

# **Princípios Constitucionais**

**Walter Claudius Rotherburg\***

Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.

(PAULO BONAVIDES)

## **SINOPSE**

Um estudo sobre os princípios constitucionais, sua caracterização e distinção em relação às demais normas jurídicas (regras), o papel que desempenham, sua relação com a concepção sistêmica do Direito, suas classificações, sua localização e o perigo de serem utilizados com finalidade meramente retórica, ideologicamente manipulados.

**Sumário:** Introdução; 1. Distinção entre Princípios e Regras; 1.1. Distinções de natureza; 1.2. Distinções formais. A possibilidade de aplicação imediata dos princípios a casos concretos; 1.3. Distinções de aplicação (incidência); 1.4. Distinção funcional; 1.5. Diferenciação global; 2. Os Princípios na Concepção Sistêmica do Direito; 2.1. O princípio da unidade hierárquico-normativa da constituição; 3. Classificação dos Princípios (Constitucionais); 4. A localização dos Princípios e o Preâmbulo; 5. Os Princípios como decisões Políticas Fundamentais e o Caráter Retórico dos Princípios; 6. Conclusão; Referência Bibliográficas.

## **Introdução**

Percebe-se diferença entre dispositivos como o que apresenta a nossa “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988); o que elenca, entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, “a dignidade da pessoa humana”, “os valores sociais

\* Doutorando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná. Professor do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná. Procurador da República.

do trabalho e da livre iniciativa” e o “pluralismo político” (artigo 1º, III, IV e V); o que diz que nossas relações internacionais regem-se por princípios tais que a “autodeterminação dos povos” e a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (artigo 4º, III e IX); o que apresenta, dentre os princípios gerais da atividade econômica, a “função social da propriedade”, a defesa do consumidor e do “meio ambiente”, a “busca do pleno emprego” (artigo 170, III, V, VI, e VIII). todos por um lado, e por outro, dispositivos como o que veda apenas de caráter perpétuo (artigo 5º, XLVII); o que declara serem bens da União os recursos naturais da plataforma continental (artigo 20, V); o que estabelece que o Congresso Nacional reunir-se-á de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro (artigo 57, *caput*); o que garante a inalienabilidade e indisponibilidade das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (artigo 231, parágrafo 4º).

Essa diferença é quase evidente ante o caráter “abstrato” e o conteúdo imensamente rico dos primeiros, face a uma maior especificidade dos últimos. A diferença, porém, não é tão simples de ser precisada com rigor.

Os dispositivos da primeira ordem seriam exemplos de **princípios**; os da segunda, exemplos de **regras** constitucionais.

A distinção é antiga e clássica.

## 1. Distinção entre Princípios e Regras

Uma primeira abordagem negava caráter de autênticas normas jurídicas aos princípios. Por força de sua suposta natureza “transcendente”, ou em razão de seu conteúdo e vaguidade, bem como pela formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediata),<sup>1</sup> eram os princípios qualificados como meros preceitos de ordem moral ou política, mas não autênticos comandos de Direito. E porque a própria constituição seria, justamente, aquele momento lindeiro entre o social (a moral, o político etc.) e o autenticamente jurídico, ou seja, porque a própria

1. Com majestosa incursão na Teoria Geral do Direito, o Professor EROS ROBERTO GRAU (1990, p. 125) adverte, sobre os princípios: “Quanto à estatuição (*Rechtsfolge*, injunção), neles também comparece, de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras *normas jurídicas incompletas*. Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto de fato ou a estatuição de outras normas jurídicas, não obstante configurado norma jurídica na medida em que, como anota Larenz, existem em conexão com outras normas jurídicas, participando do sentido da validade delas”.

constituição não representaria um corpo estritamente jurídico, aparecia ela como o repositório natural dos princípios assim considerados (desprovidos de natureza eminentemente jurídica).

A partir daí, detecta-se um movimento no sentido do reconhecimento de juridicidade aos princípios, que levaria até a identificação entre os princípios e os demais preceitos jurídicos. Quando muito, haveria uma mera distinção de grau (“quantitativa”) - mas não de natureza - entre os primeiros (dotados de uma maior generalidade) e os outros (mais “concretos”). A virtude dessa posição extrema reside na franca admissão dos princípios como “entes” jurídicos. Todavia, culmina por negar-lhes identidade.

Essa a questão: o que são os princípios (constitucionais), e no que se distinguem?

Ora, princípio jurídico é

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 1994, p. 450 - 451).

O termo aparece muito mais no sentido de fundamento, base, do que no sentido de origem, início (SILVA, 1982, p. 107 e s.; 1989, p. 81), “que deriva da linguagem da geometria, ‘onde designa as verdades primeiras’ (BONAVIDES, 1994, p. 228, citando LUÍS DIEZ PICAZO).<sup>2</sup>

Ainda outra definição vem dos primórdios da atual Corte Constitucional italiana (1956):

(devem-se) considerar princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam reduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico (BONAVIDES, ob. cit., p. 229 - 230).

2 O conceito de princípio serve à Ciência em geral, conforme aponta MIGUEL REALE (1986, p. 60): “Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam *princípios* proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus *pressupostos* necessários”.

Nota-se, outrossim, que os princípios constitucionais outros não são que os “velhos conhecidos” princípios gerais de Direito (**de um determinado Direito**), agora dignamente formulados através das normas supostamente mais importantes do ordenamento jurídico. A localização não é irrelevante, quer em razão da evidência que assim se empresta aos princípios, quer pela superioridade formal de que se revestem no quadro - hoje largamente predominante - das constituições rígidas.

### 1.1. Distinções de Natureza

Antes de adentrar a discussão acerca da autonomia conceitual dos princípios, com detenções em suas particularidades e distinções para com as demais normas jurídicas, mister se faz render homenagem ao muito que todos - princípios como regras - têm em comum, é dizer, da normatividade de ambos, a fazê-los espécies filiais de um mesmo gênero: a norma jurídica.<sup>3</sup> Sobre essa identidade básica é que se vão traçar diferenças, a respeito da diversa normatividade que cada qual apresenta, justificando uma natureza própria tanto aos princípios quanto às regras, mas que não deve ocultar o que lhes é igual em essência.

Se os princípios (constitucionais) têm sua peculiaridade, distinguindo-se por sua **natureza** (qualitativamente)<sup>4</sup> dos demais preceitos jurídicos, a distinção está em que constituem eles **expressão primeira** dos **valores fundamentais** expressos pela ordem jurídica, **informando sobretudo materialmente** as demais normas (fornecendo-lhes a inspiração para o recheio) - e nesse sentido são superiores a elas (daí por que se dizer que os princípios determinam integralmente qual há de ser a substância do ato pelo qual são executados: princípios como limite e conteúdo, enquanto as demais normas nunca chegam a determinar completamente as que lhes são inferiores).

CANOTILHO (1993, p. 166 - 167) considera tais aspectos como: a “proximidade” dos princípios em relação à idéia básica de Direito que orienta a ordem jurídica, o “caráter de fundamentalidade” desempenhado pelos princípios enquanto fontes primeiras de Direito (“devido à sua posição hierárquica... ou à sua importância estruturante”) do sistema; a

<sup>3</sup> O Professor JORGE MIRANDA (1988, p. 198) traduz na designação essa matriz comum, ao referir-se a “normas-princípios” e “normas-disposições”.

<sup>4</sup> Mas também por sua funcionalidade (**utilidade**), conforme se verá em seguida.

“natureza normogenética” dos princípios - “normas que estão na base ou constituem a *ratio de regras jurídicas*”.

BONAVIDES (ob. cit., p. 245), citando DOMENICO FARIAS, designa o caráter de fecundidade dos princípios.

### **1.2. Distinções formais. A possibilidade de aplicação imediata dos princípios a casos concretos.**

A marca essencial que vem de ser mencionada faz-se acompanhar de uma **diferenciação formal** (ou distinta forma de apresentação): os princípios são dotados de um elevado grau de abstração - o que não significa indeterminação - e, consequentemente, de baixa densidade semântico-normativa (integrável por meio de interpretação, e aplicação, sobremodo através de outras normas, até mesmo individuais, como decisões judiciais e atos administrativos), ao passo que as demais normas (regras) possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa.

O Professor CANOTILHO (1993, p. 166) nos ajuda a compreender isso aludindo ao “*grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto”(que, nos princípios, por ser menor, estaria a demandar “mediações concretizadoras... enquanto as regras são suscetíveis de aplicação directa”). FERNANDO MUNIZ SANTOS (1995, p. 16) esclarece definitivamente que por densidade normativa “compreende-se a capacidade ou não duma determinada norma jurídica incidir num caso concreto de maneira direta, sem a necessidade da já ‘mediação’, por parte dos operadores jurídicos”.

Os princípios são dotados de **vaguidade**, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas em direção às quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se da expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos<sup>5</sup> e imprecisos: ao

5 Note-se que generalidade e vaguidade não se confundem, quando se considera generalidade em relação ao âmbito de abrangência (quantidade de situações) apenas, e não em relação em conteúdo (sentido, tipo de situação). Uma norma pode ser precisa em seu significado mas genérica em seu alcance, como a que diz que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (Constituição brasileira de 1988, artigo 5º, VIII).

contrário, possuem um significado determinado - e passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam **determináveis em concreto**:

Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios, isso não significa que eles sejam unpredictíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (*impredictibilidade dos princípios*); permitem, sim, projecções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade (*indeterminabilidade*), mas sempre limitadas pela juridicidade objectiva dos princípios. (CANOTILHO, 1993, p. 191).

Além disso, a determinação de sentido dos princípios depende sempre do contexto, correspondendo ao sentido que os respectivos valores assumem na realidade histórica: “o ordenamento jurídico não constitui um conjunto de regras jurídicas cujo sentido e alcance independe do contexto político e social, mas sim que tais regras estão subordinadas a fins em função dos quais devem ser interpretadas” (diz GRAU, ob. cit., p. 94, citando PERELMAN). CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO (1992, p. 82), ao dissertar sobre os princípios fundamentais do Direito Civil, expõe:

... Quer os princípios conformadores do nosso actual “modelo” de direito civil, quer as normas que os aceitam e desenvolvem, são elementos válidos numa dada circunstância espacial e temporal... Trata-se de explicar, não uma suma do “direito natural”, mas as opções e critérios valorativos de caráter jurídico que dão aqui e agora num certo sentido ao conteúdo do direito privado.

Por outro lado, este quadro de princípios, que fundamenta e retrata sinteticamente o direito civil actual, *não brotou por espontânea geração* no solo da vida social de hoje. Trata-se de *um produto histórico*, em cuja gestação concorrem opções fundamentais sobre a organização econômica e

Convém notar ainda, com BOULANGER, que “a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio”.

“... uma regra jurídica é geral se for estabelecida para um número indeterminados de atos ou fatos (RIPERT E BOULANGER), mas sob certo aspecto ‘ela é especial na medida em que *rege tão-somente atos ou fatos*, ou seja, é editada completando uma situação jurídica determinada’.

“... ‘O princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicações*’”. (BONAVIDES, ob. cit., p. 239-240).

NORBERTO BOBBIO (1990, p. 158-159), levando em conta o dado da generalidade e supondo que os princípios devem ser inferidos do ordenamento jurídico, encontra assim uma justificativa de sua normatividade “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 obtendo sempre animais, e não flores ou estrelas”.

social e mesmo sobre a concepção do homem. Opções, cuja a gestação, por sua vez, é determinada pelos dados sociológicos, culturais e históricos que condicionam toda a organização da sociedade em cada momento e em cada lugar.

Ilustração dessa possibilidade/necessidade de determinação concreta e episódica dos princípios é generosamente fornecida pela jurisprudência desenvolvida nas últimas décadas pelo Conselho Constitucional francês, que, autorizado pelo preâmbulo da atual Constituição de 1958 (que remete ao preâmbulo da Constituição anterior de 1946, que, por seu turno, alude aos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”), efetua o controle de constitucionalidade respaldado em princípios tomados na acepção que o próprio juiz constitucional empresta:

Nenhum texto dá uma lista desses princípios. O Conselho Constitucional é que os determina e os enuncia livremente, na medida do desenvolvimento de sua jurisprudência. Realiza-o, em princípio, a partir dos textos legislativos relativos às liberdades e aos direitos adotados antes de 1946... que constituíra a grande época do liberalismo francês. Se esses princípios ligam-se normalmente a textos legislativos, eles não são menos dissociáveis destes últimos: com efeito, o Conselho Constitucional distingue nitidamente entre o princípio que sustenta o texto e que possui, somente ele (princípio), valor constitucional (por exemplo, o princípio fundamental da liberdade de associação) e o próprio texto, que precisa as modalidades de arranjo dessa liberdade e que permanece um texto de lei ordinária...

...  
É preciso indicar enfim que o valor constitucional das normas às quais o Preâmbulo de 1958 remete não terá efeito útil e prático senão se seu conteúdo for suficientemente preciso para que o Conselho Constitucional possa impor sua observação ao legislador. (PACTET, 1991, p. 478 - 479 e 480).

Desconsiderar que os princípios já carregam um certo e suficiente significado, e sustentar sua insuperável indeterminação, representa desprestigar sua funcionalidade em termos de vinculação (obrigatoriedade), continuando-se a emprestar-lhes uma feição meramente diretiva, de sugestão - o que não se compadece, absolutamente, com a franca normatividade que se lhes deve reconhecer.

A Constituição contém, uma “*força geradora*” de direito privado. As suas normas não são meras directivas programáticas de caráter indicativo, mas normas vinculativas que devem ser acatadas pelo legislador, pelo juiz e

demais órgãos estaduais. (PINTO, ob. cit., p. 72, tratando do universo do Direito Civil).

Portanto, inclusive quando os princípios não estejam retomados e desenvolvidos por preceitos mais precisos e específicos, é possível - embora de difícil operacionalidade - deduzir e atender pretensões imediatas com fundamento exclusivo nesses princípios jurídicos.

... em casos absolutamente excepcionais, por não existir cláusula geral ou conceito indeterminado adequado (no âmbito das normas de direito privado), uma norma constitucional reconhecedora de um direito fundamental aplica-se independentemente da mediação de uma regra de direito privado (p. ex. a protecção contra o uso incorrecto da informática, nos termos do art. 35º da Constituição...) (PINTO, ob. cit., p. 74, referindo-se ao ordenamento português).

Desde que os princípios sejam devidamente sopesados e desenvolvidos em sua concreta aplicação:

Não pode aceitar-se uma aplicação absoluta de um princípio constitucional, isoladamente considerado ou uma esquemática e abstracta determinação do conteúdo das normas sobre direitos fundamentais na sua significação para as relações positivadas. Impõe-se uma consideração diferenciadora de todas as facetas e especificidades do problema ou situação real, em ordem a possibilitar as necessárias coordenações ou conjugações de princípios constitucionais, contrastantes relativamente à situação concreta. (PINTO, ob. cit., p. 78).

Às vezes, a satisfação imediata pode ser positiva, através da aplicação direta do princípio - por exemplo, exigência de declaração de bens e rendimentos por ocasião da assunção e do desligamento de certa função pública,<sup>6</sup> conforme com os princípios da responsabilidade e da moralidade administrativa, reflexos do macroprincípio republicano; ou ainda a abertura de crédito especial, sob “prévia autorização legislativa e... indicação dos recursos correspondentes” (Constituição brasileira de 1988, artigo 167, V), para realizar programa de preservação ambiental, de acordo com o princípio

6 Hoje já existe legislação específica - Lei federal 8.429, de 02.06.1992:

“Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no Serviço de Pessoal competente.

“...”

“Parágrafo 2º. A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

“...”

de “defesa do meio ambiente”, reitor da atividade econômica (artigo 170, VI). Outras, o cumprimento ocorre sob viés “negativo”, por aplicação indireta - exemplos: mandados de segurança contra tratamento inadequado dado a espião estrangeiro de guerra, ou contra a instituição de campos de concentração, com base apenas no princípio da dignidade humana; o princípio da busca do pleno emprego embasando a declaração de inconstitucionalidade de uma medida governamental recessiva. KARL LOEWENSTEIN (1983, p. 213, nota 124) ilustra com o seguinte caso judicial: “Com base no artigo 1º da Constituição (alemã), que tem por objeto a proteção da dignidade humana, o Tribunal Federal Supremo (*bundesgerichtshof*) proibiu o uso do detector de mentiras sem o consentimento do acusado (*vid. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, V*) (154, 333)”.

Claro que os princípios, por seu natural aspecto vago e genérico, oferecem problema à concretização (exata determinação) em face das situações referidas. É complicado - quanto não impossível - reconhecer um direito subjetivo por aplicação direta de um princípio.<sup>7</sup> Porém é justamente nessa característica de “abertura” que reside a grande utilidade dos princípios:

... certas normas, na medida em que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, vão perdendo densidade semântica, elas ascendem para uma posição que lhes permite sobrepor uma área muito mais ampla. O que elas perdem, pois, em carga normativa, ganham como força valorativa a espalhar-se por cima de um sem-número de outras normas. (BASTOS e MARTINS, 1988, p. 340).

“A verdade que fica é a de que os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva. Contêm em estado de virtualidade grande número das soluções que a prática exige”. (BOULANGER, citado por BONAVIDES, ob. cit., p. 240). Somente assim é que podem eles agasalhar os principais valores e “imantar” todo o sistema normativo de modo suficientemente elástico.

7 BASTOS e BRITO (1982, p. 83) pretendem “que as normas de programação finalística são inaptas para gerar, por si mesmas, e desde logo, direitos subjetivos. Mas é o fato também que nem toda a norma programática se preordena à criação de situações subjetivas. Parte delas se limita a submeter o legislativo a um dever de normação em determinada sentido, para incremento de uma certa atividade ou determinado fim jurídico, apenas”, exemplificando com o dever de o Estado “incentivar a pesquisa e o ensino científico e tecnológico”. Hipóteses que tais permitem, no entanto e conforme a situação, a configuração de verdadeiro direito subjetivo (constitucionalmente albergado)

Destarte, o diploma constitucional sobreviverá ao desenrolar do processo histórico apenas se contiver em seu cerne as sementes das mudanças, sendo que estas alojam-se precisamente na estrutura aberta dos princípios, capazes de, muitas vezes, recepcionar as mudanças ocorridas no seio da Sociedade, em que isto importe numa contínua modificação do texto constitucional.

... deve-se atinar para o fato de que o programa normativo dos princípios, sendo resultado da interpretação parcial de valores, mutáveis historicamente, maleáveis, aptos a cumprirem múltiplas funções, possuem uma *densidade normativa* menor que a encontrável no programa normativo das regras, sendo isto não um demérito aos princípios, mas sim a sua força. (SANTOS, ob. cit., p. 14 e 16).

Vale igualmente referir a colocação de BASTOS e BRITO (ob. cit., p. 16 - 17):

Instituições e princípios, diga-se, nunca totalmente traduzíveis na estreiteza vernacular da regra formalmente posta, por duas fundamentais razões: primeiramente, porque padecem de uma imprecisão conceitual ontológica, sendo essa imprecisão mesma o seu principal fator de atualização histórica, enquanto idéias conformadoras de caracteres humanos e aliciadoras de ações concretas; segundamente porque a absorção normativa de tal vaguidade conceitual ou elementar se revela, pragmática e logicamente, como o mais eficiente meio de proteção dos bens jurídicos nelas substanciados.

Não se está a afirmar, entenda-se, que a Lei Maior não possa, querendo, atribuir aos princípios e instituições políticas um sentido exclusivamente jurídico, da própria técnica do direito positivo. Nem, por igual, que eles sejam destituídos de uma significação jurídica mínima, sob as vestes com que o direito os recobriu. O que se está a encarecer, principalmente, é que as Constituições escritas costumam desvestí-los de objetividade absoluta, cedendo aos imperativos de sua própria ontologia, visto que a vacuidade expressional, no caso, cumpre uma função social e se revela como estratégia protetiva dos bens jurídicos que se lastreiam em princípios e instituições de tal jaez.

JAPIOT<sup>8</sup> observa literariamente que “os princípios haurem parte de sua majestade no mistério que os envolve”.

Ademais, um certo aspecto de generalidade qualquer norma jurídica - enquanto tipo ou modelo ordenador de condutas - possui. O traço

<sup>8</sup> Citado por BOULANGER, referido por BONAVIDES (ob. cit., p. 239). A mesma citação em Grau (ob. cit., p. 92).

distintivo reside, mais propriamente, é na maneira como essa “generalidade” apresenta-se em ambos:

... a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Não obstante, ela é especial na medida em que *não regula senão tais atos ou tais fatos*: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada.

Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicações*. (GRAU, ob. cit., p. 112, em DWORKIN e BOULANGER).

Confundir princípios e demais normas (regras) é desconhecer o que cada qual apresenta. Não se pode exigir dos princípios o que não oferecem (CLÈVE, 1994), pena de suprimir-lhes as virtudes.

Em todo o caso, os princípios não devem passar por cima das regras de integração/complementação: sempre que, possível, não se deve exigir daqueles um grau de concretitude ao qual não estão originalmente dispostos, nem desprezar que a melhor maneira de viabilizar o efetivo cumprimento dos direitos esboçados pelos princípios é através da atividade de desenvolvimento (que inclui, obviamente, a consideração de ESSER sobre o princípio enquanto “ponto de partida (*starting point, diz ele*) que se abre ao desdobramento judicial de um problema” - BONAVIDES, ob. cit., p. 243).

... o princípio, pelo contrário, expressa a imediata e não desenvolvida derivação normativa dos jurídicos: seu pressuposto é sumamente geral e seu conteúdo normativo é tão evidente em sua justificação como inconcreto em sua aplicação. É aqui que o princípio, ainda quando legalmente formulado, continua sendo princípio, necessitando por isso de desenvolvimento legal e de determinação casuística em sua aplicação judicial. (BONAVIDES, ob. cit., p. 262, desta feita citando GORDILLO CANAS)

Desenvolvendo o raciocínio, CANOTILHO (1993, p. 180 - 182) observa que a constituição há de ser compreendida “como um sistema interno assente em *subprincípios* e *regras constitucionais* concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (=diferente densidade semântica)”. O Professor luso aponta os “*princípios estruturantes*, constitutivos e indicativos das idéias directivas de toda a ordem constitucional” (nomeadamente, no sistema constitucional português, os princípios do Estado de Direito, democrático e republicano), princípios esses que “ganham concretização através de outros princípios (ou

subprincípios) que <<densificam>> os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno (a uma <<união perfeita>> alude LARENZ)” (exemplificando: o princípio do Estado de Direito vem por subprincípios - ou princípios gerais fundamentais - tais que o da constitucionalidade e o da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, os quais, por seu turno concretizam-se “ainda mais através de outros princípios constitucionais especiais”, como o princípio da proibição do excesso e o da não-retroatividade de leis restritivas, em relação ao princípio da vinculação do legislador aos direitos fundamentais). Por fim:

Os princípios estruturantes não são apenas densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais. A sua concretização é feita também por várias *regras constitucionais*, qualquer que seja a sua natureza. Assim, as normas garantidoras do direito de recurso contencioso contra certos actos da administração art. 268º/4) constituem uma concretização do princípio geral da legalidade da administração e do princípio especial da prevalência da lei e do princípio estruturante do Estado de Direito. As normas reconhecedoras de direitos econômicos, sociais e culturais, densificam o princípio da socialidade que, por sua vez, concretiza o princípio democrático na sua dimensão de democracia econômica, social e política.

Essa retomada e desenvolvimento dos princípios efetua-se por quaisquer atos normativos, até os mais específicos, diante da aplicação concreta:

A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas da sua articulação com outros princípios ou normas constitucionais de maior densidade de concretização. Longe disso: o *processo de concretização constitucional* assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (*concretização legislativo*) e pelos órgãos de aplicação do direito designadamente os tribunais (*concretização judicial*) a problemas concretos... (CANOTILHO, 1993, p. 191).

### 1.3. Distinções de aplicação (incidência)

Além disso, completam o perfil dos princípios ainda outras características ligadas à incidência (**aplicação**).

Parte do que vem de ser dito, sobre o caráter vago dos princípios em contrapartida à maior densidade semântico-normativa (concretitude) das regras, reflete-se no campo da incidência: “As regras possuem uma

estrutura pouco maleável, sendo estabelecidas para incidir em determinadas realidades, enquanto os princípios possuem uma estrutura maleável, *aberta*, que os capacita a incidirem em diversos casos concretos, dos mais diferentes matizes. "(SANTOS, ob. cit., p. 12).

Então, ao contrário de uma impossibilidade genética de aplicação imediata, os princípios não só podem atuar desde logo, como essa incidência chega a ser, num certo sentido, até mais "fácil" que a das regras, pois aqueles, em função de sua abrangência, orientam as demais normas jurídicas por todos os ângulos e de todas as maneiras, tanto direta (nos casos em que socorrem imediatamente uma pretensão específica) quanto indiretamente (na interpretação, na colmatação de lacunas etc.).

Eles (os princípios) exercem uma ação imediata, enquanto directamente aplicáveis ou directamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais. E exercem também uma ação mediata tanto num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospectivo.(MIRANDA, ob. cit., p. 199).

Os princípios aplicam-se sempre imediata e inteiramente às respectivas situações. Apenas que os princípios, mais do que tolerar, reclamam a integração por outras normas, enquanto estas, segundo o seu grau de detalhamento, podem mostrar-se relativamente suficientes a repelir então certas outras formas de integração.<sup>9</sup>

Convém aqui superar um paradoxo aparente. As regras (demais normas) jurídicas nunca conseguem traduzir e pormenorizar completamente os princípios (constitucionais), de modo a que se possa pretender que um princípio tenha sido inteiramente desenvolvido. Os princípios são manancial inesgotável, fonte permanente de outras normas, em sua "inexaurível virtualidade" - para usar a elegante expressão de EMILIO BETTI (citado por BONAVIDES, ob. cit., p. 241) - , e, independentemente de quanto forem retomados, eles continuam podendo inspirar novas e antigas regras. Nesse sentido, os princípios traduzem aspirações infinitas:<sup>10</sup> por mais generosa

9 CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES DE BRITO (ob. cit., especialmente p. 99) mencionam a categoria das "normas constitucionais de mera aplicação, de conteúdo e operatividade irreforçáveis", como "o caso do dever de incentivo às atividades culturais, ou de pesquisa científica e tecnológica".

10 Num contexto semelhante, BASTOS e BRITO (ob. cit.) referem situações de inesgotabilidade relacionadas a diversas categorias de normas constitucionais por eles propostas, sejam concernentes a normas constitucionais de aplicação e "irregularmentáveis" ("a espera de mero cumprimento, e não de regulamentação", que "dispõem sobre comportamento legislativo, imediatamente, e não sobre o modo de atuação dos demais Poderes", razão pela qual tais preceptivos são "permanentemente"

que uma ordem jurídica seja, completando inúmeras regras que desenvolvem o princípio da dignidade humana, este permanece, sempre disposto a aceitar novas regras que persigam o ideal, sempre norteando a aplicação das regras já existentes. Para tanto, é certo dizer-se que as demais normas jurídicas jamais esgotam os princípios; que elas somente conseguem expressá-los de maneira incompleta

De outra banda, cada vez que uma regra qualquer é interpretada/aplicada, ela deve ser em absoluta conformidade com os princípios. Nenhum aspecto da regra deve escapar aos princípios, e ela deve por todos os ângulos basear-se nos princípios. Assim, as regras manifestam integralmente - de maneira completa - aplicação dos princípios (porque deles não devem afastar-se em momento algum), ainda que não os apliquem integralmente (porque nunca conseguem esgotá-los).

... enquanto a norma é um marco dentro do qual existe uma certa liberdade, o princípio tem substância integral. A simples norma constitucional regula o procedimento pelo qual são produzidas as demais normas inferiores (lei, regulamento, sentença) e eventualmente seu conteúdo: mas essa determinação nunca é completa, já que a norma superior não pode ligar em todo sentido e em toda direção o ato pelo qual é executada; o princípio, em troca, determina de forma integral qual há de ser a substância do ato pelo qual se executa. A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo. A norma dá à lei faculdade de interpretá-la ou aplicá-la em mais de um sentido, e o ato administrativo a faculdade de interpretar a lei em mais de um sentido; porém o princípio estabelece uma direção estimativa, um sentido axiológico, de valoração, de espírito. O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham seu mesmo conteúdo, sigam sua mesma direção, realizem seu mesmo espírito". (AUGUSTIN GORDILLO, citado por GRAU, ob. cit., p. 97 - 98).

aplicados, mesmo que negativamente, isto é, através de não situação não conforme do Legislativo - p. 42); sejam concernentes a normas de mera aplicação, porém "regulamentáveis" (como a que demanda proteção da família pelo Estado, cuja eficácia "se revela tão-somente, em uma direção ou um norte, a ser constantemente procurado, o que obstaculiza, de qualquer sorte, um caminhar em sentido reverso. Mas que, por outro lado, não esgota a predisposição da norma para atuar concretamente, pois que a formulação jurídica ficou abaixo do propósito que ela mesma deixou entrever". - p. 57); sejam concernentes a normas programáticas que prevêem deveres estatais - e que não deixam de ser de mera aplicação ("Dever do qual o legislativo jamais se eximirá, por completo, como... a obrigação de incentivar a pesquisa e o ensino científico e tecnológico... o sentido de incomensurabilidade de que se reveste a obrigação estatal... Aqui, mais o Estado incentivará a pesquisa e o ensino, e mais o ponto de chegada ou de exaurimento desse dever se distenderá no futuro, como uma imagem no deserto sempre se afasta daqueles que a sofrem e tentam alcançá-la. O dever substituirá, sempre, e será imaginável mais uma lei que promoverá, ainda um tanto, a pesquisa e o ensino científico e tecnológico". - p. 83-85)

O paradoxo da vinculação integral mas nunca exauriente evoca ainda a interconexão de sentido entre princípios e regras, que se implicam reciprocamente, não constituindo estas meras aplicações dedutivas - em que se passa “de um enunciado mais geral a um mais particular, acrescentando um novo predicado” - daqueles, por isso que

o pensamento não procede aqui “linearmente”, só *num* sentido, mas é sempre de sentido duplo: o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio. A formação do “sistema interno” ocorre através de um processo de “esclarecimento recíproco”, que identificamos como estrutura hermenêutica fundamental do “processo do compreender”, em sentido estrito. (LARENZ, 1983, p. 578 - 579).<sup>11</sup>

ROBERT ALEXY, um dos juristas que melhor se ocupa do assunto, entende que o ponto determinante da distinção entre princípios e regras reside no “critério gradualista-qualitativo”, apresentando os princípios como “normas de otimização, cuja principal característica consiste em poderem ser cumpridas em distinto grau e onde a medida imposta de execução não depende apenas de possibilidades fáticas, senão também jurídicas”, ao passo que as regras “são normas que podem sempre ser cumpridas ou não, e quando uma regra vale, então se há de fazer exatamente o que ela exige ou determina. Nem mais, nem menos”. (BONAVIDES, ob. cit., p. 250. Leia-se também CANOTILHO, 1993, p. 167 - 168: “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida...”).

Também, uma dada situação pode provocar a incidência de mais de um princípio, a desafiar a aplicação de apenas um (o prepoderante, mais importante no caso), determinando somente o afastamento circunstancial dos demais:

11 No mesmo sentido, CANOTILHO (1993, p. 182-183): “Este esquema (sistema aberto de princípios e regras) não se desenvolve apenas numa direcção, de cima para baixo, ou seja, dos princípios abertos para os princípios e normas mais densas, ou de baixo para cima, do concreto para o abstracto. A formação do sistema aberto consegue-se mediante um processo bi-unívoco de <<esclarecimento recíproco>> (LARENZ). Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição). Todos estes princípios e regras poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da *concretização legislativa e jurisprudencial...*”.

... (o princípio) Introduz uma razão a arguir em determinada direção, porém não implica uma decisão concreta a ser necessariamente tomada; mas pode haver outros princípios (ou diretrizes) apontando a direção oposta, de modo que, em determinado caso, aquele mesmo princípio não prospere. Isso não significa, no entanto, que esse mesmo princípio seja próprio do Direito de que se cuida, até porque, em outro caso, - e até mesmo diante de outro princípio (ou diretriz), adito - , ele poderá ser decisivo. (GRAU, ob. cit., p. 110, reportando-se ao pensamento de DWORKIN).

Ou a composição de vários (com ou sem preponderância de algum), num “jogo concertado”<sup>12</sup> para usar a sugestiva expressão de LARENZ (ob. cit., p. 579) - , “de tal modo que estes (os princípios) se completam em parte alguns setores parcelares se restringem também reciprocamente, não estando sempre determinado por completo o limite a partir do qual um princípio cede a primazia a outro”. Exemplificando, o direito de as minorias parlamentares participarem de comissões (artigo 58, parágrafo 1º, da Constituição brasileira de 1988) e o direito de retirada dos acionistas discordantes (Lei federal 6.404, de 15.12.1976, artigos 109, V, e 137) - princípio da proteção às minorias *versus* princípio democrático-majoritário (CANOTILHO, 1993, p. 190). Diz-se que o concurso de princípios resolve-se no plano da validade - “visto que somente princípios válidos podem colidir” (BONAVIDES, ob. cit., p. 251, referindo ainda o pensamento de ALEXY) - e sobretudo no do **peso** (importância, valia), sendo que o conflito de regras soluciona-se apenas na dimensão da validade: estas ou se aplicam integralmente ao caso concreto ou sequer se aplicam (por exemplo, casos de revogação e de declaração de inconstitucionalidade); a incidência de uma regra implica imperiosamente a exclusão definitiva das demais, que são expelidas do sistema (“à maneira do tudo ou nada”, fala DWORKIN,<sup>13</sup> citado por BONAVIDES, ob. cit., p. 253; GRAU, ob. cit., p. 115, lembra que se está diante de “antinomia jurídica própria”); as regras têm de prever elas mesmas suas exceções - que constituem, estas, regras próprias;<sup>14</sup> não seria possível compor uma nova regra a partir da incidência concorrente de regras diversas.<sup>15</sup>

12 “Isso significa que, em cada caso, arma-se diversos *jogos de princípios*, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, umas privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando”. (GRAU, ob. cit., p. 116).

13 Outra distinção também apontada pelo autor: “Só as regras ditam resultados... não importa o que aconteça. Se um resultado contrário se alcança, a regra é abandonada ou alterada... ao passo que com os princípios tal não se verifica, pois com estes não se procede assim; se eles se inclinam por uma decisão, de forma não conclusiva, e ela não prevalece, os princípios sobrevivem intactos”. (BONAVIDES, ob. cit., p. 254).

Já não é sempre o conteúdo (peso) que determinará qual a regra a ser aplicada, senão que, muitas vezes, razões de ordem formal:

Esta seleção de princípios - explícita ou implícita - não vai se pautar por critérios formais como ocorre no conflito de normas (critério temporal, critério de especificidade, critério de competência da autoridade etc.). Não, em sede de princípios a seleção se dará sempre a partir de critérios de conteúdo, guiados pelo critério de racionalidade adotado no caso específico. Não é por outro motivo que autores como Robert Alexy nos fala de resolução dos conflitos entre princípios pelo critério do peso. (MARQUES NETO, 1995, p. 43).

Há ainda uma distinção a ser levantada, em termos de referido e referente, segundo a qual os princípios aplicam-se ótima e naturalmente através das regras. Não apenas a forma de aplicação dos princípios e das regras em relação às situações fáticas é diversa: mais, ocorre que os princípios incidem sobre as regras, sempre que as estas caiba disciplinar mais diretamente a realidade. As regras como objeto da incidência dos princípios. “Embora não se preste esta circunstância a distinguir os princípios das regras jurídicas, é certo que estas últimas operam a concreção daqueles: as regras são aplicações dos princípios”. (GRAU, ob. cit., p. 133).

#### 1.4. Distinção funcional

Algo já se disse até aqui sobre os papéis que os princípios cumprem. Aliás, um adequado conceito deles tem em vista justamente extrair suas potencialidades. Careceria de sentido prático uma distinção sem apelo funcional.

A funcionalidade elementar dos princípios **jurídicos** vem de seu mister enquanto norma. Aliás, ninguém menos que NORBERTO BOBBIO (ob. cit., p. 159) justifica assim a normatividade dos princípios: “a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso”.

- 14 Magistralmente, sintetiza GRAU (ob. cit., p. 113), referindo DWORAKIN: “As regras jurídicas não comportam exceções que não se possa teoricamente enunciar porque, como observa Boulanger, são de ser aplicados a situações determinadas; já os princípios, por outro lado, porque são aptos a serem aplicados a uma série indefinida de situações, não admitem a própria enunciação de hipóteses nas quais não seriam aplicáveis”.
- 15 CANOTILHO, 1993, p. 168, inclusive: “a convivência dos princípios é conflitual (ZAGREBELSKY); a convivência de regras é autônoma. Os princípios coexistem; as regras autônomas excluem-se”.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (1993, p. 171 - 172), ao tratar dos “princípios jurídicos fundamentais”, invoca seu

importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Mais rigorosamente, dir-se-á, em primeiro lugar, que os princípios têm uma função negativa particularmente relevante nos <<casos limites>> (<<Estado de Direito e de Não Direito>>, <<Estado Democrático e ditadura>>). A função negativa dos princípios é ainda importante noutros casos onde não está em causa a negação do Estado de Direito e da legalidade democrática, mas emerge com perigo o “excesso de poder”...

Os princípios jurídicos gerais têm também uma *função positiva*, <<informando>> materialmente os actos dos poderes públicos...

... eles (os princípios) fornecem sempre directivas materiais de interpretação das normas constitucionais. Mais do que isso: vinculam o legislador no momento legiferante, de modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais.

Numa síntese feliz, refere o Professor CLÈMERSON MERLIN CLÈVE (1995, p. 35) que os princípios desempenham tais funções:

Eles cimentam a unidade da Constituição, indicam o conteúdo do direito de dado tempo e lugar e, por isso, fixam *standards* de justiça, prestando-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infraconstitucional. Mais do que isso, experimentam uma eficácia mínima, ou seja, se não podem sofrer aplicação direta e imediata, exigindo no mais das vezes (não é o caso dos princípio-garantia) integração normativa decorrente da atuação do Legislador, pelo menos cumprem eficácia derogatória da legislação anterior e impeditiva da legislação posterior, desde que incompatíveis com seus postulados.

Com a mesma preocupação, BARROSO (1991, p. 27) menciona as seguintes utilidades dos princípios: embasam as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressam os valores superiores que inspiram a criação ou reorganização de um dado Estado; conferem unidade ao sistema normativo (harmonizando compromissos aparentemente contraditórios); condicionam a atuação dos poderes

políticos e pautam a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes.<sup>16</sup>

JORGE MIRANDA (ob. cit., p. 200) aponta a finalidade prospectiva desempenhada pelos princípios, nos seguintes termos:

Exercem, finalmente, uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva que possuem (e de que se acham desprovidos os preceitos, desde logo por causa das suas amarras verbais). Daí, o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí, a exigência que contêm ou o convite que sugerem para a adopção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que portanto, mais se aproximem da idéia de Direito inspiradora na Constituição (sobretudo, quando se trate de Constituição programática).

Com efeito, essa é serventia dos princípios. Inclusive, nos casos em que o princípio constitucional é de alguma forma desenvolvido por outras normas (mesmo que tênuas e insuficientemente, reclamando ainda e sempre uma melhor retomada) - sejam normas anteriores (recepção) ou posteriores ao advento da constituição -, há uma **eficácia impeditiva de retrocesso**, quer dizer, o princípio não admite que essa parca normatividade seja substituída por outra que o desenvolva menos ainda, ou que seja simplesmente revogada. Um tal desenvolvimento mínimo, embora insuficientemente, já está garantido. JOSÉ AFONSO DA SILVA (1982, p. 177), cita BALLADORE PALLIERI, que adverte: "uma vez dada a execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode voltar atrás".<sup>17</sup> Para ilustrar, o princípio da valorização do trabalho (Constituição brasileira de 1988, artigo 1º, IV; artigo 170, cabeça), que encontra eco na previsão de um salário mínimo (artigo 7º, IV), impediria a edição de uma norma que alterasse o cálculo dessa remuneração com prejuízo para o trabalhador, ou estabelecesse simplesmente a livre negociação (com supressão do salário mínimo) - muito ao gosto de atuais tendências liberalizantes.

16 Ver também BONAVIDES, ob. cit., p. 254-255.

17 Em outra passagem, comentando a insuficiente disposição do artigo 153, parágrafo 15 da Constituição brasileira anterior (de 1969), segundo o qual "a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes", JOSÉ AFONSO DA SILVA pondera que, a despeito da dependência de legislação, o dispositivo "já encontrou leis asseguratórias da ampla defesa, sendo assim, de natureza confirmativa das normas preexistentes que não podem ser modificadas para restringir a amplitude da defesa dos acusados" (p.174).

Essas como outras funções dos princípios são apresentadas como características da eficácia (positiva e negativa) das normas constitucionais ditas programáticas de eficácia limitada (desprovidas de eficácia plena e aplicabilidade imediata), o que é natural se considerado que os princípios costumam vir enunciados - conquanto não obrigatoriamente - por meio dessa espécie de norma constitucional. (BONAVIDES, ob. cit., p. 230, citando R. GUASTINI, e p. 244 - 245, referindo-se a CRISAFULLI; TEIXEIRA, 1991, p. 331 e s.; SILVA, 1982, p. 141 e s.; GARCIA DE ENTERRÍA, 1985; BASTOS e BRITO, ob. cit.). Impõe-se, todavia, acentuar, na esteira do ensinamento de todos esses mestres, que mesmo às normas programáticas de eficácia limitada hoje se reconhece um grau suficiente de juridicidade. Além, pode-se sustentar que nem todos os princípios vêm vazados em normas programáticas de eficácia limitada (é o caso do artigo 37, *caput*, de nossa atual Constituição, de eficácia integral: "A administração pública... obedecerá aos princípios de legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade..."), devendo ser sempre identificados plenos de aplicabilidade.

Considerado, enfim, não apenas investidos de uma normatividade ordinária, senão que até privilegiadamente posicionados no escalonamento normativo, os princípios mostram-se inclusive hábeis a servir de índice para a fiscalização de constitucionalidade (PACTET, ob. cit., p. 464; CLÈVE, ob. cit., p. 35 - 36).

A operacionalidade das regras - diversa da dos princípios, pois, como anota SANTOS (ob. cit., p. 2), estes "cumprem funções as quais não são destinadas às regras, e vice-versa, são tarefas **específicas para cada classe de normas jurídicas**, tarefas estas que **não se confundem**" - prende-se a uma mais exata regulamentação das situações, proporcionando contornos precisos e recurso imediato à concretização de direitos (algo que os princípios somente em casos-límite, à míngua de outro desenvolvimento normativo, ofereceriam excepcionalmente).

Por certo que um sistema jurídico carece de ambas as espécies normativas: enquanto "um modelo... constituído exclusivamente por regras... exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa", conseguindo-se apenas um "sistema de segurança", sem "espaço livre" que permitisse "a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta", "o modelo... baseado exclusivamente em princípios", com

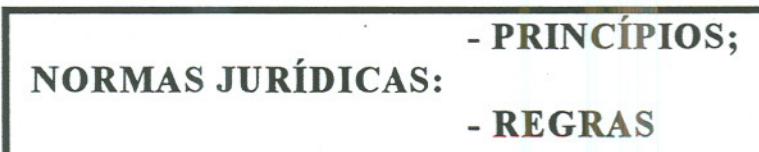
A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflituantes, a dependência do <<possível>> fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. (CANOTILHO, 1993, p. 168 - 169).

### 1.5. Diferenciação global

A abordagem pretensamente didática dos vários ângulos de dessemelhança dos princípios frente às regras não passa de recurso expositivo. Todas as desigualdades imbricam-se, na verdade manifestam facetas de uma só realidade. Os princípios são diferentes das regras, por isso também apresentam-se de forma diversa, atuam (incidem) diferentemente e desempenham funções distintas. E porque se exteriorizam e atuam papéis de modo dispar, é que não são idênticos.

De toda essa gama diferenciadora decorre uma posição privilegiada aos princípios: “a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material... (sendo os princípios) a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder” (BONAVIDES, ob. cit., p. 259).

Reconhecida portanto a distinção ontológica e teleológica, natural, formal e funcional, entre princípios e regras constitucionais, convém entretanto insistir em remontar ao gênero comum de que ambas, em sua juridicidade, fazem parte:



## 2. Os Princípios na Concepção Sistêmica do Direito

Os princípios são compreendidos quase invariavelmente de acordo com uma concepção sistêmica. Por sua própria definição, eles reportar-se-iam ao sistema, enquanto “mandamentos nucleares”, base ou fundamento, “traves mestras jurídico-constitucionais” (no dizer de CANOTILHO, 1993, p. 180). Igualmente em sua funcionalidade, os princípios justificar-se-iam por emprestar solidez (“amálgama”) e coerência ao sistema.

Quer nos parecer inquestionável, no ponto em que se situa o debate jurídico contemporâneo, que qualquer sistema jurídico se sustenta por sobre um conjunto de princípios. Assim não fosse, tornar-se-ia impossível trabalhar com a idéia de sistema jurídico.

...  
Sendo assim, e partindo da concepção sistemática apresentada por Canaris, podemos afirmar que um sistema jurídico não pode prescindir de tais “bitolas eleitas”. E estas bitolas, estes padrões de referência que conformam o sistema, são justamente os princípios jurídicos, bases axiológicas estruturantes, positivadas ou não, que delimitam e dotam de racionalidade sistêmica um determinado ordenamento jurídico. (MARQUES NETO, ob. cit., p. 40 - 41).

Há sistema porque as diferentes normas que o compõem têm conteúdo e direção orientados pelos valores expressos nos princípios. Sempre tão feliz nas expressões que cunha, CANOTILHO (1993, p. 169) fala da “*idoneidade irradiante* que lhes permite (aos princípios) <<ligar>> ou cimentar objectividade todo o sistema constitucional”.

Mesmo quando os princípios não eram tidos como preceitos de ordem jurídica e entendia-se, com o Jusnaturalismo, que se localizavam fora do Direito (numa dimensão transcendente: Deus, Razão...); ou quando, mais tarde, com o Positivismo, foram apresentados como derivados das normas jurídicas positivadas, encontrando-se no interior dos códigos e das leis (BONAVIDES, ob. cit., p. 232 e s.), os princípios sempre apareciam vinculados à idéia de sistema, como reitores, num ambiente logicamente organizado.

A positivação dos princípios (de forma expressa, embora sem excluir a possibilidade de existência de princípios implícitos, inferidos da ordem jurídica<sup>18</sup>) e sua transposição dos códigos para a constituição (primeiro tomados como meras normas programáticas; depois, em toda sua concretitude e objetividade), com o reconhecimento definitivo de sua normatividade, revela uma evolução “pós-positivista” (BONAVIDES, ob. cit., p. 237 e s., especialmente p. 246) no caminho da transparência, conferindo-lhes maior certeza e legitimidade.

A propósito, consciência tomada da historicidade dos princípios e de seu domicílio na intimidade do próprio ordenamento jurídico - vale dizer,

18 O Professor EROS ROBERTO GRAU (ob. cit., p. 130) insiste em que “Os princípios gerais do Direito são, assim, efetivamente *descobertos* no interior de determinado ordenamento”.

a rejeição da visão mistificadora que enxerga os princípios enquanto máximas absolutas, transcedentes da própria humana contingência e situados para além e acima do Direito posto - , percebe-se que os princípios podem apresentar-se explícitos (com maior nitidez e segurança, embora então limitados pelas possibilidades da linguagem) ou implícitos, mas, numa formulação como noutra, exercendo idêntica importância sistemática e valorativa. Nesse sentido, EROS ROBERTO GRAU (ob. cit., p. 125 - 126) aponta a relatividade da distinção entre os “princípios positivos do Direito” (que “reproduzem a estrutura peculiar das normas jurídicas”) e os “princípios gerais do Direito” (“não expressamente enunciados em normas explícitas, descobertos no ordenamento positivo, (que) também configuram norma jurídica...”).

Essa parece ser a tendência atual, de buscar os princípios mestres do Direito no interior do próprio ordenamento jurídico, ou deste inferidos diretamente.

... (a construção das normas jurídicas) se opera mediante consensos, os quais são sempre lastreados em princípios. Tais princípios, que em última instância, perpassam e calibram a produção das regras (ou seja, dos enunciados que equacionam alguns princípios particularizando-os para um determinado ato verificável na vida social). Neste processo, temos de reconhecer, os princípios são entronizados para dentro do ordenamento jurídico, passando a integrá-lo. (MARQUES NETO, ob. cit., p. 42).

Ilustre-se com a jurisprudência do Conselho Constitucional francês, antes referida, que se ocorre da menção do texto constitucional (preâmbulo da Constituição francesa de 1946, ao qual se reporta a Constituição francesa em vigor, de 1958) aos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, isto é, princípios positivados ou implícitos, mas sempre de algum modo ligados a textos normativos, e nunca “transcedentes” ou livres fórmulas doutrinais. De maneira semelhante, nossa atual Constituição, no pródigo artigo 5º - que inaugura o Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais” - , parágrafo 2º, após elencar longa série de “direitos”, adverte que esses “não excluem outros decorrentes do regime **e dos princípios por ela** (Constituição) **adotados...**”, como a indicar que outros “direitos fundamentais” somente podem resultar de princípios contidos no sistema, ainda que não tão ostensivamente revelados. Trata-se de uma apreensão “integral” do fenômeno constitucional - num novo significado para a expressão “constituição em sentido material” (valorativo) - ,

ultrapassando uma visão de sistema fechado em prol de uma concepção “aberta” (admitindo a composição por outros “elementos” - sobremaneira os valores e sentimentos - que os estritamente formais) e intercambiadora (interagindo com os demais dados da realidade ).

Portanto, os princípios constitucionais auxiliam a transitar de uma concepção sistêmica hermética (pouco permeável) e formal para uma concepção sistêmica aberta e material (FISCHER, 1995, p. 25), insuflando o sistema com carga valorativa e revelando-lhe a comunicação com outros meios.

Esta maneira de se pensar a normatividade, no campo do direito constitucional, abre a possibilidade para o estabelecimento duma *mitigaçāo* do pensamento sistemático, axiomático e fechado, tributário do positivismo jurídico, sendo ofertada uma abertura do sistema constitucional aos *valores*, resultantes do compromisso entre classes sociais conflitantes em um determinado momento histórico, sendo dado a este compromisso, positivado em regras e princípios, um estatuto *normativo*. Em suma: tem-se a possibilidade de se falar em um sistema constitucional *aberto*, composto por princípios e regras, orientando segundo *valores*, resultantes do compromisso firmado entre classes antagônicas, no momento constituinte, compromisso este que pode ser refeito em outras bases, consonantes com as mudanças de interesses e pretensões destas classes, sem que isto importe na destruição do sistema constitucional.

...  
Deste modo, o pensamento sistemático ganha nova roupagem, não se falando mais em uma concepção de sistema constitucional tributária do formalismo, mas agora falando-se em uma concepção principal do ordenamento jurídico constitucional, em uma concepção axiológico-teológica do sistema constitucional. (SANTOS, ob. cit., p. 15 e 20)

Uma apreensão da constituição em toda sua dimensão valorativa ressalta então o duplo aspecto fundamental dos princípios em relação a uma concepção sistêmica do Direito: “*uma ordenação* - refere PINTO (ob. cit., p. 81) - *que não é apenas formal, mas substancial ou material*”, ou seja, os princípios exercendo uma função de ordem formal (concatenação lógica) e também de ordem material (significado, sentido e harmonização/convivência dos conteúdos normativos).

Os princípios atendem, assim, a preocupação de clareza e objetividade (certeza, racionalidade), fruto da superação histórica do perigo

em que se insidia uma formulação por demais arbitrária ou vaga (imprecisa), indo ao encontro de um dos recorrentes objetivos do Direito, qual a segurança, desta feita, porém, expressa de forma suficientemente ajustável às vicissitudes do contexto.

No entanto, por sua natureza, os princípios talvez jamais consigam formulação exata e completa em linguagem técnico-jurídica, de modo que não se pode pretender extrair toda a variedade de princípios apenas do texto (embora constitua ele a mais segura e concreta expressão até aqui alcançada dos princípios). Partindo-se do texto (enunciados lingüísticos ou “programa normativo”: CANOTILHO, 1993 p. 203), é que se chega, sob o influxo dos princípios, àquela compreensão de uma ordem jurídica **integral** (“constituição material” ou “total”).

Ressalte-se, contudo, que o “acesso” à constituição é proporcionado não apenas pelos recursos intelectuais (os mais seguros e objetivos), mas ainda por meio de **sentimentos, intuições e vontades** - que não podem ser desprezados.

É o que Luis Carlos Sáchica enfatiza, dizendo que “el intérprete tropieza aquí y acollá con teorías, conceptos, ideas e principios que no tienen significado cierto, unívoco, con la precisión convencional de lo científico. Dispersos en el texto de la normativa constitucional hallamos vocablos ambiguos, cargados de elementos irrationales, pasionales, sentimentales, míticos, expresivos de anhelos, propósitos, creencias, valores, recuerdos ancestrales o visiones futuristas, que enturbian y desvián la mente y la voluntad del intérprete”(BASTOS e BRITO, ob. cit., p. 26 - 27).

Nessa linha, ainda, o Professor LUIZ FERNANDO COELHO (1983, p. 39) acrescenta: “Mas uma vez criado, o direito está na experiência, seja a experiência empírica de quem tem o contato fatual com a realidade que se pressupõe esteja fora da consciência, seja a experiência intuitivo-emocional dos valores intersubjetivos...”.

Então, o caráter racional-sistemático da construção constitucional, reforçado pelos princípios, não deve ser o único a considerar-se, e a concepção da constituição enquanto não deve sacrificar, em prol de uma lógica rígida e artificial, uma eventual apreensão e aplicação tópica<sup>19</sup> ou

19 Tópica não significa ausência de científicidade ou sistematização, mas sim uma abordagem lógica “concretista” (“razoável”), de cunho predominantemente indutivo (MONTORO, 1981, p. 130 e s.). Sobre o tema, LARENZ (ob. cit., p. 171): “Mas enquanto o pensamento dedutivo-sistêmático procura aprender este contexto inteligível como um sistema omnicompreensivo, como uma rede de deduções

mesmo, quiçá, assistemática dos princípios. Importa é desvendar o conteúdo axiológico/ideológico que os princípios veiculam, sem cair num irracionalismo anárquico.

... Os valores e finalidades de umas e outras (normas-regras e normas-princípios) as desequiparam, funcionalmente, de modo a se inferir, do próprio sistema, um escalonamento hierarquizado quanto à abrangência dos seus conteúdos jurídicos.

De acordo com a realidade histórica, alguns princípios contemplam valores mais importantes. E de acordo com uma determinada situação particular, certos princípios mostram-se mais adequados do que outros. O valor “liberdade” não raro merece reservas em homenagem ao valor “segurança” (MARQUES NETO, ob. cit., p. 44 - 45, ilustra com a recente intervenção das Forças amadas nas favelas dos morros cariocas, quando, para combater a criminalidade organizada e tentar restabelecer a ordem, foram postos “à prova outros princípios de densidade não menos relevante. É o caso, por exemplo, de diversos princípios asseguradores dos direitos individuais (cf direito de ir e vir, inviolabilidade de domicílio, privacidade etc.”); a dignidade da pessoa humana, na Constituição brasileira de 1988, vale mais que o princípio da solução pacífica das controvérsias internacionais (basta pensar nos embargos e outros modos drásticos de pressão contra países que desrespeitam direitos humanos); a função social da propriedade deveria preponderar sobre a livre iniciativa.<sup>20</sup> LARENZ (ob.

lógicas, o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema, e regressa sempre ao problema. Os nexos dedutivos “tópicos” só podem ser portanto “de pequeno ou de pequeníssimo alcance”; o pensamento tópico não leva a um sistema (total), mas “a uma pluralidade de sistemas, sem demonstrar a sua compatibilidade a partir de um sistema total”. Tem, poder-se-ia dizer, sempre no problema concreto, não num contexto problemático ou material mais amplo, que simplesmente aflorasse no problema concreto”. Veja-se a nota seguinte.

20 Recentemente, deparamo-nos com a seguinte situação: Dois homens viviam juntos. Um deles, que detinha um emprego melhor remunerado (enquanto o outro dedicava parcela de seu tempo nas atividades domésticas), adquirira o imóvel em que ambos moravam. Com o falecimento do primeiro, sua mãe reivindicou, na qualidade de herdeira única, a propriedade do imóvel, obtendo sucesso junto ao tribunal. Este através da assessoria de imprensa, deu conta do episódio à mídia, sob a manchete de que o Direito não reconhecia a união homossexual para todos os efeitos. Os repórteres investigaram e descobriram que o falecido morrera vitimado por AIDS, bem como que o segundo também havia contraído a doença. A partir daí, este alegou que passou sofrer danos - sobretudo de ordem moral - em sua esfera pessoal, pretendendo uma indenização. Conflito entre os princípios da publicidade dos atos e decisões judiciais (Constituição brasileira de 1988, artigo 93, IX; Código de processo Civil brasileiro, artigos 155 e 564) e da liberdade de informação (Constituição, artigo 220), por um lado, e por outro, o princípio da reserva da intimidade/privacidade (Constituição, artigo 5º, X e LX; Código de processo Civil, artigo 155), sem mencionar os demais princípios implicados (como o da igualdade ou não-discriminação).

cit., p. 579) aponta tranqüilamente ser “claro que a Lei Fundamental (e se refere à Constituição de Bonn) atribui um nível mais elevado à vida, à liberdade e à dignidade humana do que aos bens materiais”.

O mesmo autor (ob. cit., p. 490 e s.) lembra que os conflitos resolvem-se mediante a “ponderação de bens” quando da aplicação a casos concretos, no que é secundado por MARQUES NETO (ob. cit., p. 43), ao afirmar:

O fato de existirem critérios formais para seleção de princípios eventualmente colidentes afasta desde logo qualquer alusão a uma norma superior, extra-sistema, sobre a seleção dos princípios. Tal “regra” inexistente, ademais, pelo simples fato de que a seleção de um determinado plexo de princípios em detrimento de outros somente pode ser analisado dentro de um contexto específico. Ou seja, trata-se de uma pauta de seletividade perpassada por uma racionalidade ao mesmo tempo teleológica e conjuntural.

Isso obriga a uma consideração ponderada do princípio hermenêutico da **unidade hierárquico-normativa da constituição**, segundo o qual todos os princípios de uma constituição devem ser considerados igualmente importantes, sem predomínio de uns sobre outros - “todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional)”, ensina CANOTILHO (1993, p. 191) e todos harmonizados numa unidade coerente (reciprocamente implicados) (HESSE, 1992, p. 45-46; CANOTILHO, 1993, p. 226-229).

Trata-se de problema de concordância prática, solucionando em contemplação das peculiaridades do caso concreto:

O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as <<lerem>> e <<compreenderem>>, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (DWORKIN). (CANOTILHO, 1993, p. 192)

O referido não pode esconder o caráter conflituoso e a importância diversa dos princípios constitucionais. Contudo, permanece válido, à medida que realça o esforço democrático em reconhecer todos os princípios constitucionais (por mais contraditórios) e alerta para o perigo do arbítrio de uma eleição aleatória de algum princípio em detrimento de outro. Com

o auxílio do princípio da unidade hierárquico-normativa, contém-se (afasta-se) a admissão fácil e discutível de “normas constitucionais inconstitucionais”.<sup>21</sup>

### 3. Classificação dos Princípios (Constitucionais)

Os autores oferecem uma variada classificação dos princípios, como também das regras constitucionais. Sendo ambos normas jurídicas, qualquer classificação destas lhes serve em alguma medida.<sup>22</sup> Assim, poder-se-ia apresentar os princípios em função do objeto (assunto de que tratam), de sua aplicabilidade etc.<sup>23</sup>

De modo geral, as classificações orientam-se por um critério de generalidade/positividade,<sup>24</sup> apresentando por primeiro princípios gerais de Direito, em seguida princípios básicos mas referidos a um determinada concepção político-social, e finalmente princípios mais específicos dotados de uma maior precisão (veja-se a resenha-se de MIRANDA, ob. cit., p. 200 - 203).

Uma das mais referidas tipologias é apresentada pelo Professor CANOTILHO (1993, p. 170 e s.):

**- princípios jurídicos fundamentais:** antes mesmo de serem apreciados enquanto princípios específicos do Direito Constitucional, são princípios gerais de Direito, com determinação histórica e “multifuncionalidade”, de que são exemplo os princípios da publicidade dos atos jurídicos, da proibição do excesso (proporcionalidade ou “justa

21 Todavia, cumpre alertar para a possibilidade que justamente os princípios oferecem, enquanto “penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição” (BONAVIDES, ob. cit., p. 265), de reconhecer normas na constituição mas destoantes dos valores fundamentais que a inspiram.

22 É sustentável uma classificação científica dos princípios conforme reportem-se ao Direito enquanto linguagem prescritiva (os princípios gerais de Direito) ou conforme reportem-se à Ciência do Direito enquanto linguagem descriptiva (“princípios teóricos elaborados no âmbito da Teoria Geral do Direito, no nível conceitual”) (GRAU, ob. cit., p. 95 e, especialmente, 117).

23 Não se deve aceitar que todos os princípios traduzem apenas programas de ação, ou seja, são sempre normas programáticas, de aplicabilidade reduzida, desprovidas de eficácia plena, não somente normas programáticas traduzem princípios, e em certas situações deles bem se pode extrair aplicabilidade imediata e integral. Veja-se o item II.d.

24 Referindo-se à implicação de todo conhecimento científico com uma certa categorização, o Professor MIGUEL REALE (ob. cit., p. 56 e 60) indica que a classificação dos princípios segundo o grau de generalidade é comum a “toda e qualquer ciência”.

medida”), do acesso ao direito e aos tribunais, da imparcialidade da administração;

- **princípios políticos constitucionalmente conformadores:** de matiz mais diretamente constitucional, condensam “as opções políticas nucleares” e refletem “a ideologia inspiradora da constituição”,<sup>25</sup> tais os definidores da forma de Estado (inclusive “da organização econômico-social, como, por ex., o princípio da subordinação do poder econômico ao poder político democrático, o princípio da coexistência dos diversos sectores da propriedade...”), da estrutura do Estado e do regime político (como o princípio pluralista), da forma de governo e da organização política em geral (“como o princípio da separação e interdependência de poderes e os princípios eleitorais”);

- **princípios constitucionais impositivos:** os que, “sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”: princípio da independência nacional, da correção das desigualdades...;

- **princípios-garantia:** cuja maior densidade normativa (e menor grau de vaguidade) - de onde uma particular força normativa - os aproxima das regras, permitindo o “estabelecimento directo de garantias para os cidadãos” (princípios em forma de norma jurídica” - LARENZ), como o da legalidade estrita em matéria criminal/penal, o da inocência, o do juiz natural.

LUÍS ROBERTO BARROSO (ob. cit., p. 26 e s.), tomando a Constituição brasileira de 1988 e levando em conta o grau de importância e abrangência dos princípios, triparte-os em:

- **princípios fundamentais** (“que contêm as decisões políticas estruturais do estado”): o republicano (Constituição brasileira, artigo 1º, *caput*), o federativo (artigo 1º, *caput*), o do Estado democrático de direito (artigo 1º, *caput*), o da separação de Poderes (artigo 2º), o presidencialista (artigo 76) e o da livre iniciativa (artigo 1º, IV);

- **princípios constitucionais gerais** (desdobramentos menos abstratos dos princípios fundamentais, equivalendo aos “princípios-garantia” de CANOTILHO): o da legalidade (artigo 5º, II), o

25 Por isso que são “reconhecidos como limites do poder de revisão”.

da isonomia (artigo 5º, *caput* e I), o da autonomia estadual e municipal (artigo 18), o do acesso ao Judiciário (artigo 5º, XXXV), o da irretroatividade das leis (artigo 5º, XXXVI), o do juiz natural (artigo XXXVII e LIII) e o do devido processo legal (artigo 5º, LIV);

- **princípios setoriais ou especiais** (“presidem um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição... Por vezes são mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal. Outras vezes são autônomos, como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou o do concurso público em matéria de administração pública”): relativos à Administração pública (o da legalidade administrativa - artigo 37, *caput*); o da impessoalidade - artigo 37, *caput*, o da moralidade - artigo 37, *caput*, o da publicidade - artigo 37, *caput*, o do concurso público - artigo 37, II; o da prestação de contas - 70, p. ún.; 34, VII, “d”, e 35), relativos à organização dos Poderes (o majoritário, o proporcional, o da publicidade e da motivação das decisões judiciais e administrativas - artigo 93, IX e X; o da independência e da imparcialidade dos juízes - artigo 95 e 96; o da subordinação da Forças Armadas ao poder civil - artigo 142); relativos à tributação e ao orçamento (o da capacidade contributiva - artigo 145, III; o da legalidade tributária - artigo 150, I; o da isonomia tributária - artigo 150, II; o da anterioridade da lei tributária - artigo 150, III; o da imunidade recíproca das pessoas jurídicas de direito público - artigo 150, VI, “a”, o da anuidade orçamentária - artigo 165, III; o da universalidade do orçamento - artigo 165, parágrafo 5º; o da exclusividade da matéria orçamentária - artigo 165, parágrafo 8º), os relativos à ordem econômica (o da garantia da propriedade privada - artigo 170, II; o da função social da propriedade - artigo 170, III; o da livre concorrência - artigo 170, IV; o da defesa do consumidor - artigo 170, V; o da defesa do meio ambiente - artigo 170, VI) e os relativos à ordem social (o da gratuidade do ensino público - artigo 206, IV; o da autonomia universitária - artigo 207; o da autonomia desportiva - artigo 217, I).

Alguns dos acima apresentados como princípios talvez configurem verdadeiras regras, como é o caso do preceito respeitante à imunidade recíproca das pessoas jurídicas de Direito Público e do atinente à gratuidade do ensino público.

Quem sabe, fosse possível fazer remontar todos os princípios “fundamentais” a uma matriz comum: o **princípio republicano**, em toda

sua dimensão. Entretanto, essa redução envolve o risco de, sob o albergue de uma dicção muito vaga e genérica, deixar menos clara outras vertentes, caminhando na contramão da história constitucional, cujo esforço vem orientado para a exteriorização (desenvolvimento) dos diversos aspectos do princípio.

#### 4. A localização dos Princípios e o Preâmbulo

O tema da sede dos princípios na constituição tem implicação com a caracterização e funcionalidade deles.

Se considerados apenas sob um prisma diretivo, sem autêntico matiz normativo, os princípios situar-se-iam melhor fora da constituição, ou no preâmbulo da constituição (tomado como mera introdução igualmente desprovida de juridicidade),<sup>26</sup> ou mesmo na constituição (tida então como documento mais “político” que propriamente jurídico), contudo sempre com uma certa inocuidade normativa, desempenhando, quando muito, um papel de informação (descritivo de algumas circunstâncias em que se deu o “ato” constituinte, inclusive acerca de quem exerceu o poder constituinte), de exortação, ou simplesmente estético (literário), quiçá retórico (e até enganador).

A franca admissão da normatividade dos princípios não esvazia a discussão, pois mesmo assim não se afigura irrevelante a localização dos princípios. Quanto melhor inseridos no texto constitucional, mais evidente e apelável restará o caráter eminentemente jurídico dos princípios, muito embora a possibilidade de exteriorização dos princípios em fórmulas linguísticas seja limitada, e a admissão de princípios implícitos ou não-escritos não seja jamais de se excluir. Todavia, de fato o reconhecimento dessa normatividade arrefece o problema, por isso que, onde quer sejam encontrados, os princípios são considerados como normas jurídicas.

26 BARROSO (ob. cit., p. 31-32), embora sob diversa perspectiva - buscando a maior efetividade dos princípios e por isso lutando para que disposições de vago alcance jurídico não sejam apresentadas como princípios, com o que estes restariam desprestigiados - , sugere que o princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, “Por ter significativo valor ético, mas não se prestar a apreensão jurídica,... merece referência no preâmbulo, não no corpo da Constituição, onde desempenha papel decorativo, quando não mistificador”.

Pela sua própria natureza e função, os princípios não carecem de sede fixa no texto constitucional; os que lhe não sejam exteriores (ou anteriores) podem dele ser simplesmente induzidos. Raras vêm a ser, no entanto, as Constituições, nas quais, em lugares variáveis, não apareçam enumerados princípios de que terá havido consciência aquando da sua elaboração ou a partir de alguns dos quais não se terá pretendido mesmo organizar o sistema constitucional. (MIRANDA, ob. cit., p. 204).

O preâmbulo, sozinho, bem mereceria um estudo à parte. De passagem, seria de observar que o preâmbulo não é um elemento indispensável, muito embora apareça “naturalmente” na “maioria das” constituições (MIRANDA, ob. cit., p. 207) e textos equivalentes (como a Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948 - da Organização das Nações Unidas). Exerce a função de apresentação do poder constituinte, além de outros aspectos de ordem formal-legal (relativos à promulgação), revelando forte traço político-ideológico, e não raro uma preocupação estética (literária): para MIRANDA (ob. cit., p. 209), “as palavras adquirem aqui o seu valor semântico e a linguagem todo o seu poder simbólico”. A inauguração dos textos constitucionais por preâmbulos responde, assim, a uma intenção de pompa (“solene declaração”, na expressão de SLAIBI FILHO, 1989, p. 119). Afirma-se que o preâmbulo relaciona-se aos “antecedentes e enquadramento históricos da Constituição, bem como à sua justificação e aos seus grandes objetivos” (parecer da Comissão de Sistematização da Assembleia Constituinte portuguesa de 1976, referido por MIRANDA, ob. cit., p. 208).<sup>27</sup>

Nesse contexto, os princípios instalam-se confortavelmente no preâmbulo (autêntica “declaração de princípios”: SLAIBI FILHO, idem), plenos de normatividade. Inclusive, a retomada e/ou o desenvolvimento dos princípios no corpo da constituição viria reforçar-lhes a presença (em vista, inclusive, da unidade que formariam com o articulado), de modo que uma primeira referência já no momento inaugural seria salutar reforço que despicienda repetição.

Observe-se a correspondência entre o preâmbulo e as disposições do Título I da Constituição, sobre os princípios fundamentais, disposições a que ninguém negaria a força de comando imperativo. Em face de tal correspondência, parece vencida, ao menos na Constituição de 1988,

<sup>27</sup> DANTAS (1986, p. 165), citando PAULO M. DE LACERDA, aponta dos preâmbulos o “conteúdo formado de 4 (quatro) elementos, a saber: a **autoria**, o **objeto do acto** e a **ordem de execução**”.

qualquer tentativa de se negar validade jurídica ao preâmbulo. (SLAIBI FILHO, ob. cit., p. 120).

Não deixa por conseguinte, de ser importante e útil a sua proclamação (dos princípios) no pórtico da Constituição. As disposições constitucionais poderão, em certos casos, consumir todas as afirmações nele contidas; só que o preâmbulo como que as unifica e as liga global e dialecticamente. Ainda que, no plano dos conceitos, se admita que nada lhes acrescenta, no plano dos valores, da sua impulsão orientadora, do seu estímulo crítico, a diferença parece nítida. (MIRANDA, ob. cit., p. 211 - 212)

Não obstante, no atual estadio do constitucionalismo, em que a doutrina do poder constituinte encontra-se relativamente bem elaborada - com acentuada preocupação de legitimidade: "na medida em que os Textos brotem de autênticas Assembléias Constituintes, reunidas sob a estrita observância dos cânones democráticos, mas elas podem ser dispensadoras de qualquer reforço de legitimação" (BASTOS e MARTINS, ob. cit., p. 408) - e os princípios são tratados no seio da Constituição, a importância do preâmbulo diminui. A considerar ainda uma moderna preocupação de objetividade, manifestada através de desejáveis textos "enxutos", o mais precisos possível, inclusive o aspecto "literário" do preâmbulo deixa de contar.

Contudo, onde existir, o preâmbulo deve merecer prestígio em toda sua normatividade. Ele há de possuir a mesma "força" jurídica de quaisquer outros espaços normativos, identificada embora uma certa peculiaridade funcional dos preâmbulos (MIRANDA, ob. cit., p. 209 - 210), já vista, e que em parte pode ser a particularidade que os princípios apresentam.

O problema maior estaria em admitir o preâmbulo como repositório de ilusões, *gulag* ou desterro de disposições não queridas mas estampadas apenas para fazer crer. Contra uma tal manobra diversionista, e também não se conseguindo um reconhecimento plenamente jurídico ao preâmbulo, melhor seria mesmo que ele pouco contivesse (para que nada fosse neutralizado apenas porque acolhido pelo preâmbulo), mas que também a constituição em seu corpo não possuisse meras e ineficazes diretrizes (com "mais um caráter de proclamação do que sentido normativo", no dizer de BARROSO, ob. cit., p. 32), e somente numa tal hipótese remeter a um preâmbulo inócuo disposições estéreis de juridicidade, para preservar a força normativa da constituição-articulado.

## 5. Os Princípios como decisões políticas fundamentais e caráter retórico dos princípios

Os princípios, portadores dos mais altos valores que uma dada sociedade resolve transformar em preceitos jurídicos, revelam as “decisões políticas fundamentais” (CARL SCHMITT), tendo, portanto, uma iniludível carga ideológica, que deve ser reconhecida, assumida e prestigiada ou criticada. Impossível a assepsia por meio de princípios “neutros”.

... Muitas das recentes constituições são tão conscientemente ideológicas, que quase se poderia dizer que uma constituição não parece estar completa quando não está imbuída por todas as partes de uma determinada ideologia... Em todos esses casos, a estrutura ideológica possui mais que um mero caráter declarativo. Tem um completo sentido normativo e enfrenta a prática constitucional com a tarefa completamente nova de julgar o processo político em sua conformidade com estes valores e premissas ideológicas. (LOEWENSTEIN, ob. cit., p. 212 - 213).

Aqui ressalta a importância em se tomar perfeita consciência do cunho marcadamente ideológico impresso nos princípios constitucionais, para não se deixar seduzir e dominar por valores “outros” (COELHO, ob. cit., p. 43<sup>28</sup>). Antes ainda, impõe-se fazer dos princípios constitucionais, deliberadamente, ferramentas das tensões e intenções da população a que o ordenamento jurídico se reporta. A carga político-ideológica, com suas fantasias, seus medos, seus anseios e seus preconceitos, deve refletir a realidade vivida, sentida e sonhada pelos participantes da aventura social. Em uma suma: os princípios têm mesmo de rechear-se com determinado conteúdo ideológico, e prestam-se magnificamente para tanto.

Ademais, servem os princípios para inestimáveis fins argumentativos, como critérios de seleção dos *topoi* (CANOTILHO, referido por BONAVIDES, ob. cit., p. 256; VIEHWEG, 1979) ou mesmo como autênticos tópicos (fornecendo conteúdos decisórios), podendo assim desempenhar suas elevadas funções, sempre com o redobrado cuidado para não se diluírem em retórica vã ludibriante, com o que se mostrariam ainda atados à ultrapassada concepção que não lhes reconhecia caráter

28 “... o papel da crítica é desmistificar, torná-los (os mitos) menos mitológicos. “A inconsciência do mito conduz à alienação, e a conscientização, da realidade contribui para formação de cidadãos mais úteis à sua família e ao seu grupo social; a si mesmo e à sua nação. “A desalienação torna o homem mais feliz”.

jurídico-normativo (mas os via, sim, como meras diretrizes), numa tentativa intencional de tornar inócuos os valores neles consagrados, subtraindo-lhes as virtudes que uma identificação autenticamente jurídica pode proporcionar. PAULO BONAVIDES (ob. cit., p. 231 e 257) acentua que, no auge de sua normatividade, os princípios vêm “perdendo, desde já, grande parte daquela clássica e alegada indeterminação, habitualmente invocada para retirar-lhes o sentido normativo de cláusulas operacionais”, uma vez admitidos como “normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava se neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais”.

Embora sob diverso posicionamento, fala o Professor BARROSO (ob. cit., p. 22) em perseguir “o ideal de extirpar da Constituição a retórica inútil, para poder dar consequência às inúmeras disposições avançadas que ela abriga, sem permitir que seu potencial jurídico se dilua na convivência com abstrações implausíveis”.

O prisma negativo emprestado por um discurso de escamoteação, numa manobra de logro que envolve a apologia do discurso e o descaso da prática, hoje se revela, por exemplo, em relação ao princípio da função social da propriedade, sempre utilizado para apresentar a evolução da concepção (teórica, doutrinal) de propriedade, no sentido de superar o caráter absoluto de que ela classicamente se reveste, mas em verdade ocultando com conceitos e palavras o uso espoliativo que da propriedade continua a se fazer (sobretudo no tocante aos bens de produção).

Esse ou qualquer outro princípio constitucional (como o do reconhecimento e valorização da diversidade de manifestações culturais, expresso no artigo 215, cabeça, parte final, da Constituição brasileira de 1988, que esconde a hegemonia de um padrão cultural bem definido) podem atingir a dimensão e a importância dos valores que encerram, desde que levados a suas ótimas sem “desvios retóricos”.

## 6. Conclusão

Os direitos constitucionais não são outros que os princípios gerais de Direito: preceitos que consagram os valores mais importantes (ou cuja chancela jurídica é reputada mais conveniente) num determinado contexto

histórico, e que só podem fazê-lo adequadamente por meio de enunciados vagos e ajustáveis.

Devem os princípios ser reconhecidos como autênticas normas jurídicas, comandos vazados em linguagem deônica (prescritiva), ainda que não se identifiquem com as outras espécies jurídico-normativas.

Distinguem-se os princípios das demais normas jurídicas (as regras) em diversos aspectos. Já pelo conteúdo (os princípios incorporando primeira e diretamente valores ditos fundamentais, enquanto as regras destes se ocupam num segundo momento, além de poderem ter outras preocupações menores), mas também pela apresentação ou forma enunciativa (vaga, ampla, aberta, dos princípios, contra uma maior especificidade das regras), pela aplicação ou maneira de incidir (o princípio incidindo sempre, porém às vezes mediado por regras, e jamais excluindo outros princípios concorrentes, que podem conjugar-se ou ser afastados apenas para o caso concreto; as regras incidindo direta e exclusivamente, constituindo aplicação integral e estrita dos princípios, e eliminando outras conflitantes) e pela funcionalidade (que é estruturante e fundamentadora nos princípios, enquanto as regras descem à regulação específica). Traduzem ambos - princípios como regras - expressões de realidades distintas com matriz comum: variedades de normas jurídicas.

O reconhecimento da normatividade dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de se os caracterizar como meras diretivas (desideratos ou propostas vãs), a fim de que deles possa ser extraído todo o significado dos valores que encerram, sem permitir que sejam estes tornados inócuos por uma retórica mitificadora e enganosa frequentemente empregada aos princípios.

Assim sendo, embora os princípios realizem melhor todas suas potencialidades quando desenvolvidos e particularizado por outras normas jurídicas, em casos-limite (como ausência, insuficiência ou inadequação destas) pode-se deduzir uma pretensão específica e resolver uma questão concreta com supedâneo somente em princípios jurídicos.

Outrossim, os princípios constitucionais servem de parâmetro excelente à constitucionalidade das normas. E, trazendo em si o norte axiológico do ordenamento jurídico, os princípios reclamam retomada e aperfeiçoamento através de atividade normativa integradora, incorporando

e garantindo desde logo um eventual desenvolvimento já verificado, dotados que são os princípios de uma eficácia impeditiva de retrocesso.

Por albergarem toda uma gama de hipóteses distintas, os princípios constitucionais expressam-se através de normas modos de aplicabilidade, desde os que incidem imediata e plenamente até os que traduzem propostas e tarefas (normas programáticas que a doutrina tradicional considera de aplicabilidade indireta ou mediata).

A racionalidade que constrói e permite compreender o ordenamento jurídico insere os princípios numa concepção sistêmica do Direito, mas aberta, compreensiva e complementar, ou seja, não exclusiva, admitindo também uma abordagem e respostas tópicas dos problemas concretos, bem como uma apreensão "metaconsciente" (psicológica, sentimental, inconsciente) do fenômeno.

De qualquer sorte, o caráter conflituoso inherente à estampa de valores dispare, múltiplos como são os setores da sociedade, não deve ser negado aos princípios, mas arranjado com vistas a alcançar uma composição de soluções de compromisso democrático, distantes de imposições unilaterais, de falsos consensos maquinados ou de pretensões intransigentes de (falsas) harmonia e completitude.

A negação da transcendência dos princípios e de sua vinculação a valores supremos e absolutos, a afirmação da radicação dos princípios no próprio ordenamento jurídico contingente, seja explicitamente - de fórmulas normativas - , seja implicitamente, mas sempre inferidos da realidade jurídica atual, e finalmente o reconhecimento de que a sede mais adequada e altaneira aos princípios é a constituição (compreendida esta num sentido material integral, envolvendo as dimensões normativa, fática e axiológica), permitem revelar com clareza e segurança o suposto acordo social de Estado.

Os princípios jurídicos, constitucionalizados, indicam os valores em que se assenta e para onde se orienta uma comunidade, sempre ao encontro de uma nova redenção.

**Curitiba, 1º de agosto de 1995.**

## Referências Bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros (ou de como o papel aceita tudo). **Revista Jurídica THEMIS**. Curitiba, n 7, p. 17 - 39, out. 1991.
- BASTOS, CELSO RIBEIRO; BRITO, CARLOS AYRES DE. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BASTOS, CELSO RIBEIRO; MARTINS, IVES GANDRA. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.
- BOBBIO, NORBERTO. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. (reimpressão) Coimbra: Coimbra, 1994.
- CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- \_\_\_\_\_. Apontamentos na disciplina de Teoria Geral do Direito Constitucional do Curso de Mestrado/Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2º semestre de 1994.
- COELHO, Luís Fernando. **Introdução à crítica do direito**. Curitiba: HDV, 1983.
- DANTAS, IVO. **Direito constitucional e instituições políticas**. Bauru: Jalovi, 1986.
- FISCHER, OCTAVIO CAMPOS. **Sistema constitucional**. Trabalho inédito apresentado como requisito parcial para a aprovação na disciplina de Teoria Geral do Direito Constitucional (Prof. Clémerson

- Merlin Clève) do Curso de Mestrado/Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1995.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el Tribunal Constitucional.** 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- LARENZ, KARL. **Metodología da Ciência do direito.** 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- LOEWENSTEIN, KARL. Teoria de la constitución. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1983.
- MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para sua solução. **Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política,** São Paulo, n. 10, p. 40 - 45, jan./mar. 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO Filho, José Celso de. **Constituição Federal anotada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 2.
- MONTORO, ANDRÉ FRANCO. **Estudos de filosofia do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- PACTET, Pierre. **Institutos politiques. Droit constitutionnel.** 10. ed. Paris: Masson, 1991.
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA. **Teoria geral do direito civil.** 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1992.
- REALE, MIGUEL. **Filosofia do direito.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- SANTOS, Fernando Muniz. **Os princípios e as regras constitucionais enquanto normas jurídicas.** Trabalho inédito apresentando como

requisito parcial para a aprovação na disciplina de Teoria Geral do Direito Constitucional (Prof. Clémerson Merlin Clève) do Curso de Mestrado/Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SLAIB filho, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988. Aspectos fundamentais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

TEIXEIRA, J. H. MEIRELLES. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VIEHWEG, THEODOR. **Tópica e jurisprudência.** Brasília: Ministério da justiça; Universidade de Brasília, 1979.