

## Distinção das espécies normativas à luz da teoria dos princípios

Rosiris Paula Cerizze Vogas\*

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2- A Força Normativa dos Princípios e o Conceito de Norma Jurídica. 3- Por uma Distinção entre Princípios e Regras. 4- Hierarquia e Colisão entre Espécies Normativas. 5- Os Postulados Normativos. 6- Os Elementos Estruturantes do Sistema Jurídico 7- Considerações Finais. 8- Referências.

### RESUMO

O direito contemporâneo é palco de verdadeira quebra de paradigmas clássicos em torno do conceito, normatividade e hermenêutica dos princípios, em especial, da sua relevância para a compreensão da estrutura lógico-argumentativa das normas jurídicas. O presente estudo enfatiza a valiosa "Teoria dos Princípios" de Humberto Ávila, que superou a tradicional classificação dicotômica das espécies normativas enquanto princípios e regras, por meio da apresentação dos postulados normativos como normas de segundo grau. O tema é pulsante, já que a compreensão das distinções entre as espécies normativas e seus respectivos critérios é condição indispensável para a garantia da ordem e unidade do sistema jurídico.

Palavras - Chave: Norma Jurídica, Princípios, Regras, Postulados, Sistema

### ABSTRACT

The contemporary Law is scene for the real breach of classical paradigms around the concept, rules and hermeneutics principles, mainly the relevance for the comprehension of the argumentative-logical structure of legal rules. This study emphasizes the valuable "Principles Theory" from Humberto Ávila, that overcame the traditional dichotomous classification of the rule species as principles and rules, through the presentation of normative postulates as second degree rules. The theme is intense, as the understanding of distinctions between the rule species and their normative criteria is an indispensable condition to guarantee the order and unity of the law system.

Key Words: Legal Rules, Principles, Rules, Postulates, System

## 1- INTRODUÇÃO

O direito brasileiro contemporâneo (ou pós- moderno, como preferem alguns) vive um momento marcado por acentuada preocupação com a principiologia. Após a promulgação de Carta Magna de 1988, onde os dispositivos constitucionais são dotados de plena normatividade, a Lei Fundamental e seus princípios, deram novo alcance e sentido a todos os ramos jurídicos.

A consciência acerca do papel normativo dos princípios vem crescendo entre os estudiosos do direito, tendo adquirido enorme importância no cenário atual, reclamando dos juristas todo o esforço para garantir a sua aplicabilidade e efetividade, bem como despertando o interesse no estabelecimento de critérios distintivos entre as espécies normativas.

Verifica-se que a maioria da doutrina nacional insistiu por muito tempo em concordar e reproduzir as teses defendidas por alguns pensadores (Larenz, Dworkin, Alexy, Canotilho, etc.) da temática dos princípios, o que acabou por retardar o reconhecimento da sua força normativa, principalmente no caso dos princípios constitucionais, que hoje sim, passaram a ter aplicação direta e imediata.

Alguns esforços isolados foram empreendidos neste sentido, como é o caso do Prof. Humberto Ávila, marco teórico deste singelo estudo, que com sua inovadora "Teoria dos Princípios", representou uma quebra de paradigmas do modelo dual que vinha sendo sustentado em prol de uma distinção entre as espécies normativas. A contribuição notável do autor será aqui analisada apenas com ares de recensão, sem qualquer pretensão de propor algo diferente de tudo o que já foi escrito.

A proposta deste trabalho é, inicialmente, apresentar as teorias que sedimentaram o reconhecimento da força normativa dos princípios, bem como evidenciar o conceito de norma jurídica. A partir daí, será feito um exame detido das diferenças entre as espécies normativas, dando especial atenção às críticas lançadas por Ávila à dogmática tradicional e sua proposta de distinção, destacando também o papel dos postulados no ordenamento jurídico. Serão feitas algumas reflexões sobre o já ultrapassado conceito de ordenamento jurídico sustentado por Kelsen, enquanto uma estrutura escalonada e hierarquizada de normas jurídicas. Far-se-á também uma análise sobre os caminhos para a resolução de conflitos entre espécies normativas. E por fim, buscar-se-á identificar quais são os verdadeiros elementos estruturantes do sistema jurídico, que se prestam a garantir a sua composição ordenada e harmônica, encarando a teoria do pensamento sistemático preconizada por Canaris.

Surge daí a necessidade de manter vivo este incandescente debate, sendo que apesar da vasta doutrina sobre o tema, há muito que se produzir, estando ainda diversos aspectos das mais diversas teorias carentes de reflexões mais sérias e profundas.

## 2- A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E O CONCEITO DE NORMA JURÍDICA

Antes de ingressar na discussão central deste estudo, são necessárias algumas reflexões acerca do conceito de norma jurídica e do já cediço reconhecimento da força normativa dos princípios.

Por isto é que neste trabalho serão tratadas as distinções entre princípios e regras, enquanto espécies normativas, classificação sedimentada na doutrina, em que pesem as imperdoáveis confusões em que ainda incorrem alguns juristas da atualidade ao igualar regras a normas ou mesmo dissociar os princípios das normas. Nada mais incoerente, na medida em que tanto os princípios quanto as regras impõem um dever-ser.

Sustentando a força normativa dos princípios, Bobbio os insere no conceito amplo de normas:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas? [01]

Para Espíndola, os princípios são normas jurídicas, possuindo, assim, "positividade, vinculatividade, caráter obrigatório" e que comportam "eficácia positiva e negativa sobre comportamentos", contribuindo para a "interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas". [02]

O reconhecimento da eficácia normativa dos princípios, os quais são dotados de maior densidade valorativa, é consequência da pós-modernidade, que demanda um conjunto normativo mais flexível e aberto à subjetividade do aplicador do Direito. Já as regras, dotadas de reduzida carga valorativa, não realizam os anseios de justiça e legitimidade de uma sociedade em cuja estrutura social vacilam as certezas existenciais e multiplicam-se as incertezas ético-filosóficas. Nesse contexto, os princípios realizam simultaneamente a reflexão acerca dos deveres dos indivíduos e a normatização da vida social, razão pela qual se exige do hermeneuta jurídico o percurso de um caminho mais longo entre a abstração principiológica e a realização da justiça no caso concreto, através da argumentação e da motivação mais elaborada de seus atos. [03]

É possível concluir que na atual classificação pós-positivista norma é o gênero do qual são espécies as regras e os princípios. E se isso já foi tomado por verdade pela maciça doutrina moderna, não havendo mais tanta discussão quanto havia em outros tempos, por qual motivo os Tribunais ainda insistem em não reconhecer a força normativa dos princípios? Há quem afirme que os princípios isoladamente não podem fundamentar uma pretensão jurídica em juízo. Existem também aqueles que sustentam que um princípio não é direito líquido e certo capaz de dar ensejo a um mandado de segurança baseado exclusivamente em princípios. Ora, isto ainda acontece é porque os nossos juristas ainda não dão o devido valor à força normativa dos princípios. [04]

Para ressaltar a importância do reconhecimento da normatividade dos princípios, é que se transcreve a seguir importante conclusão de Bonavides:

Tudo quanto escrevemos fartamente acerca dos princípios, em busca de sua normatividade, a mais alta de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica se resumem no seguinte: não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie.

Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder. [05]

Nesta esteira, a qualificação de determinadas normas como princípios ou como regras, depende da colaboração constitutiva do intérprete. Para tanto, como bem salientado por Ávila, é preciso ter em mente que "normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos". Não existe correspondência entre norma e dispositivo. Isto é, nem sempre que houver um dispositivo haverá uma norma e vice versa. O autor sustenta sua posição invocando os princípios da segurança jurídica e certeza do direito, os quais são normas que não têm dispositivos específicos para lhes dar suporte físico. [06]

Neste ponto, ousamos discordar da posição de Ávila, apesar do enorme admiração e respeito por sua "Teoria dos Princípios". O autor acaba por acolher doutrina [07] que concebe a possibilidade de norma sem base em enunciados prescritivos. Preferimos a posição do Prof. Paulo de Barros Carvalho que assim leciona:

Sucedem que as construções de sentido têm de partir da instância dos enunciados lingüísticos, independentemente do número de formulações expressas que venham a servir-lhe de fundamento. Haveria, então, uma forma direta e imediata de produzir normas jurídicas; outra, indireta e mediata, mas sempre tomando como ponto de referência a plataforma textual do direito posto. [08]

Certo é que a norma jurídica não se encontra enraizada apenas no enunciado prescritivo, ou seja, no texto legal, oriundo exclusivamente de um ato emanado

de fonte autorizada. A norma jurídica surge sim, da interpretação, da conjugação entre a sua programação de variantes semiológicas e dos dados concretos que se propõe elucidar, ou seja, o seu âmbito de realidade. [09]

Fixar estas premissas tem relevância prática na compreensão do direito. Uma vez que os dispositivos são os pontos de partida para a construção de normas pelo intérprete é que não se pode concluir que determinado texto legal contém uma regra ou um princípio. E neste aspecto, Ávila está correto ao afirmar que a qualificação de uma espécie normativa depende muito mais das conexões axiológicas que são construídas pelo próprio intérprete. Mas, incorre em equívoco ao afirmar que tais conexões são independentes do texto legal [10]. Isto porque não se pode perder de vista, em momento algum, que o dispositivo textual deve ser justamente o ponto de referência do aplicador do direito para solucionar um caso concreto.

Carvalho, citando o ilustre Prof. Sacha Calmon Navarro Coelho, demonstra que há muito a importância da distinção entre texto e norma jurídica já era objeto de preocupação da doutrina: "Frise-se que a norma – produto do universo legislado – se não confunde com seus veículos, os entes positivos (leis, decretos – leis, etc.). Tampouco se confunde com as proposições jurídicas que a ciência do direito produz ao descrever a norma, sob a forma, quase sempre de juízos hipotéticos." [11]

Assim, a norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Um único texto pode originar significações diferentes, de acordo com as mais diversas noções que o intérprete tenha dos termos empregados pelo legislador. O fato é que o termo "norma" pode assumir uma multiplicidade de significados, dada a sua largueza semântica, que continua a comportar ambigüidades.

Os positivistas compreendiam a norma como juízo hipotético condicional, isto é, "se ocorrer o fato X, então deve ser a prestação Y" [12]. Assim, toda norma jurídica, enquanto juízo hipotético condicional deveria ser composta por uma hipótese ou descritor e uma consequência ou prescritor. O elo de ligação entre

estes dois elementos da norma jurídica, hipótese e conseqüência, é o dever-ser ou deôntico. Desta maneira, realizado o fato previsto no suposto, instaura-se, automaticamente, a conseqüência. De forma bastante sintética, ocorrendo a subsunção do fato à norma (ocorrência no mundo fenomênico do evento descrito na hipótese na norma jurídica), inevitavelmente os efeitos da norma jurídica, presentes no conseqüente da mesma, nascerão, surgindo para o sujeito passivo o dever de cumprimento de um dos modais deônticos (proibido, permitido e obrigado).

Tal posicionamento encontra-se superado na atualidade, na medida em que confere verdadeira primazia da lei na solução dos conflitos e um papel secundário aos princípios, sendo aplicados tão somente em caso de eventuais lacunas da lei, no desempenho de uma função meramente supletiva.

Ávila acredita que o fenômeno da subsunção do fato a norma é típico (o que é diferente de ser exclusivo) das regras e não dos princípios, que segundo o autor, são normas finalísticas, para cuja aplicação demanda uma avaliação da correlação entre os estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção [13]. Ademais, existem outros tipos de normas, qualificadas como de segundo grau, que não se limitam a determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas ou mesmo estabelecer um fim a ser atingido. São os postulados, que servem como parâmetro para a realização de outras normas.

Fica claro, portanto, que o atributo da normatividade não é exclusividade das proposições jurídicas. Nesse diapasão, registre-se o pensamento pós-positivista de Leite:

É indiscutível que os princípios desempenham esse papel orientador na ordem jurídica, mas sua relevância não se adstringe a esse aspecto diretivo. De fato, no estágio atual de sua compreensão, a sua elevada generalidade não lhes retira a capacidade de solver situações fáticas controvertidas, posto que são considerados, não como simples pautas valorativas, senão como autênticas normas jurídicas, conforme se verá. (...) Os princípios, frise-se, são

normas jurídicas que impõem um dever- ser, dotados de cogência e imperatividade, não podem ser relegados aos casuísmos de quem quer que seja, posto que são a própria essência e substância da consciência jurídica presente em determinado seio coletivo. (...) [14]

Não restam dúvidas de que os princípios têm eficácia normativa, tendo sido superada a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. Tal conclusão reflete diretamente na superação da dogmática jurídica tradicional, aquela desenvolvida sob o mito da objetividade do Direito e da neutralidade do intérprete. Na verdade, esta evolução do pensamento jurídico, muito marcada pela ascensão dos valores, vai ao encontro do pós- positivismo, que ultrapassa o estrito legalismo, sem ter de recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. [15]

Feitas estas considerações preliminares, passar-se-á ao exame detido da distinção entre as espécies normativas à luz da "Teoria dos Princípios" de Humberto Ávila, fazendo-se mais uma recensão às valiosas contribuições trazidas pelo autor para a ciência jurídica contemporânea, do que tentando propor algo diferente de tudo que já foi produzido a respeito.

### 3- POR UMA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Partindo do pressuposto de que não mais restam dúvidas acerca da eficácia normativa dos princípios, serão examinadas as principais propostas de distinção entre os conceitos de regras e princípios, enquanto espécies do gênero norma jurídica. Para tanto, é válida a exposição de um breve panorama evolutivo dos critérios de distinção propostos pela boa doutrina ao longo dos tempos.

Para Larenz, os princípios estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. São pensamentos diretivos, e não regras

suscetíveis de aplicação, pois lhes falta caráter de proposição jurídica, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e de uma consequência jurídica. [16]

No mesmo sentido, Canaris, discípulo de Larenz, leciona que os princípios possuem conteúdo axiológico explícito e carecem, por isso, de regras para sua concretização. Os princípios, ao contrário das regras, recebem seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação. [17]

Dworkin inaugurou o paradigma contemporâneo da teoria dos princípios, buscando proceder à distinção por meio do modo de operação e aplicação das regras e dos princípios. O autor entende que regras são aplicadas ao "modo ou tudo ou nada". Se uma hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita ou não é considerada válida. No caso de colisão de regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário das regras, possuem uma "dimensão de peso" demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que o de maior peso se sobrepõe ao outro sem perder sua validade. [18]

A posição de Alexy é bastante parecida com a de Dworkin. Para ele, a diferença entre as duas espécies normativas é de índole qualitativa. Os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica, por meio da qual são estabelecidos "deveres de otimização" aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas, ou seja, os princípios impõem que algo seja realizado "na medida do possível". [19]

Canotilho também oferece alguns critérios para diferenciar os princípios das regras:

a) grau de abstração - os princípios possuem um grau de abstração relativamente elevado, ao passo que as regras têm esse grau relativamente baixo; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto - em decorrência do alto grau de abstração dos princípios, eles reclamam mediações para serem aplicados, enquanto as regras podem ser aplicadas

diretamente; c) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito - os princípios desempenham um papel fundamental no ordenamento jurídico, por causa de sua posição hierárquica superior ou por força de sua importância estruturante no sistema jurídico; d) proximidade da idéia de direito - os princípios são "standards" juridicamente vinculantes, decorrentes de exigência da "justiça", enquanto que as regras podem ter um conteúdo meramente funcional; e) natureza normogênica - os princípios são fundamento das regras, daí terem uma função normogênica. [20]

A exposição dos pensamentos de alguns dos principais autores que já se preocuparam em empreender uma distinção acerca das espécies normativas comprova que os métodos e critérios estão em visível transição de paradigmas. Nesse diapasão é que se revela de extrema utilidade o enfoque crítico de Ávila, que apresentou modos de aperfeiçoamento aos padrões teóricos até então predominantes.

Porém, antes o autor avaliou detidamente os principais critérios de distinção de maior repercussão na dogmática jurídica, quais sejam: (i) o critério de caráter hipotético-condicional; (ii) o critério do modo final de aplicação; e (iii) o critério do conflito normativo.

O primeiro critério de distinção, pautado no caráter hipotético-condicional, distingue princípios e regras a partir dos elementos, hipótese de incidência e consequência. Para tal corrente, estes elementos se acham presentes nas regras, enquanto que os princípios, diferentemente, apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, a partir daí, encontrar a regra aplicável ao caso concreto. [21]

A crítica lançada a este critério é no sentido de que a existência de hipóteses de incidência nas regras é mera questão de formulação lingüística e não traço distintivo de espécies normativas. Existem princípios que também revelam proposições jurídicas ao modo, "Se, Então". Cite-se como exemplo, o princípio da anterioridade. Se determinada lei estabelecer a exigência de tributo no mesmo exercício da lei que o institui, então, tal norma deverá ser declarada

inconstitucional. Além disso, o fato de um dispositivo ter sido elaborado seguindo os trâmites do devido processo legislativo não impede o aplicador do direito de entendê-lo como princípio, justamente porque cabe ao intérprete a apreensão do sentido do texto da lei, traduzindo-o como norma jurídica, a ser qualificada ou como princípio ou como regra. [22]

Assim, qualquer texto legal pode ser reformulado de modo a apresentar uma hipótese e uma consequência, o que poderia levar ao equívoco de se concluir que toda norma seria uma regra. Nada mais absurdo.

O segundo critério, pautado no modo final de aplicação, leva em consideração a forma como os princípios e as regras são aplicados ao caso concreto. As regras seriam aplicadas ao modo "tudo ou nada", enquanto os princípios seriam aplicados de maneira "mais ou menos gradual". Esta corrente é a defendida por Dworkin e Alexy, tendo sofrido severas críticas de Ávila. Uma delas é o fato de que nem sempre a consequência de determinada norma vai ser implementada de forma absoluta, mesmo tendo sido preenchidos todos os requisitos da situação hipotética respectiva. Outras razões podem se sobrepor àqueles requisitos e contribuir para que, ainda assim, não seja configurado aquele tipo normativo. [23]

Um exemplo seria o caso de uma regra que prevê a aplicação de multa para os condutores que ultrapassarem a velocidade de 70 Km/h em determinada rodovia. Ora, e se um veículo estiver conduzindo uma mulher grávida em regime adiantado de parto? O aplicador da lei pode, naturalmente, entender que a vida da mãe e da criança são valores mais importantes a serem preservados. Assim, mesmo que o condutor tenha preenchido a situação prevista na hipótese, qual seja, ultrapassar a velocidade máxima permitida, por razões não previstas na regra, poderá se ver desobrigado ao cumprimento da obrigação estabelecida na consequência normativa.

Quanto ao terceiro critério pautado no conflito normativo, o mesmo será abordado com maior ênfase no tópico seguinte, que trata especificamente da colisão entre as espécies normativas.

Ao cabo de todas as críticas levadas a efeito por Ávila, o autor propõe outros critérios distintivos e uma nova proposta de classificação das espécies normativas, partindo do pressuposto que um ou vários dispositivos podem experimentar, simultaneamente, uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado), a depender das conexões axiológicas do intérprete. E assim, supera o tradicional modelo dicotômico de classificação das espécies normativas entre regras/ princípios, adotando um modelo tricotômico, por meio da dissociação entre regras/princípios/postulados, estes últimos entendidos como "instrumentos normativos metódicos", os quais serão tratados em tópico específico neste estudo. [24]

O primeiro critério distintivo proposto por Ávila é quanto ao "modo como as espécies normativas prescrevem o comportamento", pelo qual é possível concluir que as regras não se excluem, mas antes, se complementam. Eis a claríssima definição nas palavras do autor:

Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento. [25]

Outro critério distintivo apresentado é o da "natureza da justificação exigida", que leva em consideração a avaliação feita pelo intérprete e aplicador do direito ao confrontar o caso concreto com o dispositivo legal. Deve-se avaliar a correspondência entre a descrição do caso concreto e a descrição hipotética da regra. Os princípios, por sua vez, exigem uma correlação entre o estado de coisas que se busca atingir e os efeitos da conduta no caso concreto. [26]

Por fim, um último critério apontado por Ávila é o que distingue as espécies normativas "quanto ao modo como contribuem para a decisão". Neste sentido, as regras distinguem-se dos princípios na medida em que aquelas consistem em "normas preliminarmente decisivas e abarcantes", uma vez que visa abranger todos os aspectos relevantes para se tomar a decisão. Já os princípios são "normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade", pois não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas apenas contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. [27]

De todos os critérios proposto por Ávila em prol de uma distinção coerente, este último é, sem dúvida, um tanto quanto impreciso. Isto porque, se a norma jurídica é a interpretação obtida a partir dos dispositivos legais, denota-se que para uns o texto pode exprimir uma regra e para outros pode revelar um princípio. Por isto mesmo é que os princípios, em alguns casos, podem sim fundamentar isoladamente uma tomada de decisão, independentemente de terem de ser invocadas razões complementares. Por exemplo, se determinada lei majorou um tributo, tendo aplicado seus efeitos retroativamente, pode sim o juiz pautar-se tão somente na inobservância do princípio da irretroatividade em matéria tributária para manter a eficácia prospectiva da norma jurídica.

Souza Cruz conclama os juristas a refletirem sobre a relevância prática da distinção entre as espécies normativas:

Nem a hermenêutica nem tampouco a teoria do discurso devem suportar essa dicotomia de espécies normativas e, sim, alardear uma mudança no paradigma da interpretação como um todo, pois fora de uma visão em torno da ponderação de valores, qual a utilidade de separar regras e princípios nos parâmetros atuais de nossa racionalidade? Negar uma distinção ontológica entre as espécies normativas implicaria a quadra atual do pensamento jurídico um retrocesso ao positivismo? Cremos sinceramente que não, eis que o essencial é construir uma 'argumentação de princípios', ou seja, calcada na filosofia da linguagem, concretista e aberta, livre, pois, dos padrões formalistas e subsuntivos do positivismo e da filosofia da consciência. [28]

Apesar da admiração pelas idéias trazidas por Souza Cruz, ainda que se admita não haver uma essencial diferença entre as espécies normativas, sendo princípios e regras textos normativos, deve-se reconhecer que é papel dos estudiosos do direito envidar esforços para garantir a sua aplicabilidade e efetividade, razão pela qual se torna sobremaneira relevante a delimitação de seus critérios distintivos.

#### 4- HIERARQUIA E COLISÃO ENTRE AS ESPÉCIES NORMATIVAS

Seria utópico se o sistema jurídico fosse baseado somente em regras, com a aplicação da letra fria da lei, por meio da mera subsunção do fato à norma, sem margem para integração ou interpretação. A sociedade vive em constante e acelerada mutação não sendo possível a existência de textos legais de tão ampla cobertura. Da mesma forma, se o sistema fosse baseado somente em princípios, careceria de precisão, sendo que estaria sempre na dependência da utilização da ponderação para auferir se determinado comportamento/ situação violou ou não algum princípio.

Partindo do pressuposto de que as diferentes espécies normativas devem coexistir harmonicamente, devendo-se manter a ordem interior e unidade do Direito [29], é que muito contribui para as discussões empreendidas no presente estudo avaliar se há hierarquia entre os princípios e qual o caminho mais acertado em caso de conflito entre as espécies normativas.

De acordo com a teoria preconizada por Kelsen, o ordenamento jurídico é um sistema hierárquico de normas. Neste sentido, eis um trecho tradicionalíssimo da obra, "Teoria Pura do Direito", do citado autor:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por

outra; e assim por diante, até bicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. [30]

Segundo o posicionamento de Ávila, ao avaliar a problemática da hierarquização das normas constitucionais, o intérprete deve preocupar-se em saber qual norma deverá prevalecer em caso de conflito, assim caracterizado como contraposição concreta entre normas jurídicas. Deve o hermeneuta ater-se ainda em perquirir se algumas normas jurídicas possuem hierarquia superior (qual norma "vale mais" ou se "sobrepõe"?), bem como investigar quais são as relações de dependência existentes entre as normas jurídicas dentro de um sistema específico. [31]

Ávila lança pesada crítica sobre a tradicional noção de hierarquia que parte do conceito de ordenamento jurídico enquanto uma estrutura escalonada de normas, sustentando que este modelo é insuficiente para cobrir a complexidade das relações entre as normas jurídicas. É posicionamento do autor a respeito:

Com efeito, várias perguntas ficam sem resposta, segundo esse modelo. Quais as relações existentes entre as regras e os princípios constitucionais? São somente os princípios que atuam sobre as regras ou será que as regras também agem simultaneamente sobre o conteúdo normativo dos princípios? Quais são as relações existentes entre os próprios princípios constitucionais? Todos os princípios possuem a mesma função ou há alguns que ora predeterminam o conteúdo, ora estruturam a aplicação de outros? Quais são as relações entre as regras legais, já consideradas válidas, e os princípios e as regras de competência estabelecidos na Constituição? São somente as normas constitucionais que atuam sobre as normas infraconstitucionais ou será que essas também agem sobre aquelas? [32]

O autor propõe a substituição da tradicional noção de hierarquia, pautada em uma sistematização linear (norma superior constitui o fundamento da norma inferior), simples (baseada numa relação de hierarquia linear entre as normas) e não gradual entre duas normas jurídicas (normas estão, ou não,

sistemizadas enquanto hierarquicamente postas), que tem sérias implicações no plano da validade das normas, por um novo modelo de sistematização circular (normas superiores condicionam as inferiores, e as inferiores contribuem para determinar os elementos das superiores), complexo (não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre as normas) e gradual (a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus vários critérios). O novo modelo teria conseqüências, não no plano da validade das normas, mas sim no plano da eficácia, razão pela qual propõe a substituição do postulado da hierarquia pelo da coerência. [33]

Interessante examinar ainda a problemática da hierarquia das normas jurídicas, especificamente no que diz respeito aos princípios constitucionais. Lima, citando Canotilho, se posiciona acertadamente no sentido de que inexistem hierarquia entre princípios constitucionais:

Do ponto de vista jurídico, é forçoso admitir que não há hierarquia entre os princípios constitucionais. Ou seja, todas as normas constitucionais têm igual dignidade; em outras palavras: não há normas constitucionais meramente formais, nem hierarquia de supra ou infra-ordenação dentro da Constituição, conforme asseverou CANOTILHO. Existem, é certo, princípios com diferentes níveis de concretização e densidade semântica, mas nem por isso é correto dizer que há hierarquia normativa entre os princípios constitucionais. Com efeito, como decorrência imediata do princípio da unidade da Constituição, tem-se como inadmissível a existência de normas constitucionais antinômicas (inconstitucionais), isto é, completamente incompatíveis, conquanto possa haver, e geralmente há, tensão das normas entre si. [34]

Efetivamente não há hierarquia entre princípios constitucionais, apesar do senso comum sobre a existência de princípios de maior ou menor importância, decorrendo essa gradação da sua utilização mais frequente e do fato de, muitas vezes, uns englobarem outros. [35] Tavares confirma tal entendimento, na medida em que sustenta que "não há hierarquia normativa entre princípios (...). Não se pode pretender atribuir a um princípio superioridade apriorística,

em relação a outro princípio, por força de algum valor relevante que no primeiro se vislumbra". [36]

A questão posta em discussão não é pacífica. Ataliba afirma que "mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionadas pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema (...)". [37] Por esta razão é que alguns princípios são considerados "irreformáveis", ou seja, estão imantados pela cláusula da inabolibilidade, ao passo que outros podem ser, na forma do processo constitucional legislativo, suprimidos pelo poder constituinte derivado. [38]

Parecem mais acertadas as conclusões dos que acreditam que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, apesar de serem dotados de diferentes níveis de concretização e densidade semântica. Isto porque, o princípio da unidade da Constituição, impede a existência de normas constitucionais antinômicas ou incompatíveis, podendo haver, por outro lado, tensão das normas entre si, que pode ser resolvida, mediante utilização do postulado da coerência, conforme proposta de Ávila que será tratada mais adiante.

Fixando-se a premissa de que não há hierarquia entre os princípios e regras, imperioso se faz avaliar outra questão tormentosa: a de se definir qual o melhor caminho a ser seguido no caso de conflito ou antinomia entre normas jurídicas, especialmente entre princípios.

Maria Helena Diniz, em sua obra acerca dos conflitos entre normas, define a antinomia como "a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular". [39]

Para Bobbio, no caso de conflitos entre regras há três critérios distintos para solução do problema: (i) critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e, por último, o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*). Aplicando-se, por escolha do

intérprete, um destes três critérios, verificar-se-á a validade da regra e sua conseqüente aplicação ao caso concreto, o que necessariamente implica na invalidade da outra regra conflitante. [40]

Os métodos propostos por Bobbio, apesar de altamente eficazes, não são absolutos, vez que as normas em conflito podem conter características também antinômicas. É o caso, por exemplo, de uma regra hierarquicamente superior conflitar com outra que é especial em relação a ela. Se aplicado o critério hierárquico prevalecerá uma norma, se aplicado o critério da especialidade, prevalecerá outra norma. Para estes casos, o autor não tratou de uma solução, sendo a doutrina praticamente unânime no sentido de que a controvérsia é resolvida por meio da aplicação dos princípios gerais de direito e noção de justiça, enquanto fim maior do direito.

No caso dos princípios constitucionais não há o que se falar em antinomias, pois em caso de conflito, não se pode afastar a aplicação de um em detrimento de outro. Como se admitiu linhas acima, isto é que não há hierarquia entre princípios, como então resolver os casos de colisão entre princípios?

Alguns critérios foram delineados pela doutrina estrangeira, os quais têm sido bem recepcionados no ordenamento jurídico pátrio. Um dos critérios mais aceitos é aquele desenvolvido por Hesse, qual seja o da concordância prática, segundo o qual os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso sub examine, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos. [41] Outros critérios, não menos importantes, e que já foram inclusive comentados no tópico anterior, são aqueles preconizados por Dworkin e Alexy, podendo ser também ser utilizados nestes casos.

Lima assim se posiciona sobre a correta forma de aplicação dos critérios para solução de conflitos entre princípios:

A nosso ver, essas duas soluções (concordância prática e dimensão de peso e importância) podem e devem ser aplicadas sucessivamente, sempre tendo o

princípio da proporcionalidade como "parâmetro": primeiro, aplica-se a concordância prática; em seguida, não sendo possível a concordância, dimensiona-se o peso e importância dos princípios em jogo, sacrificando, o mínimo possível, o princípio de "menor peso". [42]

Um dos critérios de distinção entre as espécies normativa aceito por boa parte da doutrina é o do "conflito normativo", segundo o qual a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito a ser solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que havendo conflito entre princípios, deve-se decidir mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles. [43]

Ávila, de maneira bastante convincente, simplesmente desconstrói a tese dos autores defensores da ponderação enquanto método privativo dos princípios, demonstrando que ela pode ser utilizada também no caso de conflito entre regras, as quais podem entrar em rota de colisão em alguns casos, sem, contudo, perder sua validade, dependendo a solução da atribuição de peso maior a uma delas. [44] Tece também severas críticas a teoria de Dworkin, defendendo que não é coerente afirmar que somente os princípios possuem uma dimensão de peso. Do mesmo modo, a aplicação de regras exige o sopesamento de razões, cuja importância será atribuída pelo aplicador. São justamente as decisões que atribuem aos princípios um peso em função do caso concreto. [45]

Ávila dá exemplos verdadeiramente capazes de confirmar sua tese. Um deles é genial, justamente porque suscita a aplicação de uma regra do Direito Penal, que privilegia o princípio da tipicidade cerrada, de cunho eminentemente positivista. É o caso da aplicação do Art. 224 do Código Penal, pelo qual a relação sexual praticada com menor de 14 (quatorze) anos deve-se ter por presumida a violência. Todavia, independentemente do teor do texto legal, o Supremo vem considerando "circunstâncias particulares não previstas pelas normas", tais como a aquiescência da vítima e sua aparência física e (ou) mental de pessoa com idade superior ao limite do tipo. [46]

Realmente a questão posta em exame não é das mais pacíficas. Afonso da Silva discorda do posicionamento de Ávila, ao afirmar que "ser passível ou carente de interpretação" é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios. Mas "ser passível ou carente de sopesamento" é característica exclusiva dos princípios. [47]

A pesquisa acerca da hierarquia e conflitos entre as normas jurídicas é inesgotável. O tema é de relevância indiscutível para a compreensão do constitucionalismo moderno, do pós positivismo e das técnicas de interpretação, notadamente a sistêmica. Todavia, não restam dúvidas de que tanto os princípios quanto as regras contrapostas devem ser sopesados, e neste sentido, são preciosas as contribuições de Ávila, ao invocar a importância dos postulados para o aplicador do direito na solução de antinomias.

## 5- OS POSTULADOS NORMATIVOS

Os postulados são considerados como terceira espécie normativa de acordo com "Teoria dos Princípios" de Ávila, que veio quebrar o paradigma clássico e dicotômico defendido por Alexy e Dworkin. Na visão do autor, uma vez que os postulados não se enquadram nas tradicionais definições de princípios e regras, merecem tratamento diferenciado.

Os postulados são diferentes dos princípios e das regras, por não se situarem no mesmo nível de aplicação. Enquanto os postulados orientam a aplicação de outras normas, os princípios e regras são o próprio objeto da aplicação. Além disso, não possuem os mesmos destinatários, pois os princípios e regras são dirigidos primariamente ao Poder Público e contribuintes, ao passo que os postulados são dirigidos para o intérprete e aplicador do direito. Por isso é que se qualificam como "metanormas" ou "normas de segundo grau". [48] Nos dizeres de Cruz, "os postulados devem ser entendidos como elementos sem os quais soçobram a coerência, a integridade e a consistência do Direito". [49]

Mas os postulados normativos não funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outra, como também é o caso dos sobreprincípios, tais como os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal. A diferença é que os sobreprincípios situam-se no próprio nível das normas de aplicação, e não no nível das normas que estruturam efetivamente (e não somente fundamentam) a aplicação de outras. [50]

O autor defende a existência de dois tipos de postulados: os meramente hermenêuticos, que são aqueles destinados a compreensão em geral do Direito, e os aplicativos, cuja função é estruturar a correta aplicação de outras normas.

Como exemplos de postulados hermenêuticos, cite-se: (i) o postulado da unidade do ordenamento jurídico, o qual exige do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante emprego das categorias da ordem e unidade; (ii) o postulado da coerência, que impõe ao intérprete a obrigação de relacionar determinadas normas com outras que lhes são superiores; e (iii) o postulado da hierarquia, que requer a compreensão do ordenamento como uma estrutura escalonada de normas. [51]

Entre os principais postulados aplicativos, destacam-se: (i) postulado da razoabilidade; (ii) postulado da proporcionalidade; e (iii) postulado da proibição de excesso. A aplicação de uma norma (regra/princípio) seria razoável quando atendesse o fim a que ela se destina, seria proporcional quando encontrasse um equilíbrio entre o bem realizado e o sacrificado e seria não excessiva quando evitasse sacrificar um bem desnecessariamente ou mais que o necessário. [52]

Ousamos, novamente, discordar das lições de Ávila. Ora, não se pode ignorar que os postulados da razoabilidade e proporcionalidade, na classificação do autor, são nítidas manifestações da própria justiça no plano concreto. Nesta esteira, revelam, assim como os princípios, um estado ideal de coisas ou um fim a ser alcançado pelo aplicador do direito, sendo desprovida de qualquer

relevância prática a classificação destas espécies enquanto postulados normativos.

Para Humberto Ávila, não pode haver violação de tais postulados, na medida em que violadas são as normas ou princípios que deixaram de ser corretamente aplicados. [53]

Pode-se também afirmar que os postulados não funcionam da mesma maneira, pois alguns são aplicáveis incondicionalmente e outros dependem da existência de determinados elementos, pautando-se por determinados critérios. Como exemplo de postulados inespecíficos (incondicionados), destaca-se a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso. Como exemplo de postulados específicos (condicionados) aponta-se a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade. [54]

Em verdade, não se pode negar que a Teoria dos Princípios de Humberto Ávila é inovadora, porquanto traz uma inusitada distinção entre as espécies normativas. O autor abandona a tradicional distinção entre princípios e regras, e sustenta que independentemente da denominação que se empreenda, o importante é reconhecer a diferente operacionalidade dos postulados, enquanto deveres estruturantes da aplicação de outras normas.

## 6- OS ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO SISTEMA JURÍDICO

Antes de tudo, é preciso buscar um conceito satisfatório de sistema. Segundo Canaris, "o sistema é uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais do Direito" [55]. Sabe-se que um sistema normativo não se exaure nas regras aprovadas pelo legislador, não podendo ficar adstrito a esse conteúdo meramente positivista.

Por outro lado, um modelo constituído apenas de princípios carece de precisão, sendo inconcebível na medida em que geraria a necessidade constante de ponderação sobre se determinada ação humana feriu ou não algum princípio. Nesta esteira, são válidos os ensinamentos de Canotilho:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa - legalismo - do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um 'sistema de segurança', mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (...).O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (...) levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do 'possível' fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. [56]

Canaris aponta duas características básicas de sistema: ordenação e unidade. Com a ordenação pretende-se exprimir um estado de coisas intrínseco e racionalmente compreensível, isto é, baseado na realidade. Já a unidade atua na ordenação, por intermédio dos princípios fundamentais que lhe conferem sentido, visando evitar a dispersão em uma multiplicidade de normas singulares desconexas. [57]

Mais do que postulados metodológicos, a ordenação e unidade pertencem às exigências ético-jurídicas e radicam a própria idéia do direito, na busca pela garantia da ausência de contradições. Neste sentido, apesar da multiplicidade de valores singulares que compõem o sistema, os princípios gerais do direito, na visão do citado autor, são justamente os elementos que revelam a unidade interna e adequação da ordem jurídica, buscando por trás da lei, a sua *ratio iuris* determinante, [58]

Duas outras importantes características dos princípios são ressaltadas por Canaris: a abertura e mobilidade. Quanto a característica da abertura, verifica-se a incompletude, a capacidade de evolução e alterabilidade do sistema, que se coloca em constante mudança face a incidência de novos princípios, de modo que o próprio direito positivo é suscetível de aperfeiçoamento. Quanto a característica da mobilidade, verifica-se a igualdade fundamental de categorias e a substitutividade mútua dos competentes princípios ou critérios de igualdade. [59]

Ainda em busca de um conceito ideal para sistema, cite-se o posicionamento mais amplo de Freitas:

(...)se conceitue o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição. [60]

Tal conceito peca na imprecisão dos termos utilizados para as espécies normativas, bem como caracteriza o sistema jurídico como sendo hierarquizado. É que parece mais acertada a tese de Ávila acerca da correta distinção entre as espécies normativas em princípios, regras e postulados, bem como o fato do tradicional modelo linear, simples e não gradual de sistema, pautado na hierarquização das normas jurídicas, ter de ser complementado por outro modelo circular, complexo e gradual, pautado no "postulado da coerência".

Misabel Derzi, com seu brilhantismo, utilizou, com aguçada precisão, terminologia jurídica adequada ao definir o sistema constitucional:

Hoje, o Constitucionalismo vê a Constituição como um sistema de normas que aspira a uma unidade de sentido e de compreensão, unidade essa que somente pode ser dada por meio de princípios, continuamente revistos, recompreendidos e reexpressos pelos intérpretes e aplicadores do Texto

Magno. Ou seja, a análise estruturadora sistêmica é necessariamente aberta, visto que, não raramente, normas e princípios estão em tensão e aparentam conflito. Chamamos tais conflitos e tensões de "aparentes", porque a compreensão profunda da Constituição é sempre buscada, sempre descoberta, de forma contínua.

Após todo este estudo preferimos conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica, hierarquizada e coerente de princípios, regras e postulados, que convivem de modo a garantir a sua própria unidade valorativa e adequação interna.

Canaris, de fato revolucionou as teorias sobre os métodos de obtenção do direito, ao defender a relevância do pensamento sistemático, como resposta às exigências renovadas de uma Ciência Jurídica clara, precisa e capaz de responder a uma realidade em permanente evolução, tendo em conta os atuais conhecimentos hermenêuticos e as exigências de maleabilidade deles decorrentes. O nobre jurista foi capaz de comprovar que perante um problema a ser resolvido, não se pode aplicar somente a norma originalmente vocacionada para a solução, sendo necessário invocar todo o direito. [61]

Todavia, ao sustentar os princípios gerais como únicos elementos estruturantes do sistema, incorre em grande equívoco, pois uma das justificativas de sua teoria é a de que "os princípios precisam, para sua realização, de uma concretização através de sub- princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio" [62]. Com isto, nega eficácia normativa aos princípios, os quais não seriam capazes de aplicação imediata, discussão esta que já se encontra absolutamente superada no Direito contemporâneo. Ao defender que as normas não podem ter função sistematizadora [63], uma vez normas não podem aglutinar outras normas, é que partindo das premissas fixadas neste estudo, no sentido de que princípios são sim considerados normas jurídicas, conclui-se que a definição de Canaris perde consistência.

Creemos que não são somente os princípios gerais os elementos estruturantes do sistema capazes de garantir a sua unidade e ordenação, mas sim o

relacionamento das diversas espécies normativas entre si que irradiam seus efeitos por todo o complexo jurídico, pautado nos postulados hermenêuticos e aplicativos defendidos por Ávila, conforme exposto linhas acima.

Se o pensamento pós positivista admite os princípios como normas jurídicas de elevado teor axiológico, sendo independentes de enunciação em qualquer corpo legal, isto significaria dizer que enquanto norma, não poderia aglutinar ou ter a função de sistematizar outras normas? Como fica o pensamento sistemático preconizado por Canaris neste sentido? Parece que tal pensamento precisa ser repensado.

Para fortalecer o pensamento que ora se pretende expor, é que mais uma vez se invoca as lições de Canotilho, o qual explicita a idéia de que o sistema jurídico deve ser visto como um sistema normativo aberto de regras e princípios:

(1) – é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas;

(2) – é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica {Caliess} traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’;

(3) – é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas;

(4) – é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.

[64]

Não se pretende, por ora, aprofundar nesta discussão, até porque este não é o cerne do presente estudo. A intenção é tão somente a de tentar fazer uma avaliação crítica das contribuições trazidas por Canaris ao pensamento jurídico

ao propor uma definição de sistema, lançando apenas algumas reflexões, que sem dúvida alguma, precisam ser mais bem exploradas em outro trabalho.

O que precisa ficar claro, portanto, é que o estudo do pensamento sistemático deve ser complementado pelo exame profundo das diferenças entre as espécies normativas, pois todas elas se prestam a garantir a composição ordenada e harmônica da estrutura do sistema jurídico.

## 7- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto, é possível compendiar algumas das principais idéias desenvolvidas, nas proposições a seguir.

(a) Na atual classificação pós- positivista norma é o gênero do qual são espécies as regras e os princípios. Estes últimos têm reconhecida eficácia normativa, reflexo do direito contemporâneo, que demanda um conjunto normativo mais flexível e aberto à subjetividade do aplicador do direito.

(b) Norma e texto legal não se confundem. Os dispositivos são necessariamente os pontos de partida para a construção de normas, que dependem de conexões axiológicas do intérprete, inclusive para classificar uma espécie normativa.

(c) Merece aplausos a distinção das espécies normativas propostas por Ávila entre regras (normas descritivas), princípios (normas finalísticas) e postulados (normas metódicas), que superou o tradicional modelo dicotômico.

(d) A noção de sistema jurídico composto por normas organizadas de forma hierárquica deve ser substituída por um modelo de sistematização circular, complexo e gradual, devendo-se admitir que não há hierarquia entre princípios constitucionais.

(e) Em caso de conflito normativo, tanto as regras como os princípios são passíveis de sopesamento e ponderação.

(f) Todas as diversas espécies normativas devem ser consideradas elementos estruturantes do ordenamento jurídico, não tendo os princípios o condão de garantir, com exclusividade, a unidade e ordenação do sistema. Os postulados, por exemplo, têm exatamente este papel.

Resta evidente que o assunto ainda é incipiente. Apesar das várias contribuições timidamente apontadas neste trabalho, as bases teóricas ainda estão em pleno desenvolvimento, cabendo aos juristas acompanhar e contribuir para tal evolução de modo garantir a maior efetividade na aplicação das normas jurídicas.

## 8- REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Belo Horizonte: Del Rey, Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, p. 607- 628.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSIS, Wilson Rocha. A normatividade dos princípios e a pós modernidade. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8212>. Acesso em: 25.01.2009.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de; Barroso, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Afonso da Silva, Luís virgílio (organizador). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208&p=1>. Acesso em: 25.01.2009.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª edição. Brasília: UNB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANARIS, Klaus Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Almeida, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1.999.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Conflito de Normas. São Paulo: Saraiva, 1987.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 2ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Brasília: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. 2ª ed.ver.amp. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUASTINI, Ricardo. Dalle fonti alle norme. Torino: Giapichelli, 1.993.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1.998.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, George Salomão. A Abertura da Constituição em Face dos Princípios Constitucionais. Disponível em <http://www.jfpb.gov.br/esmafe/Pdf>. Acesso em 28.01.2009.

LIMA, George Marmelstein. Hierarquia entre Princípios e Colisão de Normas Constitucionais. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2625>. Acesso em: 27.01.2009.

LIMA, George Marmelstein. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais. Disponível em <http://direito.memmes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1495>. Acesso em 25.01.2009.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARAIVA, Paulo Lopo. Direito, política e justiça na contemporaneidade. Campinas: Edicamp, 2002.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. Regras e Princípios: Por uma Distinção Normoteorética. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, América do Sul, n. 45, ago/2007.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-51.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da Norma Jurídica. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

#### Notas

1. BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 7a ed. Unb, Brasília, 1996, p. 159.

2. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 55.

3. ASSIS, Wilson Rocha. A normatividade dos princípios e a pós modernidade. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8212>. Acesso em: 25.01.2009.

4. LIMA, George Marmelstein. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais. Disponível em <http://direito.memmes.com.br/jportal/portal.jsf?post=1495>. Acesso em 25.01.2009.

5. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 255.

6. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 30-35.
7. Vide, GUASTINI, Ricardo. Dalle fonti alle norme. Torino, Giapichelli, 1.993, p. 16.
8. CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1.999, p. 22
9. SARAIVA, Paulo Lopo. Direito, política e justiça na contemporaneidade. Campinas: Edicamp, 2002, p. 10.
10. ÁVILA, Humberto, op.cit, p. 34.
11. COELHO, Sacha Calmon Navarro, Teoria Geral do Tributo e da Exoneração Tributária, p.66, apud CARVALHO, Paulo de Barros. Op.cit, p. 19.
12. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 8.
13. ÁVILA, Humberto. Op.Cit., p. 137, 138 e 180.
14. LEITE, George Salomão. A Abertura da Constituição em Face dos Princípios Constitucionais. Disponível em <http://www.jfjb.gov.br/esmafe/Pdf>. Acesso em 28.01.2009.
15. BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208&p=1>. Acesso em: 25.01.2009
16. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 674 e ss.
17. CANARIS, Klaus Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 88-99.
18. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 24-26.
19. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.
20. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 166-167.
21. ÁVILA, Humberto. Op. Cit, p. 40.
22. Ibidem, p. 41-43.
23. Ibidem, p. 44-51.

24. Ibidem, p. 69 e 71.
25. Ibidem, p. 71.
26. Ibidem, p. 73.
27. Ibidem, p. 76-78.
28. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. Regras e Princípios: Por uma Distinção Normoteorética. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, América do Sul, n. 45, ago/2007, p.70-71.
29. CANARIS, Klaus Wilhelm. Op. Cit, p.18.
30. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1.998, p. 247.
31. ÁVILA, Humberto. Op. Cit, p. 124.
32. Ibidem, p. 126-127.
33. Ibidem, p. 125 e 127.
34. LIMA, George Marmelstein. Hierarquia entre Princípios e Colisão de Normas Constitucionais. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2625>. Acesso em: 27.01.2009.
35. O princípio da segurança jurídica, por exemplo, engloba o princípio da irretroatividade das leis tributárias.
36. TAVARES, André Ramos. Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27-28.
37. ATALIBA, Geraldo apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 165.
38. Ibidem, p. 155.
39. DINIZ, Maria Helena, Conflito de Normas. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 23
40. BOBBIO, Norberto. Op. Cit, p. 91-94.
41. FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos. Brasília: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 98.
42. LIMA, George Marmelstein. Op. Cit. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2625>.
43. ÁVILA, Humberto. Op.Cit, p. 51.
44. Ibidem, 52.
45. Ibidem, 59.

46. Cf. STF, 2ª turma, HC 73.662-9, relator Min. Marco Aurelio, DJU 20.09.1996.

47. AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Belo Horizonte: Del Rey, Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, p. 617.

48. AVILA, Humberto. Op. Cit.,p.122 – 123.

49. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. Op. Cit, p.37.

50. AVILA, Humberto. Op. Cit.,p 135.

51. Ibidem, p. 124.

52. Ibidem, p. 182.

53. Ibidem, p. 134.

54. Ibidem, p. 142 – 143.

55. CANARIS, Klaus Wilhelm. Op. Cit, p. 77.

56. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit, p. 1162.

57. CANARIS, Klaus Wilhelm. Op.Cit, p. 12.

58. Ibidem, p. 77.

59. Ibidem, p. 103.

60. FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. 2ª ed.ver.amp. São Paulo: Malheiros,1998, p.50.

61. CORDEIRO, Antonio Menezes in Prefácio de CANARIS, Claus-Wilhem. Op.Cit, p. CXI-CXII.

62. CANARIS, Klaus Wilhelm. Op.Cit, p. 88.

63. Ibidem, p. 81.

64. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Almeida, 2000, p. 1123.

\* Advogada, especialista em Direito Tributário pelo IBET, especialista em Direito Empresarial pela UFU/MG, mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG, professora universitária.

Disponível em:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12597>

Acesso em: 18 abr.2009.