

# **Princípios jurídicos e sistema do direito positivo**

Fernando Borges Mânica (Mestrando)

Curso de Direito - Universidade Tuiuti do Paraná

## Resumo

O presente estudo, a partir de uma noção pós-positivista, analisa os princípios jurídicos como elementos e estrutura do sistema jurídico. Para tanto, após a apresentação do tema, o caminho traçado trata: da normatividade dos princípios e da superação da dicotomia jusnaturalismo / juspositivismo; do conceito de princípio e de princípio jurídico; da noção de sistema e o sistema do direito positivo; dos elementos e a estrutura do sistema jurídico; e enfim, da tipologia e articulação dos princípios no interior do sistema do direito positivo. Tal análise propõe-se, ao cabo, a explicar em termos jurídicos as definições metafóricas de princípio amplamente difundidas pela doutrina pátria, bem como a fornecer instrumental teórico suficiente ao entendimento das diversas funções dos princípios no ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** direito positivo, princípios jurídicos, sistema.

## Abstract

The present study, based on a pos-positivist idea, analyses the principles as elements and structure of the juridical system. In such way, after a presentation of the theme, the way chosen discusses: the normativity of the principles and the overcoming of the dichotomy jusnaturalism/juspositivism; the concept of principle and juridical principle; the meaning of system and system in the positive law; the elements and the structure of the juridical system; and, finally, the typology and articulation of the principles in the interior of the positive law system. The present analysis intends, in the end, to explain in juridical terms the metaphorical definitions of juridical principles largely defended by the national doctrine, as to provide a theory able to provide the understanding of the different functions of the principles in the juridical ordainment.

**Key words:** positive law, juridical principles, system.

## Apresentação

*O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Com os meios do direito ela estabelece os instrumentos de governo, garante direitos fundamentais, define fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objetivos são, (...) de diversa natureza e densidade. Todavia, no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como 'lei'; o direito constitucional é direito positivo. Neste sentido se fala na 'constituição como norma' (García de Enterría) e na 'força normativa da constituição' (K. Hesse) (Canotilho, 1992, p. 189).*

*São momentos culminantes de uma reviravolta na região da doutrina, de que resultam para a compreensão dos princípios jurídicos importantes mudanças e variações acerca do entendimento de sua natureza: admitidos definitivamente por normas, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser o princípio.*

---

*Mas aqui fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípio versus norma, uma vez que pelo novo discurso metodológico a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra* (Bonavides, 2001, p. 248).

*Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deonticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas* (Alexy, 1997, p. 183).

*A existência de regras e princípios, (tal como se acaba de expor), permite a descodificação, em termos de um ‘constitucionalismo adequado’ (...) da estrutura sistêmica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios* (Canotilho, 1992, p. 174).

## Desenvolvimento histórico da normatividade dos princípios e a superação da dicotomia jusnaturalismo x juspositivismo

*A construção doutrinária da normatividade dos princípios provém, em grande parte, do empenho da Filosofia e da Teoria*

*Geral do Direito em buscarem um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo* (Bonavides, 2001, p. 247).

É o reconhecimento histórico dessa normatividade dos princípios - fato que caracteriza e demarca a fase pós-positivista do constitucionalismo ocidental, é fruto de um processo iniciado nas últimas décadas do século passado, especialmente com os trabalhos de Boulanger, Esser e Crisafulli. Tal processo desenvolveu-se em três fases distintas: a fase jusnaturalista, a fase positivista e a fase pós-positivista.

Na fase jusnaturalista, os princípios eram referidos como mero reconhecimento de uma dimensão ético-valorativa correspondente ao conceito de justiça e colocados em uma esfera abstrata e ideal. Sua normatividade era praticamente nula, pois eram concebidos como ‘axiomas jurídicos’, normas estabelecidas pela reta-razão, correspondentes aos princípios de justiça, constitutivos de um direito ideal. O entendimento adotado nessa fase triunfou, até o advento da Escola Histórica.

A segunda fase de teorização dos princípios corresponde à fase positivista, na qual os princípios deixam de ser entendidos como idéias e ideais e passam a habitar os Códigos, como fontes normativas subsidiárias. Exatamente pelo surgimento dos Códigos e pela proliferação do pensamento da Escola His-

tórica do Direito a concepção jusnaturalista sucumbiu em face do positivismo<sup>1</sup>.

Os princípios passaram a ser entendidos, assim, não mais como proposições ditadas pela razão ou oriundas do direito natural, mas como postulados derivados das próprias leis. Sua normatividade, não obstante, era negada, como bem assinala Bonavides, baseado em Bobbio: (...) *o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica* (2001, p. 236).

A visão formalista do direito positivo sofreu ataques contundentes das correntes críticas do direito, como resumiu Plauto Faraco de Azevedo, o

*positivismo jurídico é a concepção filosófica que pretende limitar o seu conhecimento e o conseqüente trabalho do jurista à perspectiva lógica, ao trabalho 'puramente' analítico-descritivo, privando o jurista e o juiz da indispensável*

*valorização da ordem jurídica e, por conseguinte, de seu ajuizamento ético* (1989, p. 44).

E em outra passagem, conclui o autor:

*Habitua-mo-nos, em conseqüência, a pensar o direito como o conjunto de normas prepostas a diferentes situações consideradas relevantes pela ordem jurídica. É, todavia, certo que esta concepção nem esgota as virtualidades de expressão da normatividade jurídica nem alcança o significado global do direito. (...) O resultado é que essa concepção centrada na norma, considera a ordem jurídica de modo asséptico e estático. Por essa forma, falseia seu aspecto dinâmico, a razão mesma de sua existência, que tão somente se desvela no momento em que suas normas são aplicadas* (1989, p. 11).

Acontece que, a partir dos trabalhos de Friedrich Müller, Robert Alexy, em língua portuguesa

<sup>1</sup> Segundo Bobbio a grande diferença entre a tese jusnaturalista e a tese juspositivista é que segundo os jusnaturalistas, só é direito (válido) aquilo que é justo, que corresponda a ideais universalmente válidos, desde sempre existentes e imutáveis; e segundo os juspositivistas, só é justa a norma que possui validade, determinada segundo critérios formais. Segundo o autor, Kelsen, ao sustentar que aquilo que constitui o direito como direito é a validade, não quer dizer que o direito válido seja também justo; para ele, os ideais de justiça são subjetivos e irracionais, de forma que o problema da justiça é de índole ética, distinto do problema da validade (Bobbio, 2001, p. 56). Segundo Bobbio a grande diferença entre a tese jusnaturalista e a tese juspositivista é que segundo os jusnaturalistas, só é direito (válido) aquilo que é justo, que corresponda a ideais universalmente válidos, desde sempre existentes e imutáveis; e segundo os juspositivistas, só é justa a norma que possui validade, determinada segundo critérios formais. Segundo o autor, Kelsen, ao sustentar que aquilo que constitui o direito como direito é a validade, não quer dizer que o direito válido seja também justo; para ele, os ideais de justiça são subjetivos e irracionais, de forma que o problema da justiça é de índole ética, distinto do problema da validade (Bobbio, 2001, p. 56).

de J. J. Canotilho e, especialmente, de Ronald Dworkin

*tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios (apud Bonavides, 2001, p. 237).*

E aqui reside a grande revolução trazida pela teoria contemporânea dos princípios que, afirmando sua normatividade plena, inaugura a fase do *pós-positivismo* jurídico. É que ao se considerar princípios como normas, dotados eficácia formal e material, o critério de validade das normas jurídicas deixa de ser meramente formal: a estrutura rígida estabelecida pelas regras em posição hierárquica superior, que fixam limites estanques a serem pre-

enchidos pelas normas inferiores passa a conviver com a exigência de adequação material aos valores representados pelos princípios jurídicos.

A dogmática jurídica<sup>2</sup> não deve significar hermetismo e clausura a um método estritamente técnico, mecanicista e lógico (Grau, 1996, p. 108-109). E aqui reside a importância da moderna, teoria dos princípios, pois o estudo e aplicação do direito positivo como sendo um sistema aberto de regras e princípios, ambos dotados de normatividade, liberta (ao passo que transforma) o direito positivo do hermetismo ao qual se referiram os autores acima citados.<sup>3</sup>

No pós-positivismo, a aplicação do direito ao caso concreto deixa de ser estática, asséptica e anti-ética, pois os valores inseridos nos textos legais passam a ser dotados de plena normatividade, do modo que a solução do caso concreto deve estar, sobretudo, em consonância com os princípios inseridos, implícita ou explicitamente, no ordenamento jurídico. A determinação da conduta a ser seguida e

2 Entendida como ciência prática fundamentada na aceitação sem discussão dos pontos de partida (direito positivo), que se debruça sobre o corpo legislativo vigente de modo a dele retirar seu conteúdo.

3 Tratando de hermenêutica jurídica, Lênio Luiz Streck, após operar a análise e crítica do direito vigente, interpretado com base na filosofia da ser (onde a relação ocorre entre sujeito e objeto) e não segundo a filosofia da linguagem, defende amplamente a força normativa dos princípios e lembra a necessidade de ênfase, quando da aplicação do direito, no terceiro plano de investigação lingüística, qual seja, a relação dos signos com seus usuários e o aspecto valorativo inserido e descoberto no ordenamento através dos princípios jurídicos (Streck, 1999, p. 214).

a solução do caso concreto passam a levar em conta valores, consubstanciados em princípios, de modo que a aplicação do direito deixa de envolver apenas a determinação de qual a regra jurídica, com sua estrutura rígida e estanque, deve ser aplicada ao caso.

Essa verdadeira revolução paradigmática, exige a adoção de novos conceitos, e mais do que isso, uma nova leitura do sistema jurídico. Afinal, a partir do momento em que os princípios jurídicos deixam de configurar meros vetores interpretativos e fontes supletivas para preenchimento de lacunas, necessária é a revisão de toda a estrutura e lógica do direito positivo.

Nesse ambiente teórico, o qual reconhece a normatividade dos princípios é que surgem as modernas constituições, as quais trazem em seu texto não meros mais ideais a serem almejados, não mais fontes supletivas de integração e interpretação, mas normas jurídicas principais. E essa migração dos princípios jurídicos, que antes habitavam os velhos códigos jusprivatísticos, fez de tais espécies de normas o coração das constituições modernas.

De outro lado, a importância assumida pelos princípios dentro da pirâmide normativa fez deles objeto de contínuo estudo em terras pátrias e alienígenas. No entanto, como se verá, inúmeras questões acerca do tema ainda se encontram por sedimentar, especialmente no que se refere ao conceito, localização,

função e estrutura dos princípios dentro do sistema jurídico positivo.

Tratemos, pois, do conceito de princípio e de sua diferenciação em face das regras.

## Princípios jurídicos

### 1 Do conceito de princípio ao princípio jurídico constitucional

O caminho para verificação do conceito de princípio jurídico adotado pela doutrina contemporânea parte da análise do vocábulo *princípio*. E o primeiro passo dessa trilha, é bem traçado pela lição de Miguel Reale:

*Quando se enuncia um juízo, que não seja por si evidente, há sempre a possibilidade de reduzi-lo a outro mais simples ainda, o qual, por sua vez, poderá permitir a busca de outro juízo que nos assegure a certeza do enunciado, por ser evidente, impondo-se como presença imediata ao espírito. Quando o nosso pensamento opera essa redução certificadora, até atingir juízos que não possam ser reduzidos a outros, dizemos que atingimos princípios. Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumi-*

*das como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários* (1986, p. 60).

A seu turno, após constatar sua utilização em várias áreas do conhecimento e de colacionar várias acepções trazidas pelo dicionário de língua portuguesa, Ruy Espíndola conclui que

*a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam* (2002, p. 53).

Andando pelas mesmas bandas, Marçal Justen Filho, partindo da cediça separação entre direito positivo e ciência do direito<sup>4</sup>, entende que

*a sede adequada para falar de princípio seria a Ciência do Direito. Princípio existiria no campo do conhecimento*

*(gnosiológico) e, não, no espaço do objeto conhecido (óntico). Princípio seria a proposição que sintetizasse a validade de outras proposições, dotada de evidência por si própria ou assumida como alicerce de uma cadeia de raciocínio* (1985, p. 31).

Não obstante, a expressão *princípio* adicionada do qualificativo *jurídico* ou *do Direito* é transposta e utilizada pela doutrina no mundo do dever ser (deôntico) como pressuposto, estrutura, alicerce e/ou garantia de todo o sistema de normas que compõem o Direito Positivo<sup>5</sup>.

E o conceito de princípio jurídico adotado pela maioria dos doutrinadores não diverge de tal idéia. Iniciando pela doutrina alienígena, veja-se o pensamento de Norberto Bobbio, que, mesmo sem reconhecer explicitamente serem regras e princípios espécies de normas jurídicas, defende sua normatividade e traça um panorama geral do desenvolvimento do conceito de princípio:

*Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais.*

- 4 Com Paulo de Barros Carvalho é preciso ao lecionar que "(...) não é demais enfatizar que o direito positivo é o complexo de normas válidas num dado país. À Ciência do Direito cabe descrever esse enredo normativo, ordenando-o, declarando sua hierarquia, exibindo as formas lógicas que governam o entrelaçamento das várias unidades do sistema e oferecendo seus conteúdos de significação" (Carvalho, 2000, p. 2).
- 5 Duas observações são necessárias nesse estágio da exposição. A primeira delas refere-se à utilização e significado dos termos *princípios jurídicos*, *princípios gerais do direito* e *princípios do Direito Positivo*. A segunda diz respeito ao conceito de *sistema*, correntemente utilizado na definição dos princípios. Ambas as questões serão desenvolvidas no decorrer deste trabalho.

*A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas? (Bobbio, 1997, p. 158-159).*

Em solo doméstico, salientando a supremacia dos princípios dentro do ordenamento jurídico, Roque Antônio Carrazza enuncia:

*Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam (2000, p. 31).*

No mesmo sentido encontra-se o mais festejado conceito de princípio jurídico formulado pela doutrina pátria, lecionado Celso Antônio Bandeira de Mello:

*Princípio é, pois, 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. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (1999, p. 629-630).*

Ao tratar dos princípios constitucionais, Carmem Lúcia Antunes da Rocha traz a noção de valores e a necessidade de coerência dentro do sistema jurídico (constitucional):

*Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua*

*opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social* (Rocha, 1994, p. 23).

Verificados os conceitos de *princípio jurídico*, bem como sua relação com o conceito de *princípio*, cumpre esclarecer a diversidade de termos utilizados para se referir aos princípios jurídicos.

## 2 Princípios constitucionais, princípios gerais do direito, princípios jurídicos positivos, princípios expressos e princípios implícitos

Nos termos da delimitação acima realizada, é de se consignar que o termo *princípio jurídico* refere-se apenas àqueles inseridos no sistema do Direito Positivo. No entanto, como se verifica dos conceitos epigrafados, os doutrinadores utilizaram os termos *princípios gerais* (Bobbio), *princípios jurídicos* (Roque Carrazza), *princípios constitucionais* (Carmem L. A. da Rocha), e *princípios* (Celso A. Bandeira de Mello).

A questão que se coloca para avaliar se um princípio geral do direito é um princípio jurídico (dotado de normatividade) é a verificação de sua consagração positiva. Do contrário, em não havendo previsão de

determinado princípio geral pelo ordenamento positivo, tal princípio não possui validade jurídica, sendo útil e verdadeiro, quiçá, para a Ciência do Direito, ou seja, como vetor gnoseológico para descrever o direito positivo. Apenas a consagração normativa do princípio geral garante a ele normatividade. E aqui surge outro ponto a ser analisado: é necessária a consagração expressa de um princípio para que ele seja dotado de normatividade? Ou basta sua existência implícita no ordenamento jurídico?

Marçal Justen Filho bem ilustra o entendimento da moderna doutrina:

*A nós parece, também, irrelevante ser ou não exposto o princípio. À medida que o exame do Direito Positivo só pode conduzir à pressuposição da existência do princípio, o único resultado a que nós poderíamos chegar seria o de que a ignorância ou a postergação do princípio materializaria infringência às normas das quais se extrai o princípio – ou seja, caracterizar-se-ia desmerecimento do sistema, violação ao ordenamento* (1985, p. 33).

Conclui o autor que são princípios gerais do Direito Positivo tanto aqueles expressamente consagrados em leis, quanto aqueles que, mesmo inexpressos, são imperiosamente dessumíveis do conjunto de normas existentes (1985, p. 34).

Na mesma esteira, Carlos Ari Sundfeld considera que os *princípios implícitos* são tão importantes quanto os *explícitos*; constituem como estes, verdadeiras normas jurídicas. Por isso, desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros *princípios* (2001, p. 149). No entanto, o ato de ‘descobrimto’ dos princípios implícitos no ordenamento jurídico deve ser plenamente balizado, como bem determina o mesmo autor:

*Fundamental notar que todos os princípios jurídicos, inclusive os implícitos, têm sede direta no ordenamento jurídico. Não cabe ao jurista inventar ‘os seus princípios’, isto é, aqueles que gostaria de ver consagrados; o que faz, em relação aos princípios jurídicos implícitos, é sacá-los do ordenamento, não inseri-los nele* (Sundfeld, 2001, p. 149).

Feitas tais observações, pode-se consignar que os princípios gerais do direito, implícitos ou expressos, desde que efetivamente consagrados pelo ordenamento são princípios jurídicos, dotados, pois, de normatividade.

Os *princípios constitucionais* encontram-se no topo do ordenamento jurídico. Não obstante tal localização, segundo a moderna teoria dos princípios, essa categoria de princípios não é distinta dos demais princípios jurídicos, como bem assinalou Paulo Bonavides:

*Partindo-se da função interpretativa e integrativa dos princípios – cristalizada no conceito de sua fecundidade – é possível chegar, numa escala de densidade normativa, ao grau mais alto a que eles já subiram na própria esfera do Direito Positivo: o grau constitucional. Mas a constitucionalização dos princípios compreende duas fases distintas: a fase programática e a fase não programática, de concreção e objetividade. Na primeira, a normatividade constitucional dos princípios é mínima; na segunda, máxima. Ali, pairam ainda numa região abstrata e têm aplicabilidade diferida; aqui, ocupam um espaço onde releva de imediato a sua dimensão objetiva e concretizadora, a positividade de sua aplicação direta e imediata. É unicamente nesta última fase que se faz exequível colocar no mesmo plano discursivo, em termos de identidade, os princípios gerais, os princípios constitucionais e as disposições princípio* (Bonavides, 2001, p. 246).

Estirpadas dúvidas acerca dos termos utilizados para designar os princípios jurídicos, passemos à análise de suas características específicas.

### 3 Características dos princípios e as diferenças entre regras e princípios

A análise das principais características dos *princípios jurídicos* pode ser mais facilmente empreendida pela comparação entre *princípios* e *regras*. Afinal, se ambos

são espécies de *norma jurídica*, possuem características gerais idênticas (mormente no que se refere à sua normatividade); de outro lado, por serem espécies diversas, possuem também propriedades próprias, que diferem uns de outras. Assim, na esteira do estudo procedido por Walter Claudius Rothenburg (1999, p. 88), passa-se a analisar as características dos princípios jurídicos que os separam das regras jurídicas.

Em sentido material, os princípios possuem hierarquia superior às normas, pois aqueles revelam valores adotados pelo ordenamento jurídico. Os princípios funcionam como limite e conteúdo do ato (ou norma inferior) ao qual são aplicados, enquanto as regras operam apenas como limite. Essa proximidade que os princípios apresentam com a própria idéia de direito e de justiça, aproximam muito a teoria dos princípios da teoria dos valores – a única diferença é que os valores encontram-se no plano axiológico enquanto os princípios encontram-se no plano deontológico (normativo)<sup>6</sup>.

Outra diferença existente refere-se ao mais elevado grau de abstração de que são dotados os princípios. Note-se que tal abstração não significa impossibilidade de determinação. A menor *densidade normativa*<sup>7</sup> dos princípios não os impede de atuar no caso concreto diretamente. Não obstante, podem eles ser integrados pela interpretação/aplicação e através de outras regras ou mesmo decisões judiciais. A vagueza da qual são os princípios dotados decorre de sua enunciação larga e aberta, apta a albergar uma vasta gama de situações contempladas pelo ordenamento jurídico. O caráter de generalidade dos princípios, nesse caso, corresponde a sua vagueza e diferencia-se da generalidade das regras. Note-se que a generalidade das regras decorre de que elas são criadas para regular um indeterminado número de atos ou fatos; já a generalidade dos princípios significa que eles existem para serem aplicados a todo e qualquer ato ou fato. A gama de situações jurídicas aptas a serem reguladas pelas regras é definida (ou, pelo menos, definível); já os princípios estão aptos a uma série indefinida de aplicações.

6 Ao tratar de princípios gerais do Direito Denise Stumm traz importante consideração acerca dos valores inseridos no ordenamento sob a forma de princípios: “O sistema jurídico possui uma ordem de valores que o norteia, incumbindo-lhe, como função, protegê-la. O valor em si constitui uma abstração em que a especificidade de seu conteúdo apresenta-se fluida. Constitui apenas uma idéia de Direito. Ao tornar-se princípio, o valor assume um grau de concretização maior. A densidade da proposição jurídica, que contém o princípio geral, já permite visualizar a previsão e a consequência jurídica” (*Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 38). Conferir também conceito de Rocha, p. 7, *supra*.

7 Entendida aqui como o grau de capacidade da norma jurídica incidir em um caso concreto de maneira direta, sem necessidade de mediação ou complementação por outras normas.

E isso se deve a outra característica mencionada por Rothenburg (1999, p. 21), baseado em Alexy, qual seja, a plasticidade. Tal característica permite aos princípios amoldarem-se às mais diferentes situações, conforme o contexto político e social.

Robert Alexy elenca outra distinção entre regras e princípios, argumentando que enquanto as regras são normalmente *razões definitivas*, os princípios são *razões prima facie* (razões para normas). Ressalta, porém, que os princípios podem funcionar como razões para atos concretos, porém nunca como razões definitivas; e que as regras podem, por vezes atuar como razões para normas mais específicas. Eis o que ministra o insigne mestre:

*Cuando una regla es una razón para un juicio concreto de deber ser que hay que pronunciar, como es el caso cuando es aplicable y no permite ninguna excepción, entonces es una razón definitiva. Si este juicio concreto de deber ser tiene como contenido el que a alguien le corresponde un derecho es un derecho definitivo. Por el contrario, los principios son siempre sólo razones prima facie. Tomados en sí mismos, establecen sólo derechos prima facie. Así, (...) las decisiones sobre derechos presuponen la determinación de derechos definitivos. La vía desde el principio, es decir, del derecho prima facie, al derecho definitivo, transcurre, pues, a través de la determinación de una relación de preferencia. Pero la determinación de una relación de*

*preferencia es, de acuerdo con la ley de colisión, el establecimiento de una regla. Por ello, puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser. Los principios mismos nunca son razones definitivas* (Alexy, 1997, p. 103).

Essas características de abstração, generalidade e vagueza não retiram a força normativa dos princípios. Pelo contrário. Tais qualidades reforçam sua força, oportunizando a aplicação principiológica a um infinito grupo de situações.

Tal análise é imperiosa, pois permite a verificação de que a estrutura da norma-regra apresenta-se segundo um modelo rígido – criado para incidir sobre casos concretos determinados (ou determináveis). Já os princípios apresentam sua estrutura normativa segundo o mesmo modelo; não obstante, tal estrutura revela-se maleável, ou seja, apta a adaptar-se às mais diferentes situações concretas possíveis. Com bem acentua Rothenburg:

*(...) ao contrário de uma impossibilidade genética de aplicação imediata, os princípios não só podem atuar desde logo, como essa incidência chega a ser, num certo sentido, até mais 'fácil' que a das regras, pois aqueles, em função de sua*

*abrangência, orientam sempre a posição jurídica de casos, tanto direta (nos casos em que socorrem imediatamente uma pretensão específica) quanto indiretamente (conformando as demais normas jurídicas por todos os ângulos e de todas as maneiras). (...) Os princípios aplicam-se sempre imediatamente às respectivas situações. Apenas que os princípios, mais do que tolerar, reclamam a integração por outras normas, enquanto estas, segundo o seu grau de minudência, podem mostrar-se relativamente suficientes e repelir então certas outras formas de integração. (...) convém aqui superar um paradoxo aparente: as regras aplicam integralmente os princípios, porém é impossível traduzi-los integralmente. As regras jurídicas nunca conseguem expressar e pormenorizar completamente os princípios, de modo que se possa pretender que um princípio tenha sido inteiramente desenvolvido. Os princípios são manancial inesgotável, fonte permanente de outras normas* (1999, pp. 29-30).

Outro importante aspecto de distinção entre regras e princípios, conectado com aqueles já anunciados e trazido por Robert Alexy, refere-se à qualificação dos princípios como *mandamento de otimização*. Como bem analisa o citado autor:

*El punto decisivo para la distinción entre reglas e principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea reali-*

*zado em la maior medida possible, dentro de las posibilidades jurídicas e reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandados de optimización, que están caracterizados por el echo de que pueden ser cumplidos en diferente grado y la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ambito de la posibilidad jurídica es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es valida, entonces de hacerse exactamente lo que ela exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ambito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas e principios es cualitativa y no de grado* (Alexy, 1997, pp. 86-87).

No mesmo sentido, J. J. Gomes Canotilho, ao traçar um contraponto entre regra<sup>8</sup> e princípio, anotando que:

*Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fáctica ou jurídica* (1992, p. 545).

<sup>8</sup> Segundo Canotilho, *regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo)* (Canotilho, 1992, p. 544).

Ainda, há que se ressaltar outro aspecto que diferencia regras e princípios. Trata-se da dimensão peso e importância da qual são dotados os princípios. Tal característica dos princípios é importante e imprescindível para a resolução dos casos de conflito ou colisão entre dois princípios. A incidência de uma regra jurídica implica a exclusão das demais: se duas regras são conflitantes na regulação de um caso concreto, obrigatoriamente deverá ser inserida em uma delas uma cláusula de exceção ou uma delas terá de ser expelida do sistema (segundo os critérios de hierarquia, especialidade ou temporariedade). A essa característica das regras, Dworkin (*apud* Rothenburg, 1999, p. 45) denominou regime do *'tudo ou nada'*, ou seja, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não – faz-se exatamente o que elas exigem, nem mais nem menos. Por outro lado, os princípios possuem a dimensão peso e importância, ou seja, em caso de colisão de princípios:

*(...) uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar invalido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir*

*cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden encontrar en colisión de principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso (Alexy, 1997, p. 89).*

Essas são, por tanto, em linhas gerais, as principais diferenças na estrutura de aplicação dos princípios em face das regras. Com efeito, essa maleabilidade dos princípios, no entanto, não pode servir de supedâneo à perda de sua aplicabilidade (força normativa); esse é o grande problema da dogmática atual: saber trabalhar com as características específicas dos princípios como reforço a sua normatividade, e não o contrário.

Essas são, portanto, as principais características dos princípios jurídicos que os diferenciam das regras. Ao fim e ao cabo dessa análise dos princípios jurídicos, passemos a ter em mira a noção sistêmica do direito para enfim determinarmos a posição e função dos princípios no bojo do sistema do direito positivo.

## Os princípios jurídicos na visão sistêmica do direito

### 1 Da noção de sistema ao sistema do direito positivo

José Roberto Vieira (2000, p. 55), após analisar o entendimento de diversos doutrinadores nacionais e estrangeiros, tais quais Tércio S. Ferraz Jr., Lourival Vilanova, Claus-Wilhelm Canaris e Karl Larenz definiu *sistema* como sendo *um conjunto de elementos (repertório) que se relacionam (estrutura), compondo um todo coerente e unitário (ordenação e unidade)*. São, portanto, componentes do sistema o repertório e a estrutura, e são atributos do sistema a coerência e a unidade.

Tem-se portanto, que não é suficiente a existência de um conjunto de elementos para que se configure um sistema. Tais elementos devem se relacionar formando um todo coerente e unitário. E quem garante/mantém a ordenação e unidade ao sistema são seus princípios<sup>9</sup>. Ao tratar do conceito de sistema, muitos doutrinadores utilizam a noção de princípio, como bem se pode verificar dos conceitos lecionados por dois publicistas pátrios:

Segundo Paulo de Barros Carvalho,

*o sistema aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e*

*aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema.* (2000, p. 129-130)

Já Roque Carrazza entende que

*sistema, pois, é a união ordenada de várias partes que formam um todo, de tal sorte que elas se sustentam mutuamente e as últimas explicam-se pelas primeiras. As que dão razão às outras chamam-se princípios, e o sistema é tanto mais perfeito, quanto em menor número existam.* (2000, p. 30)

Revisada a noção de sistema, a exemplo da metodologia utilizada no capítulo anterior, força é reconhecer a íntima vinculação existente entre as noções de sistema e de princípio. Assim, antes ainda de analisarmos a atuação dos princípios jurídicos dentro no sistema do direito positivo, aproximemo-nos da noção de sistema no direito.

E nesse ponto, a grande questão a ser colocada é que nessa seara, ao contrário de todas as outras, o próprio repertório é que estrutura o sistema, garantindo-lhe unidade e coerência. Nesse sentido, esclarecedora é a passagem de Marçal Justen Filho, baseado em Kelsen:

<sup>9</sup> Como bem salienta José Roberto Vieira, no plano da positividade, a unidade do Direito é conferida pela Constituição (e pelos princípios que a estruturam), e no plano epistemológico, pela *norma hipotética fundamental*.

*A peculiaridade (que torna o ordenamento jurídico um sistema único e inconfundível) é que a estrutura dele é fornecida e organizada através, também, de normas jurídicas – que, pelo simples fato de o serem, também estão compreendidas no repertório do sistema. Ou seja, é o próprio repertório que determina a estrutura do sistema jurídico. Enquanto em outros sistemas pode-se distinguir, com nitidez, repertório e estrutura, no Direito isso é muito difícil. O repertório do sistema jurídico é integrado por dois tipos diversos e inconfundíveis de elementos: as normas que regulam a conduta (elementos exclusivamente do repertório) e as normas que regulam a estrutura do próprio sistema. Vê-se então que a estrutura do sistema é regulada por normas que também integram o repertório do mesmo sistema, caracterizando-se o fenômeno da auto-referibilidade. (Justen Filho, 1985, p. 23)*

Ressaltando a hierarquia existente entre os elementos do repertório (normas), Hans Kelsen informa a maneira como o direito se auto-estrutura:

*O Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, este é o fundamento de validade daquela. A relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa*

*outra norma pode ser apresentada como uma relação de supra-infra-ordenação, que é uma figura espacial de linguagem. A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo esta determinação é a inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. (Kelsen, 1990, p. 129)*

No mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho leciona:

*O sistema do direito oferece uma particularidade digna de registro: suas normas estão dispostas numa estrutura hierarquizada, regida pela fundamentação ou derivação, que se opera tanto no aspecto material quanto no formal ou processual, o que lhe imprime possibilidade dinâmica, regulando, ele próprio, sua criação e suas transformações. Examinando o sistema de baixo para cima, cada unidade normativa se encontra fundada, material e formalmente, em normas superiores (2000, p. 134).*

Aqui se explica a importância dos princípios jurídicos no sistema do direito positivo. É sobretudo essa espécie de norma que fornece a estrutura e garante a unidade e coerência do sistema jurídico. Note-se que o conteúdo da norma inferior mencionado por Kelsen e o aspecto material aduzido por Carvalho são determina-

dos em sua completude pelos princípios. Afinal, como salientado no item 3.3, as regras determinam os limites, enquanto os princípios determinam os limites e o conteúdo das normas inferiores (sejam estas regras ou princípios, como se verá).

Floriano Marques Neto é enfático:

*Quer nos parecer inquestionável, no ponto em que se situa o debate jurídico contemporâneo, que qualquer sistema jurídico se sustenta por sobre um conjunto de princípios. Assim não fosse, tornar-se-ia impossível trabalhar com a idéia de sistema jurídico (...) Sendo assim, e partindo da concepção sistêmica apresentada por Canaris, podemos afirmar que um sistema jurídico não pode prescindir de tais 'bitolas eleitas'. E estas bitolas, estes padrões de referência que conformam o sistema, são justamente os princípios jurídicos, bases axiológicas estruturantes, positivadas ou não, que delimitam e dotam de racionalidade sistêmica um determinado ordenamento jurídico. (1995, p. 40)*

Como bem aponta Valter Rothenburg (1999, p. 53), os princípios na visão sistêmica do Direito exercem uma função não apenas de ordem formal (concatenação lógica), mas também de ordem material (significado, sentido e harmonização/convivência dos conteúdos normativos). Como será adiante analisado, a estrutura do sistema jurídico é formada tanto por regras quanto por princípios. A diferença, neste ponto, é que os prin-

cípios, além de garantir a unidade e coerência formal dos elementos do sistema (todas as normas), possuem função de ordem material, ou seja, determinam o conteúdo integral dos elementos do sistema.

Não por outro motivo, Celso Antônio Bandeira de Mello é claro ao enunciar que:

*(...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (1999, p. 630)*

Mesmo entendimento é bem ilustrado por Marçal Justen Filho:

*Violar uma norma é até conduta prevista pela própria norma. Infirmar um princípio é influenciar todo o sistema, afetar sua estrutura, pôr em risco sua harmonia e existência; fraudar o disposto em uma Constituição (que visou assegurar, por sua rigidez, a manutenção daquela estrutura). (1985, p 36)*

Atingido este ponto de análise, aproximada a noção de sistema no direito, bem como a importância e o papel dos princípios jurídicos no sistema do direito

positivo, resta-nos verificar, efetivamente, de que forma regras e princípios funcionam no interior do sistema jurídico.

## 2 Normas de estrutura, normas de comportamento e os princípios jurídicos

A necessidade de coexistência de regras e princípios, ambos dotados de normatividade, no interior do sistema jurídico é bem ilustrada por J. J. Gomes Canotilho ao prever as seguintes hipóteses:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa completa – legalismo – do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um sistema de segurança<sup>2</sup>, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. (Canotilho, 1992, p. 174)

De outro lado, o mesmo autor considera que o

*modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (...) levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do 'possível' fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. (1992, p. 175)*

Assim, a partir da noção de sistema adotada, verifica-se que o Direito Positivo é composto por normas – regras e princípios – que funcionam como repertório e como estrutura do sistema. Como acima exposto, dois tipos de normas fazem parte do repertório: as normas de conduta e as normas de estrutura (estas fazem parte tanto da estrutura quanto do repertório).

Marçal Justen Filho, a partir de Hart, bem explica uma e outra:

*A norma de conduta típica (norma de primeiro grau) caracteriza-se como um comando pelo qual a um determinado fato temporal (descrito em tese) é atribuída uma conseqüência (também prevista hipoteticamente), consistente em uma relação jurídica através da qual uma pessoa é obrigada a efetivar, em proveito de outra, uma prestação (consubstanciada em uma ação ou uma omissão). Daí a afirmação de a norma jurídica ter natureza condicionada, aludindo-se especificamente à imputação de uma conseqüência a uma hipótese*

*de incidência. Isso importa necessariamente ter a norma uma estrutura dúplce (hipótese e consequência). Mas a norma de estrutura (de segundo grau) não tem, quer natureza condicionada, quer natureza dúplce. Sua obrigatoriedade, seus efeitos, seu comando são devidos na mais ampla latitude e independente de circunstâncias condicionantes. Não há uma situação tipificada que funcione como hipótese de incidência condicionante do mandamento descrito.(...) Trata-se de comando incondicionado que não se dirige à conduta humana, mas a fixar os pressupostos do ordenamento jurídico. E, de consequência, não há como serem descumpridos – ou melhor, só é possível alterar a estrutura do ordenamento jurídico, o que importaria substituir a norma de estrutura por outra que disponha de modo diverso. São, então, normas de caráter categórico, que impõem algo que não está subordinado à ocorrência de qualquer condição. E a imposição nelas contida não se traduz em uma relação jurídica – mas na definição da estrutura e do funcionamento do Direito (ordenamento jurídico). (Justen Filho, 1985, p. 24)*

Essa classificação serve como critério útil (porém insuficiente) para a análise de um sistema jurídico com-

posto exclusivamente por regras. Afinal, a regra, por possuir uma estrutura rígida, torna tranqüila é a sua categorização como norma de estrutura ou norma de comportamento. Não obstante, não se presta a acomodar os princípios jurídicos. Exatamente por albergar valores e possuir textura aberta, os princípios jurídicos funcionam não apenas como normas de estrutura (“alicerces do sistema jurídico”), mas podem (e em alguns casos devem) também atuar como de normas de conduta, conforme a sua densidade normativa e seu conteúdo material. Reclamam, portanto, uma tipologia que leve em conta suas características próprias, de modo a fornecer uma leitura o mais fiel possível do funcionamento do sistema jurídico positivo.

A doutrina tende a classificar os princípios como normas de estrutura e as regras como normas de estrutura ou de comportamento. Entretanto, segundo a moderna teoria dos princípios, o perfeito entendimento do sistema jurídico como um sistema aberto<sup>10</sup> de regras e princípios exige um passo a mais, exatamente por entender que assim como há

10 A abertura do sistema jurídico positivo é decorrente dos princípios nele inseridos, que segundo Canotilho imprimem uma estrutura dialógica ao sistema de modo a possibilitar a ‘capacidade de aprendizagem’ das normas, que se tornam aptas a captar as mudanças da realidade (1992, p. 171). Ao passo que traduzem valores acolhidos pelo ordenamento, os princípios que possibilitam a comunicação do sistema jurídico com outros sistemas, de modo a mantê-lo em sintonia com o ambiente social. Segundo Carmem L. Rocha, *são os princípios que permitem a evolução do sistema constitucional pela criação ou recriação do sentido e da aplacação de suas normas, sem necessidade de modificação de sua letra, legitimando-se pela sua coerência com o contexto político, social e econômico que a sociedade vivencia em determinado momento* (1994, p. 22).

diferentes categorias de regras, há outras e diferentes categorias de princípios.

### 3 Tipologia e articulação dos princípios dentro do sistema jurídico

Quem expôs a mais completa, e também mais difundida, a tipologia de regras e princípios, em nossa opinião, foi o mestre português Gomes Canotilho. Demos, pois, um passo a mais na análise da sistêmica do direito positivo, analisando seu entendimento. Ressalve-se que sua doutrina parte da Constituição Portuguesa, o que não impede, com pequenas adaptações, sua aplicação teórica a outros sistemas jurídicos.

Segundo Canotilho, quatro são as categorias de princípios: (i) princípios jurídicos fundamentais; (ii) princípios políticos constitucionalmente conformadores; (iii) princípios constitucionais impositivos; e (iv) princípios garantia. De outro lado divide o autor as regras em duas categorias: (i) regras de organização e (ii) regras materiais<sup>11</sup>.

Cumpra, pois, analisarmos de que forma cada uma das categorias de princípios exerce sua função dentro do sistema do Direito Positivo, a exemplo do que fez Ruy Espíndola (2002, p. 221).

Os *princípios jurídicos fundamentais*, também denominados por Canotilho de *princípios gerais* são aqueles princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Tais princípios configuram fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito Positivo. Exemplos de tal categoria<sup>12</sup> são o princípio da publicidade dos atos jurídicos, princípio da proibição do excesso (princípio da proporcionalidade), princípio do acesso ao direito e aos tribunais, princípio da imparcialidade da administração, dentre outros.

Já os *princípios políticos conformadores*, também denominados pelo autor lusitano de *decisões fundamentais*, *princípios estruturantes* e *normas de estrutura do Estado*, são aqueles *que explicam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte*, ou seja, expressam as decisões

11 Como se verifica, a tipologia canotilhiana das regras corresponde à classificação das normas de um sistema em norma de estrutura e normas de comportamento. E isso ocorre, como já salientado, devido ao fato de que as regras determinam a estruturação formal, lógica do sistema. Tal estruturação tem sido objeto de estudo desde a positivação do direito. Canotilho subdivide cada uma das categorias da seguinte maneira: (i) regras de organização – regras de competência, regras de criação de órgãos, e regras de procedimento; (ii) as regras materiais – regras de direitos fundamentais, regras de garantias institucionais, regras determinadoras de fins e tarefas do Estado e regras impositivas (1992, p. 181).

12 Lembre-se que os exemplos colacionados pelo autor português são aqueles da Constituição Portuguesa de 1976.

políticas fundamentais tomadas pelo poder Constituinte, refletindo a ideologia da Constituição. Como exemplos de tal categoria, Canotilho anota o princípio da separação e independência dos poderes e os princípios eleitorais. Aplicando tal tipologia ao sistema constitucional pátrio, Ruy Espíndola menciona o princípio federativo, princípio republicano, princípio presidencialista, princípio da separação de poderes, princípio do regime democrático e o princípio do Estado de Direito.

A seu turno, os *princípios impositivos*, também chamados ‘preceitos definidores dos fins do Estado’, ‘princípios diretivos fundamentais’ e ‘normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas’, são aqueles que *no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas*. Tais princípios são dirigidos sobretudo ao legislador, definindo as diretrizes de sua atividade política e legislativa. Nessa categoria estão incluídos os princípios da independência nacional e da correção das desigualdades. Em terras pátrias, seriam enquadrados em tal categoria o princípio da livre organização social, princípio da convivência justa e princípio da solidariedade.

Por fim, os *princípio-garantia* “*visam instituir directa e imediatamente uma garantia aos cidadãos*”, de forma que sua força normativa e menor grau de vagueza os aproxima

das regras. Canotilho aponta como exemplos de tal categoria, o princípio da estrita legalidade penal, o princípio da inocência e o princípio do juiz natural.

Edificada a tipificação dos princípios e determinada sua função no interior do sistema jurídico, passemos enfim a analisar a articulação dos princípios como forma de concretização de sua força normativa.

Nesse sentido, continuemos com Canotilho que, ao tratar do sistema constitucional, assinala que:

*A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da Constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadoras desses mesmos princípios. Quer dizer: a Constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização.* (1992, p. 186)

Ruy Espíndola bem explica essa relação:

*Em primeiro lugar, situam-se os princípios estruturantes, que são os princípios constitutivos e indicativos das idéias e diretivas básicas de toda a ordem constitucional positiva. Esses princípios estruturantes são as constantes jurídico-constitucionais do estatuto político (a Constituição), e, por isso, ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios): os*

*princípios constitucionais gerais e os princípios constitucionais especiais. Por sua vez, são esses dois últimos princípios ‘... que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno’.* (2002, p. 230)

E o mesmo autor considera como princípios estruturantes encontrados na Constituição Brasileira: o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático, o princípio republicano e o princípio federativo. E o mecanismo de funcionamento do sistema é assim exemplificado:

*(...) o princípio constitucional estruturante Estado de Direito é densificado pelos seguintes princípios constitucionais gerais: princípio de constitucionalidade dos atos normativos; princípio de legalidade/ liberdade. Estes princípios constitucionais gerais podem densificar-se ou concretizar-se ainda mais através das seguintes princípios constitucionais especiais: o princípio da legalidade/ liberdade, pelos princípios da reserva legal penal, princípio da legalidade tributária e princípio da legalidade dos atos da administração pública.* (Espíndola, 2002, p. 231)

Enfim, nas palavras de Canotilho,

*os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais,*

*princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição). Todos estes princípios e regras poderão obter maior grau de concretização e densidade através da concretização legislativa e jurisprudencial.* (1992, p. 188)

## Conclusões

O direito constitucional é direito positivo, a constituição é lei e, portanto, os princípios jurídicos são normas jurídicas dotadas de multifuncionalidade, com características específicas que os distinguem qualitativamente da outra espécie de normas, as regras.

As normas constantes do texto constitucional resultam do compromisso entre diversos atores sociais, dotados de idéias, valores, interesses e aspirações diferentes, e por vezes, antagônicos, de modo que, em face de sua referência a tais valores, existe a possibilidade de tensão entre os princípios, cuja ocorrência concreta, dadas suas características, é resolvida através do método de ponderação e concordância prática.

O reconhecimento da força normativa dos princípios, ao sintetizar a dicotomia direito natural/direito positivo, inaugura a fase pós-positivista do direito, promovendo superação do positivismo formalista e hermético.

Tem razão Garcia de Enterría, quando, ao tratar dos princípios, salienta que *a superação do positivismo de nenhum modo pode implicar o abandono da positividade do direito* (apud Bonavides, 2001, p. 189), fonte indispensável de segurança jurídica. Nesse sentido, os princípios jurídicos - sejam eles princípios constitucionais, princípios implícitos e explícitos, princípios gerais do direito - possuem sede firme no texto constitucional e no corpo legislativo, e não na idéia do intérprete (dimensão suprapositiva).

Reconhecida a força normativa dos princípios, que varia de acordo com sua densidade, abertura e função dentro do sistema, tem-se como presente a possibilidade de reconhecimento de direitos subjetivos pela aplicação direta de um princípio ao caso concreto, bem como a possibilidade de utilização dos princípios como paradigma para o controle de constitucionalidade. Como bem aduz Canotilho, a normatividade dos princípios apresenta-se nos seguintes sentidos: (i) *possibilidade de regular jurídica e efectivamente as relações da vida* (P. Heck); e (ii) *dirigir as condutas e dar segurança a expectativas de comportamentos* (Luhmann). (1992, p. 189)

O conceito de princípios jurídicos adotado pela doutrina pátria, em grande parte, deriva da noção do termo *princípio* e possui íntima relação com a noção de *sistema*. Tal derivação, causa do uso freqüente

de metáforas nas definições de *princípios jurídicos* ('*viga mestra*', '*alicerce*', '*estrutura*', '*ponte*', '*edifício*'), é ilustrativa da função *normogenética* e *sistêmica* dos princípios. Partindo de tal conceito, o discurso científico exige exata compreensão de como é exercida tal função, ou seja como ocorre a articulação das regras e princípios dentro do sistema do direito positivo. Só assim pode-se entender/obter os procedimentos e processos que lhes garantem operacionalidade prática e concreção.

O ordenamento jurídico é um sistema formado por elementos (normas jurídicas) que se relacionam segundo uma estrutura (formada também por normas jurídicas) formando um todo coerente e unitário. Nessa estrutura sistemática, os princípios atuam tanto como elementos quanto como estrutura do sistema. Além disso, garantem coerência e unidade material ao sistema.

A tipologia de regras e princípios constitucionais proposta por Canotilho demonstra que os princípios jurídicos funcionam tanto como normas de estrutura (sobretudo os princípios estruturantes) quanto como normas de comportamento (sobretudo os princípios garantia) dentro do sistema jurídico.

Já articulação dos princípios no interior do sistema jurídico, exposta também por Canotilho, demonstra que há variação na densidade normativa dos princípios. Assim sendo, o sistema jurídico cons-

titucional é composto por um escalonamento normativo-material de princípios e regras que se especificam e se explicam mutuamente no seguinte sentido: princípio estruturante – princípio constitucional geral – princípio constitucional especial – regra. Ou seja, os princípios maiores atingem maior densidade e transparência através das concretizações operadas por princípios menores e regras; e ainda, em outro nível, pela concreção legislativa e jurisprudencial.

Por isso, o inteiro teor de um princípio constitucional envolve a análise não apenas do enunciado que o expressa, mas de toda a estrutura que dele decorre (princípios inferiores e regras). Assim, a partir da localização e articulação dos princípios no interior do sistema jurídico, pode-se entender a forma de concretização da força normativa dos princípios, que resulta não de sua imperatividade como disposição legal, mas como resultado de um procedimento metódico que envolve a articulação de vários elementos do sistema.

## Referências bibliográficas

- ALEXY, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- AZEVEDO, P. F. (1989). *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris.
- BOBBIO, N. (2001). *Teoria da Norma Jurídica* (trad. Fernando P. Batista e Ariani B. Sudati). São Paulo: EDIPRO.
- \_\_\_\_\_. (1997). *Teoria do Ordenamento Jurídico* (trad. Maria Celeste C. J. Santos). 9. ed. Brasília: Editora UNB.
- \_\_\_\_\_. (1995). *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito* (compiladas por Nello Morra; trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues). São Paulo: Ícone.
- BONAVIDES, P. (2001). *Curso de Direito Constitucional*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros.
- CANOTILHO, J. J. G. (1992). *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina.
- CARRAZZA, R. A. (2000). *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 14. ed. São Paulo: Malheiros.
- CARVALHO, P. B. (2000). *Curso de Direito Tributário*, 13. ed. São Paulo: Saraiva.
- ESPÍNDOLA, R. S. (2002) *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GRAU, E. R. (1997). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores.
- \_\_\_\_\_. (1996). *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros.
- KELSEN, H. (1990). *Teoria Geral do Direito e do Estado* (trad. Luís Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes.
- JUSTEN FILHO, M. (1985). *O Imposto sobre Serviços na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- LEITE, E. O. (2001). *A Monografia Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MARQUES NETO, F. P. A. (1995). “O conflito entre princípios constitucionais: breves apontamentos para sua solução”. *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 10.
- MELLO, C. A. B. de. (1999). *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros.
- REALE, M. (1986). *Filosofia do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva.
- ROCHA C. L. A. (1994). *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey.
- ROTHENBURG, W. C. (1999). *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris.

STRECK, L. L. (1999). *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

STUMM, R. D. (1995). *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SUNDFELD, C. A. (2001). *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros.

VIEIRA, J. R. (2000). “A noção de Sistema no Direito”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* v. 33 (Coleção Acadêmica de Direito, v. 17), Porto Alegre: Síntese.