

OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA TEORIA DO DIREITO MODERNO E A EMERGÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIOLÓGICO

Jamir Calili Ribeiro¹

RESUMO

O presente artigo tem, por objetivo, contextualizar a elevação dos princípios à categoria de elemento normativo dentro da Teoria do Direito Moderno e como esta concepção esteve ligada a um novo paradigma do Estado Constitucional. Assim, o artigo passa pelos primeiros momentos do Estado de Direito, submetido a um modelo puro de regras, e discute a sua transformação histórica ao longo da segunda metade do século XX. Além da leitura histórica, aprofundou-se nos elementos que eram apontados como distintivos entre regras e princípios e suas principais fraquezas para a compreensão de um sistema jurídico não discricionário.

PALAVRAS-CHAVES: teoria dos princípios jurídicos; teoria do direito; constitucionalismo.

ABSTRACT

This article aims to contextualize the elevation of principles to the category of normative element within the Modern Law Theory and how this conception was linked to a new paradigm of the constitutional state. Thus, the article goes through the first moments of the Rule of Law, submitted to a pure model of rules, and discusses its historical transformation throughout the second half of the 20th century. In addition to the historical reading, it delved into the elements that were identified as distinguishing between rules and principles and their main weaknesses for understanding a non-discretionary legal system.

KEYWORDS: theory of legal principles; legal theory; constitutionalism

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A ORIGEM CLÁSSICA DO DIREITO COMO SISTEMA PURO DE NORMAS. 3 A PREPONDERÂNCIA DO SISTEMA DE REGRAS E A CRÍTICA A DISCRICIONARIEDADE DOS JUÍZES. 4 O ESGOTAMENTO DO SISTEMA DE REGRAS. 5 A INCORPORAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DENTRO DO DIREITO. 6 A FUNDAMENTALIDADE DOS PRINCÍPIOS E A MUDANÇA NO CONSTITUCIONALISMO. 7 PRINCÍPIOS COMO NORMAS IMPRECISAS E DISCRICIONÁRIAS PARA INTEGRAR O SISTEMA. 8 OS PROBLEMAS DA DISTINÇÃO FRACA OU QUANTITATIVA. 9 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Os debates doutrinários e jurisprudenciais contemporâneos dão forte relevo aos chamados “princípios jurídicos”, asseverando a sua existência como norma, utilizando-os para solucionar conflitos (GALLUPO, 2002, p. 169). Se hoje sua

¹ Professor Adjunto do Curso de Direito da UFJF-Campus GV. Doutor em Direito Público pela PUC/Minas. E-mail: jamir.calili@ufff.br.

aplicação, especialmente pelos tribunais, rende diversos debates, teorias e métodos, não foi bem assim no início da construção do Direito da forma que o conhecemos atualmente.

É corrente a doutrina atribuir a emergência do Estado Moderno ao modelo econômico capitalista burguês (BRESSER-PEREIRA, 2010; GRAU, 2012), sendo que, no Direito, tal movimento se expressa pela preponderância do positivismo jurídico instrumentalizador e fundamentador do paradigma do Estado de Direito, também, denominado de Estado da Constituição (CRUZ, 2004 e 2007; GRAU, 2012; BARCELOS; BAROSSO, 2010).

Em um primeiro momento o Estado de Direito se limitou ao Estado da legalidade, ou seja, aquele Estado mínimo, restrito ao policiamento que pudesse assegurar o respeito ao livre jogo da vontade dos atores sociais individualizados, vedando-se a organização corporativo-coletiva, sendo o ordenamento jurídico composto de regras gerais e abstratas, especialmente negativas, consagrando o que se convencionou chamar de direitos de 1ª geração, ou direitos individuais (CARVALHO NETO, 2004).

Tratava-se de uma ordem jurídica eminentemente liberal, em que o “direito seria um produto de decisões deliberadas e intencionais” (DWORKIN, 2010a, p. XII), as quais seriam tomadas por representantes “da melhor sociedade”, os quais planejavam modificar a comunidade por meio da obediência geral às regras criadas por suas decisões (DWORKIN, 2010a, p. XII).

Para justificar essa concepção iluminista de um Direito racional e harmonioso, era necessário pressupor que as pessoas que ocupavam os cargos públicos, especialmente na qualidade de legisladores e burocratas, possuíam as habilitações, os conhecimentos e as virtudes suficientes para tomarem decisões eficientes, e que pudessem dar ao intérprete segurança, cobrindo todas as relações humanas, sem nada ter escapado do debate entre os legisladores (DWORKIN, 2010a, p. XII; CRUZ, 2007, p. 272-273). A divisão dos poderes e a consideração do legislativo como manifestação da vontade geral, características próprias do Estado Liberal, seriam suficientes para a promoção de um direito bom. A ideia da boa lei, predominante nessa concepção, estaria ligada ao paradigma da filosofia da consciência, com fortes características ontológicas (CRUZ, 2007, p. 273-274; OLIVEIRA, 2010, p. 32-45).

O positivismo é um avanço hermenêutico em relação ao modelo medieval anterior. Compreende-se, aqui, como positivismo, não só as correntes filosóficas que

combatem o jusnaturalismo², mas principalmente as correntes que se colocam em oposição ao moralismo jurídico, rejeitando não só o jusnaturalismo, mas, também, a vinculação do Direito a outros fenômenos e sistemas normativos (DIMOULIS, 2006)³.

O que se pretende aqui é demonstrar que embora utilizemos atualmente, e de forma corrente, princípios na argumentação jurídica, tais elementos normativos, sejam usados em que perspectiva forem, tem origem em um momento específico da história do direito e na história do constitucionalismo, especialmente demarcado pela emergência de um novo paradigma, muito menos afeito às escolas liberais e muito mais marcados pelos eventos do pós-Segunda Guerra Mundial. Para o objetivo que se pretende, será feita uma revisão da escola clássica positivista e sua rejeição à ideia de princípio como elemento jurídico e a sua transição para um modelo mais constitucionalizado em que os princípios passam a ser elementos integrados e fundamentais do sistema constitucional que visa a proteção dos direitos fundamentais.

Esse trabalho irá se deter às distinções quantitativas ou fracas entre princípios e regras e não irá seguir no tempo em relação às distinções qualitativas ou fortes, distinções que foram lideradas por Dworkin (2010a) e Alexy (2012), uma vez que o objetivo aqui é demonstrar a reação da teoria do direito a hermenêutica clássica e os primeiros momentos da inclusão dos princípios como elemento normativo e não extra jurídico.

Foi realizada uma revisão bibliográfica sobre o tema e uma análise em perspectiva histórica, acoplando fenômenos e hermenêuticas paradigmaticamente similares para construir o fio narrativo que se pretende realizar para demonstrar que princípios nem sempre foram considerados como elementos jurídicos e demonstrar

² Cruz e Duarte (2013, p. 59-60) criticam a oposição genérica entre positivismo e jusnaturalismo por dois motivos: (a) por um lado, há pouquíssimos autores que possam ser alocados na corrente jusnaturalista; e (b) o jusnaturalismo guardaria notáveis semelhanças com o Positivismo como a percepção dual entre ser e dever ser, o que o fazem terem pressupostos metafísicos insuperáveis.

³ Sobre as diferentes concepções de positivismo ver, além de Dimoulis (006), Bobbio (2006) e Cruz e Duarte (2013). Observa-se que adotando esse conceito, inclusive Dworkin e Alexy podem ser considerados positivistas, uma vez que não defendem a desdiferenciação sistêmica. Assim, o conceito ainda é muito abrangente, mas reflete a principal contribuição que o positivismo trouxe para a relação entre os subsistemas sociais da época, e é o argumento aqui defendido. Quando se pensa no positivismo como um modelo contraposto à jusfilosofia do período medieval, devem-se destacar as seguintes características: (a) abordagem do direito como fato, e não como valor; (b) coação como elemento da norma jurídica; (c) a lei emanada do poder legislativo como fonte predominante do direito; (d) a norma como um comando imperativo; (e) o direito como um ordenamento de normas, devendo ser analisado de forma coerente e como se fosse completo; (f) defesa de uma interpretação jurídica mecanicista, pela subsunção; e (g) a lei como algo a ser obedecido, independente do seu conteúdo ético. (BOBBIO, 2006, p. 131-134).

como se deu a sua incorporação nos primeiros momentos de uma nova vertente constitucionalista.

2 A ORIGEM CLÁSSICA DO DIREITO COMO SISTEMA PURO DE NORMAS

Na Idade Média a ciência jurídica, ou o que se pode chamar de doutrina, era o próprio direito, possuindo, ambas, funções prescritivas (TORRES, 2011, p. 97)⁴. Além disso, o antigo regime, com seus feudos e várias instâncias normativas, possuía uma pluralidade de ordenações (CRUZ, 2007, p. 272-273; TORRES, 2011, p. 96-97; CAENEGEM, 1999, p. 23-32)). A confusão entre normas religiosas, econômicas, morais, não permitia o reconhecimento de direitos individuais e limitações aos poderes econômicos, políticos e religiosos.

É em Descartes, no século XVI, que a investigação nas ciências sociais passa a adquirir racionalidade e certeza, até então restritas às ciências exatas, afastando influências religiosas e morais, buscando analisar o fenômeno social à luz estritamente da racionalidade (CUNHA, 2012, p. 4-9; OLIVEIRA, 2010, p.17).

Mendes e Ribeiro (2013, p. 519) afirmam que a busca produtiva, embora inocente, pela neutralidade do conhecimento científico, permitiu a emergência da ideia de Ciência do Direito tal como concebida hoje, com função construtivo-descritiva de seu objeto. Segundo eles, tal perspectiva floresceu especialmente após as contribuições ofertadas pelo Normativismo Lógico de Kelsen⁵, que parte da escola positivista e da crítica do conhecimento jurídico formulada por Kant⁶ para desenvolver sua teoria do Direito, voltada especialmente contra o sincretismo dos métodos sociológico e jurídico, sendo marcada pela busca de uma Ciência do Direito autônoma e depurada⁷. Embora com premissas distintas⁸, Hans Kelsen, Max Weber e Niklas Luhmann, propuseram uma metodologia autônoma para o estudo e a compreensão do Direito, permitindo estabelecer um modo de pensar próprio do Direito em

⁴ Na Idade Média “a ciência jurídica [...] se identificava com o próprio direito, o ‘direito comum’, pela *interpretatio*” (TORRES, 2011, p. 97).

⁵ Ver, também, Carvalho Netto (2012, p. 23): “A Filosofia do Direito inicia então uma trajetória de redução à Teoria Geral do Direito, uma disciplina técnica da formação especificamente jurídica, que, por sua vez, encontrará seu ponto máximo de inflexão tendencial na Teoria Pura de Hans Kelsen”.

⁶ Kant “revolucionou a filosofia então vigente para colocar a racionalidade individual humana como o ponto central da filosofia, separando, ainda, o Direito da Moral”. (OLIVEIRA, 2010, p. 16).

⁷ Nesse sentido Kelsen afirma que a “dogmática jurídica é restrita ao mundo do dever ser e o seu fim é a compreensão das normas” (KELSEN, 1974, p. 40).

⁸ Hans Kelsen e Max Weber definem-se por um sistema jurídico fechado em relação aos demais sistemas da sociedade por uma questão metodológica; já Niklas Luhmann o faz por motivos funcionais.

comparação a outros ramos do conhecimento, como a moral, a economia, a sociologia etc.

Nesse primeiro passo do paradigma constitucional, o do Estado de Direito, a atividade hermenêutica do juiz era vista como uma atividade mecânica, em que a norma se confundia com o próprio texto, os quais deveriam ser claros e distintos, buscando-se fugir de toda e qualquer ambiguidade ou obscuridade. Ao juiz era reservado o papel de mera *‘bouche de la loi’*” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 33-34; CRUZ, 2007, p. 272-273)⁹.

A concepção do direito era voltada para operações meramente legalistas, destituindo-se de reflexões sobre o caso, apegando-se a uma legalidade estrita, de tradição jurídica romano-germânica de observância dos “ditames” da lei, e da procura pela vontade do legislador (CRUZ, 2007, p. 272-274; OLIVEIRA, p. 14-18).

A busca das teorias positivistas pela estabilização das expectativas faz com que nesse período prepondere o modo de pensar por conceitos determinantes e pela operação jurídica da subsunção dos fatos às normas (CARVALHO NETTO, 2012, p. 46; MENDES; RIBEIRO, 2013, p. 524). O esforço hermenêutico se dava somente dentro dos limites sintáticos e semânticos dos textos jurídicos, seguindo a proposta de Savigny em relação aos métodos de dedução e de subsunção (CRUZ, 2007, p. 272).

⁹ “As teorias de Savigny e Jhering figuram em nossa exposição como características do primeiro aspecto da reação contra o jusracionalismo, a saber, o esforço de elaboração da ciência do direito – ou do Direito Positivo como ciência autônoma. O segundo aspecto, ou a quase redução da atividade do jurista à análise técnica dos textos de origem legislativa, melhor se exprime na Escola da Exegese, nascida na França entre os cultores do Direito Civil, após o Código de Napoleão, de 1804”. (MACHADO, 1995, 129-130). Esse destaque é importante, para evitar confusão com o positivismo que será defendido por Kelsen ou Hart. É muito comum transportar as características da Escola da Exegese para o conjunto do positivismo, como parece ter ocorrido no caso das críticas originalmente realizadas por Dworkin à Hart (DWORKIN, 2010, p. 23 e segs). Trivisonno parece concordar com essa conclusão pelas críticas que tece às características que Dworkin atribui ao positivismo de Hart, ao argumentar que “a regra de reconhecimento de Hart não exclui do direito qualquer padrão normativo (ou regra na nomenclatura de Hart) em virtude de seu tipo lógico, mas na verdade, apenas em virtude de sua fonte (TRIVISONNO, 2013, p. 189). Acrescenta que as críticas de Kelsen aos princípios se dirigiam aos princípios no sentido dado por Esser, ou seja, um preceito não jurídico, e “na verdade o que ele está criticando é a inclusão, no direito, de padrões oriundos da moral. Normas que possuem as propriedades lógicas atribuídas por Dworkin aos princípios, ou sejam princípios no sentido lógico de Dworkin, não estão excluídas do sistema normativo em Kelsen, mas, ao contrário, fazem parte dele, desde que produzidas em conformidade com uma norma superior e por uma autoridade determinada por essa norma superior, ou seja, por uma autoridade competente” (op. cit. p. 198). O próprio reconhecimento da discricionariedade por Kelsen e Hart separariam os dois autores dessa perspectiva positivista exegética, já que nesse caso, reconheceriam que o juiz não poderia ser a mera boca da lei, faltando aos dois autores uma teoria da aplicação do direito que pudesse resolver ou minimizar o problema da discricionariedade (op. cit., 209).

O constitucionalismo do século XIX, especialmente influenciado pelas tradições revolucionárias francesas com forte desconfiança ao conservador poder judiciário, absorvia os princípios como expressão de cunho político do legislador, sendo destacado o caráter mais político do que jurídico das Constituições, tal como a “Declaração Universal dos Direitos do homem e do cidadão”. A perspectiva jurídica do texto constitucional é uma contribuição muito peculiar do constitucionalismo americano, especialmente desde *Madison v. Marbury* (1803) (CRUZ, 2007, 272-273).

Essa descrição reflete um primeiro estágio do que se pode chamar de positivismo, ligado mais à escola da exegese do direito, caracterizado pela: a) sobrevalorização do direito positivo; b) pela busca da intenção do legislador na interpretação das leis; c) pela proclamação da “onipotência jurídica” do legislador, residindo no Estado a fonte única do direito; e d) a consideração do método por excelência do estudo e do ensino jurídico o dedutivo ou dogmático (MACHADO, 1995, p. 131-132).

Nesse estágio, emerge o Estado de Direito, tal como conhecemos atualmente, sendo fruto das reflexões filosóficas e políticas que foram plantadas no construídas durante as revoluções liberais. Possui em sua gênese a idealização do direito como um instrumento neutro de organização da sociedade, igualitário e que pudesse preservar a liberdade humana. A ânsia de criar um sistema mecânico que pudesse não fazer distinção entre homens era fruto da repugnância que o patrimonialismo e o autoritarismo estatal geravam no espírito do povo. Esse período foi marcado pela utopia da representação política iluminada e de a humanidade seria capaz de gerar conhecimentos estáveis e palavras inequívocas. Esse sentimento gerado pelo positivismo é ainda fortemente encontrado na percepção que a sociedade tem do Direito, da Imprensa, da Ciência etc. Sentimento que naturalmente, em sociedades complexas, é colocado à prova, gerando frustração e decepção, que leva o ser humano muitas vezes ao niilismo.

A característica predominante é a hegemonia do sistema de regras. Não há uma preocupação em teorizar ou definir princípios, sendo-os recebidos e encarados somente como elementos extrassistêmicos, próprios da moral, da religião, da ciência e da filosofia.

3 A PREPONDERÂNCIA DO SISTEMA DE REGRAS E A CRÍTICA A DISCRICIONARIEDADE DOS JUÍZES

Entre os autores positivistas que adotaram uma postura que possa ser classificada como clássica, destaca-se Bentham, que combateu o *common law* (BOBBIO, 2006, p. 96-100).

Para o pensador inglês, o direito não escrito não gerava segurança para os direitos individuais, ou pelo menos, gerava uma segurança inferior àquela que poderia ser obtida pela lei. Também defende que o *common law* violava o pressuposto fundamental do direito liberal, qual seja, a irretroatividade do direito, na medida em que o juiz tinha o poder de criar uma norma jurídica com eficácia retroativa quando não havia precedentes a lhe orientar na decisão do caso (BENTHAM, 1828, p. 391-392).

As críticas em suma se dão à discricionariedade que o juiz possuía e à falta de controle da produção do direito pela população. A solução seria, portanto, a redação de códigos e leis confiadas ao parlamento, órgão representativo da vontade do povo. Bentham exigia que as leis e os códigos atendessem aos seguintes requisitos: a) utilidade, que significa que os códigos devem promover felicidade para o maior número de pessoas; b) cognoscibilidade, indicando que as leis devem ser claras e precisas; c) justificabilidade, devendo a lei ser acompanhada de uma exposição de motivos; e d) completitude, que significa que a lei e os códigos não devem apresentar lacunas (BENTHAM, 1828, p. 333-335).

Esse último requisito é relevante para indicar a ideia básica do paradigma clássico. Segundo Bentham, “quer dizer que ele [o código] deve ser completo, ou empregando outras palavras, abarcar todas as obrigações legais a que os cidadãos devem ser submetidos” (1828, 334¹⁰). E especificando que o direito não deve ser composto de nada mais do que de regras, afirma: “redação completa: eis a primeira regra. Tudo que não estiver dentro do corpo da lei, não é lei. Não é necessário de referir-se nem ao uso da lei estrangeira, nem ao pretense direito das gentes” (1828, p. 337)

Ele está ciente de que o legislador não poderá prever todos os casos, saturando as previsões individuais, mas ao menos pode assegurar um grupo de delitos num livro, sendo que um bom legislador não esperará o mal acontecer, mas

¹⁰ Traduções livres realizadas pelo autor do artigo.

adiantar-se-á prevendo pelos menos os casos que as circunstâncias lhe permitem prever. (1828, p. 338-339). Destaca-se a crença no bom legislador, já abordada acima.

Nota-se que mesmo o pensamento positivista desse período, e aqui trouxe-se Bentham como um exemplo, dentre vários possíveis do pensamento clássico, reconhecia a existência das lacunas, mas acreditava na possibilidade de, com o tempo, o “bom legislador” ir superando-as. É possível até admitir que em casos específicos o juiz acabe por tomar decisões arbitrárias e utilizar-se de padrões extrassistêmicos, mas isso seria antijurídico ou não recomendado.

Essa perspectiva ressoou no direito brasileiro, e, ainda, encontra-se marginalmente expressa nos livros dogmáticos nacionais. Veja, por exemplo, Sacha Calmon, que afirma que ao lado das normas, encontram-se conceitos, definições, atribuições e princípios (1982, p. 50)¹¹. Já se reconhece, nesse período, que os princípios compõem o ordenamento, mas o fazem não como normas jurídicas, mas sim como entes paralelos. Essa perspectiva mais clássica do direito e suas influentes concepções começam a dar lugar para outra concepção agora mais moderna.

Embora haja uma forte emergência da defesa principiológica do direito, na doutrina nacional, os modos de operar e raciocinar o direito, ainda se encontram bastante marcados pela perspectiva ontológica e clássica do pensamento filosófico, como se fosse possível encontrar a essência natural das coisas.

Segundo Cruz (2007, 272), o paradigma clássico “[...] só ganha alguma relevância se considerarmos que a maior parte do ensino jurídico e o modo de produção do Direito no Brasil ainda é preponderantemente positivista”

Isso se traduz na ideia de que no positivismo, ou no modo de raciocinar positivista, não há a distinção entre o texto e a norma jurídica, sendo, esse raciocínio, incapaz de vislumbrar a indissociabilidade do texto com o seu contexto de aplicação (CRUZ, 2004, p. 96). Ressalta-se que essa concepção que reduz o positivismo deriva do pouco estudo que é dedicado a essa corrente complexa do paradigma hermenêutico que leva necessariamente a sua compreensão limitante, sendo, muitas vezes, associado unicamente à perspectiva da Escola da Exegese ou misturando pressupostos de escolas positivistas divergentes, como se fossem a mesma coisa.

¹¹ O autor, posteriormente, em outros textos, especialmente no seu Curso de Direito Tributário Brasileiro, altera essa perspectiva, e passa a encarar princípios como normas que traduzem projeções de direitos fundamentais (COELHO, 2014, p. 162). Mas, mantém a escrita nas reedições seguintes do seu livro Teoria Geral do Tributo. Para isso ver COELHO, 2003.

4 O ESGOTAMENTO DO SISTEMA DE REGRAS

Deixando de lado a forma como a doutrina nacional tem se apropriado das correntes hermenêuticas que subsidiam a Teoria do Direito, é preciso destacar que logo a comunidade jurídica percebeu que o “soberano não pode, por certo, antecipar todas as contingências através de algum sistema de ordens; algumas de suas ordens são inevitavelmente vagas ou pouco claras” (DWORKIN, 2010a, p. 29).

O reconhecimento do caráter impreciso, indeterminado ou lacunoso do direito, ou seja, o reconhecimento da tessitura aberta dos textos legais e constitucionais, tornou inviável a pretensão de regulação de todas as condutas possíveis por meio de regras abstratas (CARVALHO NETTO, 2012, p. 45-48).

Para lidar com essas indeterminações, antinomias e anomias, já que era impossível *a priori* a norma se adequar a todos os casos concretos, a teoria do Direito, leia-se os principais expoentes do positivismo, teve de admitir o emprego subsidiário de analogias, costumes, e princípios gerais do Direito (CARVALHO NETTO, 2012, p. 48-51; DWORKIN, 2010a, 27-35; CRUZ, 2007, p. 274-275).

O ordenamento jurídico brasileiro traz um bom exemplo dessa influência através da Lei de Introdução ao Código Civil¹², que admitiria a tese da discricionariedade, em que o juiz deveria optar por uma das possíveis respostas corretas apresentadas pelas partes para solução do conflito, inicialmente difundida por Kelsen (1979, p. 467) e, também, admitida por Austin e Hart (DWORKIN, 2010a, p.48-51; TRIVISONNO, 2013, p. 199-200).

O paradigma liberal clássico, caracterizado por ignorar ou no máximo vislumbrar um papel secundário aos princípios jurídicos, começa a dar espaço a uma nova concepção dentro da teoria do direito (CRUZ, 2007, p. 271-272). Diante da insustentabilidade do sistema de regras, pela subsunção integral e clara dos fatos à norma, positivistas e jusnaturalistas passam a reconhecer e admitir a força jurídica dos princípios.

Antes de seguir na análise, duas observações devem ser realizadas.

Em primeiro lugar, paralelamente à preponderância da concepção de um sistema de regras, já havia o reconhecimento da importância dos princípios. Gallupo

¹² Atualmente nomeada de “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro” com Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

(2002, 170), citando Kant, afirma que “[...] é um antigo desejo (...) poder talvez encontrar, em vez da variedade sem fim das leis civis, seus princípios; pois só aí está, como se diz, o segredo de simplificar a legislação”. Embora a validade e a função dos princípios já fossem reconhecidas universalmente pela doutrina jurídica, o papel dos princípios na Teoria do Direito passou a ser controverso com o período das codificações, no século XIX. Dois fatos históricos colocam em questão o debate sobre a normatividade dos princípios: a) primeiro os códigos passaram a assumi-los ou a recusá-los como fonte ou meio de integração; e b) o Tribunal Internacional Permanente de Haia assume-os como fonte de suas decisões, afirmando que os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas constituiriam direito positivo a ser aplicado por aquele tribunal (GALLUPO, 2002, p. 169-171).

Como já se pontuou acima, tanto positivistas quanto os adeptos do jusnaturalismo acabaram por reconhecer e se posicionar a favor da juridicidade dos princípios, sendo o pós-guerra solo fértil para o nascimento da teoria dos princípios. A partir de então, os princípios não são somente aceitos, mas ganham uma posição de primazia dentro do ordenamento.

Em segundo lugar, é preciso destacar que a absorção da pauta da força jurídica dos princípios não foi realizada de maneira incontroversa, sendo possível admitir variações dentro das teorias que emergiram no debate. Eis apontamento elucidativo de Gallupo sobre a construção dos princípios jurídicos nos seus primórdios:

A primeira teoria é aquela que identifica os princípios com normas gerais ou generalíssimas de um sistema. Desde o início do século, autores como Del Vecchio e Bobbio tentaram compreender os princípios jurídicos como fruto de processos de generalização operados pela Ciência do Direito. Del Vecchio afirmou, por exemplo, que os princípios gerais são descobertos por intermédio da generalização crescente de outras normas do ordenamento jurídico (Del Vecchio, 1948:51), ou seja, pela indução podemos partir de regras que regulam situações específicas e inferir daí princípios superiores a essas regras, que passam a poder ser aplicados dedutivamente. Já Bobbio afirmou que os princípios gerais do direito são, tão somente, “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”. (GALLUPO, 2002, p. 170).

Assim, a perspectiva clássica de um sistema jurídico composto somente por regras, é substituída por uma versão mais moderna em que ocorre a aceitação da

juridicidade dos princípios jurídicos, colocando-os em “posição de destaque no ordenamento jurídico em função de sua abstração, generalidade, abertura textual”. Para esse paradigma os princípios se tornam fundamento axiológico do Direito. Inicia-se, então, uma superação da concepção de aplicação da lei como um silogismo lógico dedutivo, superação que parece ser definitiva, porém ainda não acabada.

5 A INCORPORAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DENTRO DO DIREITO

Se antes a juridicidade dos princípios era negada, admitindo-os por sua força extrassistêmica, como fonte de argumento discricionário do magistrado, com a emergência de um constitucionalismo que ressignifica o papel do Estado de Direito e passa a se preocupar com a fundamentalidade dos direitos, os princípios jurídicos ganham importante relevo na fundamentação jurídica e têm reconhecida sua juridicidade, especialmente os chamados princípios gerais do direito (CRUZ, 2007, p. 271).

O que se denomina aqui de paradigma moderno da distinção entre princípios e regras é referido por vários autores como distinção fraca ou débil entre princípios e regras (ALEXY, 2012; FIGUEROA, 1998; NEVES, 2013).

A principal característica comum entre aqueles que adotam essa distinção está na consideração de que as distinções entre princípios e regras não são qualitativas, e sim de grau:

Tradicionalmente, os critérios seguidos para justificar a distinção entre princípios e regras tem sido, entre outros, a generalidade, a indeterminação (elasticidade, indefinição, vagueza), a fundamentalidade, a alta hierarquia, o caráter correcional em relação às normas do sistema, a vinculação à "ideia de direito", o explícito conteúdo valorativo, a ubiquidade ou validade geral, a dificuldade da compreensão segura de seu significado, etc. (FIGUEROA, 1998, p. 132, tradução nossa).

Como se pode perceber, nesse paradigma é possível identificar vários critérios para se distinguir o que seja regra ou princípio, mas tudo gira em torno da distinção de graus: mais geral ou menos geral; mais fundamental ou menos fundamental; hierarquicamente superior ou inferior; mais indefinido ou menos indefinido etc. Segundo Cruz (2007, p. 275-276, grifo nosso)

Em suas variantes, os princípios assumem a condição metanormativa por meio da percepção de algumas características que os definiriam: desse modo, uns optam pelo fato que os princípios exprimiriam os valores retores do ordenamento jurídico; outros veem seu traço distintivo no seu maior grau de abstração; outros derivam seu raciocínio em torno do que entendem ser uma maior indeterminação da sua tipicidade (*fatie specie*). **No entanto, seja qual for a tese, todos passam a sustentar um papel de proeminência dos princípios no ordenamento jurídico, chegando alguns a entender haver uma hierarquia entre eles e as regras no qual os princípios estariam em posição privilegiada.**

Com o declínio da perspectiva do direito voltado para um modo de operar legalista, especialmente forjado na tradição do direito romano-germânico baseada na observância do escrito na lei, ou pela busca da vontade do legislador, declínio especialmente verificado na crise do Estado Liberal e no pós-guerra da década de 40 e seguintes do século XX, abre-se espaço para um novo constitucionalismo, reconhecendo a impossibilidade da produção de uma legislação completa e perfeita (CRUZ, 2007, p. 274).

Reconhecer os princípios gerais do direito, tal como os costumes, como fonte foi uma alternativa para contornar o problema da incompletude do direito, especialmente reconhecendo-lhe posição privilegiada dentro do sistema jurídico.

A emergência dos princípios como padrões normativos juridicamente vinculantes foi realizada pela sua contraposição com as regras, utilizando-se de diversos critérios. Por isso, ao invés de centralizar o debate em torno das contribuições de alguns autores em específico, focar-se-á nos critérios de distinção, pois englobam critérios comuns entre diversos argumentos. Além disso, permite estabelecer um referencial teórico analítico mais amplo, o que é mais útil para que seja observada a dogmática nacional.

Portanto, serão analisados dois critérios de distinção de princípios e regras dentro deste paradigma, ressaltando que eles de alguma maneira se interrelacionam, especialmente por levarem em conta como critério distintivo a ideia de maior generalidade daqueles: a) o grau de fundamentalidade, especialmente a referência a fins e valores; e b) o grau de imprecisão e discricionariedade.

6 A FUNDAMENTALIDADE DOS PRINCÍPIOS E A MUDANÇA NO CONSTITUCIONALISMO

Muitos juristas afirmam que a grande diferença entre princípios e regras está na consideração de que os primeiros são normas mais gerais ou abstratas do que as segundas. O critério de generalidade engloba várias perspectivas, como a ideia de abstração, imprecisão ou amplitude das relações a serem abrangidas, mas principalmente pela ideia de que os princípios, por serem mais gerais, são normas fundamentais do sistema.

Apoiado em Guastini, Figueroa (1998, p.133-134) aponta três possíveis sentidos para a fundamentalidade referida às normas: a) uma norma é fundamento de outra quando a primeira engloba a segunda, que aparece como especificação, como consequência lógica da primeira; b) uma norma é fundamento de outra quando prescreve algum estado de coisas a que esta contribui ordenando os meios idôneos para tal fim; e c) uma norma é fundamento de outra quando esta emana de um órgão habilitado pela primeira, que é uma norma de competência. Para ele somente os dois primeiros sentidos podem ser vinculados à noção de princípios que aqui se aborda.

Analisando o primeiro sentido, o autor espanhol afirma que esse corresponde ao argumento tradicional da visão positivista dos princípios gerais do direito, entendidos como reconstruções da dogmática a partir dos materiais normativos dos códigos, ou consideram os princípios como normas positivadas mais gerais e de maior hierarquia no sistema jurídico, tal como as Constituições. Nesse sentido, princípios são caracterizados como enunciados que reformulam certas normas positivas, um feixe delas, não inovando o ordenamento jurídico, mas o sistematizando, associando-se principalmente à ideia de generalidade.

Também, ainda analisando o primeiro sentido, pode-se argumentar que os princípios são normas que fundamentam as outras, pois constituem justificção moral destas outras. Afasta-se da concepção de que o direito se separa da moral, e diferencia princípio e regras pelo conteúdo material regulado, atribuindo-se aos princípios a vinculação à ideia de justiça.

Analisando o segundo sentido apresentado pelo autor, o critério de fundamentalidade estaria associado à ideia de que os princípios são diretivas, ou normas programáticas que estabelecem certas metas, devendo as regras serem instrumentos ou meios de sua satisfação.

Tais concepções ecoaram fortemente na doutrina jurídica, tanto internacional quanto nacional. As contribuições de Canaris (2002) são bem ilustrativas dessa

concepção ao destacar a ligação dos princípios com os valores, e entendê-los como normas que dariam fundamento ao ordenamento. Eis:

Com a caracterização do sistema como ordem teleológica ainda não foi, contudo, dada resposta à segunda pergunta essencial: a dos elementos constitutivos nos quais se tornem perceptíveis a unidade interna e a adequação da ordem jurídica. No entanto, ficou já esclarecido que se deve tratar de valores, ainda que isso não possa constituir a resposta final, pois se mantém a questão mais vasta de que valores se trata: todos ou apenas alguns? (...) Mas isso significa que, na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas “decisões de conflitos” e dos valores singulares, antes se devendo avançar até aos valores fundamentais mais profundos, portanto até aos princípios gerais duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante. Pois só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão “orgânica” e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica, no sentido acima caracterizado, se torna perceptível. 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 caracterização de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais. (CANARIS, 2002, p. 76-78).

Os princípios, portanto, fariam uma intermediação entre o sistema axiológico com o sistema deontológico, concretizando os valores através das regras. Essa, também, é a perspectiva de Karl Larenz ao conceber os princípios como uma etapa entre as normas jurídicas e os valores. Segundo Cruz, nesta perspectiva “os valores seriam concepções de justiça dominantes na sociedade – *ethos* jurídico dominante – e que guiam a atividade hermenêutica” (CRUZ, 2007, p. 278).

A doutrina nacional recepcionou essa perspectiva. Miguel Reale, por exemplo, afirma que os princípios, de um modo geral são “verdades fundantes de um sistema de conhecimento, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de carácter operacional” (REALE, 2002, p. 303).

Nesse sentido, os princípios gerais de direito, incluídos no grupo de princípios monovalentes, servindo somente à ciência jurídica, são “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas” (REALE, 2002, p. 304). São bases teóricas ou razões lógicas do ordenamento jurídico, que recebe dos princípios seu sentido ético, sua medida racional e sua força vital. (REALE, 2002, p. 317).

Os princípios teriam, portanto, três funções: a) função de integração, no caso de lacunas; b) função de aplicação do direito, como se fonte principal fosse; e c) função norteadora, como orientação ao legislador (REALE, 2002, p. 304; 314-317).

Embora a maioria dos princípios não sejam positivados e sim extraídos dos contextos doutrinários específicos, o legislador pode, ciente da importância daquele princípio, o positivizar, dando-lhe força de lei, e muitas vezes o operacionalizando tal como uma regra, especialmente no plano constitucional. Um bom exemplo seria o princípio da irretroatividade da lei (REALE, 2002, p. 304-305). Mais uma vez, vê-se uma confusão entre princípio como norma e princípio como um elemento extrassistêmico a ser considerado pelo Direito: “enquanto são princípios eles são eficazes independentemente do texto legal. Este, quando os consagra, dá-lhes força cogente, mas não lhes altera a substância, constituindo um *jus* prévio e exterior à *lex*”. (REALE, 2002, p. 305).

Ora, mas se o princípio é eficaz, no sentido normativo, não deveria ser cogente, independentemente de ter sido ou não veiculado na forma de lei? De todo modo, para Reale, princípios condicionam ou fundam a experiência jurídica, podendo ter origem em questões éticas, políticas, econômicas etc., embora não se possa confundir com os preceitos dessas ordens.

Seria, portanto, um elemento que liga a ordem jurídica a outras ordens sociais (subsistemas), dando-se por razões éticas ou de Direito Natural, por exemplo. São esquemas que, uma vez inseridos na ordem jurídica, passam a serem operacionalizadas da mesma forma que os demais elementos jurídicos, ou seja, adquirem força normativa.

No campo da análise da doutrina tributária, destacam-se as contribuições em especial de Celso Antônio Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba. Em relação a Bandeira de Mello, é célebre sua afirmação de que

princípio 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 a 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 inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO, 1981, p. 230).

O intérprete, só através dos princípios, poderia compreender o sistema jurídico como unitário e coerente, sendo a violação aos princípios considerada muito mais grave do que a violação às regras, pois neste caso estaria se violando todo o ordenamento e não somente um *mero* comando normativo (CRUZ, 2007, p. 277).

Geraldo Ataliba é enfático ao argumentar que é necessário compreender o princípio republicano no Estado Brasileiro, pois tal deve ser considerado como básico e fundamental de todo o sistema jurídico brasileiro (ATALIBA, 1985, p.1). Nota-se da análise do que seja república, como princípio, o conceito deste padrão normativo:

Como princípio fundamental e básico, informador de todo o nosso sistema jurídico, a ideia de República domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando todos os seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos e recônditos meandros. (ATALIBA, 1985, p. 5).

O autor brasileiro defende que o sistema jurídico só pode ser considerado como sistema se possuir como característica a harmonia interna que “se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, assentam em outros princípios mais importantes” (ATALIBA, 1985, p.5-6).

É da ideia de hierarquia normativa que decorre a ideia de que princípios maiores fixam diretrizes gerais do sistema, subordinando outros princípios, e, por sua vez, outras normas e assim por diante (ATALIBA, 1985, p. 6). Os princípios, portanto, devem ser prestigiados até as suas últimas consequências, eis porque “são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo” (ATALIBA, 1985, p. 6).

O autor, apoiando se em Gordillo, refere-se às regras como *meras normas*, atribuindo aos princípios maior rigidez, já que estes determinariam de forma integral qual deve ser a substância do ato pelo qual se o executa. Se a regra é um limite, o princípio seria o limite e o conteúdo. (ATALIBA, 1985, p. 8).

A solução dos conflitos entre regras e princípios, portanto, sempre deveria pender aos princípios, já que estes não poderiam ser contrariados ou esvaziados por força de *simples regra*.

Tal abordagem está ligada, provavelmente, a uma defesa política de valores considerados essenciais pelo autor a seu tempo. Nesse sentido, não se pode afastar a historicidade em que a distinção entre princípios e regras são trabalhadas no direito brasileiro, especialmente orientadas contra o autoritarismo e na defesa de valores considerados essenciais pela dogmática constitucional nacional.

Essas preocupações irão refletir na construção doutrinária do pós Constituição de 1988. Barroso (2001, p. 306) afirma que “[...] em um País marcado pelo golpismo desde os primórdios da República, a Constituição foi capaz de absorver, sem traumas na legalidade, conflitos eleitorais e políticos em que, em outros tempos, teriam trazidos abalos e rupturas”.

Tal estabilidade teria sido possível, segundo Bustamante, devido à forte influência da perspectiva do critério da fundamentalidade na doutrina constitucional brasileira que irá repercutir nas obras interpretativas da Carta de 88, reconhecendo méritos a esse critério na sedimentação da ordem constitucional brasileira:

Não se deve menosprezar, porém, a importância que as teorias em questão tiveram para o Direito Constitucional brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988. A doutrina em comento foi uma relevante arma para a sedimentação da eficácia de certas disposições constitucionais de conteúdo político-dirigente, as quais muitas vezes eram negligenciadas com fundamento na tradicional doutrina das “normas programáticas” e de sua ausência de aplicabilidade ou de eficácia jurídica. Muitas normas constitucionais que instituíam fins a serem atingidos deixaram, graças em parte a essas teorias, de ser meras fórmulas vazias para se tornarem prescrições com força obrigatória. O que antes não possuía nenhuma força jurídica passou a ser o que há de mais importante para a aplicação do Direito. A consumação, ainda que incompleta, da efetividade dos princípios constitucionais foi, em certa medida, impulsionada por esta doutrina. Sem o reconhecimento do status de “norma de importância fundamental” para certos preceitos constitucionais que “irradiam seus efeitos” sobre os demais, talvez a Constituição de 1988 não tivesse logrado o sucesso político institucional que alcançou. (BUSTAMANTE, 2005, p. 186).

Essa parece ter sido, também, a influência da dogmática e do constitucionalismo mundial ao defender os princípios em sua perspectiva jurídica: uma resposta ao positivismo legalista que dava ensejo a ações autoritárias seja pela aplicação crua do texto legal, ou pelo exercício da discricionariedade do magistrado.

Ainda devem ser destacadas as contribuições do jurista português Gomes Canotilho, que tanto influenciou o constitucionalismo brasileiro. O autor adota

como marco teórico a Teoria dos Direitos Fundamentais desenvolvida pelo alemão Alexy, e sua dicotomia entre princípios e regras. Ao tentar estabelecer critérios gerais e abstratos para os pesos dos princípios, seguindo a linha de que princípios possuem pesos abstratos, ainda que provisórios, conforme defendido por Alexy em sua fórmula peso¹³, acaba reforçando as características do paradigma moderno.

Aponta o autor português para os seguintes critérios de distinção entre regras e princípios:

- a) O grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?) enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) “Proximidade” da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes; (...) as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a “ratio” de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante. (CANOTILHO, 1991, p. 172-173).

É bem clara a adesão do autor ao critério aqui debatido, sendo que através dele é possível perceber o Estado Constitucional como um sistema misto de regras e princípios possibilitando a garantia da segurança jurídica sem a necessidade de se exaurir a produção legislativa. A Constituição, para o autor, seria formada por distintos graus de densidade semântica, permitindo-o diferenciar não só as regras dos princípios, mas classificá-los, sob um viés normativo, hierarquicamente, em princípios estruturantes, constitucionais gerais, constitucionais especiais ao lado das regras constitucionais (CANOTILHO, 1991, p. 177-179). Há dois aspectos a serem destacados na teoria de Canotilho, tal como ensinado por Cruz (2013, p. 277): “não

¹³ A perspectiva alexyana e suas inconsistências serão abordadas no tópico **Erro! Fonte de referência não encontrada.** e seguintes.

só se percebe haver uma hierarquia entre regras e princípios como também uma valoração possível entre as normas constitucionais principiológicas”.

Por fim, interessa aqui, ainda, apresentar as contribuições de José Afonso da Silva, enquadrando-o, também, dentro desta perspectiva do critério de distinção pela fundamentalidade do princípio em relação ao sistema jurídico, concepção que parece ser predominante, tanto na doutrina constitucional, quanto na doutrina tributária brasileira.

Silva (2008), reconhecendo que a palavra princípio é equívoca, trabalha com três conceitos de normas constitucionais: a) normas constitucionais de princípios; b) normas constitucionais de princípios gerais, denominadas, também, de normas-princípios; e c) princípios gerais do direito constitucional.

Em relação às normas constitucionais de princípio, o autor confere ao vocábulo a acepção de começo ou início, isto é, “são normas que contém o início ou esquema de determinado órgão, entidade ou instituição, deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para a lei complementar ou ordinária” (SILVA, 2008, p. 119). É o caso do art. 33, da CF/88, que estabelece que a lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos territórios, que indica uma legislação futura a complementar sua eficácia e lhe dar efetiva aplicação (SILVA, 2008, p. 121)

As normas constitucionais de princípios gerais ou normas-princípios são diferentes. Estas são normas fundamentais, já que as normas particulares são desdobramentos analíticos delas. Isso se dá, por exemplo, com o comando constitucional do *caput* do art. 1º, da CF, que determina que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Algumas normas constitucionais, embora não sejam fundamentais do sistema, contêm princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica, tal como a isonomia, a irretroatividade etc.

As normas-princípios, ou as normas constitucionais de princípio, possuem eficácia limitada e aplicabilidade indireta, dessa forma, dependem de legislação ou de outra providência para serem aplicadas (também chamadas de normas programáticas). Ao contrário das normas constitucionais de princípios que possuem aplicabilidade imediata.

Totalmente diferente são os princípios gerais do direito constitucional, que em sua globalidade, formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional. Alguns destes têm aplicação muito peculiar ao momento histórico de um determinado povo,

e podem ser até considerados fundamentais no sentido acima exposto em relação às normas-princípios a depender do contexto constitucional em estudo. O que diferencia os princípios gerais do direito constitucional das demais classificações é que esses princípios não constituem em si uma norma, mas são formulações indutivas de um conjunto de normas do sistema jurídico constitucional. (SILVA, 2008, p. 121).

Isto posto, fica clara a profusão de concepções e autores que distinguem princípios de regras principalmente por: a) ou conferir aos primeiros o caráter de fundamentais para o sistema, sendo as regras desdobramentos deles; e b) ou reconhecê-los como expressão jurídica dos valores de uma sociedade, admitindo ser possível extrair racionalmente o *ethos* jurídico de uma comunidade.

Entre todos os problemas que podem ser indicados nessa perspectiva, podem ser pontuados dois deles: a) o caráter de fundamentalidade baseado no critério hierárquico, ou na importância dos princípios em relação às regras, em nada inova o sistema de regras, pois ainda assim a forma de solucionar os conflitos seria a subsunção, e a regra que estabelece que lei superior derroga lei inferior, seria suficiente para resolver as antinomias aparentes, não sendo nada útil a inserção do princípio como padrão normativo; e b) ainda haveria o problema de saber quando um valor deixa a esfera axiológica para a esfera deontológica. Novamente, o sistema de regras já teria encontrado a solução seja pela norma fundamental hipotética, do sistema kelseniano, seja pela regra de reconhecimento de Hart. Ora, mesmo o modelo clássico já poderia reconhecer a inserção dos valores dentro do direito pela simples conversão dos valores em regras. Não há acréscimos ou ganhos na distinção por esse prisma.

Mas há outra vertente dentro da distinção fraca, aquela que se utiliza do critério da imprecisão ou da discricionariedade para distinguir as normas jurídicas, que vale a pena ser analisado.

7 PRINCÍPIOS COMO NORMAS IMPRECISAS E DISCRICIONÁRIAS PARA INTEGRAR O SISTEMA

Há um grupo de juristas que afirmam que a diferença entre princípios e regras está na constatação de que os primeiros seriam mais imprecisos ou, de outro lado, mais abertos à escolha de alternativas do que as segundas.

Essa perspectiva inverte a lógica anteriormente vista, daqueles que consideram os princípios como fundamentais ao sistema, pois atribuem a eles uma flexibilidade maior, logo, as regras passam a desempenhar um papel definidor do sistema.

O núcleo da distinção aqui dá-se pela constatação de uma dessas características: a) os princípios seriam mais imprecisos; ou/e b) mais abertos à discricionariedade, ainda que em sentido restrito¹⁴, por parte do intérprete.

Mas não se deve confundir imprecisão com discricionariedade. Segundo Neves (2013, p. 14),

A imprecisão semântica, nas formas de ambiguidade (conotativa) e vagueza (denotativa), implica, a partir primariamente do significado do texto e do seu âmbito de referência, a incerteza cognitiva em relação à norma a aplicar. [...] A discricionariedade em sentido estrito não deve ser confundida com a imprecisão semântica dos textos normativos e a incerteza denotativa em torno da norma a aplicar ao caso, mas sim com o oferecimento, a própria norma, de alternativas para o órgão encarregado da concretização.

Nesse sentido, se o primeiro critério, o da imprecisão, é adotado, deve-se afirmar, então, que os princípios gerariam mais incerteza cognitiva a respeito da norma a ser aplicada. Porém, esse critério encontra fortes problemas, pois a imprecisão também pode estar naquilo que estruturalmente chamam-se regras. Segundo Figueroa (1998, p. 140, tradução nossa),

[...] as regras não poderiam escapar dos problemas derivados da vagueza: "a falta de certeza na zona marginal é o preço que se tem que pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação relativa a questões de fato". As regras, como os princípios, participam do problema da vagueza porque tem sua referência no mundo e por isso não se distinguem, assim a vagueza se refere, no máximo gradualmente.

¹⁴ [...] pode-se, genericamente, distinguir duas formas típicas de discricionariedade (em sentido estrito e rigoroso): a referente ao exercício do ato quando a expedição deste fica a cargo de condições políticas ou de oportunidade e conveniência administrativa a serem avaliadas pelo órgão; a concernente ao conteúdo, quando, dada a incidência da norma, o órgão competente pode escolher uma das alternativas oferecidas nas dimensões material, pessoal, temporal ou territorial. Mas a opção entre as alternativas deixadas pela norma à discricionariedade do órgão competente não se confunde com a imprecisão semântica sobre a norma a aplicar. (NEVES, 2013, p. 15).

Neves (2013, p. 15-21) apresenta vários exemplos no direito pátrio que demonstram a imprecisão linguística presente no que se chama de regra, tal como o expresso no art. 94, II, do Código Penal, que se refere ao “bom comportamento público e privado” como requisito para a reabilitação. Por outro lado, também haveria princípios que possuem algum grau de precisão semântica, tal como princípio constitucional à livre iniciativa, que possuiria, segundo o autor, um grau maior de precisão do que a norma penal acima apresentada.

Não parece, portanto, que o critério de vagueza seja decisivo para se distinguir as espécies de normas, embora ainda seja possível observar que há uma tendência maior a imprecisão entre os princípios, sem que isso seja capaz de se tornar um elemento definidor do termo.

Resta analisar a questão da discricionariedade. Neves (2013, p. 21) argumenta que “[...] se essas observações valem para a imprecisão semântica, elas são ainda mais pertinentes a respeito da questão da discricionariedade em sentido estritamente técnico” (2013, p. 20). Embora essas questões não se confundam, já que pode haver precisão na norma que abre a alternativa da discricionariedade, Neves demonstra que as regras seriam o meio mais adequado para se veicular alternativas ao intérprete, mais adequado do que os princípios.

Há várias regras que atribuem discricionariedade ao agente público, tal como aquelas apontadas no art. 48, inciso VIII, da CF, que prevê a concessão da anistia por lei, ou o art. 84, inciso I, da CF, que prevê a nomeação ou exoneração de ministros de Estado. Logo, não se torna um critério racional capaz de ensejar a distinção entre as espécies de normas.

8 OS PROBLEMAS DA DISTINÇÃO FRACA OU QUANTITATIVA

A distinção fraca tem suscitado importantes críticas contra a sua validade racional e sua utilidade. Focar-se-á, neste trabalho em duas principais críticas realizadas à ideia da vinculação dos princípios aos valores e à ideia de direito e justiça, e a generalidade dos princípios em relação às regras.

Segundo Cruz (2013, p. 276-277), a ideia de que os princípios se vinculam a valores aborda critério insuficiente para se autorizar uma distinção racionalmente relevante. Isso porque, em primeiro lugar, como subsistema social, o Direito por óbvio reproduz valores sociais, sem, porém, operar-se pela sua lógica, sob pena de se

perder sua legitimidade. Por outro lado, é possível identificar em várias regras valores a elas subjacentes, tal como o valor à vida presente no art. 121 do Código Penal.

Ao vincular os princípios aos valores, os juristas acabam por não diferenciar a própria norma do valor a ela subjacente, de modo que a operação do código binário lícito/ilícito, que diferencia o direito de outros subsistemas, é substituída pela lógica da gradualidade própria dos valores.

Além disso, seria difícil em sociedades complexas e plurais como as sociedades contemporâneas, em especial as ocidentais, determinar qual o *ethos* jurídico dominante, que seria capaz de fornecer a direção para aplicação do Direito, sem o risco de se promover a hierarquização cultural.

O Direito, por meio das regras, acaba fazendo essa hierarquização, mas através de um procedimento democrático profundo, ainda que imperfeito, ao contrário do poder judiciário que acaba fazendo isso por meio do magistrado.

A ideia de generalidade incorre, também, em diversos erros. Neves aponta duas maneiras de se generalizar (2013, p. 22-23). A primeira delas pelo raciocínio dedutivo, análogos aos axiomas ou postulados, considerando os princípios como normas evidentes da razão, mas sem comprovação empírica alguma. A segunda maneira é pelo raciocínio indutivo, “no qual os princípios emergem da generalização ou abstração sistemática a partir das regras existentes” (NEVES, 2013, p. 23). Essa segunda maneira remete a um dos conceitos de princípios como regras fundamentais do sistema, extraído da generalização de regras.

Porém, tanto Cruz (2007, p. 278-280) quanto Neves (2013, p. 23-25), argumentam que: a) nem todos os princípios podem ser generalizados a partir de regras; b) outros seriam tão generalizadores que englobariam todo o ordenamento jurídico, e não apenas um conjunto específico delas; e c) algumas regras seriam muito mais gerais que os princípios, já que muitos deles são setoriais.

Gallupo, criticando o critério da generalidade, faz coro aos autores supramencionados, afirmando que:

Por exemplo: o princípio federativo, adotado pela Constituição Brasileira, seria uma generalização de quê? O princípio da legalidade generaliza quais normas? (...) Esse não pode ser, portanto, o critério adotado. Não se nega com isso que, na maioria das vezes, os princípios possuam maior grau de generalização. O que se quer dizer é que a generalidade não é uma causa, mas, quando muito, uma consequência do conceito de princípio, e não

diferencia essencialmente, mas só geralmente as duas categorias. (GALUPPO, 2002, p. 171).

Como se pode notar, os critérios de distinção das teses fracas referem-se a uma distinção de grau entre regras e princípios, não havendo entre esses tipos de normas qualquer distinção qualitativa suficiente para pensá-los como espécies estrutural ou logicamente diferentes. Tal empreendimento será realizado por autores mais contemporâneos, inseridos no que se pode chamar de pós-positivismo jurídico, modelos atualmente mais utilizados, especialmente influenciados por Dworkin (2010a) e Alexy (2012), que aqui não serão estudados uma vez que se referem a um outro momento do constitucionalismo.

9 CONCLUSÃO

Como foi demonstrado, embora utilizemos atualmente a figura dos princípios, a sua aceitação como elemento normativo tem origem em um momento específico da história do direito e na história do constitucionalismo, especialmente demarcado pela emergência de um novo paradigma, muito menos afeito às escolas liberais clássicas e muito mais marcadas pelos eventos do pós-Segunda Guerra Mundial. Poder-se-ia referir-se a este período como um segundo momento do Estado de Direito, em que o constitucionalismo vai muito além de sua perspectiva liberal mínima, já exaurida pelas crises que resultaram nos conflitos mundiais.

A ideia de princípio como elemento jurídico se deu, como se viu, em uma transição para um modelo mais constitucionalizado em que os princípios passam a ser elementos integradores e fundamentais do sistema constitucional ou, em determinados casos, como elementos para suprir a falência do ideal de completude do direito.

Esse trabalho, limitou-se a analisar essa primeira transição que admite os princípios como elementos jurídicos, ou seja, vai até a construção das distinções que se convencionou chamar de quantitativas ou fracas entre princípios e regras. Isso porque, as distinções qualitativas ou fortes, igualmente sujeitas a críticas, diz respeito a um novo momento constitucional que demandaria uma análise mais aprofundada. O objetivo aqui foi demonstrar a reação da teoria do direito a hermenêutica clássica e os primeiros momentos da inclusão dos princípios como elemento normativo e não

extrajurídico, tirando aquela ideia de que princípios sempre foram considerados elementos jurídicos.

Além disso, deu-se ao leitor uma ferramenta de análise sobre a argumentação da doutrina e da jurisprudência nacional, para que pudesse notar como ainda repercute as distinções fracas entre princípios e regras, especialmente destacando aqueles critérios que reforçam a importância dos princípios para o sistema jurídico, perspectiva aliada fortemente ao paradigma constitucional do pós-guerra, mais conhecido como Estado Social.

A distinção entre princípios e regras promovida pela abordagem mais moderna permitiu dar prioridade a qualidades meramente contingentes, entendendo-as como necessárias, exaltando os princípios em detrimento das regras. Além disso, ao reconhecer maior importância aos princípios, e ligá-los à ideia de valor, acabou-se por abrir espaço para apreciações subjetivas do aplicador, o que os tornou intersubjetivamente incontroláveis.

A questão que fica é se essa distinção faz-se necessária, se ela faz sentido cientificamente falando e até se essa distinção não acaba por desdiferenciar o sistema jurídico. Esses receios persistem na conjuntura nacional e conclama a Teoria do Direito a uma análise mais acurada sobre o papel dos princípios no constitucionalismo e a centralidade das regras no sistema jurídico. A Teoria do Direito não está imune a se desenvolver e se submeter a novos paradigmas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: RT, 1985.

BARCELLOS, Ana Paulo de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

BENTHAM, Jérémie. **De l'organisation judiciaire, et de la codification**. Paris: Librairie de Hector Bossange, 1828. 4v.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Estado, estado-nação e revolução capitalista**. Rio de Janeiro: Fundação João Pinheiro, 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2659>. Acesso em: 11 maio 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra Legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina; 1991.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria geral do tributo e da exoneração tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

CRUZ, Álvaro R. S.; MEYER, Emilio P. N; RODRIGUES, Eder B. **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIGUEROA, Alfonso García. **Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1998.

GALLUPO, Marcelo Campos. A Teoria discursiva do direito e a renovação do conceito de princípios jurídicos. *In*: **Igualdade e diferença**. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

HART, Herbert L. A. **El concepto de derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

MACHADO, Edgar da Mata Machado. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1981.

MOREIRA, André Mendes; RIBEIRO, Jamir Calili. Metodologia do direito tributário e o modo de raciocinar por tipos e por conceitos. *In*: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (coord.), **Segurança jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules: princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Felipe Faria de. **Direito tributário e direitos fundamentais – uma revisão do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica – Metodica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Princípios jurídicos e positivismo jurídico: as críticas de Dworkin a Hart se aplicam a Kelsen? *In*: OLIVEIRA, J. A.; TRIVISONNO, A. T. G. **Hans Kelsen: teoria jurídica e política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.