valores, em si considerados também possuem características bastante importantes, relevando assinalar:

a) bipolaridade ---- é da essência dos valores a não-indiferença; logo, a um valor sempre se contrapõe um desvalor (e.g., o bem e o mal).

b) implicação ----- a realização de um valor influencia direta ou indiretamente os demais;

c) referibilidade ---- o valor é qualidade que se atribui ao objeto; contudo, essa qualidade é atribuída por um sujeito, em razão do que "o valor vale sempre para alguém, não havendo valor sem alguém que o valorize" (PAUPÉRIO, 1977:15);

d) preferibilidade ---- o valor sempre aponta para sentidos opostos, ante a sua bipolaridade. Por outro lado, a realização de um valor implica afastar outro valor. Ora, a avaliação é sempre feita por alguém que terá de escolher, ou seja, optar por determinado valor, afastando outro;

e) incomensurabilidade ---- o valor, como qualidade, é infenso à medição numérica, temporal e espacial. Os valores são absolutos, não se pode relativizá-los por meio de uma medida;

f) graduação hierárquica ---- os valores, embora absolutos, são ordenados mediante uma escala de preferência que implica valores superiores e inferiores;

g) inexauribilidade ----- os valores não se esgotam, ainda que sejam realizados, uma vez que, por serem qualidades, sempre estarão atrelados aos objetos do mundo real.

h) realizabilidade ----- os valores não se concretizam integralmente no mundo do ser, mas sempre de forma parcial. O valor se revela no mundo do ser, mas aí não se esgota, apenas se realiza.

Alguns autores sustentam, ainda, a historicidade e objetividade dos valores como suas características básicas.

Sucedem que a realizabilidade e a inexauribilidade dos valores estão atreladas à idéia de historicidade, porque os valores fazem parte da cultura humana. Logo, tem-se que os valores são históricos e não arquétipos, consoante será explicado ao discorrermos sobre o ontologismo axiológico.

Por último, necessário discutir e tomar uma posição quanto à gênese dos valores e sua força vinculante para que se conclua sobre ser ou não a objetividade um atributo dos valores.

4.3 Força vinculante dos valores

O mundo dos valores (dever ser) não se confunde com o mundo real ou ideal (ser); mas é por meio dos valores que se atribuem qualidades ou características aos objetos reais ou ideais.

Os valores permeiam a vida humana em quaisquer de seus aspectos (político, econômico, social, jurídico etc.), uma vez que são "racionalmente reconhecidos como motivo de uma conduta" (REALE, 1989:144).

Considerando que a conduta humana é sempre finalística, não há como dissociar o agir humano da escolha de uma finalidade, entendida como a realização de determinado valor.

Mas por que os valores são entidades vetoriais para os seres humanos?

Não é fácil responder a essa pergunta; entretanto, podemos agrupar duas correntes de pensamento para solucionar a indagação: uma subjetiva e outra objetiva (REALE, 1989:146).

4.3.1 Subjetivismo

A corrente subjetiva, fundada na psicologia, surge com Brentano. Seu principal argumento é que o valor está ligado ao indivíduo, o qual elege determinado valor.

Alexius von Meinong, discípulo de Brentano, sustentou, na primeira fase de seu pensamento, que o valor vincula a conduta humana pelo prazer. Seria, podemos dizer, um subjetivismo-hedonista, na medida em que a escolha do valor pelo indivíduo está ligada a uma sensação de prazer que lhe pode ser proporcionada.

A redução do valor ao prazer, embora sedutora, não convence, porque é possível ter valores que são opostos ao gozo de uma sensação prazerosa. Basta imaginar que o valor honestidade, muitas vezes, é o oposto de uma vida cercada de luxo e mordomias.

Outra concepção subjetiva dos valores é defendida por Christian von Ehrenfels, segundo o qual o valor de uma coisa consiste no desejo que ela desperta. É a corrente subjetivo-voluntarista. Noutras palavras, valioso é o que satisfaz um desejo.

Acontece que essa corrente também não nos parece acertada, porque deixa sem explicação os valores estéticos. Afinal, é possível apreciar a beleza de uma obra de arte sem desejá-la ou pretender possuí-la.

Em síntese, quer para a corrente hedonista, quer para a voluntarista, os valores vinculam o ser humano porque são reflexos de motivos psíquicos que levam a determinada preferência.

Ocorre que a explicação subjetiva não é suficiente para sustentar a força vinculante dos valores, porque, numa sociedade pluralista e complexa, estes não se resumem à somatória pura e simples de prazeres ou desejos individuais, os quais são incertos e variáveis. Ademais, fica sem solução o porquê de determinado valor, quando tutelado pelo direito, passar a ser vinculante para todos os integrantes da sociedade, mesmo para aqueles que não aderem àquele valor.

4.3.2 Objetivismo

A corrente objetiva defende que os valores não têm cunho individual, mas impessoal ou objetivo. Ela combate a idéia de os valores se reduzirem

à vontade humana. Destacamos, tal qual Miguel Reale, três concepções objetivas dos valores.

A sociológica, defendida por Émile Durkheim, sustenta que os valores não representam a somatória de preferências pessoais; eles (os valores) surgem do relacionamento social, criador de uma espécie de consciência coletiva. Nesse diapasão, os valores são as tendências éticas da sociedade, que, por meio de uma coação difusa, acabam se impondo às consciências individuais.

A explicação sociológica também não nos parece muito correta, porque os valores não dependem das relações sociais, por pertencerem ao mundo do "dever ser", enquanto as relações sociais estão inseridas no mundo do "ser".

Assim, não há como justificar que os valores vinculam simplesmente porque são práticas éticas da coletividade. Não custa lembrar que essa coletividade pode adotar práticas contrárias a um dado valor, e mesmo assim não deixará de ser vinculante (v.g., não é porque o número de homicídios cresceu de forma assustadora na cidade de São Paulo que o valor da dignidade da pessoa humana deixou de ser vinculante para todos).

De sorte que o mundo do dever ser (valores) não é condicionado pelo mundo do ser (práticas sociais). Muito pelo contrário, é o mundo do dever ser que condiciona, por intermédio de uma estimativa, o mundo real ou ideal; a força vinculante do valor não pode ser aquilo que simplesmente "é", porque "do ser não se passa para o *dever ser*" (REALE, 1989:150).

Buscando superar a objeção acima apontada, existe a corrente fenomenológica defendida por Max Scheler e Nicolai Hartmann, respectivamente, nas obras *O formalismo na ética e uma ética material de valores* e *Ética*.

Tanto Max Scheler quanto Nicolai Hartmann pregaram que os valores simplesmente existem como qualidades objetivas dos seres, não sendo criados pelo homem ou pela sociedade. Os valores são simplesmente apreendidos pela intuição humana. Ademais, são os valores que geram o dever e não o contrário, como era sustentando por Kant.

Para Scheler tem-se o *dever ser ideal*, entendido como o valor que pode ou não existir na realidade, sendo visto como possível, mas ainda não realizado, e o *dever ser normativo*, que é o valor realizado ou querido pelo sujeito.

Hartmann também sustenta a objetividade dos valores. Todavia, para ele o *dever ser ideal* é o conteúdo abstrato do valor, enquanto o *deve ser atual* significa o juízo que se faz entre a realidade e a concreção ou não do dever ser ideal. Se a realidade é conforme com o dever ser ideal, não há necessidade de um agir do homem, uma vez que o valor já se realizou; entretanto, se a realidade é contrária ao dever ser ideal surge, então, o *dever-fazer*, visto como comportamento tendente a concretizar o valor.

A principal diferença entre Scheler e Hartmann reside justamente no dever ser ideal. Expliquemos a polêmica.

Scheler defende que o valor, por si só, não traz a idéia do dever ser, visto que o valor, simplesmente intuído, é indiferente ao mundo dos objetos reais ou psíquicos. Esse valor passa a consistir em um dever ser quando é concretizado na realidade fenomênica.

Hartmann, ao contrário, prega que o valor, em si, já impõe a idéia do dever ser, na medida em que indica um conteúdo de comportamento que se espera ocorra no mundo do ser. A constatação da ausência da realização desse valor é obtida pelo dever ser atual, que, então, impõe o dever-fazer, buscando concretizar o valor.

Não é difícil perceber que Hartmann acabou criando um mundo dos valores, com existência independente da realidade. Os valores foram transformados em objetos de caráter ideal, pertencentes ao mundo dos seres, por isso sua posição é chamada de "ontologismo axiológico".

As correntes fenomenológico-valorativa (Scheler) ou ontológico-axiológica (Hartmann) embora indiquem um avanço, reconhecendo a objetividade dos valores, os quais não ficam condicionados ao subjetivismo, têm o inconveniente de sustentar que os valores são descobertos pela intuição, porque se trata de realidades estimativas.

Se se partir do raciocínio de que os valores são arquétipos (essências), cuja existência independe da história, chega-se à conclusão de que os valores estão inseridos em um mundo místico, somente alcançável pela elevação espiritual do homem. Isso significa que os valores não são criados pelo homem, mas descobertos com a sua evolução espiritual. Em suma, a história da Humanidade passa a ter papel secundário ou nulo, porque nada constrói, apenas revela valores eternos.

Sucedem que os valores não são essências puras, porque necessitam se encarnar nos objetos do mundo real, psíquico ou ideal para terem existência na realidade. Essa encarnação dos valores se faz pela cultura, que é uma realização de valores pelo homem através dos tempos. Assim, não há como desvincular a história da cultura.

Passemos, a seguir, à análise da doutrina histórico-cultural dos valores, cuja premissa básica é admitir que a experiência histórica condiciona a objetividade e a realização dos valores.

Essa doutrina reconhece que o homem, ser racional, também é dotado de espírito, ou seja, tem a capacidade de inovar a realidade pelo agir humano. Destarte, enquanto a razão apreende o mundo, procurando explicar os fenômenos, o espírito busca transformar a realidade, moldando-a de acordo com as necessidades do homem.

A transformação do mundo não se faz simplesmente por capricho do ser humano, mas é guiada pela liberdade, vista como poder que apenas o homem possui de "compor formas novas e estruturas inéditas, reunindo em unidades de sentido, sempre renovadas e nunca exauríveis, os elementos particulares e dispersos da experiência" (REALE, 1989:155).

As unidades de sentido, reunidas pelo homem para transformar a realidade, são os valores, que não consistem em um querer individual, mas expressam a universalidade do espírito humano.

A universalidade existe porque o espírito se projeta para fora do ser humano, o qual busca uma comunhão de interesses com as demais pessoas, gerando a vontade objetiva, criadora das instituições e da moralidade, como sistema de valores objetivos da sociedade.

Essa alteração da realidade, como obra do espírito humano, não pode ser considerada um projeto simplesmente individual, porque pressupõe e necessita da participação dos outros membros do corpo social.

Na medida em que se exige a comunhão de todos para moldar dada realidade, tem-se a projeção do espírito no sentido transindividual, e os valores deixam de ser simplesmente subjetivos para se transformar em objetivos.

Isso é facilmente demonstrado, porque o homem é um ser histórico e cultural, isto é, o agir dos seres humanos foi moldado por diferentes culturas que se sucederam nas várias civilizações. Por isso, costuma-se definir a cultura como o conjunto de valores realizados por determinada sociedade, dado que o espírito se manifesta, primordialmente, pela autoconsciência histórica.

O conjunto de valores expressados pela cultura vincula objetivamente o homem porque representa a sua projeção na história; todavia, a objetividade dos valores não é absoluta, mas relativa, uma vez que os valores não existem como entes, mas são simplesmente "valentes", necessitando, portanto, estar referidos a um sujeito.

A referência do valor a um sujeito não se trata, por óbvio, de uma volta ao subjetivismo hedonista ou voluntarista, mas significa enfatizar apenas que o valor se dimensiona pela humanidade, dita por muitos como sujeito universal, cujo desenvolvimento espiritual varia de acordo com a história.

A história, embora universal, não é uniforme, mas plural, porque as características e estilos de vida dos vários povos resultam numa grande variação cultural, que implica diferentes valores no tempo e no espaço.

É possível que o mesmo valor seja dimensionado de forma diferente no decurso do tempo, ou, ainda, que dado valor seja entendido de forma diversa entre dois povos que vivam numa mesma época.

A constatação acima, além de reforçar o caráter objetivo e relativo dos valores, também indica a existência de uma hierarquia entre eles; contudo, essa hierarquia não é pessoal, mas comunitária, uma vez que os valores se expressam por meio da cultura, produto que necessita de "intersubjetividade".

A escala de valores de determinada comunidade é dinâmica, porque o ser humano, mesmo atado ao passado, almeja conquistas futuras que, por certo, implicarão a alteração da realidade presente.

Graças a esse paradoxo (dever com o passado e perspectiva do futuro), o homem nasce condicionado pela objetividade dos valores da sua comunidade, mas, pelo projetar-se do seu espírito na realidade histórica, por meio de sua liberdade criadora, influencia a cultura, alterando o sentido dos valores, mudando uma escala valorativa ou acrescentando novos.

Henri Bergson reconhece expressamente a mutabilidade dos valores ao discorrer sobre a moral aberta, que é a criação de novos valores, os quais rompem com o passado, instaurando uma ética nova. Para Bergson, esses criadores éticos são pessoas excepcionais que descortinam uma nova unidade de sentido para a realidade (apud CHAUÍ, 1999:348).

Em síntese, os valores são projeções do espírito humano que se revelam através de dada cultura, daí por que possuem caráter de objetividade. Ademais, os valores são vinculantes porque implicam um dever ser representativo do significado da pessoa humana no decorrer da história, a qual é dinâmica e transfere essa característica aos valores, os quais são mutáveis.

5.4 Os valores e a Ética

Consoante visto acima, os valores englobam o mundo da religião, da estética e da ética, os quais são ramos da cultura.

Não nos interessa, no presente trabalho, focalizar o tema religião, que busca dar ao ser humano respostas acerca de sua existência física e

para além da morte, tampouco a estética, resultado do estudo do belo relacionado às artes.

Centraremos o estudo na ética, entendida como a ciência da conduta humana, finalística, já que o comportamento do homem sempre busca atingir determinado objetivo, realizar dado valor.

A palavra "ética" deriva do grego *ethos*, vocábulo que pode ser escrito com uma vogal breve, chamada *epsilon*, e nesta forma indica a idéia de caráter, índole ou temperamento; no entanto, a palavra *ethos* pode ser grafada como uma vogal longa, chamada *eta*, oportunidade em que expressa a noção de costume (CHAUÍ, 1999:340). De forma que o vocábulo "ética" tanto serve para designar os costumes de determinada sociedade, como o modo de ser ou o caráter de uma pessoa.

Em qualquer dos dois sentidos acima indicados, não resta dúvida de que a idéia de valores está presente, porque o caráter de alguém envolve a escolha de valores, e o costume implica a objetivação de valores aos membros de uma comunidade.

Isso não significa que valor e objetivo sejam sinônimos. O valor é o fundamento da conduta, a qual é direcionada para determinada finalidade; logo, o valor fundamenta a finalidade ou o objetivo.

Na Antigüidade, a ética não era vista como uma ciência normativa, mas era

(...) concebida como educação do caráter do sujeito moral para dominar racionalmente impulsos, apetites e desejos, para orientar a vontade rumo ao bem e à felicidade, e para formá-lo como membro da coletividade sociopolítica (CHAUÍ, 1999:342).

Assim, não havia preocupação em delimitar o campo da ética, porque não se separava a moral individual da coletiva, sendo sua finalidade apenas harmonizá-las.

Com o advento do Cristianismo, que introduziu os dogmas da fé e do amor ao próximo e, ainda, a idéia de livre-arbítrio, surgiu a necessidade de divisar os ramos da ética.

Perante a Igreja Católica, a relação da pessoa com Deus é interior, enquanto a relação da pessoa com o semelhante é social. Ambas são guiadas por normas que impõem deveres ao homem para a realização dos valores supremos impostos por Deus.

A necessidade da criação da idéia do *dever*, expressa pela norma, foi necessária para regular o livre-arbítrio do ser humano, que, assim, era compelido a cumprir os valores pregados pela Igreja Católica, sem abdicar do direito de liberdade.

Dessa conjunção de idéias (relação dos homens entre si e com Deus e livre-arbítrio) nasce a divisão de normas de comportamento íntimas e sociais. As íntimas são ditadas exclusivamente por Deus para a realização dos valores interiores, enquanto as sociais são prescritas preponderantemente por Deus, admitindo-se a existência de outras criadas pelos próprios homens, para a satisfação de valores de convivência.

Foi nessa época que a Ética, como ciência normativa de comportamento (gênero), dividiu-se entre Moral, que cuida dos valores sob um prisma individual, e o Direito, o qual se preocupa com os valores objetivos da sociedade.

O Direito, por ser um produto cultural, expressa valores objetivos da sociedade; não obstante, tais valores não são normas, mas sim o fulcro delas.

4.5 Os valores e a norma jurídica

A Constituição espanhola, de 29 de dezembro de 1978, em seu artigo 1º, indica expressamente os valores que foram incorporados ao ordenamento jurídico, ao dispor:

A Espanha constitui-se em Estado social e democrático de direito, que afirma como valores superiores do seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político.

Desde então, por causa desse dispositivo constitucional, criou-se na Espanha, e, posteriormente na Alemanha, uma intensa discussão sobre a normatividade dos valores.

Antonio Enrique Perez Luño sustenta o caráter normativo dos valores porque por intermédio destes é possível declarar normas constitucionais inconstitucionais, e, além disso, os valores são normas que gozam de uma proteção constitucional reforçada, sendo cláusulas pétreas.

O citado autor diferencia os valores dos princípios no que tange ao grau de concreção, uma vez que, enquanto os valores são normas que não têm suporte fático e menos ainda prescrevem conseqüências jurídicas para o seu descumprimento, os princípios têm uma descrição mínima de hipótese de incidência e impõem uma conseqüência para o seu inadimplemento.

Destarte, os valores, segundo Perez Luño:

(...) constituyen ideas directivas generales que, como he indicado con anterioridad, fundamentan, orientan y limitan críticamente la interpretación y aplicación de todas las restantes normas del ordenamiento jurídico (...) Los valores funcionan, en suma, como metanormas respecto a los principios y como normas de tercer grado, respecto a las reglas o disposiciones específicas (LUÑO, 1995:291-292).

Gregorio Peces-Barba também sustenta o caráter normativo dos valores, que seriam normas básicas da Constituição porque são o "fundamento e a meta, o fim do Direito, que o legislador constituinte, expressão da soberania, propõe a si" (1986:38).

Sem pretender ferir o pudor da ética, o certo é que considerar valores uma espécie de norma jurídica significa confundir objetividade e imperatividade, que, evidentemente, são conceitos distintos.

A sociedade moderna é composta de vários grupos ou classes sociais, em permanente tensão, porque adotam valores vários e contraditórios. A forma de harmonizar tais valores é incorporá-los ao direito para que, além da objetividade, passem a gozar de imperatividade, isto é, tornem-se obrigatórios a todos os membros do corpo social.

A harmonização é obtida por intermédio de concessões mútuas dos vários grupos ou setores sociais, ao adotarem um compromisso mínimo sobre os valores que comandarão o Estado.

A composição de valores, agasalhados pelo ordenamento jurídico, é não raras vezes antagônica, surgindo uma tensão permanente entre eles, que deve ser solucionada sempre mediante uma compatibilização e ponderação realizadas pelos Poderes Constituídos dentro do Estado.

Nessa linha de raciocínio, mantém-se a unidade do sistema legal com a compatibilização dos diversos valores que estão plasmados nas normas jurídicas.

Já a coerência do sistema é obtida por intermédio da interação dos valores, o que implica a busca incessante de equilíbrio entre eles, obtendo-se isto pelo postulado normativo da proporcionalidade, justificadora da escolha de dada norma jurídica, portadora de determinado valor, para aplicação ao caso concreto.

Sem sombra de dúvida, os valores permeiam todo o sistema jurídico, mas somente podem ser aplicados de forma obrigatória no momento em que estejam inseridos em normas, as quais serão operacionalizadas para buscar a coerência e a unidade de todo o ordenamento jurídico.

Os valores gozam de objetividade, mas, numa sociedade moderna e complexa, são plurais e bipolares, ou seja, contraditórios e concorrentes; logo, as normas jurídicas, ao incorporarem os valores, geram a imperatividade destes, tornando possível dar-lhes coerência e unidade.

Os valores, embora façam parte do direito, não se confundem com os princípios, normas dotadas de alta carga valorativa e baixo conteúdo semântico, nem ainda com as regras, normas dotadas de alto conteúdo semântico e baixa carga valorativa.

Donde se conclui que os valores são preferências conscientes e generalizáveis, admitidas como base da convivência coletiva. São as opções morais que devem balizar a ordem política, jurídica, econômica e cultural da sociedade.

Os valores são escolhas de contexto histórico-espiritual; os princípios e as regras são as normas que dão obrigatoriedade, em maior ou menor grau, aos valores.

Assim, enquanto os valores não forem entranhados nas normas, em que pese gozem de objetividade, não possuem imperatividade, nota peculiar da norma.

Neste rumo de idéias, os elementos do repertório do sistema jurídico são os princípios e as regras; entretanto, a busca da unidade de sentido do sistema é feita pelos valores plasmados nas normas. Desse modo, os valores fazem parte da estrutura do sistema.

Desse sentir é Tércio Sampaio Ferraz Jr. que sustenta serem os valores espécies de *regra de calibração* do sistema, cuja função é ajustar o seu funcionamento.

Interessante ressaltar que as regras de calibração não formam um conjunto lógico, mas variam de acordo com os sistemas jurídicos normativos de cada Estado, porque são *valores* do ser e do dever ser

Em síntese, as regras de calibração não fazem parte do repertório do sistema jurídico, ou seja, não são normas, mas apenas estruturam o funcionamento do sistema, evitando sua desintegração (FERRAZ JR., 2003:192).

Por isso, quando o sistema está em crise, para que se evite o seu colapso, aplicam-se as regras de calibração, ou seja, os valores, os quais darão dinamismo ao sistema.

Alexy também entende que os valores não fazem parte do repertório do sistema, porque os princípios estão no campo da deontologia, enquanto os valores no da axiologia. Assim, o princípio prescreve um dever jurídico, daí por que é uma espécie de norma, enquanto o valor apenas indica o que é melhor. Estas as suas palavras:

(...) la diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carater deontológico y axiológico respectivamente (2002:147).

Também Humberto Ávila comunga desse entendimento, uma vez que acolhe as ponderações de Alexy e acrescenta que sua compreensão do Direito:

(...) como um conjunto composto de normas (princípios, regras) cuja interpretação e aplicação depende de postulados normativos (unidade, coerência, hierarquização, supremacia da Constituição, etc.), critérios normativos (superioridade, cronologia e especialidade) e valores (*RDA* 1999, 215:164).

Postas tais premissas, pode-se definir o sistema normativo constitucional como um conjunto de princípios e regras, os quais, estruturados por determinados valores, fundamentam dado Estado Soberano.

De sorte que não há falar em sistema normativo único, mas em sistemas normativos diversos, que expressam valores, tidos como relevantes para cada Estado Soberano.

Numa sociedade pluralista como a do Brasil, em que há grupos ou classes sociais com valores distintos e, por vezes, antagônicos, a imperatividade conferida a determinados valores objetivos passa a ser expressa por normas

jurídicas. Essa é a única forma de harmonizar os conflitos sociais que diuturnamente surgem entre os vários membros da sociedade ou classes sociais.

Por outro lado, na medida em que determinados valores objetivos passam a gozar de imperatividade, cria-se uma ideologia do ordenamento jurídico, evitando o arbítrio por parte dos operadores do direito, os quais ficam obrigados também a seguir os valores expressos pelas normas.

Isso não significa dizer que não é possível atualizar o sentido e alcance das normas, mormente as principiológicas, uma vez que uma das características dos valores é a historicidade, que implica, como é evidente, a idéia de mutabilidade no decurso do tempo.

Graças, portanto, aos valores incorporados ao ordenamento jurídico, por intermédio das normas, é possível atualizar o sistema legal, sem a necessidade de constantes alterações legislativas.

Em síntese, razão assiste a Canaris ao sustentar que o sistema jurídico é axiológico ou valorativo, o que lhe concede a característica de ser aberto, consoante visto alhures.

Finalmente, a Constituição Federal brasileira elenca um extenso rol de princípios jurídicos, não sendo possível hierarquizá-los de forma absoluta, porque difícil catalogar completa e exhaustivamente todos os princípios, inclusive os implícitos.

Além disso, sendo os princípios normas dotadas de alta carga valorativa, é muito complicado hierarquizar tais valores, abstraindo-se do caso concreto.

Não obstante, a própria Constituição sinaliza uma ordem de preferência entre os princípios, mas essa preferência é relativa ou "branda", na feliz expressão de Robert Alexy, que admite

(...) ordenes blandos pueden surgir de dos maneras: (1) a través de preferencias *prima facie* en favor de determinados valores o principios y (2) a través de una red de decisiones concretos de preferencias (2002:157).

Ora, na medida em que a Constituição Federal de 1988 determina, em seu artigo 1º, os *fundamentos* da República Federativa do Brasil, bem como os seus objetivos *fundamentais*, expressos no artigo 3º, e, ainda, prescreve que certas normas são cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º), não resta dúvida de que se tem uma indicação branda de preferências de certos princípios e regras, cujos valores que veiculam são tidos como os mais importantes.

A reforçar aludido entendimento tem-se o artigo 102, § 1º, da Constituição Federal, que introduziu no direito brasileiro a "argüição de descumprimento de preceito fundamental".

André Ramos Tavares, um dos mais abalizados estudiosos da argüição de descumprimento de preceito fundamental, admite que o termo "preceito" significa norma, englobando portanto regras e princípios. Ademais, fundamental é "a essência de um conjunto normativo-constitucional" (2003:113).

A essência de uma Constituição se expressa pelas normas que veiculam os valores considerados supremos, os quais foram indicados no Preâmbulo da Constituição brasileira:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como **valores supremos** de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a

seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (grifos nossos).

Discute-se se o preâmbulo é ou não uma norma constitucional, havendo divergência na doutrina, a qual adota três vertentes distintas.

Pela primeira, o preâmbulo não é uma norma, porque não impõe nenhum dever jurídico. Trata-se de uma manifestação que reflete apenas as posições ideológicas do legislador constituinte, e, portanto, "os princípios que enuncia não são cogentes. Servem como diretrizes para ação do Poder Público" (MELLO FILHO, 1984:7).

Destarte, para os adeptos dessa corrente, não há como sustentar uma demanda judicial apenas e tão-somente invocando o preâmbulo, já que não se trata de uma norma.

Uma segunda corrente pugna que os preâmbulos têm um caráter normativo-principiológico, uma vez que são oriundos do Poder Constituinte Originário e expressam "princípios que se projetam sobre os preceitos e sobre os restantes sectores do ordenamento" (MIRANDA, 2000:240).

Os partidários dessa corrente admitem demandas baseadas nos princípios expressos no preâmbulo, e, em casos extremos, possível que uma norma constitucional originária seja declarada inconstitucional caso esteja em contraste com os princípios do preâmbulo.

Finalmente, a terceira corrente não admite o caráter normativo do preâmbulo, mas assume sua relevância, porque serve de parâmetro para interpretar e integrar os dispositivos constitucionais, mormente no que tange à ponderação de bens, uma vez que o preâmbulo expressa a ideologia do Constituinte,

ou seja, os valores considerados primordiais ou essenciais na República Federativa do Brasil.

Paulino Jacques, rebatendo o posicionamento de Lauro Nogueira, assim se manifestou sobre a real dimensão do preâmbulo constitucional:

Ao contrário, não é lei, em geral, porque não é norma jurídica positiva, mas contém o espírito da lei, os seus princípios informadores, como o corpo contém a alma. Evidentemente, não será legítima a interpretação ou a aplicação de qualquer artigo da Constituição ou da lei ordinária que colida com o preâmbulo, ou que o ponha de lado, porque ele contém os princípios informadores do estatuto supremo, que está embebido desses princípios, como a esponja do líquido em que a mergulham (1977:167).

O Supremo Tribunal Federal sufragou este último posicionamento no julgamento da ADIn 2.074/AC, admitindo que o preâmbulo não é norma jurídica, mas apenas uma síntese do posicionamento ideológico do Constituinte.

A quase-totalidade da doutrina brasileira, provavelmente em virtude de não reconhecer o caráter normativo do preâmbulo, não dedica maiores preocupações ao estudo dos valores, vistos como dimensão do direito ao lado do fato e da norma; esta última se expressa por princípios e regras, os quais veiculam valores, mas com estes não se confundem.

Antes de encerrar o presente tópico, deve-se deixar claro que uma preferência branda de preceitos constitucionais não significa que se admita uma hierarquia entre as normas constitucionais originárias.

Apenas se pretende reconhecer que, para fazer uma ponderação de bens sem cair no puro subjetivismo, deve-se reconhecer que determinadas normas constitucionais têm relevância peculiar, porque veiculam os valores supremos da República Federativa do Brasil.

As normas que veiculam os ditos valores supremos são tidas como sobreprincípios, cuja função é dar unidade à Constituição, que serve de fundamento para o controle de validade das demais normas do ordenamento jurídico brasileiro.

5 Princípios jurídicos constitucionais e seu âmbito de projeção

A abertura do sistema jurídico, por meio dos princípios constitucionais, criou um novo desafio, consistente em dar eficácia ou efetividade às normas principiológicas, de baixa densidade semântica, a dificultar a visualização do comportamento devido nos casos concretos em que elas terão incidência.

Além disso, sendo os princípios espécie de normas jurídicas, destacam-se as questões relacionadas à imperatividade deles, e, de outro lado, no caso de seu descumprimento, o problema do autorramento, isto é, qual a consequência que se pode exigir do Estado ou do particular.

Não raras vezes, as normas programáticas não são implementadas pelo Estado, quer por falta de vontade política, quer por ausência de condições econômicas, criando enorme descompasso entre a realidade jurídica e a sociedade.

A doutrina acerca dos planos de projeção ou atuação da norma jurídica foi desenvolvida, a princípio, pelo direito civil. Era aplicada para fins de estudo da eficácia, em sentido lato, do ato jurídico. Posteriormente, aludida teoria foi transplantada à teoria geral do direito, visando o estudo da relação jurídica, fenômeno amplo a englobar atividades públicas e privadas.

Convém, pois, fazer breve incursão pela teoria geral do direito no que tange aos fatos, atos e negócios jurídicos para, ao depois, diferenciar os planos da existência (pertinência), validade e eficácia.

O mundo dos fatos é imenso, abrangendo uma gama incrível de acontecimentos, *a priori* indiferentes ao direito. Na medida em que uma norma

jurídica descreve, na sua hipótese de incidência, determinado suporte fático, a ocorrência do citado fato se subsume ao comando da norma e a partir daí se torna jurídico. Em suma, o fato jurídico é "todo e qualquer fato, de ordem física ou social, inserido em uma estrutura normativa" (REALE, 2003:200).

O fato jurídico divide-se em fato natural e humano, e a diferença reside na presença ou não da vontade do homem (*v.g.*, morte de uma pessoa devido à queda de raio ---- fato natural; celebração de um contrato ---- fato humano).

A seu turno, os fatos humanos, também chamados de "atos jurídicos em sentido amplo", dividem-se em atos em sentido estrito e negócios jurídicos. Os primeiros são acontecimentos produzidos por uma vontade humana singular, enquanto os últimos exigem o concurso de vontade de duas ou mais pessoas.

Os atos jurídicos em sentido estrito podem gerar conseqüências jurídicas buscadas pelo agente, e, neste caso, são chamados de atos lícitos (*e.g.*, testamento); entretanto, se as conseqüências jurídicas foram diversas daquelas pretendidas pela pessoa, a qual violou uma proibição, surgirá o ato ilícito (*e.g.*, homicídio).

Note-se estar superada a falsa contraposição entre jurídico e ilícito, porque também o ato ilícito está previsto pelo direito e, portanto, não é sua negação (KELSEN, 1987:124)

Finalmente, os atos jurídicos lícitos podem decorrer diretamente da lei, independentemente da vontade do agente (*e.g.*, encontro de tesouro). Já no negócio jurídico as partes sempre buscam alcançar determinado efeito jurídico.

Os atos jurídicos e os negócios jurídicos são praticados tanto pelos particulares quanto pelos entes públicos, mesmo porque, em última análise, uma norma jurídica é um fato humano, em tese, com aptidão para adquirir, conservar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

Sucedem que a norma jurídica, para ser aplicada ao caso concreto, necessita de uma intermediação por parte do Poder Público; todavia, antes dessa concretização, mister descobrir se a norma existe e é válida para, então, produzir seus efeitos.

Impõe-se agora o estudo dos campos de atuação da norma jurídica, mormente da constitucional, porque, conforme exposto no tópico anterior, os princípios, hoje, estão inseridos no coração da Constituição.

5.1 Plano da existência

A doutrina não é pacífica ao reconhecer utilidade em apontar o plano da existência, porque aquilo que não existe não pode ser objeto de discussão jurídica.

Obtempera-se, todavia, ser possível demanda calcada numa pretensão sem significação jurídica alguma, porque não chegou a se transformar em um ato jurídico; houve apenas aparência de ato ou negócio jurídico (e.g., discussão sobre a existência ou não de um contrato porque uma das partes não manifestou vontade na sua celebração).

Na verdade, a discussão sobre a existência do ato jurídico implica um debate sobre o ingresso ou não daquele ato no mundo do direito. Pressuposto de aludido debate é a aparência de ser o ato englobado pelo sistema jurídico.

O plano da existência exige que os elementos constitutivos do ato jurídico sejam preenchidos, pena de ele não se estruturar e deixar de ingressar no sistema. É uma visão naturalista do direito, seguida por Pontes de Miranda.

Sucedem que o mestre Marcelo Neves, adaptando para o campo normativo as lições de Pontes de Miranda sobre o plano da existência, sustenta ser preferível utilizar o termo "pertinência" a "existência", porque a pertinência enfoca a existência jurídica:

Assim sendo, embora sejam de adotar-se elementos teóricos da distinção pontiana entre "existência" e validade dos atos jurídicos, cabe reinterpretá-la quando de sua aplicação às normas jurídicas. Daí porque preferimos, em substituição ao vocábulo "existência", empregar o termo "pertinência", significando que uma determinada norma integrou-se (regular ou irregularmente) a um determinado ordenamento jurídico e ainda não foi expulsa por invalidade ou revogada.

Contudo, o termo "pertinência" aproxima-se mais da idéia de validade, já que a "pertinência" pressupõe que algo previamente exista. Agora se o termo "pertinência" foi utilizado com o propósito de reforçar que a existência jurídica da norma está ligada ao poder de instituir comportamentos vinculantes, então o vocábulo mais apropriado a ser utilizado é "pertença", que tem o significado de atribuição ou poder.

Aludida crítica também é sufragada pelo Professor André Ramos Tavares que, com a habitual acuidade científica, ensinou:

A relação de pertinência, contudo, parece mais próxima da idéia de validade, como exposto. Daí afigurar-se mais apropriado falar em *pertença*, para designar a existência do ato jurídico. A existência, portanto, é compreendida como "existência jurídica", e não como existência fática (2003:130, nota de rodapé).

Feitas as ponderações acima, nada impede de se continuar utilizando o termo existência para designar o primeiro plano de estudo da projeção da norma jurídica, ou seja, o seu caráter vinculante, muito embora o vocábulo "pertença" melhor explicita a idéia de existência em termos de norma jurídica.

Isto porque, em relação a norma jurídica, temos que ela será inexistente sempre que for emanada por agente não aceito como fonte de direito (FERRAZ JR., 2003:217), ou seja, é desprovido de atribuição ou poder.

Pois bem, no que concerne às normas constitucionais, sejam regras ou princípios, a inexistência se verifica sempre que o exercente do Poder Constituinte Originário não for reconhecido como autoridade legítima por parte do povo que, por isso, não cumpre ou se submete à Constituição. De sorte que é a legitimidade da Constituição, considerada em seu todo, que confere a existência jurídica das normas constitucionais originárias.

Esse também o entendimento de André Ramos Tavares que sustenta:

Pode-se afirmar, contudo, que a efetividade da Constituição ou do complexo normativo originário é que confere existência a determinado sistema. Assim, se uma Constituição é outorgada, mas não atinge um mínimo de consenso, nem é observada, não pode ser considerada existente (2003:133).

Por outro lado, não há confundir a Constituição com as normas constitucionais porque, enquanto a primeira designa o complexo normativo que estrutura fundamentalmente o Estado e, portanto, é inviolável, as segundas são imperativos que podem ou não ser violados (DINIZ, 2001:13).

Note-se que o princípio ou a regra constitucional existe, pouco importando o assunto de que tratar, sempre que fizer parte de uma Constituição legítima, ou seja, que goza de consenso popular e é cumprida. Por essa razão, não

há hierarquia entre as regras e os princípios constitucionais decorrentes do Poder Constituinte Originário; quando muito se pode falar em preferência por causa dos valores que as regras e princípios são portadores.

Em contrapartida, se a Constituição existe e é a unidade formal do sistema normativo, o ingresso de novas normas constitucionais ou não no mencionado sistema, depende do correto exercício do Poder Constituinte Derivado ou da atividade legislativa, a implicar o estudo da validade; logo, o plano da existência é pressuposto para que se discuta o da validade.

5.2 Plano da validade

O estudo da validade pode ser realizado pelos prismas zetético e dogmático. No primeiro caso, responde-se à pergunta o que é e como se define a validade; no último, preocupa-se em operacionalizar a validade, isto é, a partir de quando e até quando uma norma é válida para o sistema. Interessa-nos estudar a validade sob o prisma dogmático

A validade diz respeito à ausência de defeito ou vício dos elementos necessários para que o ato normativo, em sentido amplo, seja considerado obrigatório. O ato defeituoso ou viciado ingressa no sistema jurídico. Todavia, em decorrência do defeito de que é portador, questiona-se sua imperatividade, isto é, a obrigatoriedade de seu cumprimento.

O conceito de validade, no sentido dogmático, pressupõe a existência de uma subordinação entre normas, vale dizer, a norma superior autoriza a elaboração da inferior, e, portanto, a validade é um conceito relacional, porque a norma superior indica os requisitos necessários à produção da inferior.

São requisitos necessários para o ingresso da norma nova no sistema jurídico: I) a competência do editor do ato; II) o cumprimento do procedimento; III) o conteúdo e IV) a finalidade

A competência do editor do ato significa que o emissor da norma deve ter atribuição para inovar o sistema jurídico. Não basta que o agente emissor da norma seja reconhecido como fonte formal do direito: necessário que institua norma sobre matérias para as quais tenha atribuição.

Se o agente não é reconhecido pelo sistema como fonte de produção do direito, sua manifestação de vontade não ingressa no sistema jurídico e, portanto, é inexistente. Contudo, se o agente é reconhecido como fonte de produção do direito, porém produz normas sobre assuntos fora de sua alçada, tais normas serão existentes, mas inválidas.

Um bom exemplo do tema é o fato de a Assembléia Legislativa ser o órgão responsável para produzir emenda à Constituição Estadual; todavia, não tem competência, em razão da matéria, para reformar a Constituição Federal. Não resta dúvida de que, se uma norma jurídica partir da Assembléia Legislativa no sentido de emendar a Constituição Federal, aludido preceito ingressará no ordenamento jurídico, porque partiu de uma fonte formal reconhecida pelo sistema, mas será considerado nulo por vício, ou seja, falta-lhe atribuição ou competência para editar a citada norma.

O cumprimento do procedimento indica o modo pelo qual a norma é elaborada. É a legitimidade do processo de gênese da norma que deverá ser verificada. Não basta ter poder para impor uma norma e competência em razão da matéria: mister sua criação seguir os trâmites previstos para inovação da ordem jurídica (*v.g.*, a emenda à Constituição Federal não pode partir de iniciativa popular porque tal procedimento somente é previsto para a *ei*).

O conteúdo do ato normativo revela como se pode ou deve disciplinar determinada matéria. O editor da norma, além de ter atribuição para disciplinar um assunto, deve fazê-lo nos limites em que foi autorizado (e.g. a União, por meio do Congresso Nacional, tem atribuição para legislar sobre direito penal; contudo, deve respeitar os princípios da reserva legal e da anterioridade, ou seja, pode criar novos crimes, mas deve fazê-lo por meio de lei e apenas para fatos futuros).

A finalidade diz respeito à adequação da nova norma aos objetivos que se pretendem alcançar com a sua edição. Busca-se, acima de tudo, o interesse público.

Atualmente, as constituições contemporâneas passaram a veicular normas programáticas, as quais impõem metas a serem atingidas pelo Estado. A realização desses programas, algumas vezes, exige a edição de outros atos normativos, os quais devem ser aptos a atingir a finalidade desejada na norma programática.

Agora já não basta ser o ato normativo editado por autoridade competente, dentro de suas atribuições, de acordo com as formalidades e materialmente em ordem; precisa-se, ainda, que seja adequado a atingir o objetivo que lhe foi previamente posto.

Repita-se que os requisitos acima apontados estão indicados em norma(s) superior(es) que servirá(ão) de parâmetro para o controle de validade da norma inferior. Desse modo, caso o parâmetro de comparação seja um princípio ou regra constitucional, estaremos em face do controle de constitucionalidade. Entretanto, se o parâmetro for norma inferior à Constituição, descortina-se, então, o controle de legalidade.

Não se desconhece que uma norma considerada ilegal, indireta e reflexamente também será inconstitucional; contudo, empregamos o termo "inconstitucionalidade" às situações em que a norma constitucional é utilizada imediatamente como medida da validade do ato normativo de escalão inferior.

Todavia, será que as normas inferiores declaradas inválidas podem produzir efeitos enquanto estiverem dentro do sistema? Noutras palavras, uma lei inconstitucional, por ofender determinado princípio, enquanto não extraída do sistema normativo, deve ser cumprida? A resposta a essa indagação exige o estudo da sanção a ser aplicada a norma declarada inconstitucional.

Uma primeira corrente de pensamento sustenta que a norma inconstitucional não ingressa no sistema normativo, e, portanto, seria inexistente.

Discordamos desse posicionamento, uma vez que a inconstitucionalidade pressupõe o ingresso da norma no sistema jurídico; logo, o agente que a emitiu deve ser considerado fonte formal do direito para que se possa discutir o vício da formação do ato normativo.

Outra corrente, tradicional no direito brasileiro, pugna que a norma inconstitucional ingressa no sistema normativo, mas é nula desde o seu nascimento e, portanto, incapaz de produzir qualquer efeito jurídico válido.

Frise-se que os adeptos dessa corrente admitem que a norma inconstitucional pode produzir efeitos concretos. Todavia, estes devem ser desconsiderados, porque sem nenhum amparo jurídico. A sanção, no caso de inconstitucionalidade, é a nulidade da norma jurídica, que se opera de pleno direito; portanto, a decisão que reconhece a invalidade do ato normativo é meramente declaratória (BUZAID, 1958:138).

Em que pese mencionada corrente seja bastante sedutora porque de implacável sentido lógico, na medida em que defende a supremacia plena das normas constitucionais, forçoso reconhecer que sua aplicação perante a realidade fática faz tábula rasa de outros direitos igualmente relevantes, a saber: coisa julgada, ato jurídico perfeito, direito adquirido etc.

Ocorre que o direito não é uma ciência eminentemente lógica, porque o ideal de justiça não raras vezes exige a proteção de situações jurídicas já consolidadas no tempo, pena de se criar um verdadeiro caos social. Por essa razão, entendemos que a decisão que decreta a invalidade de um ato normativo não é sempre nula, mas anulável.

Finalmente, temos uma terceira corrente, que sustenta que o vício de inconstitucionalidade impõe a decretação da anulabilidade do ato normativo, ou seja, a norma é válida enquanto não houver uma decisão que decrete, expressamente, o seu vício e a exclua do sistema normativo.

Esta última corrente admite que a norma inconstitucional produz efeitos jurídicos válidos porque a sentença que reconhece a inconstitucionalidade é constitutiva; logo, os efeitos dessa decisão valem para o futuro, embora seja possível ser retroativa (KELSEN, 1987:293).

A anulabilidade, como sanção aplicada ao ato normativo inválido, permite ao Poder Judiciário modular os efeitos de sua decisão, tornando-a mais justa, principalmente em respeito ao primado da segurança jurídica, tão importante quanto o princípio da supremacia da Constituição.

Aliás, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que decreta um ato normativo inválido está sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal e foi admitida por intermédio das Leis nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 e 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

Neste rumo de idéias e visando responder à indagação acima formulada, pensamos que o ato normativo inválido produz efeitos jurídicos, porque aludido ato deve ser cumprido enquanto não for decretada sua anulabilidade pelo Poder Judiciário, que poderá, inclusive, retroagir os efeitos dessa decisão até o nascimento da lei, a evidenciar que a nulidade, a bem da verdade, é uma espécie de anulabilidade.

Postas as premissas acima, voltemos nossa atenção aos princípios constitucionais originários, os quais são normas válidas, porque existentes.

Assim, a legitimidade da Constituição significa a existência das normas constitucionais, que, automaticamente, são válidas porque não há nenhuma norma acima da Lei Magna.

Não desconhecemos a posição de Otto Bachof, a sustentar a possibilidade de normas constitucionais originais serem declaradas inconstitucionais porque ofendam preceitos que estão acima da Constituição, ou seja, supralegais.

Discordamos da aludida opinião, porque todas as normas oriundas do Poder Constituinte Originário são igualmente constitucionais. Ademais, acima da Constituição Federal, no atual estágio do constitucionalismo, não existe nenhum outro diploma jurídico que possa servir de parâmetro para a análise da validade ou não dos preceitos impostos pelos constituintes, dentre os quais os princípios constitucionais.

Ressalte-se, ainda, que os princípios constitucionais são aptos a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade, porque são normas, gozando de imperatividade.

Contudo, não há confundir as normas constitucionais de princípio com as normas-princípios ou com os princípios gerais do direito constitucional, uma vez que as últimas não gozam, automaticamente, do atributo da obrigatoriedade.

A norma constitucional de princípio, consoante o magistério de José Afonso da Silva, significa um comando previsto na Constituição para "o início ou esquema de determinado órgão, entidade ou instituição". Em compensação, as normas-princípios, também chamadas de "normas constitucionais de princípios gerais", "são *normas fundamentais* (a Constituição de 1988 as chama de *princípios fundamentais*), de que as normas particulares são mero desdobramento analítico". Finalmente, os princípios gerais do direito constitucional são formulações teóricas do constitucionalismo, isto é, "conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional (...)" (1998:119-121).

Não resta dúvida de que as normas constitucionais de princípio e as normas-princípios gozam de imperatividade porque inseridas explicitamente na Constituição; logo, servem de parâmetro para eventual controle de constitucionalidade.

A seu turno, a expressão "princípios gerais do direito constitucional" pode ser entendida ou como conjunto de proposições descritivas do aludido ramo do direito, isto é, como ciência jurídica, ou como conjunto de prescrições implícitas em determinado ordenamento jurídico (GRAU, 1998:106). Neste último caso, mesmo sendo implícitos, são normas.

É admissível a extração de princípios constitucionais implícito por intermédio da exegese do texto da Constituição. Também nessa situação se impõe a realização do controle de constitucionalidade, porque o intérprete não é livre para elaborar os próprios princípios de acordo com sua escala de preferências, mas deverá fazê-lo respeitando os valores objetivos agasalhados no Texto Constitucional.

Poder-se-ia objetar que os princípios constitucionais implícitos são oriundos do Poder Constituinte Originário, e, portanto, são existentes e válidos, não podendo ser objeto de controle de constitucionalidade. Ocorre que tais princípios somente podem ser introduzidos no sistema jurídico a partir de decisões do Poder Judiciário, tido como fonte formal do direito.

Neste caso, o princípio implícito, para ser admitido no sistema jurídico normativo como válido, deverá ser cotejado à luz da Constituição Federal, que lhe servirá de parâmetro.

Isso demonstra que os princípios constitucionais implícitos são objeto do controle de constitucionalidade, não gozando de validade automática como os princípios constitucionais originários explícitos.

Finalmente, é possível a inserção de novos princípios constitucionais expressos, por meio de emenda. Exemplo recente foi a Emenda nº 19/98, que deu nova redação ao artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, introduzindo ali, explicitamente, o princípio da eficiência.

Não há dúvida de que aludida inserção poderá ser objeto de controle de constitucionalidade, porque a criação e a introdução de novos princípios explícitos na Constituição Federal devem seguir os parâmetros previsto no artigo 60 da citada Constituição.

À guisa de conclusão, tanto o princípio explícito, expresso em um texto escrito por meio de emenda à Constituição, quanto o implícito, extraído por intermédio de interpretação do sistema, porque não escrito em texto, serão objeto de controle de constitucionalidade, por não serem oriundos do Poder Constituinte Originário.

Ademais, as normas que ofenderem os princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, devem ser consideradas inválidas, isto é, serão expelidas do sistema normativo, devendo os efeitos da decisão do Poder Judiciário ser modulados para evitar situações de insegurança jurídica, já que a norma inválida, em nossa ótica, produz efeitos jurídicos.

5.3 Plano da eficácia

O plano da eficácia significa o estudo da norma pelo prisma da produção de seus efeitos jurídicos, tendo em vista o reconhecimento da sua existência e validade.

A capacidade de uma norma produzir efeitos jurídicos está condicionada a certos pressupostos fáticos, isto é, o mundo do ser (a realidade fenomênica) deve possuir as condições mínimas necessárias para o cumprimento da hipótese normativa (*e.g.*, obrigatório rampas de acesso para deficientes físicos; todavia, os prédios antigos não as possuem, tampouco existe espaço físico para construí-las).

Mas também a capacidade de a norma produzir efeitos jurídicos pode estar condicionada à produção de outras normas, ou seja, há necessidade de um complemento normativo, porque a hipótese de incidência é insuficiente para, por si só, operar na realidade. Aqui é uma questão de técnica normativa, porque o emissor da norma, em vez de disciplinar totalmente o assunto, entendeu por bem deixar seu desdobramento para normas futuras (*v.g.*, a norma penal em branco, que exige complementação para que se tenha o correto entendimento do comportamento criminoso).

A eficácia plena significa, portanto, estarem preenchidos os requisitos fáticos e técnicos da norma jurídica, que poderá produzir seus efeitos. Nunca é demais enfatizar ser a eficácia a possibilidade de produção de efeitos, daí por que alguns autores preferem o termo eficácia jurídica para diferenciá-lo da eficácia social.

Por eficácia social ou efetividade se entende a efetiva produção dos efeitos normativos no mundo da realidade, isto é, é o sucesso da norma no plano do ser. O dever ser da norma é aplicado de fato no mundo do ser. A efetividade não será objeto desta dissertação, por isso apenas a diferenciaremos da eficácia.

Expostos os conceitos acima, temos que todo princípio constitucional é portador de algum tipo de eficácia, não sendo apenas uma simples exortação do constituinte aos poderes constituídos e ao povo. Entretanto, a eficácia plena dos princípios constitucionais pode estar condicionada por questões fáticas ou técnicas (normativas).

Ora, quando o princípio constitucional não pode ser cumprido em toda a sua extensão, porque ausentes condições fáticas necessárias para a implementação de certas políticas públicas, tidas como verdadeiros programas governamentais previstos no Texto Constitucional, estamos em face de normas de princípio programático, ou, por elisão, normas programáticas (SILVA, 1998:138).

É sabido que as normas programáticas geram uma expectativa de direito, mas não um direito subjetivo; logo, a concretização de tais normas fica na dependência do preenchimento de condições ou econômicas, políticas ou sociais favoráveis e também de leis a serem votadas pelo Legislativo, que, embora normativamente vinculado ao Texto Constitucional, é livre para decidir sobre o momento adequado para realizar a política tendente a dar plena eficácia às normas programáticas.

Assim, instala-se na sociedade enorme desconforto, uma vez que a norma programática, embora considerada juridicamente válida, tem sua eficácia postergada eternamente, a ponto de ser considerada um engodo, porque adormece o poder de reivindicação das forças sociais, as quais têm uma norma constitucional escrita que é inócua.

Importa frisar que a norma programática não adquire plena eficácia com uma simples legislação ulterior; mister o concurso de condições fáticas satisfatórias para o implemento do objetivo previsto na norma constitucional.

Em contrapartida, existem princípios constitucionais que, para serem cumpridos, necessitam, simplesmente, de uma legislação ulterior que delimite mais pormenorizadamente a sua hipótese de incidência. São as chamadas "normas de princípio orgânico ou organizativo" (SILVA, 1998:123).

Os princípios constitucionais orgânicos têm sua eficácia plena suspensa porque ficam na dependência de legislação posterior que as complemente. Essa legislação pode ser de edição obrigatória ou facultativa, dependendo da forma como redigido o dispositivo constitucional.

O problema é descobrir qual o mínimo de eficácia de que gozam os princípios constitucionais, orgânicos ou programáticos, caso ausentes as condições fáticas ou técnicas para sua plena eficiência. Impõe-se, assim, o estudo da eficácia das normas constitucionais.

5.3.1 Doutrinas estrangeiras

A Constituição não pode ser apenas uma promessa de transformação da realidade jurídica e social, pena de ser considerada simples "folha de papel".

As normas que compõem a Constituição devem ser sempre aplicadas, pois gozam de um mínimo de eficácia, e por isso não podem ser tidas como meras plataformas políticas do legislador constituinte.

Por isso tem total cabimento a advertência do Professor Luís Roberto Barroso:

Embora resulte de um impulso político, que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico. E as normas jurídicas, tenham caráter imediato ou prospectivo, não são opiniões, meras aspirações ou plataforma política. As regras de direito, consigna Recaséns Siches, 'son *instrumentos prácticos*, elaborados y construidos por los hombres, para que, mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos (1998:222).

Não obstante hoje tais assertivas pareçam irrefutáveis, a verdade é que a eficácia das normas constitucionais é tema bastante palpitante, e sua classificação tem variado no tempo, consoante passamos a demonstrar.

5.3.1.1 Normas "auto-aplicáveis" e "não auto-aplicáveis" (direito norte-americano)

Nos Estados Unidos surgiu a primeira classificação quanto à eficácia das normas constitucionais: "self-executing or self-acting or self-enforcing" e "not self-executing or not self-acting or not self-enforcing".

O fundamento dessa classificação era a necessidade ou não de edição de regra infraconstitucional para dar efeito jurídico à norma constitucional.

Segundo Pinto Ferreira, Thomas M. Cooley, o Ministro da Suprema Corte de Michigan, assim se manifestou-se sobre o tema:

Pode-se afirmar que uma disposição constitucional é auto-executável quando nos fornece uma regra com a qual se pode fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto-aplicável, quando simplesmente indica princípios, sem estabelecer normas, através das quais se consiga dar vigor de leis a esses princípios. É assim que, embora uma Constituição exija muito claramente a instituição de governos municipais, em condados e cidades, se lhes não indica limites, nem os provê de mecanismo adequado, não será imediatamente exeqüível nesta parte, e necessitará, para que o seja, do concurso de leis. Os direitos, em tal caso, ficarão dormentes até que a legislação lhes acuda, ao passo que, havendo uma regra distinta, se esta for por si mesma capaz de execução, lei será nesses limites e com ela se deve manter em harmonia toda a legislação suplementar (apud 1978:26)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com pena de mestre, aborda o tema e, após explicar as diferenças entre normas auto-executáveis e não auto-executáveis, cataloga três espécies desta última, que seriam: a) normas incompletas, que criam um instituto mas não esclarecem seus contornos; b) normas condicionais, isto é, precisam ser integradas por lei para terem operacionalidade e c) "normas *programáticas*, quer dizer, as que indicam planos ou programas de atuação governamental. Estas não só reclamam lei ordinária de complementação ou regulamentação, mas também exigem medidas administrativas para que possam tornar-se efetivas" (2003:13).

Mencionada classificação, embora muito tenha contribuído para o estudo da aplicabilidade das normas constitucionais, não satisfaz a moderna doutrina que estuda o tema, uma vez que admite que certas normas constitucionais são ineficazes, contrariando a máxima de que toda norma tem um mínimo de eficácia. Também a presente doutrina, infelizmente, termina por negar o caráter normativo das normas programáticas, na medida em que as condiciona exclusivamente à vontade política do legislador.

5.3.1.2 Normas "preceptivas" e normas "diretivas" (direito italiano)

Na Itália, mormente na década de 40, surgiram decisões judiciais que passaram a classificar os mandamentos constitucionais em programáticos ou jurídicos.

A Corte de Cassação Penal, em 7 de fevereiro de 1948, proferiu a seguinte ementa em uma decisão: *Le disposizione contenute nella costituzione como talvolta di natura programmatica, talvolta di natura giuridica* (apud PINTO FERREIRA, 1978:30). Dessa ementa surgiram duas teses na doutrina italiana.

A primeira retomou a distinção das normas constitucionais em *preceptivas* e *diretivas*, que se assemelha à doutrina norte americana que classificava as normas constitucionais em *mandatórias* e *diretórias*.

As prescrições mandatórias ou preceptivas são normas de cumprimento irrecusável. Já as prescrições diretivas ou diretórias são dispositivos constitucionais que permitem ao legislador dispor de modo diverso do previsto no Texto Constitucional.

A segunda tese classificou as normas constitucionais em programáticas e jurídicas. As primeiras não tinham conteúdo jurídico, e por isso não eram vinculantes, podendo, inclusive, ser desrespeitadas pelo legislador infraconstitucional.

A doutrina italiana é bastante ilógica, pois admite, expressamente, a existência de normas constitucionais sem nenhum caráter imperativo ou vinculante; logo, destituídas de qualquer grau de eficácia.

Ora, toda e qualquer norma inserta numa Constituição, seja qual for o seu conteúdo ou natureza, goza de eficácia, ainda que no grau mínimo.

Veio Crisafulli no estudo intitulado *A Constituição e suas disposições de princípio* (Milão, 1952) demonstrou que toda norma constitucional tem

eficácia, uma vez que impede ou paralisa a edição de qualquer outra norma jurídica contrária.

Com base na mencionada premissa, Crisafulli propôs a seguinte classificação das normas constitucionais: a) normas constitucionais de eficácia plena, as quais têm aplicação imediata; b) normas constitucionais de eficácia limitada, as quais não têm aplicação mediata.

Ainda, as normas de eficácia limitada dividem-se em: a) normas de legislação, as quais não podem ser aplicadas imediatamente por razões técnicas, pois exigem normação regulamentando os seus limites; b) normas programáticas, que versam sobre matéria eminentemente ético-social, constituindo verdadeiros programas de ação social (apud FERREIRA FILHO, 1978:32)

A classificação proposta por Vezio Crisafulli é um tanto confusa quanto às normas de eficácia limitada, pois os programas de ação social do Estado, tidos como normas programáticas, exigem a edição de uma legislação para discipliná-los. Assim, tem total pertinência a advertência de José Afonso da Silva:

Essa terminologia não corresponde, porém, à realidade, pois há normas programáticas que também são de *legislação*, porque remetem à lei para incidir, como é exemplo a do inciso V do art. 203 da Constituição: "garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei". Demais, a expressão *normas de legislação* não indica o conteúdo da norma, critério em que se baseia a distinção (1998:84)

5.3.2. A doutrina sobre a aplicabilidade das normas constitucionais no direito brasileiro

O tema tem sido pouco explorado no direito brasileiro. Raros autores enfrentaram a questão da eficácia das normas constitucionais. Nosso escopo é analisar os trabalhos mais significativos sobre o assunto, buscando esclarecer,

objetivamente, os critérios de classificação da eficácia das normas jurídicas constitucionais e, finalmente, optar por uma delas.

Rui Barbosa, pioneiro no tema, trouxe para o Brasil os ensinamentos do direito norte-americano quanto às normas auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis. Também não podemos deixar de mencionar Meirelles Teixeira, um dos primeiros autores a difundir os ensinamentos do Mestre Crisafulli no Brasil.

Meirelles Teixeira sustentou que toda norma jurídica goza de um mínimo de eficácia. Por outro lado, a eficácia das normas constitucionais pode ser dividida: a) plena; b) limitada ou reduzida.

Em prosseguimento, Meirelles Teixeira afirmou que as normas constitucionais de eficácia plena têm "uma normatividade que se mostra apta a produzir, desde logo, os efeitos essenciais visados" (1991:318-319). A seu turno, as normas de eficácia limitada ou reduzida não possuem normatividade suficiente para incidir nos casos concretos, "deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário" (1991:317).

Finalmente, as normas de eficácia limitada foram divididas em normas programáticas e normas de legislação. E Meirelles Teixeira explica a diferença entre ambas.

As primeiras, versando sobre matéria eminentemente *ético-social*, constituem, verdadeiramente, programas de ação social (econômica, religiosa, cultural, etc.), assinalados ao legislador ordinário. Já quanto às normas de "legislação", seu conteúdo não apresenta essa natureza ético-social, mas inserem-se na parte de *organização da Constituição*, e, excepcionalmente, na relativa aos direitos e garantias (liberdades). (1991:323)

Sucedem que merece destaque a classificação proposta por José Afonso da Silva, em face do desenvolvimento original que deu ao tema e de sua ampla aceitação dentro dos meios jurídicos.

José Afonso da Silva, seguindo os passos de Meirelles Teixeira, constrói sua classificação conforme o grau de eficácia da norma constitucional. Todavia, em sua classificação, José Afonso da Silva, inseriu ao lado das normas de eficácia plena e limitada, as normas de eficácia contida. Assim, temos:

a) normas constitucionais de eficácia plena, definidas como:

(...) aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular (1998:101).

b) normas constitucionais de eficácia contida, definidas como:

(...) são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados (1998:116)

c) normas constitucionais de eficácia limitada ----- sua "aplicabilidade é mediata ou indireta, porque dependentes de legislação" (1998:122).

Estas últimas normas são as principiológicas, que se dividem em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático, consoante já exposto neste trabalho.

Pinto Ferreira também apresentou uma classificação original da aplicabilidade das normas constitucionais, tendo como fundamento não apenas o grau de eficácia da norma, mas também a sua imutabilidade ou não. São suas palavras:

As normas constitucionais podem ser assim classificadas: a) **normas de eficácia absoluta**, que são de aplicação imediata e não emendáveis; b) **normas de eficácia plena**, com preceito de aplicação imediata porém emendáveis pelo poder constituinte derivado; c) **normas de eficácia contida**; d) **normas de eficácia limitada**, nestas se incluindo também as chamadas normas programáticas (1978:37).

A classificação proposta por Maria Helena Diniz é praticamente idêntica à de Pinto Ferreira, pois se fulcra nos mesmos critérios já indicados, ou seja, a intangibilidade de certas normas e a eficácia delas.

Assim, temos: "a) normas com eficácia absoluta; b) normas com eficácia plena; c) normas com eficácia relativa restringível; e d) normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação" (DINIZ, 2001:109).

Percebe-se que as classificações de Pinto Ferreira e Maria Helena Diniz são iguais, alterando-se apenas a nomenclatura das normas de eficácia contida e limitada que passaram a ser denominadas, respectivamente, restringíveis ou complementáveis.

A classificação proposta por esses dois últimos autores não nos parece acertada, pois os conceitos de eficácia e imutabilidade são diversos. O conceito de imutabilidade está mais relacionado ao plano da validade do que ao da eficácia.

Assim, o grau de eficácia de uma norma constitucional não se mede pela imutabilidade, mas sim pela forma como está redigido o seu dispositivo. Noutras palavras, caso a norma reúna todas as condições para ser imediatamente aplicada, será considerada plenamente eficaz ou supereficaz, ainda que possa ser modificada por meio de um procedimento especial.

Por outro lado, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito aduzem que a eficácia das normas constitucionais pode ou não depender de uma norma infraconstitucional.

Assim, as normas constitucionais que independem de qualquer complemento são denominadas de norma de aplicação. Já as que dependem de um complemento são chamadas de normas de integração.

As normas de aplicação dividem-se em:

- a) irregulamentáveis ---- são aplicadas diretamente e não admitem nenhum tipo de regulamentação;
- b) regulamentáveis ---- são aplicadas diretamente e aceitam regulamentação infraconstitucional para ter uma melhor aplicabilidade;

As normas de integração dividem-se em:

- a) complementáveis ---- possuem lacunas em sua hipótese de incidência, a exigir uma complementação legislativa para que tenham aplicabilidade;
- b) restringíveis ----- "consiste em tornar mais curto o elástico da norma constitucional, mas exíguo o seu raio de aplicação" (BASTOS & BRITO, 1982:51).

Pois bem, as normas irregulamentáveis, regulamentáveis e restringíveis têm eficácia plena, uma vez que seus comandos podem ser imediatamente aplicados pelos operadores do direito, independentemente de lei infraconstitucional.

Já as normas complementáveis têm eficácia parcial, ou seja, a eficácia paralisante, obstando o surgimento de normas que lhe sejam contrárias. Todavia, para terem eficácia plena devem ser colmatadas por normas infraconstitucionais.

Também descartamos a classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito por entendê-la um tanto quanto confusa, já que no plano da eficácia as normas de aplicação e integração não ficam plenamente separadas.

Se o critério diferenciador entre as normas de aplicação e integração é a exigência de um complemento normativo para as últimas gozarem de eficácia, resulta ilógico catalogar as normas restringíveis como de integração na medida em que essas normas também podem ser aplicadas sem necessidade de complemento.

Destarte, as normas restringíveis tanto podem ser consideradas normas de aplicação como de integração. Enquanto tais normas não tiverem complemento, serão de aplicação; todavia, ao ser editado o complemento, elas passam a ser consideradas de integração. Percebe-se que a classificação fica sem sentido

Diante dos motivos acima expostos, adotaremos a classificação de José Afonso da Silva, a qual nos parece a mais sistematizada e de fácil exposição.

Partindo da classificação de José Afonso da Silva, as normas principiológicas gozam de eficácia limitada, uma vez que a ausência de legislação ou de condições fáticas satisfatórias impede o pleno desenvolvimento dos efeitos jurídicos destas normas.

Entretanto, quais os efeitos jurídicos mínimos das normas de eficácia limitada?

5.3.3 Principais efeitos dos princípios constitucionais

Em regra os princípios constitucionais são considerados normas de eficácia limitada porque seus efeitos jurídicos, ou seja, as conseqüências por eles estabelecidas fica na dependência de uma intermediação concretizadora do legislador ou do juiz.

Contudo é princípio básico de hermenêutica constitucional que os princípios e as regras previstas na Constituição devem ter o máximo de eficácia possível para que se produzam os efeitos jurídicos desejados pelo Constituinte.

Bem a calhar, sobre o assunto, são as advertências de Meirelles Teixeira:

(...) a primeira e mais alta preocupação do aplicador ou intérprete da Constituição: *reconhecer e assinalar às suas normas, sejam de que natureza forem, e, portanto, também às programáticas, a maior eficácia jurídica possível*, pois uma atitude diversa, aliada à costumeira e hoje quase universal inoperância dos corpos legislativos, acabaria por transformar as Constituições modernas, naquilo que hoje melhor as caracteriza, naquilo que elas têm de mais elevado e nobre, isto é, nas suas aspirações e promessas de caráter *ético-social* em nefanda "burla ou engano", na expressão de Crisafulli, o que, como ele bem adverte, não se pode admitir, sob pena de faltar-se ao respeito à própria Constituição (1991:333).

Após as breves considerações acima, passemos uma rápida corrida de olhos sobre os principais efeitos jurídicos que a doutrina e a jurisprudência assinalam sobre a eficácia das normas principiológicas.

O primeiro efeito jurídico é impedir a edição de normas infraconstitucionais que lhes sejam contrárias. Logo, os princípios são portadores de

uma eficácia paralisante, visto que a edição de ato normativo ofensivo aos princípios, explícitos ou implícitos, será considerada inconstitucional.

O segundo efeito dos princípios constitucionais é condicionar a atividade discricionária dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais devem pautar suas deliberações de acordo com o conteúdo mínimo previsto nas normas principiológicas, entendidas como decisões valorativas objetivas com função explicativa (ÁVILA, 2004:79).

A terceira consequência dos princípios é servir de diretriz para a interpretação, integração e aplicação do sistema normativo, fornecendo critérios seguros para a correta exegese de todo o ordenamento jurídico, mormente quando houver lacunas ou antinomias. Aqui, ressalta-se o valor teleológico dos princípios.

Consoante observa Meirelles Teixeira, escudado em Barile, "as normas programáticas possuem, de modo precípua, um *valor teleológico*, porque informam todo o ordenamento jurídico" (1991:341).

Finalmente, os princípios têm o efeito jurídico de estabelecer direitos subjetivos aos seus destinatários. Contudo, essa questão necessita ser melhor esmiuçada, definindo direito subjetivo, especificando seus tipos e as consequências possíveis em termos de direitos oriundos dos princípios constitucionais.

O romanos não tiveram a preocupação em definir o direito subjetivo. Apenas fizeram uma distinção entre *facultas agendi*, faculdade subjetiva de agir, e *normas agendi*, a norma que objetivamente regula a ação. Assim,

(...) a distinção entre o direito objetivo e subjetivo permaneceu entre os romanos sem interesse prático, razão pela qual continua válida a acusação de não terem eles dedicado grande espaço, em suas reflexões, ao Direito em sentido subjetivo (MEDONÇA, 2002:130).

Por outro lado, na Idade Média o direito era estamental e, portanto, não havia preocupação com o direito individual. Já na Idade Moderna houve preocupação dos jusnaturalistas em elaborar um conceito de direito subjetivo que era considerado natural e podia ser oposto ao poder de império do Estado. É somente na Idade Contemporânea, por obra dos romanistas alemães, que o conceito de direito subjetivo será formulado.

Bernhard Windscheid foi o primeiro teórico a conceituar o direito subjetivo como o "poder ou domínio da vontade, garantido e reconhecido pela ordem jurídica" (apud MENDONÇA, 2002:151). Em síntese, o direito subjetivo era a vontade juridicamente protegido. Todavia, aludido conceito é insuficiente porque o direito subjetivo existe independente da vontade do agente (v.g., os incapazes são titulares de direitos).

É certo que Windscheid procurou reformular seu conceito, a luz da crítica acima mencionado, e passou a afirmar que o "direito subjetivo é o poder ou domínio da vontade da ordem jurídica, protegido pela ordem jurídica" (apud MENDONÇA, 2002:152). Assim, o direito subjetivo passou a ser a vontade abstrata que se contém na norma jurídica, ou seja, Windscheid reduziu o direito subjetivo ao objetivo.

Rudolf von Jhering sustentou que o direito subjetivo era o interesse juridicamente protegido. A dificuldade da citada definição reside em precisar o significado do termo "interesse". Ademais, existe interesse protegido, que não gera um direito subjetivo (v.g., proteção do meio ambiente para as gerações futuras).

Georg Jellinek procurou compor as duas teorias e afirmou que direito subjetivo é "o interesse protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer" (apud REALE, 2003:255). Os defeitos das duas teorias persistiram e, portanto, as mesmas críticas acima apontadas valem aqui.

Finalmente, Friederich Carl Von Saviny aduziu que o direito subjetivo deve ser entendido como "poder para manifestar sua vontade" (*Willensmacht*). Nessa perspectiva, o direito subjetivo consiste na capacidade do indivíduo de impor determinada norma ou decisão" (DIMOULIS, 2003:248).

Hans Kelsen nega a existência autônoma do direito subjetivo, já que este último é apenas a expressão do direito objetivo no seu aspecto de ligar uma "sanção a determinada conduta de indivíduo e ao tornar a execução de sanção dependente de uma ação judicial a tal fim dirigida" (1987:204).

Não há dúvida que o direito subjetivo depende do objetivo; todavia, o direito subjetivo é uma expressão que sintetiza uma situação jurídica específica em face do ordenamento, daí por que necessário sua definição para melhor operacionalizá-lo. Por isso a doutrina pátria não busca conceituá-lo, mas apenas defini-lo:

Costuma-se definir o Direito, sob o aspecto subjetivo, como uma *faculdade moral de ação, decorrente da ordem jurídica objetiva*. É a *possibilidade* que uma pessoa tem de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, amparada pelos preceitos jurídicos objetivos (MENDONÇA, 2002:127).

Daí podermos dizer, numa noção destinada a reunir os elementos essenciais do problema, que *direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio* (REALE, 2003:260).

Analisando as definições acima, pode-se concluir que direito subjetivo é a possibilidade de obter, por meio do Estado, o cumprimento da norma jurídica. O direito subjetivo é uma situação de vantagem tutelada pelo ordenamento jurídico, que abre a possibilidade para o agente buscar seu implemento, forçado, por intermédio do Poder Judiciário.

É fato que as idéias de direito subjetivo foram desenvolvidas pelos estudiosos do direito civil; contudo, posteriormente, tais idéias foram transplantadas para o direito processual, oportunidade em que se cunhou a expressão "direito subjetivo público", que é a afirmação da existência de direitos fundamentais que a pessoa pode opor ao próprio Estado.

O direito subjetivo público poder ser negativo, ou seja, sua "essência está na proibição de intromissões estatais na esfera do indivíduo". Em contrapartida, tem-se o direito subjetivo público positivo, isto é, o agente pode "exigir determinadas prestações por parte do Estado" (DIMOULIS, 2003:250).

A doutrina é praticamente unânime em reconhecer que os princípios constitucionais geram direitos subjetivos públicos negativos, isto é, a pessoa tem a possibilidade de exigir do Estado que não atue contrariamente ao previsto na norma principiológica.

Os princípios jurídicos constitucionais não geram direito subjetivo positivo porque se limitam a indicar caminhos a serem adotadas para tutela de determinados valores. Todavia, as trilhas indicadas nas normas principiológicas geram apenas um interesse legítimo do destinatário, não uma situação de vantagem específica, que o autorize a buscar a satisfação de seu interesse específico perante o Poder Judiciário.

Isso significa que as normas-princípios "não produzem direitos subjetivos em seu aspecto positivo, geram-no em seu aspecto negativo" (SILVA, 1998:178).

Meirelles Teixeira, que analisa o princípio sob o prisma da norma programática, asseverou que

(...) das normas programáticas não podem surgir direitos subjetivos em seu aspecto *positivo*, isto é, como faculdade de exigir uma *prestação* (...) e, mais adiante, concluiu que pode apenas (...) surgir direitos subjetivos

em seu aspecto *negativo*, isto é, como faculdade de exigir uma *abstenção*, em face de leis e atos administrativos que lhes sejam manifestamente contrários (1991:361).

Existem enormes resistências em se admitir que os princípios constitucionais podem gerar direitos subjetivos positivos, ou seja, a pessoa poder exigir do Estado um comportamento ativo no sentido de propiciar-lhe o benefício prescrito na norma constitucional, ou seja, uma prestação positiva, um fazer.

Para não se reconhecer os direitos subjetivos positivos da pessoa contra o Estado, tendo por fundamento normas principiológicas constitucionais, argumenta-se com a falta de recursos econômicos para implementá-los. É a chamada "reserva do possível".

Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre *numerus clausus* de vagas nas Universidades (*numerus-clausus Entscheidung*), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à "reserva do possível" ("Vorbehalt des Möglichen") (MENDES: 1999:47-48).

Entretanto, a escusa de não implementar princípios constitucionais, que garantam situações de vantagem a pessoa por questões financeiras ou materiais deve ser analisada a luz do princípio da razoabilidade, que busca evitar a iniquidade da aplicação da norma jurídica no caso concreto.

Ademais, o argumento da "reserva do possível" é frágil porque os direitos subjetivos negativos também impõem gastos ao Estado, mas mesmo assim, tais direitos são plenamente aceitos pela doutrina no que tange a eficácia das normas principiológicas.

Portanto, quando for possível a identificação e individualização do titular do direito e o correspondente dever em prestá-lo, saber-se-á que o titular encontra-se investido no poder jurídico de exigir prontamente, via Poder Judiciário, uma prestação, e que o sujeito passivo, uma vez determinado judicialmente, não poderá deixar de satisfazê-la. Não obstante, é preciso acrescentar, ainda, que se a norma cuidar de um simples programa, de uma

ação futura, só haverá a possibilidade do exercício de um direito subjetivo negativo, no sentido de exigir que órgãos dos Poderes Públicos não atuem de forma discordante com o determinado (FERRARI, 2001:240).

Destarte, o princípio constitucional que gera situações de direito subjetivo positivo deve ser implementado, ainda que no mínimo necessário para que sua eficácia não seja eternamente postergada, tornando-se simples promessa, sem nenhuma concretização.

Esse o desejo da Constituição Federal de 1988, que, na ânsia de implementar as normas principiológicas, criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, que fogem do objeto dessa dissertação.

Conclusões

1 A norma jurídica é o objeto central de estudo da ciência do direito, historicamente por influência do positivismo e, posteriormente, pela rapidez da modificação do conteúdo do direito.

2 As normas sociais dividem-se entre normas de aperfeiçoamento e de garantia. As primeiras objetivam o aprimoramento das relações humanas, enquanto as últimas visam à manutenção do grupo social. A norma jurídica é uma espécie de norma social de garantia.

3 É qualidade essencial da norma jurídica a imperatividade, que indica a obrigatoriedade da ordem expressa no enunciado normativo. A vontade expressa no comando normativo não é pessoal, mas da própria norma, daí por que é um comando despsicologizado.

4 Outra qualidade essencial da norma jurídica é o "autorizamento", termo novo que demonstra que o comando normativo, caso não cumprido, implicará na reação do lesado, que estará autorizado a valer-se dos órgãos do Estado para realizar sua pretensão.

5 Pode-se conceituar a norma jurídica como imperativo despsicologizado autorizante. Assim, a sanção não é seu elemento essencial. A sanção é apenas uma técnica utilizada para reforçar o cumprimento da norma jurídica. Ao lado das sanções maléficas também há as benéficas, chamadas de premiais.

6 A idéia de princípio penetra na seara jurídica por intermédio dos princípios gerais de direito que são princípios monovalentes da ciência jurídica. A

função dos princípios gerais de direito era preencher eventuais lacunas existentes na lei posta pelo Estado.

7 Por influência dos positivistas, os princípios gerais de direito passaram a ser considerados normas jurídicas, obtidas por meio do processo de decantação e abstração das várias leis dos sistema normativo.

8 A moderna doutrina entende que há um parentesco entre os princípios gerais de direito e os princípios jurídicos, o quais, todavia, não se confundem. Os primeiros são proposições descritivas de um determinado sistema normativo, formuladas pela ciência do direito. Já os últimos são proposições prescritivas do sistema normativo.

9 Dentre os vários usos da expressão princípios jurídicos, ficamos com aquele que o designa como uma espécie do gênero norma jurídica. Destarte, as normas jurídicas dividem-se em regras e princípios, havendo inúmeros critérios para diferenciá-los.

10 O princípio é uma norma jurídica que não indica situações ou fatos em sua hipótese de incidência. Já a regra prescreve situações ou fatos específicos para sua incidência. Os princípios, por não descreverem uma hipótese de incidência específica, não têm destinatários e por isso são generalíssimo. As regras, ao contrários, são apenas genéricas.

11 O princípio, devido ao seu grau de abstração e generalidade, para ser aplicado ao caso concreto necessita de uma intermediação do legislador ou do juiz, a indicar a necessidade de expressa justificação de sua construção, por meio de consistente argumentação do intérprete para evitar o arbítrio. As regras, por terem hipótese de incidência específicas, são aplicadas por meio de silogismo.

12 Os princípios são normas fundamentais do sistema jurídico porque traduzem os valores básicos desse sistema. Os princípios são modelos de imperativos éticos radicados na idéia de justiça e por isso são a fonte de criação das regras, as quais são imperativos funcionais.

13 Os princípios possuem inúmeras funções dentro do sistema, já que são aplicados aos casos concretos, mas também servem para interpretar casos difíceis, bem como integrar eventuais lacunas. A regra têm caráter regulador, eis que sua função é ser aplicada aos casos concretos.

14 Os princípios são imperativos autorizantes válidos, com hipótese de incidência que traduz um valor considerado importante à sociedade. As regras são imperativos autorizantes, com hipótese de incidência que especifica dada situação geral e abstrata. O conflito entre princípios resolve-se no campo do peso e da validade. O conflito entre as regras resolve-se apenas no caso da validade.

15 Os critérios para solucionar antinomias entre as regras podem ser a cronologia, especialidade e hierarquia. O critério para solucionar conflito entre regra e princípio de mesmo nível hierárquico é a especialidade. Finalmente, o critério para solucionar conflitos é a ponderação, realizada por meio da proporcionalidade.

16 A proporcionalidade não é um princípio e tampouco uma regra porque não faz parte do repertório do sistema, mas sim de sua estrutura. De sorte que a proporcionalidade existe para operacionalizar o sistema, daí por que a proporcionalidade é um postulado normativo.

17 A proporcionalidade é um método de ponderação utilizado para solução de conflito entre princípios. A razoabilidade é uma forma de evitar excessos na aplicação da regra ao caso concreto, tendo em vista o princípio da igualdade. Finalmente, a proibição de excesso é uma forma de controlar que o núcleo

essencial de um princípio não será atingido. Assim, proporcionalidade, razoabilidade e proibição de excesso não se confundem porque têm finalidades distintas.

18 Os requisitos da proporcionalidade são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação analisa se o meio escolhido é apto para atingir a finalidade almejada. A necessidade impõe avaliar se existem outros meios, considerados menos gravosos, para atingir a mesma finalidade. Por último, a proporcionalidade em sentido estrito pondera os princípios em conflito para decidir qual prevalece no caso concreto.

19 O postulado normativo da proporcionalidade é criticado porque ofende a separação de poderes, bem como gera decisões judiciais conflitantes, com prejuízo para a segurança jurídica e, ainda, abre brechas para o puro subjetivismo judicial na medida em que não há nenhum critério para a escolha do princípio que deve prevalecer.

20 As críticas acima não procedem porque a proporcionalidade é uma forma de evitar o subjetivismo judicial, impondo a necessidade de argumentar a razão de o juiz privilegiar determinado princípio em detrimento de outro. Também não há risco algum à segurança jurídica ou à igualdade porque a existência de decisões conflitantes é fruto não da proporcionalidade, mas da própria interpretação do direito, que envolve o fato, o valor e a norma. Ademais, a proporcionalidade é uma forma de implementar a igualdade material na distribuição do direito. Finalmente, não há ofensa a separação de Poderes, já que a função do Poder Judiciário é ser o guardião da Constituição; logo, é o Judiciário que tem atribuição para valorar os atos normativos infraconstitucionais praticados pelo Legislativo e Executivo, que terão assegurados o direito a ampla defesa e ao contraditório.

21 A existência da proporcionalidade evidencia que os princípios não são únicos. Também ao lado dos princípios, existem as regras; logo, as regras e princípios fazem parte de um sistema de normas.

22 Pode-se conceituar o sistema como um conjunto de elementos que se organizam para formar uma unidade. Tem-se, basicamente, dois tipos de sistema: científico e empírico. O sistema científico racionaliza o conhecimento sobre objetos, mediante esquemas de raciocínio. O sistema empírico procura descobrir as relações entre os objetos, por meio da experiência.

23 O sistema científico divide-se em nomológico, quando prescinde totalmente da realidade, e nomoempírico, isto é, o conhecimento dos objetos reais são condicionados pela experiência. O direito é um sistema nomoempírico porque a sistematização de sua conhecimento é condicionada pela realidade.

24 O direito, visto como ciência jurídica, é um sistema nomoempírico teórico ou sistema externo e suas proposições devem ser verdadeiras e coerentes. Em contrapartida, o direito, analisado pelo prisma das normas positivadas pelo Estado, é considerado um sistema nomoempírico prescritivo ou sistema interno e suas proposições devem ser válidas.

25 Como um sistema prescritivo, o direito pode ser definido como um conjunto de princípios e regras que se relacionam por meio de um conjunto hierarquizado de valores, imposto pelo Estado para regular fatos da vida humana. O sistema jurídico é aberto porque engloba uma interdependência entre os subsistemas normativo, valorativo e fático.

26 O sistema normativo goza de unidade formal porque a produção das normas deve ser feita de acordo com a Constituição do estado. Aqui se assume uma visão liberal do direito. Entretanto, o aludido sistema não goza de unidade material porque os valores expressos por meio das normas constitucionais são contraditórios, gerando incoerências dentro do sistema. As incoerências ou

contradições do sistema normativo são resolvidas pelos postulados normativos da hermenêutica constitucional.

27 A própria Constituição, isoladamente considerada, também é considerada um sistema aberto e dinâmico de regras e princípios. A idéia de uma constituição escrita é fruto do desenvolvimento do constitucionalismo da Idade Moderna. Contemporaneamente o constitucionalismo busca resgatar a ética no direito por meio dos valores, expressos nos princípios jurídicos, tidos como o coração das atuais constituições.

28 Os princípios e as regras fazem parte do repertório do sistema constitucional e a unidade deste repertório é obtida por meio dos valores e dos postulados normativos que fazem parte da estrutura do aludido sistema. Os valores básicos do sistema são veiculados nos sobreprincípios.

29 Os valores pertencem ao mundo do dever-ser. O direito faz parte também do mundo do dever-se. Entretanto, os valores não se confundem com as normas jurídicas.

30 Os valores são características ou qualidades que se projetem no mundo dos objetos reais ou ideais, enquanto as normas são prescrições de comportamento. A norma é dotada de imperatividade, enquanto os valores gozam de objetividade.

31 A objetividade dos valores implica reconhecer a liberdade do ser humano para criar unidades de sentido que dão fundamento para o seu agir na realidade. Como o homem vive em sociedade, o reconhecimento dessas unidades de sentido não é individual, mas coletivo, formando a cultura, ou seja, conjunto de valores realizados por determinada sociedade em dado momento histórico.

32 A objetividade dos valores faz com que o homem nasça condicionado pela legado cultural do passado, mas pelo projetar-se do seu espírito na realidade, por meio de sua liberdade criadora, possa alterar o sentido dos valores ou acrescentar novos, daí por que os valores são históricos.

33 Os valores guiam a conduta humana para determinados fins; todavia, valores e fins não se confundem porque os valores fundamentam os objetivos da conduta humana, que é estudada pela Ética. Foi na Idade Média, sob a influência do Cristianismo, que se iniciou a separação da Ética em Moral, que cuida dos valores sob um prisma individual, e em Direito, que se preocupa com os valores objetivos da sociedade.

34 A objetividade dos valores, somente é vinculante para os membros da sociedade, quando os valores são expressos em condutas descritas nas normas jurídicas. De sorte que não concordamos com os autores que sustentam serem os valores uma terceira espécie do gênero norma, posto que confundem objetividade com imperatividade.

35 Os valores gozam de objetividade, mas, numa sociedade complexa, são plurais e bipolares, ou seja, contraditórios e concorrentes; logo, as normas jurídicas, ao incorporarem os valores, geram a imperatividade destes, tornando possível dar-lhes coerência e unidade.

36 Quando determinados valores objetivos passam a gozar de imperatividade porque previstos em normas jurídicas, mormente nas principiológicas, cria-se uma ideologia do ordenamento jurídico, que deve ser respeitada por parte dos operadores do direito para que evite o arbítrio.

37 O reconhecimento de uma ideologia no ordenamento jurídico pressupõe admitir que certas normas portam valores tidos como mais importantes de serem seguidos pela sociedade. Essa ideologia, geralmente, é expressa no

preâmbulo da Constituição, que embora não seja reconhecida como norma jurídica, serve como fonte de interpretação das normas. Também aludida ideologia pode ser apreendida pela análise dos preceitos considerados fundamentais.

38 O reconhecimento de normas, dotadas de maior importância axiológica dentro da Constituição, não significa que se admita uma hierarquia entre as normas constitucionais, mas apenas se quer deixar assentado sua utilidade para fazer ponderação de valores contraditórios expressos no Texto Constitucional, sem cair no puro subjetivismo.

39 A norma jurídica é um ato jurídico com aptidão para adquirir, conservar, transferir, modificar ou extinguir direitos; todavia, a norma jurídica, para ser aplicada ao caso concreto, necessita de uma intermediação do Poder Público, que, em primeiro lugar, deve reconhecer a norma jurídica como existente e válida para, então, aplicar-lhe a consequência, ou seja, dar-lhe eficácia.

40 A Constituição é composta de várias normas jurídicas que são consideradas existentes porque gozam de efetividade, ou seja, são cumpridas pela sociedade porque impostas pelo Poder Constituinte Originário. A existência da norma jurídica está relacionada ao poder.

41 Não basta a existência da norma para que goze de plena imperatividade. Necessário, ainda, que a norma jurídica seja válida, isto é, o emissor da norma tenha competência para sua edição. Ademais, o procedimento para sua criação deve ser corretamente seguido. Por último, o conteúdo e a finalidade impostos pela norma superior devem ser respeitados pela inferior. A validade da norma jurídica está relacionada a outra, tida por superior.

42 Se a norma superior, utilizada como parâmetro de comparação para aferir a validade da inferior, foi constitucional, então ter-se-á o controle de constitucionalidade; todavia se a norma superior não for constitucional,

então ter-se-á o controle de legalidade. Tanto as regras quanto os princípios constitucionais podem servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade.

43 Em que pese haja divergência na doutrina e na jurisprudência, a inconstitucionalidade gera a anulabilidade da norma considerada inválida e não sua nulidade. Isto porque o postulado normativo da supremacia da constituição deve ser harmonizado com o da segurança jurídica. Assim, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que decreta um ato normativo inválido melhor atende aos interesses da sociedade porque o Poder Judiciário poderá retroagir os efeitos de sua decisão até o nascimento da lei, a evidenciar que a nulidade é uma espécie de anulabilidade.

44 As normas constitucionais originárias, isto é, os princípios explícitos e as regras postas pelo Poder Constituinte Originário, além de existentes também são válidos, porque acima delas não há nenhuma outra norma para controlar seu modo de produção, conteúdo e finalidade.

45 Os princípios constitucionais implícitos e os princípios constitucionais explícitos criados por emendas à Constituição, devem ser submetidos ao controle de constitucionalidade, tendo como parâmetro as regras e os princípios explícitos oriundas do Poder Constituinte Originário, haja vista que o intérprete da Constituição e o Poder Constituinte Reformador não são plenamente livres para elaborar seus próprios princípios. Devem respeitar a ideologia expressa pelo constituinte originário.

46 Os princípios e as regras constitucionais existentes e válidos gozam de imperatividade plena e, portanto, seus destinatários estão autorizados a exigir as conseqüências expressas nas aludidas normas constitucionais. Assim, as normas constitucionais têm capacidade de produzir efeitos jurídicos e por isso gozam de eficácia.

47 A doutrina reconhece a plena eficácia das regras constitucionais; todavia, a eficácia dos princípios não é plena, mas limitada porque pode exigir a edição de uma legislação infraconstitucional ou a existência de condições econômicas e técnicas para sua implementação.

48 Os princípios constitucionais por imporem tarefas ou fins a serem realizados pelo Estado, depois de longos debates doutrinários, passaram a gozar de um mínimo de eficácia.

49 Tanto nos Estados Unidos quanto na Itália defendia-se que os princípios constitucionais eram normas diretivas ou diretórias porque dispositivos que permitiam ao legislador infraconstitucional regulamentá-los para que pudessem ter plena eficácia. Inclusive, a doutrina italiana admitia a possibilidade de o legislador infraconstitucional expedir atos normativos diverso do previsto no Texto Constitucional.

50 Coube a Vezio Crisafulli a primazia de defender que os princípios constitucionais, por serem normas, gozam de um mínimo de eficácia. Assim, enquanto as regras eram dotadas de eficácia plena, os princípios gozavam de eficácia limitada. A doutrina de Vezio Crisafulli foi introduzida no direito brasileiro por intermédio dos ensinamentos de Meirelles Teixeira, que foi mestre de José Afonso da Silva, o qual deu uma classificação original às normas constitucionais quanto a eficácia.

51 As normas constitucionais, segundo José Afonso da Silva, possuem eficácia plena, contida e limitada. As normas de eficácia limitada geralmente são principiológicas e geram direitos subjetivos negativos. Nega-se direitos subjetivos positivos às normas principiológicas por causa de questões orçamentárias, chamadas de "reserva do possível" pela doutrina alemã.

52 Os direitos subjetivos negativos também geram gastos para o Estado e por isso a reserva do possível não pode servir de fundamento para não admitir a existência de direitos subjetivos positivos quanto as normas principiológicas.

53 A Constituição Federal de 1988, ao criar a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção, sinaliza que os princípios também são aptos a gerar direitos subjetivos positivos.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, trad. Alfredo Bosi. São Paulo, Martins Fontes, 2.003.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, dirigida por Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez. México: Fontamara Distribuciones, 2002

----- *Teoría de los derechos fundamentales*. 1. reimpr. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ARCE y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquín. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

----- A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 151, 1999.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo. Max Limonad, 1998.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almeida, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

----- *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

----- *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro & TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro & BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BERTALANFFY, Ludwing von. *Teoria geral dos sistemas*. 3. ed. Trad. brasileira. Petrópolis: Vozes, 1977.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

----- *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUZUID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo; Max Limonad, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. reimpressão. Porto Alegre: SAFE, 1999.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, Paulo de Barros & outros. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo; Malheiros, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

----- *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

----- *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

----- *A ciência jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DÓRIA, A. Sampaio. *Princípios constitucionales*. São Paulo: Ed. São Paulo, 1926.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina: 1995.

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

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: RT, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____ *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

----- *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

----- *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: RT/Universidade de São Paulo, 1976.

----- *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed. 5. reimpr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

----- *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GODOY, Maria Luíza Bueno de e outros. *Cadernos de teoria geral do direito. Norma Jurídica: norma jurídica constitucional*. Curitiba: Juruá, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

----- *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed., com pós-facio. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____ *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

----- *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Trad. L. Cabral de Moncada. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia. Editores, 1946.

----- *Teoria do conhecimento*. Trad. Antônio Correia. 8. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1987.

JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JOLIVET, Regis. *Curso de filosofia*. Trad. Eduardo Prado de Mendonça. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1957.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. 2. tir. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

----- *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2. ed. Barcelona: Ariel, 1982.

LUHMANN, Niklas. *A nova teoria dos sistemas*. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MENDONÇA, Jacy de Souza. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

----- *O curso de filosofia do direito do professor Armando Câmara*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t.2.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MORENTE, Manuel Garcia. *Fundamentos de filosofia: lições preliminares*. Trad. Guilherme de La Cruz Coronado. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980.

- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- PAUPÉRIO, Artur Machado. *Introdução axiológica ao direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- PECES-BARBA, Gregório. *Los valores superiores*. 1 reimpr. Madrid: Tecnos, 1986.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- PICAZO, Luis Díez. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Madri: Ariel, 1.973.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampli. e atuali. São Paulo: Saraiva, 1978. 2. v.
- RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1997
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2003.
- *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2000.
- *Introdução à Filosofia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____ *Filosofia do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. 2 v.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SAUSSURE. Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 25. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda., 2001.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *RT*, ano 91, 798, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

----- *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

----- *Tratado de Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, André Ramos & outros. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TELLES JR., Goffredo. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1966.

----- *Direito Quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 7. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Texto rev. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000. 5 v

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

