

# A NATUREZA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

## THE NORMATIVE NATURE OF PRINCIPLES

RICARDO MARCONDES MARTINS\*

*Recebido para publicação em agosto de 2005*

**Resumo:** Este estudo enuncia o conceito de norma jurídica e apresenta sua estrutura lógica. Em seguida examina os princípios jurídicos e revela como são contemporaneamente entendidos. Se os princípios são normas jurídicas autônomas, devem ter necessariamente a estrutura lógica das normas jurídicas. Ao enfrentar esse problema, concluiu-se que os princípios são típicas normas de estrutura, tais como as normas de competência e os veículos introdutores de normas.

**Palavras-chave:** Norma jurídica. Estrutura lógica. Norma de comportamento. Norma de estrutura. Norma de competência. Veículo introdutor de norma. Princípio. Valores.

**Abstract:** This essay discuss the rules of law ideas and presents logical structure. Afterwards searches the juridical principles and makes manifest how they are contemporaneously understood. If the principles are independent rules of law, we must have to consider the logical structure for the rules of law. To face the situation, it follows that the principles are typical rules of structure as the ability rules and the manner that the rules are introduced.

**Key words:** Rules of law. Logical structure. Conduct rules. Structure rules. Ability rules. Manner of the rules are introduced. Principles. Values.

### 1. Introdução

Para o positivismo jurídico, sobretudo para a teoria kelseniana, considerado o sentido atribuído atualmente aos princípios, o sistema jurídico não é por eles integrado. Hoje, direito é visto sob a perspectiva principiológica; ninguém nega a importância dos princípios para o sistema jurídico positivo; raras são as discussões jurídicas em que algum princípio não seja considerado. Desse modo, seu estudo tornou-se imprescindível para a compreensão do direito. Por um lado, as contribuições de Ronald Dworkin e Robert Alexy são verdadeiros marcos na história da Dogmática Jurídica, ambas implicaram avanço científico que não pode ser ignorado; por outro, as concepções positivistas e lingüísticas do direito não são incompatíveis com a teoria principiológica, sendo possível a

adequada conciliação dessas teorias. No texto ora apresentado buscou-se exaustivamente essa conciliação.

Partiu-se do pressuposto de que todo conhecimento científico exige um corte metodológico e, ao efetuá-lo, o direito foi considerado sob o aspecto normativo. Num segundo momento, analisou-se a norma jurídica, servindo-se da definição e da divisão, mecanismos valiosos para o conhecimento. A classificação da norma jurídica revelou o princípio jurídico, analisado no terceiro momento da investigação. Em contraposição às regras jurídicas, obteve-se sua definição, examinou-se a fenomenologia de sua incidência e, finalmente, sua estrutura normativa.

Os estudos do Direito não podem ignorar os avanços da teoria principiológica sob pena de grave retrocesso científico. Se o texto chamar a atenção para esses avan-

---

\* O autor é procurador do Município de São Paulo, especialista em Direito Constitucional pela ESDC e mestrando da PUC-SP.

ços, logrou êxito. Se a conciliação proposta for aceita pela ciência, alcançou seu objetivo.

## 2. O Sistema de Direito Positivo

### 2.1. Considerações sobre o Objeto da Investigação

Ciência consiste numa linguagem precisa voltada para o aumento do conhecimento humano. Quem pretende fazer ciência deve, antes de iniciar sua empreitada, atentar para alguns condicionantes: a atividade científica sujeita-se a dois pressupostos que, uma vez violados, impedem que a linguagem emitida possua cientificidade, a linguagem que os desatenda será natural ou técnica,<sup>1</sup> efetivará uma comunicação e até prestar-se-á a fins específicos, mas não será tomada como acréscimo ao conhecimento humano.

O primeiro pressuposto é a delimitação do objeto. Não é possível pretender conhecer algo sem precisar o algo a ser conhecido. Assim, dentro do universo de possibilidades, deve-se identificar qual objeto será examinado. A eleição do objeto, no entanto, não basta, pois um certo objeto pode ser examinado sob diversos prismas. Quem pretende estudar uma montanha pode fazê-lo, por exemplo, sob o aspecto geológico, climático, topográfico, geopolítico, histórico, filosófico ou até religioso. A discriminação exemplificativa demonstra a vastidão do conhecimento humano: há infinitas possibilidades de estudar um objeto. Assim, o primeiro pressuposto do cientista é fixar qual o objeto de seu estudo e sob qual aspecto ele será examinado. O segundo pressuposto é a identificação do sistema de referência adotado para estudar o objeto. Com a contribuição da física moderna sabe-se que tudo é relativo: tudo depende do sistema de referência. Goffredo Silva Telles Junior demonstra magis-

tralmente essa relatividade do universo ao explorar a magnitude e a insignificância do macro e do microcosmo.<sup>2</sup> Ao descrever as duas realidades, mostra a impossibilidade de qualificar-se como pequeno ou grande um determinado objeto sem antes precisar o sistema de referência adotado. Se determinada afirmação é inverídica sob um sistema referencial, pode não o ser sob outro. Assim, se o cientista escolheu certa montanha como objeto de seu estudo, e delimitou esse objeto, dedicando-se a examiná-la sob o prisma histórico, deverá fixar o sistema de referência adotado: por exemplo, que sua análise histórica dar-se-á pelo método marxista. Conclui-se, portanto, que, antes de pretender proferir uma linguagem científica, o enunciador deve identificar o objeto a ser examinado, delimitá-lo e fixar o sistema de referência adotado. É o que se fará a seguir.

### 2.2. O Direito

#### 2.2.1. Direito como Expressão Análoga

Este estudo tem por objeto de investigação o direito, palavra que não identifica apenas uma realidade, mas várias realidades distintas. Assim, impossível, a partir dela, pretender uma definição. André Franco Montoro, brilhantemente, identificou as realidades discriminadas pelo direito: ciência, norma, faculdade, justiça e fato-social. Essas realidades estão inter-relacionadas, daí o termo ser considerado análogo e não equívoco ou unívoco. Nenhuma delas é equivocada, representam “pontos de vista sob aspectos diferentes de um mesmo objeto” (MONTORO, 1994, p. 53).<sup>3</sup> Percebe-se que direito é um objeto muito amplo e, portanto, necessita de delimitação, quem o examina deve explicitar sob qual ponto de vista o faz. Direito aqui será tomado como *norma*, mais precisamente, como conjunto de normas jurídicas vigentes em dado

tempo e território. O exame dar-se-á sobre o conjunto de normas jurídicas vigentes atualmente no Estado Brasileiro, ou seja, sobre o direito positivo brasileiro.

### 2.2.2. Direito Positivo e Ciência do Direito

Elegeu-se como objeto de análise o direito positivo brasileiro, ou seja, uma linguagem. A linguagem do direito positivo tem função *prescritiva*, presta-se à regulação das condutas intersubjetivas, suas prescrições não são verdadeiras ou falsas, mas válidas ou inválidas e sua sintaxe é estudada pela Lógica Deontica. Essa linguagem tem por objeto as condutas humanas, mais precisamente, as condutas possíveis e não necessárias. É uma linguagem técnica, assentada no discurso natural, mas com acentuado número de palavras e expressões científicas. Por ser técnica são comuns as ambigüidades e contradições. Por fim é uma típica linguagem-objeto, não se vertendo sobre outra linguagem e sim sobre o mundo fenomênico. Para caracterizar essa linguagem, útil contrapô-la à linguagem ora utilizada: esta é *descritiva*, presta-se a descrever o direito positivo, suas prescrições não são válidas ou inválidas, mas verdadeiras ou falsas e sua sintaxe é estudada pela Lógica Clássica, Apofântica ou Alética. O objeto desta linguagem é o direito positivo. Tem a pretensão de ser científica, obediente aos postulados da identidade, da não-contradição e do terceiro excluído,<sup>4</sup> pretende, assim, não apresentar ambigüidades ou contradições. É uma metalinguagem, pois se refere à outra linguagem, a do direito positivo. Percebe-se, portanto, que Direito aqui é tomado como fenômeno lingüístico: utiliza-se de uma linguagem descritiva, própria da Dogmática Jurídica, para descrever a linguagem prescritiva de condutas, própria do direito positivo.

### 2.2.3 Sistema Jurídico do Direito Positivo e Sistema Jurídico da Ciência do Direito

Claus-Wilhelm Canaris, em obra que já se tornou clássica (2002, p. 12-13),<sup>5</sup> extrai de várias conceituações de sistema<sup>6</sup> duas características fundamentais: a *ordenação* e a *unidade*. Ordenação consiste num estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. Unidade consiste em reconduzir as unidades que compõe a ordenação a princípios fundamentais, impedindo uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas.<sup>7</sup> Assim, em severa síntese, onde houver ordenação e unidade haverá um sistema.

Referiu-se, acima, a duas linguagens distintas: a linguagem da Ciência do Direito e a linguagem do direito positivo. Aquela se compõe de um conjunto de enunciados descritivos; esta, de um conjunto de enunciados prescritivos. Do conjunto de enunciados prescritivos do direito positivo extraem-se as normas jurídicas, a seguir examinadas, que compõem uma ordem dotada de unidade. Da descrição dessas normas pela Ciência do Direito extraem-se proposições descritivas, que compõem também um ordenamento dotado de unidade. Nesses termos, o conjunto de normas jurídicas do direito positivo compõe o sistema de direito positivo e o conjunto de proposições descritivas da Ciência do Direito compõe o sistema da Ciência do Direito. Segundo a classificação de Celso Neves<sup>8</sup> esses dois sistemas são nomoempíricos, posto que suas proposições<sup>9</sup> possuem referências empíricas, em oposição aos sistemas nomológicos, em que os componentes são entidades ideais. Interessa aqui examinar as normas jurídicas que compõem o sistema do direito positivo brasileiro.

### 3. A Norma Jurídica

Como afirmado, o conjunto de normas jurídicas que compõe o direito positivo forma um sistema, tornando-se, assim, imprescindível definir norma jurídica. Pressuposto dessa definição é a conceituação de norma, vocábulo originário do latim *norma*, *ae*, sinônimo de regra, modelo, padrão. Norma consiste na padronização, por meio da abstração, da ocorrência de determinado fenômeno.

O exame das espécies de normas facilitará a compreensão do conceito. Existem duas espécies: as *normas de comportamento* e as *normas naturais*.<sup>10</sup> As primeiras obedecem ao princípio da causalidade, as segundas, ao princípio da imputação.

Observando-se na natureza um evento E1, e um evento similar ao primeiro – E2, e outro similar – E3, e assim por diante, todos elementos de um conjunto de eventos similares – En; e observando-se, além disso, que sempre que um evento Ex (sendo “x” um dos elementos pertencentes ao conjunto “n”) ocorre, surge uma determinada consequência: o ser humano, por intermédio de seu poder de abstração, consegue sintetizar numa regra uma fórmula que indique esse padrão. Assim, dado o evento Ex, ocorre a consequência Cy. O exemplo indica uma norma natural porque sempre que ocorrer o evento Ex haverá necessariamente a ocorrência no mundo fenomênico da consequência Cy, sob pena de invalidade da norma, pois a hipótese está ligada à consequência por um vínculo de causalidade.

Existe uma linguagem que reduz os termos da norma a uma expressão ideal, simbólica: é a linguagem formalizada, própria da Lógica. Toda norma é suscetível de formalização. No exemplo dado a norma poderia ser formalizada da seguinte forma: Ex  $\square$  Cy, em que o vetor representa o vínculo de causalidade.

Normas de comportamento diferem-se das normas naturais por não apresentar causalidade. Ao contrário das normas naturais em que a consequência decorre da hipótese, nas normas de comportamento a consequência é imposta à hipótese. Essas normas também implicam numa padronização, posto que ligam determinadas consequências a eventos com certas características. A ligação, no entanto, não é causal, mas deontica. Desse modo, ao prever-se na hipótese um evento com determinadas características, estabelece-se a faculdade, a obrigatoriedade ou a proibição de determinado comportamento a alguém. Esse vínculo é de imputação ou deontico, pois, ocorrido o evento com as características previstas, não surge no mundo fenomênico, necessariamente, sob pena de invalidade da norma, as consequências imputadas. A norma prevê que as consequências *devem surgir* no mundo fenomênico.

Essas consequências, como dito, são impostas pela norma, independentemente da vontade das pessoas nela referidas. Esta é a característica própria de todas as normas de comportamento, sejam jurídicas, morais, religiosas, que as distingue das normas naturais: a *imperatividade*. Imperar, do latim, *impero*, *as*, *avi*, *atum*, *are*, significa forçar a produzir, comandar, ordenar, impor determinados comportamentos pela ocorrência de eventos com certas características.

As normas jurídicas, como todas as normas de comportamento, possuem imperatividade e, ao contrário das demais, possuem *autorização*. Só as normas jurídicas autorizam os lesados, pelo não cumprimento dos mandamentos nelas expressos, a exigir que os violadores cumpram esses mandamentos. Somente as normas jurídicas são autorizantes, conforme a lapidar contribuição de Goffredo Telles Junior (1985, p. 341 *et seq.*), pois só elas autorizam aqueles que sofreram com a violação de seus manda-

mentos a exercer ou a fazer com que outro exerça a coação sobre o violador a fim de fazer cessar ou obstar a violação ou obter uma reparação. Daí a definição de norma jurídica do aclamado jurista, aqui adotada integralmente: norma jurídica é um “imperativo autorizante”. É um imperativo, afirma o catedrático, porque é um mandamento; é autorizante, porque autoriza a reação contra a ação que viola.

### 3.1. Texto de Lei e Norma Jurídica

A norma jurídica, como todas as normas, também é suscetível de formalização. No entanto, antes de examinar sua estrutura lógica, essencial realçar importante distinção: a Constituição, as leis, os atos administrativos, as sentenças judiciais<sup>11</sup> consistem em vários enunciados cujo conjunto compõe o suporte físico do direito positivo. Exemplificativamente, reporta-se ao art. 159 do Código Civil de 1916, que reza: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.<sup>12</sup> É um texto de lei: um conjunto de grafemas impressos no papel, que compõem o *plano da expressão* ou o *plano dos significantes* (CARVALHO, Curso de Direito Tributário, 2002, p. 108 et seq.). Devem obedecer às regras sintáticas para possuírem algum significado. Esses grafemas não se confundem com a norma jurídica, mas a visualização deles (da *enunciação*) é o primeiro passo para construção da norma.

A partir da leitura do texto de lei, desses grafemas, o leitor efetua uma primeira abstração: associa cada palavra a seu significado vernacular. Essa abstração é automática e exige o domínio do idioma por parte do leitor. As palavras constituem *signos*, ou seja, são representativas de algo<sup>13</sup> e, como não guardam nenhuma ligação com o objeto do mundo que elas

significam, sendo arbitrariamente fixadas, são *símbolos*. A identificação dos significados das palavras e, portanto, do enunciado composto por elas, é o segundo passo do leitor diante de um texto normativo. O leitor apura o significado da enunciação, ou seja, passa do plano da literalidade textual ao *plano dos conteúdos*; da sintática, passa à *semântica*. Nesse momento o leitor identifica o dever-ser, o comportamento prescrito no texto e apreende um juízo. Esse juízo também não se confunde com a norma jurídica.

Num terceiro momento, o leitor, após examinar o juízo decorrente da leitura dos grafemas, a partir de todo o sistema jurídico, efetua uma segunda abstração: identifica a hipótese prevista pelo legislador, visualizando os critérios identificadores de eventos, e a consequência imputada a essa hipótese. No exemplo dado, após exame do enunciado decorrente do art. 159 e de todos os demais enunciados do sistema, identifica-se o antecedente da norma, ou seja, a descrição de uma conduta, e o consequente, ou seja, uma relação jurídica imputada a essa conduta. No antecedente haverá invariavelmente um verbo seguido de dois complementos: o verbo pode ser qualquer um (v), excetuados os verbos de estado (ser e estar); os complementos são, conduta culposa (cu) ou dolosa (cd) e danosa (d). Assim, “v + cu ou cd + d” é o antecedente da norma extraída do art. 159 do Código Civil de 1916. Já o consequente é uma relação jurídica em que o responsável pelo dano é obrigado a pagar ao prejudicado os prejuízos decorrentes de sua conduta. Essa, portanto, é a norma jurídica extraída do texto do art. 159 do Código Civil de 1916.

O exemplo do art. 159 é um caso raro em que a norma jurídica é extraída de um único texto de lei. O juízo decorrente da leitura do texto não é suficiente para montar a norma. Sempre é necessário um exame

global do sistema, posto que a norma pode decorrer de vários textos de lei. No Código Civil de 2002, por exemplo, essa norma é extraída de dois dispositivos: do art. 186, cuja redação determina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e do caput do art. 927, cuja redação é a seguinte: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Nesse diploma legal, como se percebe, o antecedente da norma é extraído de um dispositivo e o conseqüente de outro. Fica clara, portanto, a diferença entre a norma jurídica e o texto de lei.

O conjunto de todas as normas jurídicas extraídas dos enunciados do direito positivo compõe o *sistema normativo stricto sensu*. Percebe-se que a norma jurídica é construída pelo jurista, a partir da leitura do texto positivo, ela é a significação que ele extrai do texto ao lê-lo e confrontá-lo com os demais textos. As normas jurídicas, portanto, decorrem dos textos legais, mas não se confundem com eles. O legislador,<sup>14</sup> ao editar os textos, tem a intenção de criar determinadas normas;<sup>15</sup> ele, no entanto, não cria norma nenhuma, simplesmente enuncia o texto. Quem cria a norma é o jurista, a partir do texto legal. Perfeitamente possível, nesses termos, que a norma jurídica resultante do texto legal, criada pelo jurista ao lê-lo, seja contrária à norma que o legislador queria criar ao editar o texto. Conseqüentemente, as normas jurídicas são criadas pelo jurista, pelo cientista do Direito, a partir dos textos elaborados pelo legislador.<sup>16</sup> As normas jurídicas que compõem o direito positivo, assim como todo sistema normativo *stricto sensu*, são criação da Ciência do Direito. O jurista elabora dois sistemas, um prescritivo, correspondente ao conjunto de normas jurídicas extraídas dos textos legais, e outro descritivo, correspondente ao con-

junto de proposições elaboradas sobre essas normas jurídicas. Primeiro formula a norma, depois emite proposições descritivas sobre essa norma.

### 3.2. A Estrutura Lógica das Normas Jurídicas

Definiu-se norma jurídica como um juízo sobre a significação do texto normativo possuidor de duas características fundamentais: imperatividade e autorização. Norma é, como afirmado, uma proposição prescritiva de condutas pertencente a um sistema e, assim, indissociável de todo o complexo normativo. O ordenamento é um vasto conjunto de comandos reguladores de condutas intersubjetivas e esses comandos encontram-se entrelaçados, inter-relacionados, de tal forma que compõem um sistema. É impossível, por força disso, conceber cada prescrição como algo autônomo do sistema que faz parte. Para compreensão do comando, no entanto, faz-se necessário tomá-lo como prescrição autônoma e perceber cada norma enquanto comando individualizado: eis uma tarefa deveras complexa.

A definição de norma jurídica apresentada acima é precisa, mas insuficiente para os fins desta análise. Necessário fixar qual é o mínimo de significado que a proposição deve conter para formar um imperativo autorizante. De fato, a norma é, na expressão de Paulo de Barros Carvalho, “a expressão irredutível de manifestação do deontico” (1999, p. 17 et seq.). É a análise lógica da norma jurídica que possibilita ao jurista a identificação dos elementos necessários para composição desse mínimo irredutível. O exame da estrutura lógica da norma jurídica é o que segue.

#### 3.2.1. A Estrutura de Kelsen e a de Còssio

Muito já se discutiu na seara da Teoria Geral do Direito sobre o tema. Para

Hans Kelsen a norma jurídica possui a seguinte estrutura: dada a não realização de uma prestação positiva ou negativa deve ser a sanção, ou seja, ocorridos determinados pressupostos, deve efetivar-se a coerção. Eis a formulação proposta pelo jus-filósofo: NP  $\rightarrow$  S.<sup>17</sup> Dois, portanto, são, para Kelsen, os elementos essenciais da norma jurídica: a descrição da não realização de uma obrigação (NP) e a imputação de uma sanção (S). A fórmula mostrou-se insuficiente por se limitar a prever a não realização da conduta e a sanção prescrita. A norma, antes de prever a não realização da conduta que almeja realizada, evidentemente, prevê a própria conduta.

Carlos Cossio, em inestimável avanço científico, propôs nova estrutura para norma jurídica, formulando-a como um juízo hipotético disjuntivo.<sup>18</sup> Cada norma jurídica possui, segundo ele, duas partes: a norma que estabelece a prestação – P – (endonorma), chamada norma primária, e a norma que estabelece a sanção – S – (perinorma), chamada norma secundária. A perinorma só incide se houver descumprimento da endonorma. Eis a fórmula proposta: F  $\rightarrow$  P ou NP  $\rightarrow$  S.<sup>19</sup>

### 3.2.2. A Estrutura de Paulo de Barros Carvalho e Eurico Marcos Diniz de Santi

A partir das lições de Lourival Vilanova (2000, p. 103 et seq.) os ilustres tributaristas da Escola de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo empreenderam novo avanço científico, apresentando estrutura lógica mais completa e precisa às normas jurídicas. Seguindo os passos dados por Cossio concebem a norma jurídica com um juízo disjuntivo. A norma primária, no entanto, biparte-se em duas: a norma primária dispositiva e a norma primária sancionadora,<sup>20</sup> ambas com conteúdo material, em oposição à secundária, com conteúdo processual.

No antecedente (hipótese) – “A” – da *norma primária dispositiva* descreve-se uma conduta, e no conseqüente – “Cd” – descreve-se uma relação jurídica; ambos, antecedente e conseqüente, ligados por um vínculo de imputação deôntica neutro – “D”, representado pelo vetor “ $\rightarrow$ ”. Vínculo este que prescreve “dado o antecedente, deve ser o conseqüente”, sem modalizar a conduta como obrigatória, proibida ou facultativa. Assim: “D [ A  $\rightarrow$  Cd ]”. O conseqüente, como afirmado, consiste numa relação jurídica – Rd – entre dois sujeitos, ativo – Sa – e passivo – Sp – em torno de um objeto, sendo assim representado: Rd (Sa, Sp). Nessa relação o sujeito ativo está ligado ao sujeito passivo também por um vínculo de implicação deôntico que, ao contrário do primeiro, é modalizado, ou seja, prescritivo de obrigatoriedade, proibição ou faculdade. Esse vínculo é representado por dois vetores sobrepostos “ $\rightarrow$ ”. O vínculo relacional formado pelo operador deôntico intraproposicional é formalizado pela variável “R”.

Essa norma pode ser observada ou não. Por força da possibilidade de inobservância é ligada a uma outra norma, à *norma primária sancionadora*, que possui em seu antecedente a descrição do descumprimento da conduta prescrita pelo conseqüente da norma primária dispositiva e no conseqüente, a descrição de uma relação jurídica em que se estabelece uma “sanção”. Tal qual a norma primária dispositiva, o antecedente é ligado ao conseqüente por um vínculo de imputação deôntica não modalizado. Eis a representação: “(-Cd  $\rightarrow$  Cs)”. A conseqüência da norma primária sancionadora também consiste numa relação jurídica entre dois sujeitos, vinculados um ao outro por um vínculo deôntico prescritivo de obrigatoriedade, proibição ou faculdade. Daí representar-se “Cs” por “Rs (Sa, Sp)”. A norma primária dispositiva e a norma primária sanciona-

dora estão ligadas uma a outra, sendo que a ligação é representada logicamente pelo operador da conjunção “.”, resultando na seguinte estrutura: “D [A → Rd (Sa,Sp)] . [-Rd (Sa,Sp) → Rs (Sa,Sp)]”.<sup>21</sup>

A norma primária sancionadora pode, da mesma forma que a dispositiva, não ser observada. Por força dessa hipótese concebeu-se a norma secundária, de natureza processual, que tem por antecedente ou o descumprimento da conduta prescrita pelo conseqüente da norma primária dispositiva (-Rd (Sa,Sp)) ou o da conduta prescrita no conseqüente da norma primária sancionadora (-Rs (Sa,Sp)) ou o descumprimento de ambas as condutas.<sup>22</sup> Tem por conseqüente também uma relação jurídica, composta por Sa, Sp – partes – e o juiz – Sj, em que o sujeito ativo tem o direito de exigir do juiz a efetivação do dever imputado na norma primária, assim representada: Rp (Sa,Sj,Sp). É a norma secundária que possibilita o emprego da coercitividade pelo Estado (FERRAGUT, 2001, p. 23). Utilizando-se do disjuntivo “v” na hipótese da norma secundária, assim é formulada a estrutura completa da norma jurídica: “D {[A → Rd (Sa,Sp)] . [(-Rd(Sa,Sp)) → Rs(Sa,Sp)]} . [(-Rd (Sa,Sp)) v (-Rs (Sa,Sp)) → Rp(Sa,Sj,Sp)]”.<sup>23</sup>

### 3.2.2.1. Observações à Estrutura Apresentada

A formulação dos ilustres tributaristas é de extraordinário primor e de inestimável importância para o desenvolvimento da ciência. Dois esclarecimentos, contudo, mostram-se necessários. Primeiramente, conforme já afirmado, o que caracteriza a norma jurídica não é nem a *coatividade* nem a *coercitividade*. Coação é a força concreta, física, que atua sobre o sujeito passivo, compelindo-o a cumprir o mandamento normativo; a coerção é a força psicológica que o compele a cumprir o imperativo. Coatividade é a aptidão para coagir;

coercitividade é aptidão para exercer coerção. A coerção não é elemento essencial da norma porque não é a norma que intimida, mas os efeitos que podem advir de sua violação. Ainda que, por qualquer motivo, não haja coerção,<sup>24</sup> existirá, evidentemente, a norma. Esta autoriza o lesado a obter a coação: em alguns casos autoriza o próprio lesado a coagir, casos raros de autotutela; na maioria das vezes, no entanto, autoriza o lesado a obter do Judiciário a coação. A norma, por óbvio, jamais coage: autoriza a coação.<sup>25</sup> A coação é elemento da norma secundária, mas esta é um desdobramento não necessário, pois, conforme afirmado, pressupõe o descumprimento da norma primária. O elemento fundamental da norma jurídica não pode ser eventual e, por isso, não pode ser a coação: é o autorizamento à obtenção da coação, necessariamente presente na norma primária.

O segundo esclarecimento exige maior fôlego. De acordo com a estrutura apresentada pelos ilustres juristas, no conseqüente das normas jurídicas sempre há a descrição de uma *relação jurídica*, em que o sujeito ativo tem o *direito subjetivo* de exigir do sujeito passivo o cumprimento de determinada obrigação e este tem, em contrapartida ao direito daquele, o *dever jurídico* de cumprir essa prestação. Essa estrutura lógica, própria das relações jurídicas, está presente, afirma enfaticamente Paulo de Barros Carvalho, em todas as normas jurídicas.<sup>26</sup> A afirmação é parcialmente correta. Essa concepção é fruto do pandectismo e da marcante influência de Bernhard Windscheid, sobretudo na elaboração do *BGB*. O direito foi reduzido à estrutura de relação jurídica bilateral e de *cooperação*, eminentemente patrimonial, em que o sujeito ativo possui direito subjetivo e o sujeito passivo possui dever jurídico. Contemporaneamente, sobretudo pela contribuição da doutrina italiana, em especial de Pietro Perlingieri (2002), a par-



tir de uma análise constitucional do direito privado, a Teoria Geral do Direito foi sensivelmente modificada.

Desenvolveu-se o instituto da *situação jurídica*.<sup>27</sup> A norma jurídica descreve um evento e imputa a esse evento determinadas conseqüências – *efeitos* jurídicos. Ao descrever esses efeitos estabelece o *dever-ser* a partir de um conceito que permite avaliar um comportamento. Os efeitos são conceitos aptos à avaliação do comportamento humano; são, no dizer de Perlingieri, instrumentos de avaliação do agir. Esses conceitos são categorias que caracterizam o agir e estas são genericamente denominadas de *situação jurídica*. Direito subjetivo é apenas uma espécie de situação jurídica ativa. Existem muitas outras: direito potestativo, faculdade, interesse legítimo, status, poder jurídico, função. Dever jurídico é apenas uma espécie de situação jurídica passiva, há também outras: estado de sujeição, ônus, resistência.

É verdadeira a afirmação de que o direito é essencialmente bilateral (CARVALHO, Curso de Direito Tributário, 2002, p. 280). As normas jurídicas, como afirmado, são atributivas de efeitos jurídicos e, portanto, constitutivas de situações jurídicas. É a chamada *conseqüência unilateral da norma jurídica*, ou seja, a atribuição de efeito jurídico e, portanto, a instituição de situação jurídica. Pode-se afirmar, no entanto, que esse efeito é instrumental em relação a um segundo efeito, a atribuição de deveres, o chamado *efeito bilateral das normas jurídicas*: a instituição de relações jurídicas. A norma jurídica atribui efeitos unilaterais, instituindo os destinatários em situações jurídicas, para atribuir-lhes efeitos bilaterais, ligar os destinatários em relações jurídicas. Relação jurídica, diz Perlingieri, é relação entre situações jurídicas (2002, p. 115). Não há que se distinguir normas atributivas de efeitos de normas atributivas de deveres, toda norma jurídica

é atributiva de efeitos e de deveres, é instituidora de duas situações e de uma relação jurídica.

Nesses termos, correto afirmar-se que no conseqüente de uma norma jurídica há sempre a descrição de uma relação jurídica. No entanto, a estrutura da relação jurídica não apresenta os contornos traçados pela antiga doutrina. É possível a imputação de relações jurídicas de colaboração, em que o sujeito ativo, por exemplo, seja titular de direito subjetivo; como relações jurídicas de subordinação ou sujeição, em que o sujeito ativo, v. g., seja titular de direito potestativo. Na estruturação lógica da norma jurídica, na formalização do conseqüente da norma, seria melhor, ao invés da referência ao sujeito, a referência à situação. Assim, o “S” da fórmula proposta não deve simbolizar o sujeito da relação, mas a situação jurídica ativa ou passiva da relação. Numa linguagem que se pretende científica é inadmissível a redução de todas as categorias jurídicas às categorias do direito subjetivo-dever jurídico. O saneamento da imprecisão impõe-se.

Feitos esses esclarecimentos, imprescindível continuar a delimitação do objeto analisado. Como visto, a norma jurídica consiste na expressão irreduzível de manifestação do deontico: um juízo hipotético autorizante, cuja estrutura lógica foi exposta no final do item anterior. Esse mínimo é composto de três juízos disjuntivos e em cada um há um vínculo deontico. Cada um desses vínculos é dotado de um antecedente ligado a um conseqüente por um vínculo de dever-ser. Cientificamente, norma jurídica é esse conjunto indecomponível de três vínculos deonticos. As considerações seguintes, no entanto, restringir-se-ão apenas ao primeiro desses vínculos, chamado de norma primária dispositiva. Desse modo, apenas para fins didático, reduzir-se-á a norma a sua primeira parte. Em todas as referências seguintes à norma jurídica, todavia, está im-

plicitamente pressuposto o desdobramento em sua estrutura completa.

### 3.3. Classificação das Normas Jurídicas

A Ciência busca o conhecimento. Para este fim utiliza-se de dois métodos lógicos: a definição e a divisão. A definição estabelece os limites de um termo e por seu intermédio obtém-se o todo, a unidade, o gênero. O conhecimento desse todo, a partir daí, dá-se pela divisão, ou seja, por sua decomposição em partes. O cientista deixa de visualizar o todo e passa a visualizar a parte, obtendo, assim, maior exatidão na análise. Desdobrado o todo em partes, possível a definição de cada parte e nova divisão. Divisão é a “classificação dos termos segundo critérios estipulativos” (ALVES, 2002, p. 229) e a eleição do critério ou do fundamento da divisão é aleatória. Daí serem possíveis diversas classificações, cada uma fundada em um critério distinto.

Não existe classificação certa ou errada e sim útil ou inútil. Como o objetivo da ciência é conhecer o objeto, a classificação será mais útil quanto mais possibilitar o conhecimento dos objetos, ou seja, a identificação de suas propriedades, das semelhanças, diferenças e das relações mútuas. Após a definição de norma jurídica, inevitável para o processo cognitivo proposto, empreender sua classificação. Para tanto, necessitaria a escolha dos critérios ou fundamentos classificatórios, tendo-se sempre em vista, evidentemente, o objetivo visado.

#### 3.3.1. Normas Jurídicas Gerais, Individuais, Concretas e Abstratas

Existem vários critérios classificatórios das normas jurídicas. Uns, por exemplo, pertinentes ao conteúdo das normas: normas de direito substantivo e normas de direito adjetivo; outros pertinentes ao modo como as normas são estabelecidas:

legislativas e consuetudinárias. A discriminação poderia prolongar-se indefinidamente. Imperioso, portanto, a eleição de um critério condizente com os objetivos propostos.

É comum a classificação das normas jurídicas sob o aspecto formal, de acordo com a singularidade ou universalidade de seus dois elementos indispensáveis: seu destinatário, os sujeitos a quem é dirigida, e seu objeto, a ação prescrita. De acordo com esse critério quatro espécies de normas são facilmente identificáveis: normas com destinatário singular; com destinatário universal; normas com ação singular e com ação universal. Convencionou-se chamar de *gerais* as normas cujo destinatário é universal, em oposição às *individuais*, cujo destinatário é singular; de *abstratas*, às normas cuja ação é universal; em oposição às *concretas*, cuja ação é singular. Daí a identificação de quatro espécies normativas, de acordo com a singularidade ou universalidade de seu sujeito ou objeto: gerais, individuais, abstratas e concretas.

Nesses termos, as normas criminais, dispostas no Código Penal, são típicas normas gerais e abstratas; as sentenças proferidas pelos juizes são típicas normas individuais e concretas. A norma que dá anistia aos crimes cometidos em certa data é uma norma geral e concreta; ao contrário da norma que concede certo benefício à determinada pessoa sempre que esta preencher determinadas condições, como *v. g.*, a um herói da pátria, quando estiver doente, que é uma norma individual e abstrata. Os exemplos deixam clara a errônea daqueles que defendem ser as normas jurídicas essencialmente gerais e abstratas.<sup>28</sup>

#### 3.3.2. Normas Jurídicas de Comportamento e de Estrutura

A classificação anterior toma as normas jurídicas sob o aspecto formal.

De extraordinária utilidade também é a classificação que as toma sob o aspecto substancial, pelo seu conteúdo, dividindo-as em normas de comportamento e em normas de estrutura. Toda norma jurídica visa a regulação de condutas intersubjetivas. No entanto, examinando o sistema de direito positivo, percebe-se a existência de normas voltadas imediatamente para regulação do comportamento humano e outras que, apesar de possuírem esse desiderato, voltam-se para a produção ou modificação das primeiras, ou seja, regulam a produção das normas que regularão o comportamento humano. Evidente que, ao regularem a produção de normas, estão também regulando o comportamento humano, o comportamento de quem as irá produzir, do legislador. A regulação desse comportamento, no entanto, é apenas um meio para a regulação do comportamento que efetivamente se quer regular. As primeiras, chamadas *normas de comportamento*, ordenam de forma final a conduta; diferente das segundas, chamadas *normas de estrutura*, cuja regulação final depende sempre da edição de outra norma.<sup>29</sup>

Todas as normas, em última análise, são normas de comportamento, inclusive as de estrutura, tendo em vista que estas regulam o comportamento do legislador em sentido lato. A denominação é deficiente, mas, por ser largamente utilizada pela doutrina, não há razão prática para substituí-la. Presta-se ao fim designado: diferenciar realidades distintas. Uma norma disciplina diretamente as condutas sociais; outras disciplinam a conduta do legislador; estas existem para que aquelas possam existir; todas têm por fim disciplinar a vida social, aquelas imediatamente, estas mediadamente. Percebida a diferença, é irrelevante a denominação que se lhes atribua, sendo conveniente manter a denominação tradicionalmente utilizada.<sup>30</sup>

### 3.3.2.1. As Normas de Estruturas — Normas de Competência — Veículo Introdutor de Normas — Princípios

As normas de estrutura são normas sobre normas, disciplinadoras da produção de normas jurídicas. Sendo normas jurídicas, consistem em imperativos autorizantes com a estrutura lógica acima apresentada. Descrevem um evento que, ocorrido no mundo fenomênico, estabelece uma relação jurídica entre o legislador (em sentido lato) e a comunidade, conferindo ao legislador a função<sup>31</sup> de editar a norma nas condições descritas e a comunidade o dever de recebê-la e acatá-la. Várias são as normas de estrutura presentes no sistema jurídico positivo, merecendo destaque as normas de competência, os veículos introdutores de normas e os princípios.

As normas que outorgam competência são típicas normas de estrutura. Tárek Moyses Moussallem atribuiu seis significados à palavra competência (2001, p. 96 et seq.). Na verdade, cinco das seis realidades explicitadas pelo mestre são aspectos de uma única realidade e aqui assim serão tomados. O primeiro significado aludido é o de competência enquanto norma — *norma de competência*: existem no sistema imperativos autorizantes, com a estrutura lógica já apresentada, passíveis dessa denominação (2001, p. 98). Essas normas, diz Tárek, qualificam determinado sujeito como competente, adquirindo significado de *norma de competência-qualificação* (2001, p. 98). Ora, a norma de competência, antes aduzida, tem como efeito unilateral a imputação de um efeito jurídico, ou seja, a instituição de uma situação jurídica, atribui a um determinado sujeito uma *função*: a função de editar uma norma jurídica. Não há que se falar em norma jurídica de competência-qualificação, mas tão somente de efeito unilateral da norma jurídica de competência.

A norma jurídica de competência qualifica um sujeito como competente e, assim, diz Tárek, constitui uma *relação jurídica de competência legislativa* (2001, p. 98). Já se afirmou que o efeito bilateral das normas jurídicas é a instituição de relação jurídica entre as duas situações por ela instituídas. A relação jurídica, nesses termos, é o efeito bilateral da norma de competência. Algumas retificações à doutrina do mestre necessitam ser feitas. Afirma Tárek (2001, p. 98-99) que essa relação é modalizada pelo functor permitido (Pp). A afirmação é parcialmente verdadeira, posto que não possui a universalidade pretendida. Em diversas hipóteses o constituinte não atribui mera *faculdade* ao legislador, mas *dever jurídico* de legislar.<sup>32</sup> Aliás, em quase todas as hipóteses que o constituinte atribui uma competência, mesmo nos casos em que não fixa prazo para o exercício, não faculta o destinatário a exercê-la: o legislador não se encontra facultado a legislar, pois tem o dever jurídico de buscar o bem público e concretizar os princípios constitucionais. Nesses termos, raríssimas são as hipóteses de faculdade: é comum a faculdade de escolha entre duas ou mais alternativas, mas obrigatória a edição da norma.<sup>33</sup> Ao contrário do que afirma o mestre, portanto, a regra é que a relação jurídica de competência legislativa seja modalizada pelo functor obrigatório e não pelo permitido. O autor corretamente reconhece o functor obrigatório nas *relações de competência jurisdicional e administrativa*,<sup>34</sup> erroneamente negando-o às legislativas (2001, p. 98-99).<sup>35</sup> Além disso, ressalta-se que nem o legislador tem o direito subjetivo de legislar, nem a comunidade tem o dever jurídico de se abster. A situação jurídica do legislador não é de direito subjetivo, mas de função ou faculdade, e a da comunidade não é de dever jurídico, mas de sujeição aos comandos postos pelo legislador.

O quarto significado atribuído ao signo competência é a composição da hi-

pótese da *norma de produção normativa* (2001, p. 100). Desse significado o autor extrai duas outras normas. A primeira é a *norma de competência-garantia*, que, tomando como exemplo a norma tributária, estabelece uma relação jurídica entre o sujeito passivo, contribuinte, e todos os demais produtores de normas jurídicas, atribuindo ao primeiro o direito subjetivo de não ser tributado por quem não tenha competência. Difícil visualizar a autonomia conceitual pretendida pelo autor: se a norma jurídica institui determinado sujeito como competente para editar uma outra norma estabelecadora de uma relação entre esse sujeito e a comunidade, os sujeitos não instituídos nessa situação não podem, evidentemente, editar essa norma jurídica e integrar a relação jurídica distinta. A garantia referida decorre da própria norma de competência.

A segunda é a *norma de procedimento*, ou seja, a disciplina do procedimento a ser seguido pelo legislador para editar a norma jurídica. Esse procedimento encontra-se na descrição do complemento verbal do verbo legislar. Assim, descrita a hipótese, surge a relação jurídica entre o legislador e a comunidade, em que aquele tem a função de editar a norma jurídica *segundo certo e preciso procedimento*. Não se trata de norma autônoma, mas de previsão da própria norma de competência. Ao contrário de Tárek, portanto, não se vislumbra a disciplina do procedimento na hipótese normativa, mas em sua consequência. Numa norma obrigacional a disciplina do cumprimento da obrigação não está no antecedente da norma que descreve o fato-tipo, mas no consequente, que descreve a relação jurídica instaurada. Da mesma forma se dá na norma de competência: na norma jurídica há a descrição de uma hipótese e de uma consequência; dados determinados eventos no mundo fenomênico, surge uma relação jurídica em que o determinado

sujeito (legislador) tem a função de editar uma norma, de acordo com um certo procedimento, e outro sujeito (a comunidade) tem o dever de acatá-la.

Num quinto significado, Tárek alude à *norma sobre produção jurídica* (2001, p. 101), em que no antecedente há a previsão do exercício de uma competência e do procedimento a ser seguido e no conseqüente, uma relação jurídica entre a comunidade e o legislador. Não existe, entretanto, diferença entre a norma de produção jurídica e a norma de competência. Na primeira o autor deu ênfase a situação jurídica ativa e na segunda, a situação jurídica passiva. Ambas as situações, no entanto, são instituídas pela mesma norma.

Em síntese, esta é a estrutura das normas de competência: na hipótese, descreve-se um evento (por exemplo: estando em funcionamento o Congresso Nacional e a Presidência da República, havendo necessidade de se editar determinada norma para atender o bem público ou atingir os valores previstos na Constituição e estando essa norma prevista entre as de competência desse órgão); ocorrido esse evento, deve ser a relação jurídica descrita no conseqüente normativo (o Congresso Nacional e o Presidente da República tem a função de editar a norma jurídica necessária para alcançar o valor constitucional, seguindo o procedimento descrito na Constituição, e o povo brasileiro está sujeito a essa norma, devendo acatá-la). Essa norma é, claramente, uma *norma de estrutura*.

O *veículo introdutor de normas* também é uma norma de estrutura. O sexto significado atribuído por Tárek tem sentido autônomo (2001, p. 102 e 138-143). O legislador ao introduzir a norma age no mundo fenomênico e seu agir consiste numa *enunciação*,<sup>36</sup> numa atividade que se esvai no tempo e no espaço. Essa atividade não consta dos textos normativos e é, segundo o brilhante mestre, a *fonte do direito*

(2001, p. 138). Trata-se da realização, no mundo fenomênico, da conduta imputada ao sujeito ativo no conseqüente da norma de competência, em face da concretização da hipótese descrita nessa norma. Da atividade resulta o produto: por força de sua efemeridade a enunciação é necessariamente vertida em linguagem escrita, ou seja, é enunciada.

Para fins didáticos divide-se esse produto enunciado em dois grupos de enunciados: a *enunciação-enunciada*, consistente no conjunto de grafemas que compõe às orações impressas no Diário Oficial indicativas da ocorrência da enunciação. E o *enunciado-enunciado*, consistente no conjunto de grafemas que compõe às orações impressas no diário oficial indicativas da norma posta no sistema pela enunciação. Dos grafemas registrados no papel (suporte físico), ou seja, da enunciação-enunciada, extrai-se uma linguagem que permite identificar a atividade da enunciação.

Em todos os textos normativos há vários enunciados extraídos, sobretudo de seu preâmbulo e de sua epígrafe, que permitem a construção de uma norma jurídica denominada *veículo introdutor de normas*. Trata-se de norma concreta e geral em que no antecedente há a descrição da atuação do agente competente em certo tempo e espaço, do procedimento prescrito pelo ordenamento seguido pelo agente, e da edição de uma norma, devidamente publicada (fato jurídico); e no conseqüente há a descrição de uma relação jurídica entre o agente editor da norma (legislador) e a comunidade, em que esta tem o dever jurídico de acatar a norma posta. O veículo introdutor de normas é uma norma concreta e geral resultante da aplicação da norma de competência, geral e abstrata. Trata-se, também, de norma de estrutura.

Assim, no sistema de direito positivo, há uma *norma de competência*, geral e abstrata, que, diante de certas circunstâncias

ocorridas no mundo fenomênico, prescreve o surgimento de uma relação jurídico entre o legislador, que tem a função de editar uma norma, e a comunidade, que está sujeita a aceitá-la. Ocorridas as circunstâncias previstas no mundo fenomênico, o legislador atua, cumprindo o determinado na norma de competência, e enuncia a edição de uma nova norma – *enunciação*. Esta enunciação é convertida em linguagem escrita, resultando no suporte físico do direito positivo. Desse conjunto de grafemas impressos no papel, ou, mais precisamente, no Diário Oficial, extraem-se dois conjuntos de enunciados: um que se reporta a própria atividade de enunciação – *enunciação-enunciada*; e outro que se reporta à norma introduzida no sistema<sup>37</sup> pela enunciação – *enunciado-enunciado*. Da enunciação-enunciada extrai-se uma norma geral e concreta, resultante da aplicação da norma de competência – o veículo introdutor de normas. Do enunciado-enunciado extrai-se uma norma, que pode ser geral e abstrata, geral e concreta, individual e abstrata ou individual e concreta, introduzida no sistema pelo veículo introdutor, fruto da enunciação, ou seja, do exercício da competência prevista e que pode ser de estrutura ou de comportamento.

Muitos outros exemplos poderiam ser dados de normas de estrutura,<sup>38</sup> mas para os objetivos deste estudo os dois apresentados são suficientes. Após a conceituação de normas de estrutura e apresentação dos dois exemplos o objeto central desta análise pode ser finalmente analisado: os *princípios* também se apresentam como espécies de normas de estrutura. Cada princípio existente no sistema constitui uma norma de estrutura: no antecedente há a descrição de um evento hipotético, a introdução de uma norma jurídica no sistema, e no conseqüente, a descrição de duas situações jurídicas e de uma relação jurídica. A situação do editor da norma, legislador,

que tem a função de considerar o princípio, confrontá-lo com os demais princípios do sistema, efetuar um exame de peso e constatar se o princípio descrito deve ser observado quando da edição da norma; e da comunidade que tem o direito<sup>39</sup> de exigir a observância do princípio, caso ele tenha maior peso dentre os demais, ou seja, tem direito à consideração do princípio quando da introdução de qualquer norma jurídica. Entre o legislador e a comunidade, por força da elaboração de uma norma jurídica, surge uma relação jurídica, em que aquele tem a função (dever) de considerar e, sendo o caso, observar o princípio e a comunidade tem o direito de exigir a consideração e, sendo o caso, a observância do princípio na elaboração da norma posta no sistema. O tema, entretanto, para maior compreensão, exige análise mais detalhada.

#### 4. Os Princípios Jurídicos

Vasta é a doutrina sobre os princípios jurídicos<sup>40</sup> e vários são os significados desse signo. Na linguagem comum o signo princípio possui o significado de começo, início; nas ciências em geral, possui o significado de causa primeira. Na Ciência do Direito em sentido estrito ou Dogmática Jurídica, entretanto, o signo possui um significado próprio: trata-se de uma espécie de norma jurídica.

De alguns textos normativos extraem-se certos juízos que convencionalmente são denominados princípios. Esses juízos podem ser extraídos diretamente da textura impressa, ou seja, de uma oração formada por um conjunto de grafemas impressos – princípios denominados *expressos*. Podem também ser extraídos da leitura de várias orações formadas por conjuntos de grafemas impressos, não diretamente do significado de cada oração, mas da inferência decorrente do significado do conjunto dessas orações – esses são

chamados *implícitos*. Assim, da análise dos textos que formam o direito positivo, o jurista visualiza três conjuntos de enunciados: os enunciados cujo significado constitui um princípio (princípios expressos); os enunciados cujo significado não constitui um princípio (regras) e os enunciados formulados pelo intérprete, extraídos da análise do conjunto de enunciados do texto (princípios implícitos).<sup>41</sup>

Já se afirmou que o conjunto de textos, ou seja, o conjunto de todos os grafemas impressos em certos capítulos do Diário Oficial ou do veículo que lhe faça as vezes (desde a Constituição até um simples contrato administrativo) constitui apenas o suporte físico do sistema de direito positivo, não se confundindo com ele. Cada grafema desse conjunto é parte componente de uma ou mais normas jurídicas. O conjunto destas constitui efetivamente o sistema de direito positivo. Não existe no conjunto de textos normativos um enunciado que não se encaixe na estrutura de uma norma jurídica e, portanto, que não pertença ao sistema. Cabe ao intérprete, tarefa nada fácil, compor as normas a partir dos textos normativos e no exercício dessa atividade não pode se desvencilhar deste axioma: não há texto normativo que não seja componente de norma jurídica.<sup>42</sup> Nesse sentido o ilustre Paulo de Barros Carvalho afirma:

“Ora, se isolarmos o universo normativo, naquilo que ele tem de fenômeno lingüístico, aparecerá diante de nós um objeto uniforme (somente normas jurídicas), todas compostas na mesma organização sintática, vale dizer, mediante um juízo hipotético em que o legislador (sentido amplo) imputa, ao acontecimento de um fato previsto no antecedente, uma relação deontica entre dois ou mais sujeitos, como conseqüente.

(...)

Sobressai à evidência a homogeneidade sintática suso referida, porquanto to-

das as unidades do sistema terão idêntica estrutura lógica, a despeito da multiplicidade extensiva de seus vetores semânticos” (CARVALHO, 1992, p. 77-78).

Considerando-se esse postulado, tem-se que os enunciados correspondentes aos denominados princípios jurídicos de duas, uma: ou são componentes de normas jurídicas formadas pelos demais enunciados; ou constituem normas jurídicas autônomas, diferentes das formadas pelos demais enunciados. Afasta-se, assim, a hipótese de que esses enunciados não tenham natureza normativa. A natureza normativa dos princípios é hoje pacífica na doutrina.<sup>43</sup> Num passado não muito distante concebiam-se os princípios, em direta violação ao postulado mencionado, como institutos distintos das normas jurídicas. Hoje, no entanto, após os avanços da Dogmática Jurídica, principalmente os registrados a seguir, não há como negar natureza normativa aos princípios jurídicos.

#### 4.1. Os Princípios e as Regras Jurídicas

Como afirmado, o conjunto de textos normativos apresenta grande quantidade de enunciados dos quais se extraem as normas jurídicas. O conjunto das normas jurídicas extraídas dos enunciados dos textos normativos compõe o sistema jurídico de direito positivo. Há muito a doutrina concluiu que alguns enunciados são de extraordinária importância para a compreensão do sistema e das normas jurídicas que o compõem. Esses enunciados foram considerados basilares, estruturais, principais e foram chamados de princípios. O clássico conceito de Celso Antonio Bandeira de Mello confirma a assertiva:

“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 sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica da racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (2001, p. 545-546).

Célebre a metáfora utilizada pelo professor Celso Antônio: compara o sistema jurídico a um edifício. Nesse edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces, etc. No entanto, muito mais importantes que as portas e as janelas, facilmente substituíveis, são os alicerces e as vigas mestras. Se os alicerces forem substituídos, o edifício fatalmente cairá, de nada adianta, as portas, janelas, luminárias estarem intactas em seus devidos lugares.<sup>44</sup>

O significado científico aproxima-se, nesse passo, do significado comum ou natural: princípio realmente é o marco inicial, é o início de todo o ordenamento jurídico. Daí o princípio ser determinante das outras normas jurídicas, subordinadas a ele, que particularizam o que nele está contido. As demais normas são dedutíveis dos princípios gerais que as contém e, por isso, afirma-se que o princípio é o ponto inicial de todo sistema jurídico. Dele, norma mais geral, as demais normas são deduzidas, normas menos gerais,<sup>45</sup> por intermédio de um procedimento de generalização sucessiva. Ilustrativa a afirmação de Domenico Farias: “os princípios são a alma e o fundamento de outras normas”.<sup>46</sup> Por ser o ponto de partida do sistema também é, por consequência, seu ponto fulcral, o elemento predominante, o que mantém a unidade, que se sobrepõe a todos os demais.

Nesses termos, os enunciados dos princípios foram diferenciados dos demais enunciados. Aqueles são mais importantes que estes para o entendimento do sistema como um todo. Daqueles indiretamente constroem-se várias normas jurídicas, destes diretamente constrói-se uma ou algumas normas. Diferenciados os enunciados

no plano sintático ou da expressão e no plano semântico ou dos significados, restava transpor a diferença para o plano normativo. Assim, por exemplo, ao deparar-se o intérprete com o enunciado do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (a República Federativa do Brasil tem por fundamento a dignidade da pessoa humana) e com os enunciados dos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002 (*supra*, 3.1), sabia que o primeiro correspondia a um princípio e os outros dois, respectivamente, ao antecedente e ao conseqüente de uma norma jurídica (regra). Restava à Dogmática apurar o papel normativo do princípio: se tratam de norma jurídica autônoma ou de componentes das demais normas.

Após a contribuição de Ronald Dworkin, Robert Alexy e J. J. Gomes Canotilho, a seguir examinadas, a Dogmática concluiu que esses enunciados basilares, denominados princípios jurídicos, além de serem imprescindíveis para a construção das normas extraídas dos demais enunciados, com elas não se confundem. Os princípios, portanto, não são meros componentes das demais normas jurídicas, mas normas autônomas. Categorias diferentes merecem nomes diferentes, máxima imprescindível para evitar ambigüidades, daí denominarem-se *regras jurídicas* as normas extraídas desses enunciados subalternos e *princípio jurídicos* as normas extraídas desses enunciados basilares. Regras e princípios jurídicos, pois, são tomados como duas espécies do gênero *normas jurídicas*. E sendo normas jurídicas, evidentemente, são imperativos autorizantes cuja estrutura lógica foi acima apresentada. O próprio Paulo de Barros Carvalho toma os princípios como normas autônomas:

“O corolário natural de tudo quanto se expôs é que o direito positivo, formado unicamente por normas jurídicas, não comportaria a presença de outras entidades, como, por exemplo, os princípios.



Estes não existem ao lado das normas, co-participando da integridade do ordenamento jurídico. Não estão ao lado das unidades normativas, justapondo-se ou contrapondo-se a elas. Acaso estivessem, seriam formações lingüísticas portadoras de uma estrutura sintática. E qual é esta configuração lógica? Ninguém, certamente, saberá responder a esta pergunta porque “princípios” são “normas jurídicas” carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica” (1992, p.78).

Diferenciar as regras jurídicas dos princípios apenas pelo grau de importância, no entanto, não é aceitável do ponto de vista científico. A importância maior é característica fundamental dos princípios, mas não é suficiente para diferenciá-los das regras. Por isso alguns critérios foram elaborados para precisar essa distinção. É o que se examinará a seguir.

#### 4.1.1. A Doutrina de Ronald Dworkin - A Regra do Tudo-ou-Nada - A Diferença de Peso

A doutrina de Ronald Dworkin foi vital para compreensão dos princípios jurídicos. Denomina *política* o “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” e princípio “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (2002, p. 36). Ambas as espécies são abrangidas pela expressão *princípios*, tomada em sentido amplo em contraposição às regras.

Diz Dworkin que a diferença entre princípios e regras é de *natureza lógica*. Tanto as regras quanto os princípios são padrões que apontam para decisões particulares, distinguindo-se, entretanto, na natureza da orientação que oferecem. Esta é a primeira diferenciação proposta pelo pensador: às regras, ao contrário dos princípios, aplica-se a regra do tudo-ou-nada. Eis suas palavras: “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (2002, p. 36).

A regra, todavia, pode ter exceções e nesse caso seria incompleto enunciar a regra sem enunciar suas exceções. Em teoria, segundo o autor, todas as exceções de uma regra podem e devem ser arroladas. Assim, ocorrendo no mundo fenomênico o evento descrito na hipótese normativo deve ser, necessariamente, o imputado em sua conseqüência. Se alguém, por exemplo, auferiu renda na forma descrita pela lei federal do imposto de renda, o agente fiscal deve efetuar o lançamento, ou seja, constituir o fato tributário e editar a norma individual e concreta que determina ao contribuinte recolher dinheiro aos cofres públicos. Ocorrido o evento descrito, deve ser aplicada a norma. Sua não aplicação só se justifica em duas hipóteses: se houver previsão no sistema jurídico de alguma exceção e o evento ocorrido subsume-se à exceção prevista ou se a norma for inválida. Não havendo exceção prevista ou não sendo a norma inválida, deve haver aplicação, ou seja, constituição do fato jurídico e imputação das conseqüências descritas.

A regra do tudo-ou-nada não se aplica aos princípios, pois as conseqüências jurídicas imputadas por estes não se seguem automaticamente à ocorrência das condições previstas. Dworkin, para justifi-

car sua afirmação, vale-se do princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de sua torpeza. No caso de usucapião extraordinário em que houve, por exemplo, esbulho, há clara ocorrência no mundo fenomênico da hipótese descrita no princípio, mas não se segue a conseqüência imputada. O usucapiente adquire a propriedade, após o decurso do prazo previsto em lei, beneficiando-se de sua própria torpeza. Não se trata, nesse caso, de exceção ao princípio mencionado. Diz Dworkin:

“Isso porque não podemos esperar apreender esses contra-exemplos simplesmente utilizando um enunciado mais extenso do princípio. Eles não são, mesmo em teoria, suscetíveis de enumeração, porque para isso teríamos que incluir não apenas casos (como o usucapião) nos quais alguma instituição já estabeleceu que se pode obter lucro através de atos ilícitos, mas também aqueles inumeráveis casos imaginários aos quais, sabemos de antemão, que o princípio não se aplica” (2002, p. 41).

Os referidos contra-exemplos não podem ser enumerados porque dependem do caso concreto. A análise do caso pode indicar uma nova hipótese de não aplicação do princípio, diferentemente do que ocorre com as regras, em que todas as hipóteses de não aplicação estão previstas.<sup>47</sup> Os princípios, conclui Dworkin, não descrevem eventos que, se ocorridos no mundo fenomênico, impliquem na necessária aplicação do exigido pelo princípio. Apenas enunciam “razões que conduzem o argumento em uma certa direção” (2002, p. 41), necessitando de uma decisão particular. Diante do caso concreto pode haver outro princípio ou outra política que conduza o argumento em direção oposta. Nesse caso, afirma de forma lapidar:

“Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sis-

tema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como se fosse uma razão que inclina numa ou noutra direção” (2002, p. 41-42).

Desse modo, tudo depende do caso concreto. O princípio dá ao aplicador do direito uma orientação, mas, diante das circunstâncias, outros princípios indicativos de orientações opostas podem prevalecer. Daí a segunda diferença proposta por Dworkin entre regras e princípios: estes possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Enquanto todas as regras têm o mesmo peso ou a mesma importância, os princípios apresentam pesos ou importâncias diferenciados, só auferíveis diante do caso concreto. Diz o filósofo: “essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é” (2002, p. 42-43).

Por força disso a solução de um conflito entre regras é diferente da solução de um conflito entre princípios. Num conflito entre regras, como elas não têm diferença de peso, uma regra, só por si, jamais pode afastar a outra sob o fundamento de ter uma maior importância. Conseqüentemente, uma das regras conflitantes deverá ser considerada inválida e retirada do sistema ou simplesmente tomada como exceção e afastada para todos os casos referentes ao conflito. São regras do próprio sistema que determinam qual das regras, num conflito, prepondera.

Em geral essa disciplina é traçada por três regras: a norma mais recente sobrepõe-se à anterior; a norma de maior hie-

rarquia sobrepõe-se a de menor e a norma mais específica sobrepõe-se a mais geral. Nos dois primeiros casos uma das normas conflitantes é invalidada, ou seja, das duas regras em conflito subsiste apenas uma no sistema; no último, uma delas é considerada exceção, subsistindo ambas nos sistema com hipóteses diferenciadas.<sup>48</sup>

Já os princípios, por ter diferentes pesos, em caso de conflito devem ser contrapostos e, diante das circunstâncias, um deles apresentará necessariamente maior peso que o outro. O de menor peso será afastado, sem invalidar o outro princípio e sem ser tomado como sua exceção. Em outro caso, efetuada novamente a contraposição entre os mesmos princípios, diante de circunstâncias distintas, a situação pode inverter-se: aquele, anteriormente considerado de menor peso, pode agora adquirir peso maior.

Os dois critérios de diferenciação apresentados por Dworkin, aplicação da *regra do tudo-ou-nada* somente às regras e a *diferente dimensão de peso* somente aos princípios, são de extraordinária relevância para compreensão da natureza jurídica dos princípios. Essa doutrina é muito similar à proposta por Robert Alexy, a seguir exposta. Ambas se complementam e juntas, mais do que a perfeita distinção entre as duas espécies normativas, permitem a compreensão da fenomenologia da incidência dos princípios e, por consequência, de seu conteúdo normativo.

#### 4.1.2. A Doutrina de Robert Alexy — Mandados de Otimização e Determinações — O Conflito de Regras e e Colisão de Princípios. A Lei da Colisão

Adotando a tese hoje pacificada de que as normas podem dividir-se em regras e princípios e de que entre regras e princípios existe não somente uma diferença de

grau, mas qualitativa, Robert Alexy conceitua princípio como: “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes” e como “mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais senão também das jurídicas” (2002, p. 86, tradução nossa). O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As *regras*, por sua vez, são normas que somente podem ser cumpridas ou não (daí a regra do tudo-ou-nada de Dworkin): se uma regra é válida, então se realiza exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. As regras, assim, contêm *determinações* no âmbito do fático e do juridicamente possível. Em síntese, enquanto os princípios são *mandados de otimização*, as regras são *determinações*.

Alexy empreende a diferenciação entre regras e princípios analisando a colisão de princípios e o conflito de regras (da mesma forma, observa-se, que efetuado por Dworkin). Um conflito de regras, segundo o jurista alemão, somente pode ser solucionado ou introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção ou declarando uma delas inválida (2002, p. 88-89). Uma norma vale ou não vale juridicamente: os conflitos de regras são resolvidos pela dimensão de validade. O jurista também propõe a resolução do problema por meio de regras tais como *lex specialis derogat legi generali* e *lex posterior derogat legi priori*.

Já a colisão de princípios deve ser solucionada de maneira totalmente distinta: quando dois princípios entram em colisão, um deve ceder frente ao outro. Isso não significa que o princípio afastado foi declarado inválido nem que nele foi intro-

duzida uma cláusula de exceção. Significa que sob certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro e sob outras circunstâncias a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Daí se afirmar que diante do caso concreto os princípios têm pesos diferentes, prevalecendo sempre o que se apresenta mais pesado. Ao contrário do conflito de regras, que se resolve pela dimensão da validade, o conflito de princípios resolve-se pela dimensão do peso (2002, p. 88-90).

É, portanto, surpreendente a semelhança entre a doutrina de Dworkin e a de Alexy. Este, no entanto, apresenta sensível inovação: a *lei da colisão* (2002, p. 90 et seq.). O conflito de princípios, diz Alexy, deve ser solucionado por meio de uma *ponderação* dos interesses opostos: trata-se de descobrir qual dos interesses, abstratamente da mesma classe, possuem maior peso no caso concreto. Assim, tomados em si mesmos, os dois princípios conflitantes conduzem a uma contradição. Mas, isso não significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro. Esta situação não é solucionada declarando-se que um de ambos os princípios não é válido e, portanto, eliminado-o do sistema, nem tampouco pela introdução de uma exceção em um dos princípios de forma tal que em todos os casos futuros este princípio tenha que ser considerado uma regra satisfeita ou não.

A solução da colisão consiste em, tendo em conta as circunstâncias do caso, estabelecer-se entre os princípios uma *relação de precedência condicionada* indicativa das condições sob as quais um princípio precede ao outro. Assim, supondo-se dois princípios que, tomados em si mesmos, conduzam a juízos concretos de dever-ser reciprocamente contraditórios, P1 e P2, a solução do conflito entre eles é solucionada mediante o estabelecimento

de uma relação de precedência (P) condicionada (C), também chamada de concreta ou relativa. O conceito de relação de precedência condicionada permite uma resposta simples ao conflito: o princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2 sob as condições dadas no caso concreto. Desse enunciado de preferência sobre uma relação de precedência condicionada extrai-se uma regra jurídica que prescreve a consequência jurídica do princípio que tem precedência quando se dão as condições de preferência. Daí a lei da colisão formulada por Alexy: “se um princípio P1, sob as circunstâncias C, precede ao princípio P2: (P1 P2)C, e se de P1 sob as circunstâncias C resulta a consequência R, então vale uma regra que contém C como hipótese e R como consequência jurídica: C → R.” (2002, p. 98 et seq., tradução nossa).

A lei da colisão reflete a natureza dos princípios, ou seja, o fato de serem *mandados de otimização* e, por consequência, referirem-se a ações ou situações não quantificáveis. Reflete também o fato de não existirem relações de precedência absoluta: enquanto as regras são sempre *razões definitivas*, os princípios são *razões prima facie* porque apresentam razões que podem ser afastadas por outras razões opostas (2002, p. 98 et seq.).

Robert Alexy foi, sem dúvida alguma, o jurista que mais contribuiu, até o presente, para a compreensão dos princípios. Em complementaridade com a doutrina de Ronald Dworkin, apresenta seguros elementos para distinção entre regras e princípios. Pela lei de colisão apresentada pelo autor é possível visualizar os princípios como imperativos autorizantes. Essa lei, no entanto, não revela a estrutura normativa que os princípios possuem e sim sua *fenomenologia da incidência*. Essas consi-

derações serão retomadas a seguir. Antes, porém, um tema revela-se imprescindível: o exame dos valores.

#### 4.2. Princípios e Valores — A Caracterização dos Valores — A Doutrina de Paulo de Barros Carvalho — A Doutrina de Robert Alexy — A Lei da Ponderação

Segundo Miguel Reale (2002, p. 187 et seq.), os valores e os objetos ideais não se subordinam ao espaço e ao tempo. Valores, entretanto, diferem dos objetos ideais, na medida em que, ao contrário destes, só se concebem em face de algo existente, de uma coisa. Sendo “ser” e “valor” categorias fundamentais, não é possível uma definição de valor, seu ser é valer e por isso se diz que ser é o que é e valor é o que vale. Todas as coisas ou são tomadas enquanto são ou enquanto valem.

É impossível definir o valor, mas não é impossível caracterizá-lo. Reale discrimina nove características do valor: 1) *bipolaridade*, o valor é sempre bipolar, ao valor sempre se contrapõe o desvalor; 2) *implicação*, os valores sempre se implicam reciprocamente, nenhum valor se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais; 3) *necessidade de sentido ou referibilidade*, o valor sempre revela uma tomada de posição do homem, tudo que vale, vale para algo, ou no sentido de algo ou para alguém; 4) *preferibilidade*, o valor envolve sempre uma orientação; 5) *incomensurabilidade*, os valores não admitem qualquer mensuração, não se numera e não se quantifica o valioso; 6) *gradação hierárquica*, apesar de incomensuráveis os valores admitem uma gradação preferencial; 7) *objetividade relativa*, as coisas jamais exauram os valores, por mais que o homem atinja resultados ou realize obras, estas jamais chegarão a exaurir a possibilidade dos valores e, por estarem sempre em relação com o homem, sua objetividade é

relativa; 8) *historicidade*, os valores não se reduzem às vivências e preferências deste ou daquele indivíduo, eles referem-se ao homem que se realiza na história; 9) *ine-xauribilidade*, o valor jamais se reduz ao real, nem coincide inteiramente com ele.

A caracterização dos valores foi aqui exposta por força da diferenciação apresentada por Paulo de Barros Carvalho entre regras e princípios. Para o ilustre jurista, princípios são normas jurídicas dotadas de forte conotação valorativa (1992, p. 78). O tributarista toma a dimensão de peso dos princípios como dimensão de valor e de forma simples qualifica como princípio às normas jurídicas que possuem acentuada carga valorativa. Afirma:

“Toda vez que houver acordo, ou que um número expressivo de pessoas reconhecerem que a norma N conduz um vetor axiológico forte, cumprindo papel de relevo para a compreensão de segmentos importantes do sistema de proposições prescritivas, estaremos diante de princípios” (1992, p. 80).

Conclui o renomado jurista que saber se uma norma explícita ou implícita consubstancia um princípio é uma decisão subjetiva, de cunho ideológico. Sem desprestigiar seu entendimento, no entanto, a diferença entre regras e princípios não se limita à carga valorativa, pois, como já salientado, trata-se de diferença qualitativa e não apenas de grau. Assim, a caracterização de determinada norma como princípio longe está de ser mera opção metodológica do intérprete.

Robert Alexy reconhece que os princípios e os valores estão extremamente vinculados entre si, pois também se pode falar de uma colisão de valores ou de uma ponderação de valores e o cumprimento gradual dos princípios tem seu equivalente na realização gradual dos valores (2002, p. 138). Apesar dessa vinculação o insigne constitucionalista observa que os princí-

pios e os valores diferenciam-se num ponto: o que pelos valores é *prima facie* o *melhor*; pelos princípios é *prima facie* devido ou, em outras palavras, os princípios e os valores se diferenciam somente em virtude de seu caráter deontológico (âmbito do dever-ser) e axiológico (âmbito do bom) respectivamente. A concepção de princípios é considerada mais vantajosa do que a concepção dos valores porque expressa claramente o caráter de *dever-ser*.

Em face dessa tênue diferença, a questão posta por Paulo de Barros Carvalho mantém-se: a ponderação não permitiria um controle racional, dependendo exclusivamente da ideologia do intérprete. Alexy contrapõe ao modelo de decisão, em que vigora a arbitrariedade do intérprete, o *modelo da fundamentação*. Em ambos os modelos o resultado da ponderação é o enunciado de uma preferência condicionada, mas, enquanto no modelo de decisão o estabelecimento do enunciado de preferência é resultado de um processo psíquico racionalmente incontrolável, no modelo da fundamentação distingue-se o processo psíquico que conduz a determinação do enunciado de preferência e sua fundamentação. Daí concluir que uma ponderação será racional se o enunciado de preferência a que conduz puder ser fundamentado racionalmente. O problema da racionalidade da ponderação conduz a questão da possibilidade da fundamentação racional dos enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre valores ou princípios opostos (2002, p. 158-159).

É, portanto, a fundamentação da decisão que possibilita seu controle e evita que ela seja tomada de forma arbitrária, baseada tão somente na ideologia do intérprete. A fundamentação exigida pela ponderação levou Alexy à elaboração da *lei da ponderação*: “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importân-

cia da satisfação do outro” (2002, p. 159, tradução nossa) ou, em outras palavras, a medida permitida de não satisfação ou afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro.

A aplicação do princípio, portanto, inevitavelmente, depende de uma escolha do intérprete. Essa escolha, sujeita aos valores do intérprete e, portanto, às suas preferências, está sujeita a um controle racional em virtude da necessidade de ser motivada. A lei da ponderação, decorrente da aplicação do princípio da máxima efetividade, é relevante meio de redução do subjetivismo do intérprete, mas a eliminação total desse subjetivismo, por óbvio, é impossível.

#### 4.2.1. Limites-Objetivos e Valores

Paulo de Barros Carvalho divide os princípios jurídicos em dois grupos: os princípios tomados como *valor*, postos em termos vagos e excessivamente genéricos, predominando densamente a indeterminação, em que o intérprete é levado a um mundo de subjetividade, em contraposição aos princípios tomados como *limites-objetivos*, enunciados de modo preciso, de fácil e intuitivo reconhecimento, em que a ocorrência no mundo fenomênico está visivelmente demarcada. Os limites objetivos são postos para atingir certos fins que, por sua vez, consistem em valores. Os limites-objetivos não são valores se considerados em si mesmos, mas voltam-se para realizar valores de forma indireta (1992, p. 81; 2002, Curso..., p. 142 *et seq.*).

Essa classificação não resiste à profunda análise. Um exemplo típico de limite-objetivo é o denominado princípio da anterioridade, cuja prescrição determina ser vedado cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Basta confrontar o conteúdo dessa norma com os

critérios já explicitados para concluir que se trata de uma simples regra jurídica. A ela se aplica a regra do tudo-ou-nada, ou seja, diante das circunstâncias previstas deve necessariamente ser aplicada (Dworkin). Trata-se de uma evidente *determinação* e não de um *mandado de otimização* (Alexy), sendo descabido apurar-se, diante do caso concreto, eventual relação de precedência a outro princípio. Essa regra tradicionalmente foi denominada de princípio, mas a denominação dada não lhe modifica a natureza jurídica.

A aplicação dos seguros critérios de Dworkin e Alexy a todos os princípios limites-objetivos revela que não se tratam de princípios, mas de regras tradicionalmente chamadas de princípios. Natureza de princípios possuem apenas os chamados princípios-valores que, como já afirmado, por possuírem caráter deontológico e não axiológico, não são valores.

#### 4.3. A Teoria dos Princípios Estruturantes de J. J. Gomes Canotilho

Uma última teoria resta ser analisada para possibilitar a exata compreensão da estrutura normativa dos princípios. Para J. J. Gomes Canotilho a Constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização ou, em outras palavras, de diferente densidade semântica (2002, p. 1137 *et seq.*). Os chamados princípios estruturantes são constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda ordem constitucional, são as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político. Esses princípios ganham concretização por intermédio de outros princípios, chamados *princípios gerais fundamentais*, que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formulando com eles, ao mesmo tempo, um sistema interno ou

uma união perfeita. Esses princípios gerais fundamentais podem densificar-se ou concretizar-se por meio de outros princípios, chamados *princípios constitucionais especiais*. Os princípios estruturantes não são apenas, ressalva Canotilho, densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais: a sua concretização é feita também por *regras constitucionais*. Essas densificam tanto os estruturantes, como os gerais, como os especiais. Os princípios estruturantes → os princípios gerais fundamentais → os princípios constitucionais especiais → as regras constitucionais constituem um sistema interno, um verdadeiro esquema piramidal, sem que haja hierarquia entre essas normas, pois, conforme afirma o autor:

“Este esquema não se desenvolve apenas numa direção, de cima para baixo, ou seja, dos princípios mais abertos para os princípios e normas mais densas, ou de baixo para cima, do concreto para o abstrato. A formação do sistema interno consegue-se mediante um processo bi-unívoco de *esclarecimento recíproco* (Larenz). Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através de 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 ainda obter maior grau de concretização e densidade através da concretização legislativa jurisprudencial” (2000, p. 1139).

De acordo com a teoria proposta por Canotilho uma norma é densificada por outra norma. As normas mais abertas, de extremada generalidade, necessitam de várias outras normas para lhe atribuírem maior precisão, significado, possibilidade de incidência no mundo fenomênico, enfim, concretização. Quando menos abertas forem as normas, menos necessitam de outras que as concretizem. Daí a afirmação

de que toda regra jurídica é a concretização de um princípio jurídico e todo princípio jurídico específico é a concretização de um princípio jurídico genérico. A estrutura piramidal se dá por força das diferentes densidades e aberturas, estando os princípios menos densos no ápice e as regras na base, porém não há hierarquia entre eles, pois a densificação não se dá apenas de cima para baixo, mas num *processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco*. Essa teoria é a última peça restante para exata compreensão da estrutura normativa dos princípios.

#### 4.4. A Estrutura Normativa dos Princípios

Princípios, portanto, são espécies de normas jurídicas. São imperativos autorizantes, cuja estrutura lógica consiste na descrição de uma hipótese no antecedente imputada à descrição de duas situações jurídicas e de uma relação jurídica entre elas no conseqüente. Chegada a ora de um exame mais detido dessa estrutura.

Apurou-se que a *fenomenologia da incidência*<sup>49</sup> dos princípios é sensivelmente distinta da das regras. Ocorrido o evento descrito na hipótese normativa de uma regra deve ser a conseqüência prescrita, de modo que se o aplicador do direito tomar conhecimento da ocorrência do evento, estará obrigado a constituir o fato e a relação jurídica a ele imputado, ou seja, deverá aplicar a norma. Ocorrido o evento descrito na hipótese normativa de um princípio e levada a ocorrência do evento ao conhecimento do aplicador do direito, a aplicação da conseqüência não deve, necessariamente, dar-se. Isso porque, como exaustivamente se expôs, a aplicação dos princípios obedece a duas leis: à lei da colisão e à lei da ponderação. Essas leis permitem que, diante das circunstâncias do caso concreto, decida-se pela aplicação ou não aplicação da conseqüência prevista no princípio, editando-se uma regra de precedência con-

ditionada desse princípio em relação aos demais princípios com ele contraditórios. A fenomenologia da incidência das regras obedece à *subsunção*, ao contrário da fenomenologia da incidência dos princípios que obedece à *ponderação*. Esta diferença é fundamental.

A estrutura lógica da regra formulada pela lei da colisão quando da aplicação do princípio nada tem a ver com a estrutura lógica do princípio, abstratamente previsto. Esta distinção, não efetuada pela doutrina, é essencial para compreensão do instituto. Abstratamente, independente do caso concreto, o princípio consiste em norma jurídica autônoma. Trata-se de uma *norma de estrutura*: no antecedente, descreve-se a introdução de uma norma jurídica no sistema, ou melhor, de uma regra, e, no conseqüente, a imputação de uma relação jurídica entre o legislador (em sentido lato) e a comunidade, em que aquele tem a função de observar determinado mandado de otimização e a comunidade o direito de exigir essa observância. A observância do referido mandado de otimização efetiva-se pela ponderação de interesses contrapostos, ou seja, da forma descrita por Alexy. A efetivação de uma determinada conseqüência dar-se-á somente num segundo passo, após a aplicação da norma de estrutura e das leis da colisão e da ponderação, da constatação da relação de precedência condicionada e do peso do princípio.

Nenhuma norma pode ser posta no sistema, seja pelo legislador em sentido estrito, seja pelo juiz (na prolação de uma sentença), seja pelo administrador (na edição de um ato administrativo), seja pelo particular (na elaboração de um contrato), sem a observância dos princípios. Estes só atuam quando da elaboração de uma norma jurídica. Assim, os princípios serão sempre invocados ou para feitura de uma lei, ou para prolação de uma sentença ou para elaboração de um contrato, etc. Trata-



se de *normas de estrutura* que, conforme brilhantemente afirma Dworkin, enunciam razões condutoras do argumento em uma certa direção, necessitando de uma decisão particular. Essa decisão particular é a edição de uma regra jurídica.

Tanto Dworkin como Alexy limitam a aplicação dos princípios às decisões judiciais. Evidente o equívoco. O legislador, ao editar uma lei, deve observar os princípios e efetuar a lei de colisão, da mesma forma que o juiz. Daí a precisa constatação de Canotilho de que toda regra jurídica é a concretização de um princípio. Toda norma jurídica, inclusive a lei, deve, portanto, ao ser editada, observar os princípios e ser submetida às leis de colisão e de ponderação, caso haja interesses contrapostos.

O princípio, em sua hipótese normativa, descreve justamente a edição de uma regra jurídica qualquer, seja ela qual for. Toda norma introduzida no sistema privilegia determinado princípio em detrimento de outro. A escolha do princípio beneficiado pela concretização e do princípio afastado deve dar-se de acordo com as leis da colisão e da ponderação. O legislador em sentido amplo, dessa forma, tem a função de considerar todos os princípios existentes e, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, apurar qual deve prevalecer.

## 5. Conclusões

1. Direito é um termo análogo referente a cinco realidades distintas: ciência, norma, faculdade, justiça e fato social. Para seu estudo, no entanto, imprescindível efetuar-se um corte metodológico e indicar sob qual prisma será considerado. Tomouse o direito como norma, mais precisamente, como o conjunto de normas jurídicas vigentes atualmente no Estado Brasileiro. O direito positivo brasileiro, por sua vez, consiste numa linguagem prescritiva, contraposta à linguagem descritiva da Ciência

do Direito. A linguagem do direito positivo compõe-se de um conjunto de enunciados prescritivos dos quais são extraídas as normas jurídicas. A linguagem da Ciência do Direito é composta por um conjunto de enunciados descritivos. Cada um dos conjuntos compõe uma ordenação dotada de uma unidade, ou seja, um sistema. O sistema do direito positivo foi tomado como objeto da análise proposta.

2. Norma foi conceituada como padronização, por meio da abstração, da ocorrência de determinado fenômeno. Possui duas espécies: as normas naturais, obedientes ao princípio da causalidade, e as normas de comportamento, obedientes ao princípio da imputação. As normas de comportamento, ao contrário das naturais, não ligam por um vínculo causal determinadas conseqüências às hipóteses descritas, mas sim por um vínculo deontico (dever-ser). Essas normas impõem determinados comportamentos, independente da vontade dos destinatários, possuindo, assim, *imperatividade*. As normas jurídicas são espécies de normas de comportamento dotadas, portanto, de imperatividade e, ao contrário das demais, de *autorização*. Só as normas jurídicas autorizam os lesados pelo não cumprimento dos mandamentos nelas expressos a exigir que os violadores cumpram esses mandamentos. Daí a definição de norma jurídica: um imperativo autorizante.

3. Os textos normativos são os suportes físicos das normas jurídicas, não se confundem com elas. Nos textos visualizam-se um conjunto de grafemas impressos no papel, configuradores do plano da expressão ou dos significantes. Ao ler esses grafemas o leitor efetua uma primeira abstração: associa o grafema ao seu significado. Nesse passo o leitor passa do plano da literalidade textual ao plano dos conteúdos ou semântico. Num terceiro momento, após identificar o significado

do enunciado, efetua uma segunda abstração: a partir da análise de todo o sistema, identifica a norma jurídica, visualizando os eventos descritos e as conseqüências a ele imputadas. O conjunto de todas as normas jurídicas extraídas dos textos normativos compõe o *sistema normativo stricto sensu*. As normas, assim, são elaboradas pelo jurista a partir da leitura dos textos positivos. O legislador elabora o texto e não a norma, quem cria a norma é o jurista. Este elabora dois sistemas, um prescritivo, correspondente ao conjunto de normas jurídicas extraídas dos textos legais, e outro descritivo, correspondente ao conjunto de prescrições elaboradas sobre essas normas jurídicas.

4. Toda norma é suscetível de formalização, ou seja, de redução a termos lógicos. A definição proposta é insuficiente, pois não permite identificar com precisão cada imperativo isoladamente. Norma é a expressão irredutível de manifestação do deontico e essa expressão é revelada por sua estrutura lógica. A estrutura apresentada por Kelsen (NP→S), dada a não realização da conduta, deve ser a sanção, foi reformulada por Cósio. Este apresentou a norma como um juízo disjuntivo em que a norma primária (endonorma) é seguida de uma norma secundária (perinorma): (F → P e NP → S). A terceira estrutura examinada foi a de Paulo de Barros Carvalho e Eurico Marcos Diniz de Santi. Para os renomados juristas a norma é composta por um juízo disjuntivo composto por três subnormas: a norma primária dispositiva, a norma primária sancionadora e a norma secundária. As duas primeiras têm caráter material e a última tem caráter processual. Eis a estrutura lógica completa apresentada por eles: D {[A→Rd (Sa,Sp)] . [(-Rd(Sa,Sp))→Rs(Sa,Sp)] . [(-Rd (Sa,Sp)) v (-Rs (Sa,Sp))→Rp(Sa,Sj,Sp)]}.

5. Essa estrutura foi adotada, efetuando-se apenas dois esclarecimentos. Nem a coatividade nem a coercitividade são essenciais à norma jurídica, o que a ca-

racteriza enquanto tal é o autorizamento. A norma secundária prevista na estrutura adotada decorre do autorizamento de todas as normas jurídicas. Além disso, a generalização do direito subjetivo deve ser combatida. Adotou-se o conceito de *situação jurídica*, proposto por Pietro Perlingieri, tomando-a como categoria que caracteriza o agir. As normas jurídicas descrevem em suas conseqüências não apenas uma relação jurídica, mas duas situações jurídicas e uma relação entre elas. Assim, toda norma jurídica apresenta duas ordens de conseqüências: os chamados *efeitos unilaterais*, constitutivos de situações jurídicas, e o chamado *efeito bilateral*, constitutivo de uma relação jurídica entre as duas situações constituídas. Essa doutrina permite a diferenciação entre as várias espécies de situações jurídicas, tanto ativas (direito subjetivo, direito potestativo, faculdade, interesse legítimo, status, função), como passivas (dever, estado de sujeição, ônus, resistência), e, portanto, a diferenciação entre relações jurídicas de colaboração e relações jurídicas de subordinação. Fixada a estrutura lógica completa da norma jurídica, para facilitar a análise a seguir empreendida, reduziu-se a norma a sua primeira parte, pressupondo-se, no entanto, o desdobramento em sua estrutura completa.

6. Definida a norma jurídica e apresentada sua estrutura lógica, efetuou-se sua classificação. Dividiu-se o todo obtido pela definição para, em incessante processo cognitivo, empreender nova definição. Observou-se que a eleição de critérios classificatórios é arbitrária, não havendo critérios certos ou errados, mas úteis ou inúteis aos objetivos propostos. Elegeu-se dois critérios classificatórios, a partir da doutrina de Norberto Bobbio. O primeiro tomou as normas sob o aspecto formal, dividindo-as a partir da singularidade ou universalidade de seus elementos essenciais: o objeto e os destinatários. O critério apresentou quatro

espécies normativas: normas gerais, singulares, abstratas e concretas. O segundo critério eleito tomou as normas sob o aspecto substancial, ou seja, da forma como regulam as condutas intersubjetivas. Apresentaram-se duas espécies normativas: as normas de comportamento e as normas de estrutura. A denominação revelou-se deficiente posto que todas as normas regulam comportamentos. Essa deficiência, todavia, não impediu que se prestasse para identificação de espécies distintas: certas normas voltam-se diretamente para regulação das condutas intersubjetivas, outras se voltam indiretamente para regulação dessas condutas e diretamente para regulação da produção das primeiras. As primeiras são as normas de comportamento, as segundas, normas de estrutura. Estas regulam o comportamento do legislador, mas apenas como meio para regular o comportamento que efetivamente se quer regular.

7. Três normas de estrutura foram analisadas: as normas de competência, os veículos introdutórios de normas e os princípios. Em relação às primeiras, reduziu-se cinco dos seis significados apresentados por Tárek Moyses Moussallem a apenas um: as normas de competência e de competência-qualificação, a relação jurídica de competência, as normas de produção normativa, de competência-garantia, de procedimento e de produção jurídica consistem em apenas uma norma jurídica: a norma de competência que, ao descrever no antecedente um evento hipotético, a necessidade de se editar uma norma, imputa a esse evento duas situações e uma relação jurídica, descritas no conseqüente. O legislador tem a função de editar a norma e seguir determinado procedimento e a comunidade está sujeita à norma a ser editada. Passou-se à análise dos veículos introdutórios de normas, extraídos da enunciação-enunciada e consistentes em normas gerais e concretas que se reportam à enunciação. Finalmen-

te, chegou-se ao objeto central da análise apresentada: os princípios jurídicos. Estes foram tomados como normas de estrutura em que no antecedente descreve-se o evento da elaboração de uma norma jurídica qualquer e no conseqüente, a situação do legislador que tem a função de observar o princípio e a situação da comunidade que tem o direito a essa observância.

8. Dos textos normativos são extraídos três conjuntos de juízos: o primeiro é extraído de um conjunto de grafemas expressos no texto, são os *princípios expressos*; os demais grafemas expressos no texto compõem o segundo grupo, das *regras*; do significado desses dois conjuntos é extraído pelo intérprete o terceiro conjunto de juízos, são os chamados *princípios implícitos*. Há um postulado que não pode ser afastado pelo jurista: não há texto normativo que não seja componente de norma jurídica. Assim, todo o enunciado, seja de regra, seja de princípio, constitui ou compõe uma norma. A partir desse axioma indagou-se se os enunciados dos princípios compõem as normas jurídicas extraídas dos enunciados das regras ou constituem normas jurídicas autônomas.

9. Tradicionalmente a doutrina contrapunha os princípios às normas considerando-os alicerces, fundamentos do sistema, a partir dos quais as normas eram formadas. O significado científico aproximava-se do significado natural do signo princípio. Analisando a valiosa contribuição dada por Ronald Dworkin, Robert Alexy e J. J. Gomes Canotilho foi possível compreender a superação da concepção tradicional e enfrentar aquela indagação: os princípios consistem em normas jurídicas autônomas, em contraposição às denominadas regras jurídicas. A conclusão deu-se a partir da diferenciação entre princípios e regras.

10. Ronald Dworkin apresentou dois relevantes critérios de diferenciação. Os

princípios e as regras são padrões que indicam a decisão a ser tomada, mas a orientação oferecida pelas regras, ao contrário da oferecida pelos princípios, obedece à regra do tudo-ou-nada, ou seja, ocorrido no mundo fenomênico o evento descrito no antecedente da regra, esta deve ser aplicada, salvo se for considerada inválida ou nela for introduzida uma exceção. Se os eventos descritos no antecedente dos princípios ocorrem nem por isso são exigíveis, necessariamente, as conseqüências previstas. Pode ocorrer que o princípio não seja aplicado, sem ser declarado inválido e sem haver a introdução de cláusula de exceção. Os princípios apenas enunciam razões em uma certa direção, necessitam de uma decisão particular.

11. A segunda diferenciação proposta é a diferente dimensão de peso ou de importância que possuem os princípios, ao contrário das regras. Esse peso só é aferível diante do caso concreto. Por força disso, a solução de um conflito entre regras é diferente da solução de um conflito entre princípios. No primeiro caso, o conflito resolve-se por força de uma regra do sistema que invalida uma das regras conflitantes ou a toma como exceção. No segundo caso o conflito é resolvido por meio de uma contraposição dos princípios conflitantes e, diante do caso concreto, a constatação de qual dos princípios possui peso maior. O outro simplesmente é afastado, nada impedindo que, posteriormente, numa nova contraposição, em circunstâncias distintas, possa prevalecer.

12. Robert Alexy conceitua os princípios como mandados de *otimização* que ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. Já as regras são *determinações* no âmbito do fático e do juridicamente possível. O autor analisa a colisão de princípios e o conflito de regras, nos mesmos termos que Dworkin.

Inova, no entanto, ao elaborar a lei da colisão: dados dois princípios contraditórios, P1 e P2, a solução do conflito entre eles é solucionada mediante o estabelecimento de uma *relação de precedência* (P) *condicionada* (C). Assim, diante do caso concreto, aplicando-se a lei de colisão, extrai-se do princípio uma regra jurídica: se um princípio P1, sob as circunstâncias C, precede ao princípio P2 – (P1 P P2) C – e se de um princípio P1 sob as circunstâncias C resulta a conseqüência R, então vale a regra que contém C como hipótese e R como conseqüência (C → R). Enquanto as regras são *razões definitivas*, os princípios são *razões prima facie*, posto que podem sempre ser afastados por razões opostas.

13. Para Paulo de Barros Carvalho, entretanto, os princípios diferenciam-se das regras apenas por possuírem elevada carga valorativa. Apesar de reconhecer-se a íntima vinculação entre princípios e valores, no entanto, sem desprestigiar o entendimento do mestre, optou-se pela distinção proposta por Alexy. Princípios diferenciam-se dos valores por apresentam caráter deontológico (âmbito do dever-ser), ao contrário daqueles, que apresentam caráter axiológico (âmbito do bom). Paulo de Barros, no entanto, apresenta relevante questão: afirma que a categoria dos princípios está à mercê da ideologia do intérprete, não sendo passíveis de controle racional. A doutrina de Alexy apresenta resposta satisfatória: em oposição ao *modelo de decisão*, em que vigora a arbitrariedade do intérprete, deve vigorar o *modelo da fundamentação* em que a escolha do enunciado de preferência será racional se a motivação for racional, por intermédio desta controla-se aquela. Limitando o subjetivismo, sem eliminá-lo totalmente, Alexy apresenta a *lei da ponderação*: quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.

14. Paulo de Barros Carvalho classifica os princípios em princípios-valores e princípios limites-objetivos. Naqueles impera o subjetivismo, nestes o objetivismo. A classificação, contudo, não resiste a apurada análise. Aplicando-se aos princípios limites-objetivos os critérios apresentados por Dworkin e Alexy percebe-se claramente que não se tratam de princípios e sim de regras, tradicionalmente denominadas de princípios. O nome dado ao instituto não tem o condão de modificar-lhe a natureza jurídica. Assim, por exemplo, é evidente que a regra do tudo-ou-nada aplica-se ao chamado princípio da anterioridade que, apesar da denominação, tem natureza de regra, a ele aplica-se tudo que sobre a regra afirmou-se. Concluiu-se, assim, que somente os chamados princípios-valores são efetivamente princípios jurídicos.

15. A teoria dos princípios estruturantes de J. J. Gomes Canotilho foi a última peça para compreensão da estrutura normativa dos princípios. Segundo o autor, as normas apresentam diversas densidades semânticas: há princípios pouco densos, chamados *estruturantes*; princípios um pouco mais densos, chamados *princípios gerais fundamentais*; princípios mais densos chamados *princípios constitucionais especiais* e finalmente as normas de máxima densidade, as *regras jurídicas*. A acentuada abertura e pouca densidade exigem outras normas para obtenção de maior significado, precisão e, portanto, possibilidade de incidência no mundo fenomênico: as normas necessitam de *concretização*. Segundo o autor, toda regra concretiza um princípio jurídico e princípios mais densos concretizam os menos densos. Não há hierarquia, contudo, entre as normas, posto que estão num *processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco*.

16. A partir das doutrinas expostas tornou-se possível diferenciar a fenomenologia da incidência das regras da feno-

menologia da incidência dos princípios. Enquanto aquela se dá pela *subsunção*, esta se dá pela *ponderação*. Ocorrido o evento descrito na hipótese e levada a ocorrência ao conhecimento do aplicador do direito, a aplicação da regra é imperiosa. Diverso ocorre com os princípios que se sujeitam às leis da colisão e da ponderação. Ressaltou-se, no entanto, que a estrutura lógica da regra formulada pela lei da colisão quando da aplicação do princípio nada tem a ver com a estrutura lógica deste, abstratamente considerado. Tomado abstratamente, independentemente do caso concreto, o princípio é uma *norma jurídica de estrutura*. No antecedente descreve-se a introdução de uma norma jurídica no sistema, a descrição é genérica e abrange todas as normas a serem introduzidas, e no conseqüente a imputação de uma relação jurídica entre o legislador e a comunidade em que aquele tem a função de observar o mandado de otimização e a comunidade o direito a essa observância. A observância desse mandado efetiva-se de acordo com a ponderação dos interesses contrapostos, ou seja, na forma descrita por Alexy. Essa norma de estrutura tem como destinatário o legislador em sentido amplo: o legislador em sentido estrito, o juiz, o administrador, e até o particular devem observá-la ao introduzir uma norma no sistema.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2. ed., 3. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALVES, Alaôr Caffê. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

- \_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANARIS, Claus –Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Língua e Linguagem*. (?). 43f. Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica. Não publicado.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária*. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, v. 61, p. 74-90, 1992.
- COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, Maria Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. *Lógica, proposición y norma*. 6. reimpr. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- FONTES, André. *A Pretensão: como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 1. ed., São Paulo: Bookseller, 1999, Tomo I.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- PEIRCE, Charles S. *Semiótica*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- PERLINGIERI, Pietro *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- QUEIROZ, Luís César Souza de. *Sujeição Passiva Tributária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- REALE, MIGUEL. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de.  *Lançamento Tributário*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- TELLES JR., Goffredo da Silva. *O Direito Quântico*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

## NOTAS

<sup>1</sup> Sobre os conceitos de linguagem natural, técnica e científica vide CARVALHO, Paulo de Barros. *Língua e Linguagem*. (?). 43f. Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica. Não publicado, p. 30 et seq.

<sup>2</sup> Afirma o autor: “Um conhecimento só é conhecimento quando relacionado a um sistema de referência. Todo conhecimento verdadeiro é relativo. Todo conhecimento verdadeiro depende do sistema de referência a que se acha associado”. (TELLES JR., 1985, p. 285).

<sup>3</sup> Considerar o direito como um conjunto de normas jurídicas sem antes fazer essa ressalva é tomar o objeto por um de seus aspectos. Direito

não é nem uma dessas cinco realidades, mas todas elas. Os juristas que tomam o direito como norma (Kelsen), como faculdade (Cossio), como fato-social (Lévy-Bruhl) ou como ciência (Holmes) incidem nesse grave erro. A Ciência exige precisão: o direito é um termo análogo referente a cinco realidades distintas. A partir daí nada impede que se escolha uma das realidades como objeto de estudo.

<sup>4</sup> Pelo princípio da identidade “uma mesma proposição não pode ser simultaneamente verdadeira e falsa”; pelo princípio da não contradição “duas proposições contraditórias não podem ser verdadeiras nem falsas ao mesmo tempo” e pelo princípio do terceiro excluído “ou uma coisa existe ou não existe, exclui-se a possibilidade de que possa existir e ao mesmo tempo não existir”. (ALVES, 2002, p. 150 et seq.)

<sup>5</sup> Observa-se que a teoria geral dos sistemas nasceu no campo das ciências naturais, a partir dos estudos de Ludwig von Bertalanffy. O biólogo descreveu os organismos vivos como sistemas abertos, em que há uma troca constante entre o sistema e o meio. Foi, no entanto, Niklas Luhmann quem introduziu a concepção de sistema nas ciências sociais.

<sup>6</sup> Eis alguns dos conceitos citados pelo autor: sistema é “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios” (Kant); “um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-somativo” (Eisler); sistema é “uma unidade totalmente coordenada” (Stammler); “um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitários” (Binder); “um conjunto unitário ordenado” (Stoll) e uma “ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário” (Coing). (CANARIS, 2002, p. 10-11)

<sup>7</sup> Tércio Sampaio Ferraz Junior, no mesmo sentido, concebe sistema como repertório e estrutura marcados por um princípio que organiza e mantém o conjunto como um todo homogêneo (1995, p. 176).

<sup>8</sup> A classificação é adotada por CARVALHO, 1999, p. 41; *Curso...*, 2002, p.10 et seq.

<sup>9</sup> Proposição e enunciado são tomados como sinônimos pela maioria dos autores. Afirma Irving M. Copi: “Os termos ‘proposição’ e ‘enunciado’ não são sinônimos, mas, no contexto da

investigação lógica, são usados numa acepção quase idêntica”. (COPI, 1978, p. 22). No mesmo sentido, vide Alves, 2002, p. 96. Aqui também são tomados como sinônimos.

<sup>10</sup> Sobre as normas naturais e de comportamento vide DINIZ, 1995, p. 22.

<sup>11</sup> O rol não é exaustivo.

<sup>12</sup> O exame do artigo correspondente no novo Código Civil é feito a seguir.

<sup>13</sup> Sobre o conceito de signo, vide PEIRCE, 2000, principalmente p. 43 et seq.

<sup>14</sup> Legislador pode ser tomado em sentido amplo como sendo o editor de textos normativos, sejam leis, decretos, regulamentos, atos administrativos em geral, sentenças e até contratos; ou em sentido estrito como sendo apenas o editor de leis. Lei, por sua vez, também apresenta acentuada vaguidade. Pode, no entanto, ser tomada como indicativa de todo ato normativo editado pelo Poder Legislativo. A palavra “legislador” foi empregada acima em sentido amplo.

<sup>15</sup> A ação humana sempre se volta a um fim. Ao elaborar determinado texto normativo o legislador pretende editar determinada norma e, assim, regular os comportamentos intersubjetivos. No entanto, ao legislador só incumbe editar o texto e, como visto, a norma não se confunde com ele. Quem cria a norma é o jurista, a partir da leitura do texto normativo. Daí afirma o célebre Carlos Maximiliano: “A lei é a vontade transformada em palavras, uma força constante e viva, objetivada e independente do seu prolator; procura-se o sentido imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira”. (1997, p. 28). A hermenêutica, atualmente, não se atém à vontade do legislador e sim à vontade da lei, ainda que esta seja oposta àquela.

<sup>16</sup> A afirmação, por mais estranha que pareça, também se aplica ao juiz, em sua atividade judicante. Ao interpretar as leis o juiz se equipara a um cientista do direito. Deve interpretar para exercer sua função. Deixa de ser cientista quando cessa sua atividade de interpretação e passa a ser legislador quando profere sentença, editando uma norma individual e concreta. Imagine-se, por exemplo, que o juiz quisera proferir uma norma individual e concreta que prescrevesse determinada conduta. Errou, no entanto, ao elaborar o texto da sentença. Da leitura da

sentença, suponha-se, extrai-se norma contrária à pretendida pelo juiz. A parte não recorreu da sentença, não se valeu dos recursos previstos e a sentença transitou em julgado. Que norma ingressou no sistema jurídico positivo: a norma extraída a partir da sentença ou a norma pretendida pelo juiz? Evidente que no sistema jurídico ingressará a norma extraída da leitura da sentença. Quem cria a norma jurídica individual e concreta não é o juiz, este só cria o texto normativo. É o jurista, ao ler a sentença, quem cria a norma jurídica.

<sup>17</sup> Sobre uma síntese da doutrina de Kelsen, vide Montoro (1994, p. 313) e Carvalho (*Teoria da Norma Jurídica*, 2002, p. 39 et seq.).

<sup>18</sup> Trata-se de uma *disjunção simples* ou *incluyente*, simbolizada pelo símbolo “v”, pois pode dar-se uma delas ou outra, ou ambas. Sobre a disjunção incluyente vide ECHAVE; URQUIJO; GUIBOURG, 2002, p. 53 et seq.

<sup>19</sup> André Franco Montoro critica a doutrina de Cossío por desconsiderar os efeitos positivos resultantes do cumprimento da prestação: para o saudoso jurista devem existir ao menos duas perinormas, uma que estabeleça as conseqüências positivas resultantes do cumprimento da prestação e outra que estabeleça as conseqüências negativas decorrentes do seu descumprimento (1994, p. 313-315).

<sup>20</sup> A denominação “norma primária sancionadora” foi dada por SANTI, 2001, p. 43 et seq. O insigne catedrático Paulo de Barros Carvalho não concorda com essa denominação: norma sancionadora é tão somente a secundária (informação verbal). Cf. aula proferida no Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Faz, no entanto, referência a ela, sem criticá-la em seu *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da Incidência*, 1999, p. 38. Discorda-se aqui do ilustre catedrático: a expressão, ao contrário de criar ambigüidade, contribui e muito para diminuí-la.

<sup>21</sup> A utilização da conjunção (.), conforme explicado a seguir, dá-se apenas no plano estático ou em abstrato, não no plano dinâmico. O plano estático visualiza a norma tão somente como norma posta, a espera de aplicação; o plano dinâmico visualiza a norma em todo seu processo de aplicação e concretização. No plano dinâmico, as normas primárias dispositiva e

sancionadora não existirão sempre: daí serem tomadas como dois *juízos disjuntivos*, ligadas pela *disjunção incluyente* (v).

<sup>22</sup> Atente-se que é possível cumprir-se a conduta prescrita pela norma dispositiva e não cumprir a conduta prescrita pela norma sancionadora. Suponha-se, por exemplo, que a norma dispositiva determine ao sujeito passivo pagar determinada quantia X ao sujeito ativo a título de tributo em determinada data. O sujeito passivo descumpriu essa conduta, não pagando ao sujeito ativo a quantia na data determinada. Caso cumprisse a determinação não haveria incidência da norma sancionadora, como não cumpriu, deve incidir a norma sancionadora que, por exemplo, determine ao sujeito passivo pagar a quantia Y ao sujeito ativo a título de multa, por não ter pagado a quantia X na data determinada. O legislador ao expressar o valor de Y geralmente embute o valor de X, gerando confusão entre as distintas situações. No entanto, não há que se confundir: teoricamente o sujeito passivo pode pagar o tributo, exigido pela norma dispositiva e não pagar a multa, exigida pela norma sancionadora; pode pagar a multa exigida pela norma sancionadora e não pagar o tributo exigido pela dispositiva e, numa terceira hipótese, pode simplesmente não pagar nada, nem a multa, nem o tributo.

<sup>23</sup> Paulo de Barros Carvalho expõe essa estrutura em seu *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência* (1999, p. 31 et seq.). Eurico Marcos Diniz de Santi expôs a teoria apresentada em seu *Lançamento Tributário* (2001, p. 41-45). Outros autores adotaram a concepção exposta, dentre eles: Ferragut, 2001, p.27-29; Queiroz, 2002, p. 36-44. A ligação entre as três subnormas dá-se pela conjunção (.) apenas no nível estático do direito, ou seja, no plano abstrato: tomada em nível abstrato, a norma possui, necessariamente, as três estruturas. No plano dinâmico, entretanto, as três estruturas não estão necessariamente presentes: só incidirá a norma primária sancionadora se houver descumprimento do dever imposto na norma primária dispositiva e, posteriormente, só incidirá a norma secundária se houver descumprimento do dever imposto na norma primária sancionadora e/ou a continuação do descumprimento do dever imposto na dispositiva. Há, portanto, no nível



dinâmico, uma ligação pela disjunção simples ou includente (v). Daí a afirmação de que a estrutura completa da norma jurídica constitui-se de *três juízos disjuntivos*.

<sup>24</sup> No Brasil a reinante impunidade retira, mais e mais, a coerção das normas jurídicas; nem por isso lhes retira a existência.

<sup>25</sup> Nesse sentido TELLES JUNIOR, 1985, p. 373-385; DINIZ, 1995, p. 22-28.

<sup>26</sup> Curso de Direito Tributário, 2002, em especial no Capítulo X, p. 277 et seq.

<sup>27</sup> Sobre a *situação jurídica*, vide PERLINGIERI, 2002, p. 105 et seq.; FONTES, 2002, p. 69 et seq.

<sup>28</sup> A classificação apresentada segue a doutrina de BOBBIO, 2001, p. 177-183. A classificação foi brilhantemente exposta por Ferragut (1995, p. 23).

<sup>29</sup> Eis a explicação de Norberto Bobbio: “As normas de estrutura podem também ser consideradas como as normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras”. (1999, p. 45).

<sup>30</sup> A crítica à denominação também é registrada por Carvalho (1999, p. 35-37).

<sup>31</sup> Bem se vê que não se trata de uma relação jurídica de cooperação, do tipo obrigacional. O legislador não tem o direito subjetivo de legislar, mas a função de legislar. Sobre o conceito de função vide BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 32, I-17.

<sup>32</sup> Exemplificativamente, menciona-se o art. 48 do ADCT que determinou ao Congresso a elaboração do Código do Consumidor em 120 dias contados da promulgação da Constituição de 1988. Afirmar que o legislador está facultado e não obrigado a legislar constitui evidente equívoco.

<sup>33</sup> A obrigatoriedade, em última análise, é o fundamento do mandado de injunção e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

<sup>34</sup> Compreendidas entre as relações jurídicas de competência legislativa em sentido amplo.

<sup>35</sup> Tomada pelo autor em sentido estrito.

<sup>36</sup> Essa atividade, ao contrário do que afirma Tá-

rek (2001, p. 138), é vertida em linguagem, porém, não escrita. A linguagem verbal, exaurível no instante em que é pronunciada, necessita ser convertida em linguagem escrita para adquirir perenidade.

<sup>37</sup> Evidente que a enunciação introduz as duas normas no sistema: a norma visada e o veículo introdutor de normas. Ocorre que, obviamente, o veículo introdutor é mero instrumento (norma-meio) para introdução da norma que efetivamente se quer introduzir (norma-fim). Assim, ao se referir à norma introduzida no sistema está-se, evidentemente, referindo-se à norma-fim e não à norma-meio.

<sup>38</sup> Para Paulo de Barros Carvalho são normas de estrutura as normas de imunidade, espécies de normas de competência, as normas de isenção, as normas de procedimento; são normas de comportamento a regra matriz de incidência tributária, a norma individual e concreta introduzida pelo lançamento tributária, as normas que determinam as chamadas obrigações acessórias (1999, p. 36).

<sup>39</sup> Não se trata, evidentemente, de direito subjetivo, pois não se está diante de uma relação de colaboração, pressuposto inamovível para existência dessa situação. Trata-se de um direito que dispensa a colaboração do sujeito passivo, cujo cumprimento não necessita de um processo de execução, exigível em todos os casos em que o direito subjetivo não é atendido. Esse direito é um direito potestativo de observância do princípio.

<sup>40</sup> Um exaustivo panorama da doutrina brasileira sobre os princípios jurídicos foi efetuado por ESPÍNDOLA, 2002.

<sup>41</sup> No suporte físico encontram-se os primeiro e segundo conjuntos de enunciados. O terceiro é construído pelo intérprete a partir desses dois conjuntos.

<sup>42</sup> Daí se equivocarem certos juristas ao afirmar que as definições propostas pelo legislador não têm natureza normativa. Se isoladamente a definição constante do texto normativo não constitui norma jurídica, em conjunto com outros enunciados ela certamente constitui. Se por um lado a definição isoladamente considerada não constitui norma jurídica, por outro é elemento de uma norma formado pelo juízo dela decorrente e de outros juízos extraídos do texto normativo. E mais:

se os elementos necessários para a construção da norma não estão expressos no texto normativo, devem ser pressupostos pelo intérprete.

<sup>43</sup> Nesse sentido CANOTILHO, 2000, p. 1124.

<sup>44</sup> Cf. CARRAZA, 2002, p. 32-33.

<sup>45</sup> Cf. Vezio Crisafulli. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principi*. Milano, 1952, p. 15, *apud* BONAVIDES, 2000, p. 244 et seq.

<sup>46</sup> *Idealità e Indeterminatezza dei Principi Costituzionali*, Milão, 1981, p. 163, *apud* BONAVIDES, 2000, p. 246. É a *função normogenética dos princípios*. Cf. Canotilho (2000, p. 1125).

<sup>47</sup> Como explicado a seguir, as regras sempre concretizam princípios: se, num caso concreto, a regra afrontar princípio de maior peso ao que lhe fundamenta, considerado o princípio formal que dá primazia à aplicação da regra, esta, apesar da falta de previsão, não se aplicará.

<sup>48</sup> Uma afirmação de Dworkin é de extraordinária importância: o sistema jurídico pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes (2002, p. 59-61). Segundo o entendimento defendido aqui, nesse caso não haverá conflito entre regras, mas sim entre princípios, princípios estes concretizados pelas regras aparentemente em conflito. A solução do conflito entre princípios, afastando-se um deles, implica no afastamento das regras que o concretizam.

<sup>49</sup> A incidência é aptidão das normas para ser aplicadas. A incidência da norma se dá com sua aplicação. Nesse sentido, vide CARVALHO, 1999, p. 06. Observa-se que a concepção aqui tomada é distinta da adotado por Pontes de Miranda, em seu monumental *Tratado de Direito Privado*. (1999, Tomo I, p.52, item 03).