

**Conceito de Princípios Constitucionais:
sua revisão no discurso de juristas brasileiros, a partir da
contribuição de J. J. Gomes Canotilho.**

Aluno: Ruy Samuel Espíndola

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito à obtenção do Título de Mestre em Ciências
Humanas - Especialidade Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer

Florianópolis

Novembro - 1996

**Conceito de Princípios Constitucionais:
sua revisão no discurso de juristas brasileiros, a partir da
contribuição de J. J. Gomes Canotilho.**

Aluno: Ruy Samuel Espíndola

**Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito à obtenção do Título de Mestre em Ciências
Humanas - Especialidade Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer

Florianópolis

Novembro - 1996



0.263.470-1

UFSC-BU

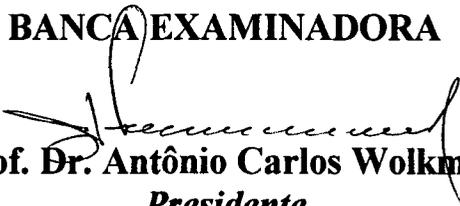
**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - CPGD
NÍVEL MESTRADO**

A dissertação:

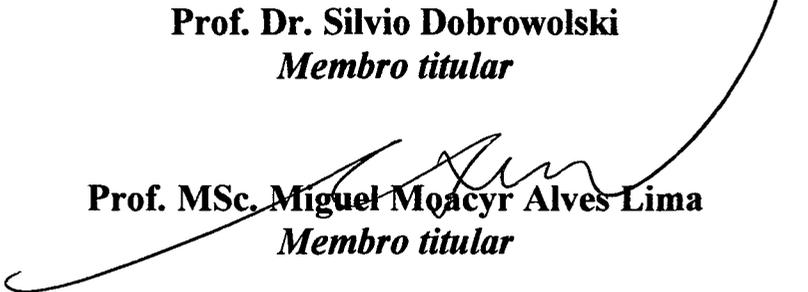
**"Conceito de Princípios Constitucionais:
sua revisão no discurso de juristas brasileiros, a partir da
contribuição de J. J. Gomes Canotilho."**

Florianópolis, 12 de novembro de 1996.

BANCA EXAMINADORA

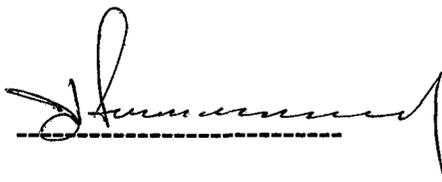

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer
Presidente


Prof. Dr. Silvio Dobrowolski
Membro titular


Prof. MSc. Miguel Moacyr Alves Lima
Membro titular

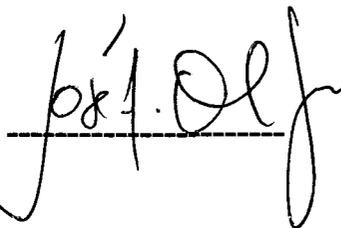
Prof. Orientador de Dissertação:

Dr. Antônio Carlos Wolkmer



Prof. Coordenador do Curso:

Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior



Dedico este trabalho para o meu muito amado pai,

ARY ESPÍNDOLA,

por todo o seu amor, devoção e amizade,

mas aqui, especialmente, pelo estímulo, fraternal cumplicidade e apoio,

sem os quais este *sonho acadêmico* não se teria tornado *realidade escrita*.

Também para dois estimados amigos,

valorosos companheiros em muitos e inesquecíveis momentos:

A

NÉVITON DE OLIVEIRA BATISTA GUEDES,

pelo seu modelar exemplo de professor e sério estudioso do Direito, pelos diálogos

que iluminaram muitas das idéias empreendidas, e, nesta ocasião, pelos fraternos "puxões de orelha", sem os quais - ao lado dos de meu pai - esta monografia, em seus últimos momentos, não teria transitado "da testa para o texto", e

A

RODRIGO VALGAS DOS SANTOS,

pelo seu brilho e vigor moral de advogado, pelas belas batalhas advocatícias já travadas em sua companhia, pelos ricos "sonhos jurídicos" que alimentamos em sociedade, e, neste ponto, pelo decisivo apoio nos últimos meses, em salvaguarda de responsabilidades comuns, sem o qual me teriam faltado a tranqüilidade e o tempo, tão necessários à edificação da presente tese.

Ainda, com carinho, para

MILENA PETTERS MELO,

por todo o seu amor, compreensão, apoio, companheirismo, dedicação e por tudo o mais que nossa relação nos deu e ficou.

"É o conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais."

CARLOS ARI SUNDFELD

(em *Fundamentos de Direito Público*)

"Para o cumprimento da Constituição, como de resto para o cumprimento de qualquer norma, é indispensável em primeiro lugar conhecê-la."

HUGO DE BRITO MACHADO

(em *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*)

"Práxis e teoria são interligadas, interdependentes. A teoria é um momento necessário da práxis; e essa necessidade não é um luxo: é uma característica que distingue a práxis das atividades meramente repetitivas, cegas, mecânicas, 'abstratas'. (...). A práxis é a atividade que, para se tornar mais humana, precisa de ser realizada por um sujeito mais livre e mais consciente. Quer dizer: é a atividade que precisa da teoria."

LEANDRO KONDER

(em *O Futuro da Filosofia da Práxis - o pensamento de Marx no século XXI*)

ÍNDICE

RESUMO	08
RESUMEN	10
AGRADECIMENTOS	12
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I - PRINCÍPIOS JURÍDICOS E CONSTITUIÇÃO: CONCEITOS OPERACIONAIS	24
1. Conceito de Princípio no Direito	25
1.1. Princípios positivos do Direito e princípios gerais de Direito	29
1.2. Normatividade dos princípios	32
1.3. Jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo	35
1.4. Jusprivatismo e juspublicismo	36
2. Princípio como Norma Jurídica	37
2.1. Princípio e regra	40
2.2. Distintas funções dos princípios	43
2.3. Conflito entre princípios	44
3. Teoria dos Princípios e Princípios Constitucionais	45
3.1. Teoria dos princípios como coração das constituições contemporâneas	46
3.2. Princípios como fundamento do sistema jurídico e princípios constitucionais	47
3.3. Natureza e característica dos princípios constitucionais	49
4. Conceito de Constituição no Direito Constitucional	57
4.1. Sentido de constituição como constituição escrita	60
4.2. Função da constituição	62
4.3. Estrutura da constituição	64
4.4. Constituição como norma e sua força normativa	65
4.5. Conceito de constituição e modelo de estado constitucional	68
4.6. Constituição e pré-compreensão do Direito Constitucional	71
CAPÍTULO II - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: REVISÃO DO CONCEITO NO DISCURSO DE JURISTAS BRASILEIROS	74
01. Tematização dogmática primeira de Sampaio Dória	75
02. Difundida concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello	79

03. Doutrina constitucional de José Afonso da Silva	83
04. Trabalho teórico primeiro de Eros Roberto Grau	88
05. Registro de teorias e teóricos de Paulo Bonavides	92
06. Contribuição teórico-constitucional de Cármem Lúcia Antunes Rocha	96
07. Sistematização dogmático-constitucional de Luís Roberto Barroso	101
08. Interpretação constitucional e princípios constitucionais em Ivo Dantas	107
09. Hierarquização dos princípios constitucionais em J. Souto Maior Borges	112
10. Constituição como sistema de princípios e normas em Flávio Galvão	114
11. Conflito entre princípios constitucionais em Floriano Marques Neto	116
12. Outras significativas contribuições teóricas e dogmáticas	119
12.01. Carlos Ari Sundfeld	119
12.02. Celso Ribeiro Bastos	120
12.03. Geraldo Ataliba	121
12.04. Kildare Gonçalves Carvalho	123
12.05. Raquel Denize Stumm	124
12.06. Roque Antônio Carraza	125
CAPÍTULO III - CONCEITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A CONTRIBUIÇÃO DE CANOTILHO À SUA COMPREENSÃO	129
01. Construção Principlista do Direito Constitucional	131
01.1. Autores e obras que fundamentam o pensamento canotilhiano	132
01.2. Dogmática principlista estruturante	135
01.3. Estrutura sistêmica: constituição como sistema aberto de regras e princípios	137
02. Teoria e Dogmática dos Princípios Constitucionais	143
02.01. Questões prévias em torno do conceito de princípio como norma constitucional ..	145
02.02. Especificações dogmáticas em torno dos princípios fundamentais	151
02.03. Força normativa imediata dos princípios constitucionais	158
02.04. Tipologia de princípios e de regras e a constituição como sistema interno	166
02.05. Densidade, abertura e concretização dos princípios constitucionais	177
02.06. Antinomias e tensões entre princípios constitucionais	184
CONSIDERAÇÕES FINAIS	188
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	199

RESUMO

A dissertação objetiva fazer uma revisão crítica dos elementos teóricos e dogmáticos que compõem o conceito de princípios constitucionais, no discurso de juristas brasileiros. Essa revisão ocupa, como marco teórico, a contribuição de José Joaquim Gomes Canotilho, constitucionalista português, para as análises, debates e confronto com as posições dos autores nacionais. São duas as perspectivas básicas do trabalho: uma, teórico-jurídica - organizar e sistematizar as teses e proposições que problematizam a normatividade dos princípios, segundo alguns postulados do pós-positivismo jurídico; outra, teórico-constitucional - tematizar o conceito de princípios conforme uma noção de lei fundamental que pressuponha as conquistas teóricas, dogmáticas e normativas inerentes ao modelo constitucional "estado democrático de direito".

A dissertação está dividida em três capítulos, além da introdução e da conclusão.

Elucidando as principais categorias operacionais que cercam o tema, o primeiro capítulo procura demonstrar quais são as teses e especulações que problematizam o conceito de princípio no âmago da Ciência Jurídica, e de como essas questões perspectivam a formulação da idéia de princípio no interior do Direito Constitucional, além de analisar as relações entre o conceito de constituição e de princípio jurídico, como colocações preliminares à compreensão da normatividade dos princípios constitucionais.

O segundo capítulo analisa as várias conceituações, teses e classificações realizadas pelos autores brasileiros em torno do conceito de princípios constitucionais, apontando os avanços e limites constatados, conforme os núcleos temáticos definidos no capítulo I.

O terceiro capítulo tenta empreender o debate entre a contribuição de Canotilho e a dos autores analisados, com o objetivo de demonstrar as insuficiências, desajustes e virtudes do discurso jurídico brasileiro para o estabelecimento da normatividade dos princípios constitucionais e para a formulação constitucionalmente adequada de seu conceito, nos quadrantes da dogmática constitucional brasileira.

A conclusão evidencia, de forma sistematizada, os acordos teóricos e dogmáticos entre os autores nacionais, a respeito do conceito estudado; especifica, de forma sintética, as insuficiências e desajustes encontrados no discurso brasileiro; sumaria as contribuições de Canotilho à compreensão da problemática contemporânea dos princípios

constitucionais e, por último, assinala algumas questões potencialmente exploráveis a partir da investigação empreendida, que ficaram entreabertas para pesquisas futuras.

RESUMEN

La presente disertación tiene como propósito hacer una revisión crítica de los elementos teóricos y dogmáticos que componen el concepto de principios constitucionales, en el discurso de juristas brasileños. Esta revisión toma como marco teórico para análisis, debates y confrontaciones con las posiciones nacionales, la contribución de José Joaquim Gomes Canotilho, constitucionalista portugués. Son dos las perspectivas básicas del presente trabajo: una, teórico-jurídica - organizar y sistematizar las tesis y proposiciones que problematizan la normatividad de los principios, siguiendo algunos postulados del post-positivismo jurídico; otra, teórico-constitucional - tematizar el concepto de principios conforme una noción de ley fundamental que presuponga las conquistas teóricas, dogmáticas y normativas inherentes al modelo constitucional "estado democrático de derecho."

Esta disertación está dividida en tres capítulos, a los que se suma la introducción y la conclusión.

El primer capítulo aclara las principales categorías operacionales que contextúan la temática, y intenta demostrar cuales son las tesis y especulaciones que problematizan el concepto de principio como punto esencial de la Ciencia Jurídica, y como esas cuestiones perfilan la formulación de la idea de principio en el interior del Derecho Constitucional, además de analizar las relaciones entre el concepto de constitución y de principio jurídico, como exposiciones preliminares para la comprensión de la normatividad de los principios constitucionales.

El segundo capítulo analiza las conceptualizaciones, tesis y clasificaciones realizadas por los autores brasileños en relación al concepto de principios constitucionales, señalando los avances y límites constatados, de acuerdo con los núcleos problemáticos definidos en el primer capítulo.

El tercer capítulo intenta llevar el debate entre la contribución de Canotilho y la de los autores analizados, con el objetivo de demostrar las insuficiencias, desajustes y virtudes del discurso jurídico brasileño para el establecimiento de la normatividad de los principios constitucionales y para la formulación constitucionalmente de acuerdo con su concepto, dentro de los marcos de la dogmática constitucional brasileña.

La conclusión aclara de forma sistematizada los acuerdos teóricos y dogmáticos entre los autores nacionales, a respecto del concepto estudiado; especifica, de

modo sintético, las insuficiencias y desajustes encontrados en el discurso brasileño; sumaria las contribuciones de Canotilho para la comprensión de la problemática contemporánea de los principios constitucionales y, por último, aborda algunas cuestiones potencialmente explorables a partir de la investigación emprendida, que quedaron entreabiertas para investigaciones futuras.

AGRADECIMENTOS

Ao Msc. Evaristo Paulo Gouvêa, pelo estímulo inaugural.

Ao meu orientador, Dr. Antônio Carlos Wolkmer, pelo inestimável apoio e serena compreensão, pelo modelo exemplar de pesquisador, pelas primeiras influências teórico-críticas, e pela honrosa deferência de ter-me aceito como seu orientando.

De forma carinhosa ao Dr. Edmundo Lima de Arruda Jr., pela sua pródiga e fraternal amizade, que me auxiliou, de modo decisivo, em muitos progressos acadêmicos.

Aos professores Dr. Jorge Miranda (Universidade de Lisboa e Universidade Católica Portuguesa, Portugal), pelo estímulo e críticas quanto à amplitude do projeto inicial, aconselhando-me a reduzi-lo até os limites do realizável; Dr. José Joaquim Gomes Canotilho (Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal), pelas ricas sugestões e críticas, tanto ao objeto desta dissertação quanto a outros projetos acadêmicos que lhe expus, e, especialmente, pela deferência da prestimosa atenção a mim dispensada, bem como pela sua generosa e cativante postura humana, que me fez estudar sua obra com devoção ainda maior; Dr. Alessandro Barata (*Institut für Rechts - und Sozialphilosophie, Universität des Saarlandes, Saarbrücken, Alemanha*), honroso padrinho de minha consagração aos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, pela leitura atenta do plano de pesquisa, pelas sugestivas colocações feitas e pelo exemplo de humildade e sabedoria que lega a todos que o conhecem.

Aos professores Osvaldo Furlan e Lia Rosa Leal, ambos ligados ao Direito e à Gramática Portuguesa, pela muito prestimosa tarefa de crítica e correção do texto original.

À Capes, pelo apoio financeiro recebido nos dois primeiros anos e meio desta pesquisa.

A Deus, entre quintilhões de motivos, por tantas pessoas, lugares, coisas, idéias, ideais, sonhos e livros, que me fizeram e fazem *sentir* que “o importante é o amor (!)” e que o conhecimento é um bem essencialmente socialista; e por revelar-me que quanto mais compartilharmos *amor e conhecimento* mais deles experimentamos.

INTRODUÇÃO

O conceito de princípio jurídico, a partir da década de cinquenta até os dias atuais, ensejou grandes estudos e reflexões no âmbito discursivo da Teoria do Direito. Autores como Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Karl Engisch, Wilhelm-Cannaris, Genaro Carrió, entre outros, proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas, dogmáticas e metodológicas muito superiores à das teses até então consagradas, que defendiam uma mera posição subsidiária, uma auxiliar função integrativa na aplicação do direito, cabível ao princípios enquanto "princípios gerais do Direito". Expressão concreta dessa superada postura positivista¹, constituiu a consagração, em várias legislações², do enunciado normativo: "*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*"³

Atualmente, entende-se que os princípios estão inclusos tanto no conceito de *lei* quanto no de *princípios gerais do direito*, divisando-se, nessa forma, princípios jurídicos expressos e princípios jurídicos implícitos *na ordem jurídica*, respectivamente (Eros Grau e Norberto Bobbio⁴). Essa tendência tem sido chamada de pós-positivista. Seus postulados vão

¹ Para uma visão aproximada desta postura e alguns de seus defensores, que negam o caráter de norma jurídica aos princípios atribuindo-lhes uma função meramente supletiva, em face das lacunas legais, ver o texto de Arnaldo VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito. Teoria da Norma Jurídica*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, 292 p., no tópico "Os princípios gerais de Direito" (p. 206-213).

Hans KELSEN, discutindo o pensamento de Esser, também negou o caráter de norma jurídica aos princípios de direito, cf. seu *Teoria Geral das Normas* [Allgemeine Theorie der Normen], trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris Editor, 1986, 509 p., no cap. 28, "Norma Jurídica e Princípio de Direito. A Teoria da Transformação, de Esser" (p. 145-56).

² Para ter uma idéia dos países e dos enunciados literais elaborados em suas legislações, consultar: Vicente RAÓ, *O Direito e a Vida dos Direitos (Noções Gerais. Direito Positivo. Direito Objetivo)*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, 476 p., Vol. I, no tópico "Os princípios gerais de direito como fonte do direito, segundo as diversas legislações" (p. 236-7); Rubens Limongi FRANÇA, *Princípios Gerais de Direito*, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, 260 p., no tópico "Os Códigos das Nações Cultas" (p. 37-41).

³ Cf. Art. 4º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 - Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Sobre os *princípios gerais do Direito*, ver as significativas anotações de Maria Helena Diniz, que sumariam as diversas posições a respeito, cf. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, 535 p., no tópico "Princípios Gerais do Direito" (p. 418-425).

Além desse manual, ver a primeira e única monografia sobre o assunto, entre nós, de Limongi França: *Princípios Gerais de Direito*, ob. cit.

⁴ Cf. BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico* [Teoria dell'ordinamento giuridico], trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos, São Paulo/Brasília, Polis/UnB, 1989, 184 p., p.156-60. A posição de GRAU encontra-se no cap. II, item 04, desta dissertação.

muito além: entendem os princípios como normas jurídicas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos encontráveis *na* ordem jurídica; consideram as normas de direito como gênero, do qual os princípios e as regras são espécies jurídicas. Essas colocações constituem apenas alguns postulados dessa inovadora e progressista corrente do pensamento jurídico contemporâneo, como se verá nos capítulos subseqüentes.

Porém, é no Direito Constitucional que essa tendência ganhou prestígio e estabeleceu aprofundadas e conseqüentes reflexões, com autores como Vézio Crisafulli, Robert Alexy, Eduardo Garcia de Enterría e José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros. Nesse campo da Ciência Jurídica, os princípios assumiram estruturas e funções normativas muito diferentes das próprias a outros ramos do Direito. Na Ciência Constitucional, os postulados da posição hierárquico-normativa da constituição, da peculiar natureza das normas constitucionais e dos discursos jusconstitucionais contemporâneos, que advogam as teses da *força normativa da constituição* (Konrad Hesse) e da *constituição como norma* (Enterría), ao lado de outros fatores teóricos, dogmáticos e normativos, imprimiram novo matiz metodológico e vigor teórico às posições pós-positivistas, relativamente aos princípios jurídicos - agora princípios constitucionais.⁵

Colocados na constituição - cúspide normativa dos estados democráticos de direito - os princípios transmudaram de juridicidade e propuseram novas, instigantes e complexas questões à jusconstitucionalística contemporânea. *Conceituá-los⁶, classificá-los, defini-los, imiscuí-los em adequada base metodológica, lançando luzes para sua correta compreensão, interpretação e aplicação*, constitui alguns dos desafios contemporâneos colocados aos juristas. Ou melhor: *teorizá-los para estabelecer uma compreensão constitucionalmente adequada, inerente ao modelo democrático-social de constituição, preponderante em nosso tempo, e, ainda, para estatuir um conceito em bases constitucionalmente aptas para dizer da normatividade dos princípios "na" constituição e dos problemas teóricos e dogmáticos ligados à existência jurídica dos princípios constitucionais*, é dever-tarefa dos constitucionalistas da atualidade.

⁵ Para compreensão das categorias "teoria", "dogmática" e "metodologia" (ou metódica) no âmbito constitucional, segundo quer-se aqui significar, ver o item "Constituição e pré-compreensão do Direito Constitucional", no capítulo primeiro deste trabalho.

⁶ *Conceituar*, para os efeitos deste trabalho e para a metodologia da ciência, é algo mais amplo, profundo e complexo que *definir*. No que toca aos princípios constitucionais, conceituar diz respeito a atividade de *compreensão*, de cognição do conjunto das propriedades teórico-jurídicas que compõem a idéia de princípio *na* constituição (para se definir os princípios); também, diz respeito a caracterização da *extensão* dos tipos de normas da constituição, que possuem as mesmas características que tipificam os princípios constitucionais (para se dividir, classificar os princípios). O ato de definir está ligada a *compreensão* do conceito, e não a sua *extensão*. Por isso a opção deste trabalho pela idéia de "Conceito de Princípios Constitucionais", e não pela definição dos mesmos. Cf. deduções do texto de Antônio Joaquim SEVERINO, *Metodologia do Trabalho Científico*, 19ª ed., São Paulo, Cortez, 1993, 252 p., p. 146-8.

Esquadrinhando-se no modelo de lei fundamental aludido, a vigente Constituição brasileira se adiantou tanto em alguns aspectos normativo-constitucionais (tendo-os captado dos avanços doutrinários do constitucionalismo democrático hodierno), que os estudos nacionais existentes, até os dias atuais, não foram suficientes para dar conta de uma séria de questões jurídicas, surgidas a partir de sua edição⁷. E um desses inegáveis aspectos é, sem dúvida, a farta e complexa dimensão principiológica da Lei Fundamental.

Até a expedição da "Carta da Primavera de 1988", pode-se dizer, com certeza, as letras jurídicas brasileiras não dispunham de estudos que pudessem, em termos monográficos, explorar, de maneira ótima, um grande número de virtualidades teóricas e metódicas do conceito de princípios constitucionais^{8 9}. Por conseqüência, a iluminação

⁷ Para exemplificar alguns aspectos que exigiram e/ou exigem novas e/ou primeiras digressões dogmáticas:

(a) *exigiram e ainda exigem*: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o *habeas-data* (art. 5º, LXXII),

(b) *exigem as primeiras digressões*: o procedimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º), sobre o qual reina o mais tumular silêncio doutrinário; a natureza jurídica das leis orgânicas municipais (art. 29, *caput*) e seus corolários, como eventuais instrumentos processuais para assegurar a *supremacia orgânica* dessas leis políticas e os limites e poderes do *poder constituinte derivado municipal*, sobre os quais sequer uma linha foi cogitada;

(c) *exigem novas e primeiras digressões*: o sistema de direitos fundamentais (tit. II c/c art. 5º, §2º) - nesse assunto, em termos teóricos e metodológicos, o silêncio discursivo é tão eloqüente que um de nossos mais destacados autores, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nas primeiras horas pós-constituinte de 1988, reeditou obra de sua autoria, que comentava os direitos e garantias fundamentais da constituição anterior, com a simples "transplantação" de excertos doutrinários (diga-se: endereçados à compreensão da ordem constitucional *militar* pretérita), para fazer "doutrina" sobre o texto constitucional vigente - ver FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 01-138; e para fazer justiça ao autor, não obstante a crítica, é preciso dizer que após a Constituição de 1988, ele foi o único, até o presente momento, a editar monografia específica respeitante ao tema - ver FERREIRA FILHO, *Direito Humanos Fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1996, 189 p.

⁸ Essas virtualidades dizem respeito ao conjunto de elementos, teóricos e dogmáticos, que compõem o conceito de princípio jurídico e de princípio constitucional, na atualidade, e que foram explorados ao longo deste trabalho.

⁹ É preciso registrar que, antes de 1988, três significativas obras foram publicadas no Brasil, cujos títulos e conteúdos exploraram a idéia de princípio *relacionada* ao Direito Constitucional: Pinto FERREIRA, *Princípios de Direito Constitucional Geral*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, V. I (506 p.) e V. II (519 p.); Santi ROMANO, *Princípios de Direito Constitucional Geral*, Trad. Maria Helena Diniz, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, 396 p.; Thomas COOLEY, *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, Trad. Alcidez Cruz, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, 304 p.

Porém, nenhuma dessas obras, ocupou-se, monograficamente, dos princípios constitucionais enquanto conceito ligado a idéia de norma constitucional. O que objetivou a formulação desses textos foi a intenção de organizar, sob o pálio da nomenclatura "princípios", os títulos e capítulos componentes dos lineamentos básicos da disciplina jurídica "Direito Constitucional". Nesse intento, tanto aspectos do Direito Constitucional Positivo quanto aspectos do Direito Constitucional Geral foram organizados.

No entanto, a preocupação teórica e/ou dogmática com a idéia de princípio constitucional como norma jurídica não foi desenvolvida por qualquer dessas obras, o que é compreensível, dado os anos de editoração em que foram produzidas: anos anteriores ao advento das preocupações pós-positivistas (Cooley, 1880; Romano, 1945; Ferreira, 1948).

Interessante notar, entre as páginas destes trabalhos, as seguintes citações e observações: Para Cooley, a "Constituição pôde definir-se como sendo o corpo de **regras** e **princípios** em conformidade com os quaes são normalmente exercidos os poderes da soberania." (negrito acrescido) (Ob. cit., p. 57); em Romano, pode-se

dogmática dos princípios constitucionais, expressos e implícitos, na lei fundamental brasileira, tornara-se *constitucionalmente claudicante* (Canotilho), exigindo reflexões e pesquisas que dessem conta de várias questões trazidas a lume pela sistemática constitucional vigente.

Nesse sentido, muitas monografias sobre princípios constitucionais positivos, tanto antes quanto depois da atual constituição, foram elaboradas por publicistas brasileiros, ou seja, produziram-se trabalhos de doutrina do direito constitucional relativos a certos princípios encontráveis na Constituição. Vejam-se alguns significativos exemplos:

(a) sobre o *princípio republicano*, de Geraldo Ataliba¹⁰;

(b) sobre o *princípio federativo*, de Rosah Russomano¹¹;

(c) sobre alguns aspectos do *princípio da separação de poderes*, de Clèmerson Merlin Clève¹² (*atividade legislativa do poder executivo*) e de Anna Cândida da Cunha Ferraz¹³ (*poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo*);

(d) sobre certos *princípios constitucionais tributários*, de Alberto Xavier¹⁴ (*legalidade e tipicidade*), de Hugo Brito Machado¹⁵ (*legalidade, isonomia, capacidade*

encontrar a alusão a regras e princípios, sem, no entanto, vislumbrar-se as preocupações analíticas encetadas pelo pós-positivismo (entre outras páginas, ver, ob. cit., p. 117-22); em Ferreira, encontra-se alusão ao “princípio da supremacia da constituição” (Ob. cit., V. I, p. 132-52 e p. 159-70), tanto quanto conceito quanto norma de direito, e ao princípios “democrático”, “liberal”, “socialista”, “do federalismo” (ob. cit., V. I, p. 177-506, V. II, p. 03-133, p. 137-296, p. 299-403, respectivamente) como conceitos filosóficos, históricos, políticos e ideológicos, de certas e modestas imbricações jurídico-positivas, ou melhor: como conceitos de pouca correspondência para a compreensão, interpretação e aplicação das normas constitucionais positivas ou para a inteligência das normas constitucionais enquanto categoria teórica.

¹⁰ Cf. ATALIBA, *República e Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, 164 p.

¹¹ Cf. RUSSOMANO, *O Princípio do Federalismo na Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1965, 168 p.

¹² Cf. CLÈVE, *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, 269 p.

¹³ Cf. FERRAZ, *Conflito entre Poderes - o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, 224 p.

¹⁴ Cf. XAVIER, *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, 106 p.

¹⁵ Cf. MACHADO, *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, 86 p.

contributiva, anterioridade, vedação do confisco), de Roque Antonio Carraza¹⁶ (*princípio republicano e tributação, princípio federativo e tributação, princípio da autonomia municipal e tributação, princípio da anterioridade tributária, princípio da segurança jurídica tributária*) e de Victor Uckmar¹⁷ (*princípio da legalidade, princípio da igualdade, princípio da competência*);

(e) sobre *princípios constitucionais da administração pública*, de Cármem Lúcia Antunes Rocha¹⁸ (*princípios da juridicidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade da administração, da responsabilidade administrativa*) e de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho¹⁹ (*princípio da moralidade*);

(f) sobre *princípios constitucionais vinculados aos direitos e garantias fundamentais*, de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰ (*princípio da igualdade*), de Suzana de Toledo Barros²¹ (*princípio da proporcionalidade*), de Raquel Denize Stumm²² (*princípio da proporcionalidade*) e de Nelson Nery Júnior²³ (*princípios do devido processo legal, da isonomia, do juiz e do promotor natural, do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais, da inafastabilidade do controle jurisdicional etc*);

(g) sobre *princípios constitucionais de relações exteriores*, de Pedro Dallari²⁴ (*princípio da independência nacional, da prevalência dos direitos humanos, da*

¹⁶ Cf. CARRAZA, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 5 ed., São Paulo, Malheiros, 1993, 471 p. Essa obra, não obstante estar intitulada como "curso", na sua primeira edição fora lançada como monografia sobre "Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária", daí sua citação no rol de monografias jurídicas sobre princípios constitucionais brasileiros.

¹⁷ Cf. UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. Trad. de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. 122 p. Essa obra, não obstante ser de autoria de jurista italiano, merece menção no rol de textos nacionais, pelo fato de ter sido editada no Brasil.

¹⁸ Cf. ROCHA, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, 308 p.

¹⁹ Cf. FRANCO SOBRINHO, *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*, 2ª ed., Curitiba, Genesis, 1993, 173 p.

²⁰ Cf. BANDEIRA DE MELLO, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, 48 p.

²¹ Cf. BARROS, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, 221 p.

²² Cf. STUMM, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, 181 p.

²³ Cf. NERY JR., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, 214 p.

²⁴ Cf. DALLARI, *Constituição e Relações Exteriores*, São Paulo, Saraiva, 1994, 220 p.

autodeterminação dos povos, da não-intervenção, da iguadade entre os estados, da defesa da paz, da solução pacífica dos conflitos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, da concessão de asilo político e da integração dos povos da América Latina).

No País, além desses trabalhos monográficos sobre determinados princípios constitucionais positivos, encontram-se artigos doutrinários, capítulos de monografias jurídicas e de manuais de Direito que dedicaram atenção (*in generi*), teórica e dogmática, ao conceito de princípios constitucionais. Exemplos desses estudos, entre os de conteúdos mais proveitosos, dos quais se podem extrair subsídios à clarificação do conceito de princípios constitucionais, são os textos de Sampaio Dória, Celso Antônio Bandeira de Mello, Eros Grau, Paulo Bonavides, Luiz Roberto Barroso, Ivo Dantas, José Souto Maior Borges, Flávio Alberto Gonçalves Galvão, Floriano de Azevedo Marques Neto, Ricardo Lobo Torres, Carlos Ayres de Britto, Carlos Ari Sundfeld, Celso Ribeiro Bastos, Willis Santiago Guerra Filho, Luiz Afonso Heck, Paulo de Barros Carvalho e Kildare Gonçalves Carvalho²⁵.

Os trabalhos desses autores, diferentemente das monografias antes citadas, como se poderá constatar ao longo do desenvolvimento, não se ocuparam de estudar específicos princípios constitucionais. A maioria deles tentou desvendar elementos teóricos, identificar características gerais, individualizar dados normativos para melhor compreensão do conceito de princípios constitucionais. Todos dissertaram sobre a normatividade dos princípios constitucionais, salientaram o caráter de norma jurídica desses e objetivaram demonstrar sua imperatividade e eficácia, no interior da ordem jurídica. Alguns se dedicaram a estabelecer tipologias e classificações. Enfim, todos os autores nacionais citados, em maior ou menor grau, colimaram o seguinte: conceituar os princípios constitucionais e explicar sua normatividade²⁶.

²⁵ O pensamento desses autores, entre outros, foram, com maior ou menor extensão discursiva, analisados neste trabalho, principalmente no segundo capítulo. Entre nós, além dessas abordagens constitucionais sobre o conceito de princípio, existem alguns textos, de teoria jurídica geral e de dogmática, que se ocuparam dos princípios jurídicos *in generi*: trabalhos de Juarez Freitas, Fernando Noronha, Arnaldo Vasconcelos, Maria Helena Diniz e Vicente Raó, ocupados, também, na elaboração desta dissertação.

Vale registrar as muito significativas linhas de Edilson Pereira de FARIAS, relativamente ao conceito de princípios constitucionais, p. 21-53, em seu *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1996, 168 p. Esse livro não foi utilizado neste trabalho, devido ao fato de ter chegado ao conhecimento do autor somente após a sua conclusão final. Porém, é de salientar, que sua contribuição é deveras expressiva em face do material existente até a sua edição.

²⁶ A idéia de *normatividade* não está, no âmbito deste trabalho, cingida ao significado de *qualidade de norma*. Vai muito além disso: retrata o *processo global de aplicação dos princípios constitucionais* na ordem jurídica. Ver item 1.2., do capítulo I, e item 2.4, do capítulo III.

Todavia, não obstante esse considerável número de estudos e reflexões respeitante à temática dos princípios constitucionais, a doutrina nacional e a jurisprudência brasileiras (principalmente do Supremo Tribunal Federal), têm recorrido²⁷, de forma acentuada, após o advento da Constituição de 1988, aos ensinamentos de uma das maiores expressões do Direito Constitucional contemporâneo, e, sem dúvida, o maior autor da Ciência Constitucional de língua portuguesa: José Joaquim Gomes Canotilho, constitucionalista português, professor da Faculdade de Direito de Coimbra.

No Brasil, têm sido raros os estudos, produzidos após o advento de nossa lei fundamental, que não contenham referências, citações, e mesmo não tenham como norte teórico (expresso ou implícito) os ensinamentos, teses e reflexões desse autor. Recentes congressos e encontros nacionais sobre Direito Constitucional, ou temas afins, têm requisitado a presença do mestre português. Pode-se dizer, sem exageros, que falar em Direito Constitucional no Brasil, hoje, é, necessariamente, dizer, dentre tantos autores nacionais, da obra do Professor de Coimbra, cujo ensino já conquistou outra nacionalidade, tornando-o autor de docência *luso-brasileira*. A influência de Canotilho tem sido tão grande, em nosso País, que José Afonso da Silva chegou a afirmar que, para entender a atual Constituição brasileira, os operadores jurídicos nacionais precisariam ler suas obras²⁸, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Ney Prado chegaram a atribuir responsabilidade pelos matizes "socialistas" em nossa lei fundamental, além de outros fatores, à doutrina do autor português²⁹.

O prestígio de sua obra, entre nós, se deve a várias razões, que se classificarão, aqui, como endógenas e exógenas, segundo parece lícito afirmar.

Pelas primeiras - as endógenas - pode-se dizer: (i) a intertextualidade de sua obra é composta por livros de autores de língua espanhola, inglesa, francesa, italiana, alemã, além, é claro, da portuguesa (com considerável atenção para os autores brasileiros); (ii) sua criatividade, análise, senso crítico e argúcia de pensamento são raras em obras jurídicas do

²⁷ Não só sobre a temática dos princípios, como demonstram os estudos aqui sistematizados. Em tema de interpretação constitucional, teoria da norma constitucional, conceito de constituição, controle de constitucionalidade etc., a obra de Canotilho tem sido um *revitalizador* teórico e metodológico para a doutrina brasileira. Ver os trabalhos de Néviton Guedes, Willis Guerra, Clémerson Cléve, Luiz Barroso, Carlos Ayres de Britto, Cármem Lúcia A. Rocha, Denise R. Stumm, Suzana T. Barros, entre outros, para constatar a sua inegável influência.

²⁸ Cf. SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992, 768 p., p. 85.

²⁹ Cf. citações literais desses autores, no texto de CANOTILHO intitulado "Rever a ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo", *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, ano. 4, nº 15, abr./jun. 1996, p. 07-17, p. 07-8.

gênero; (iii) sua narrativa sobre os temas constitucionais, sempre crítica, apresenta iniludíveis posições e leituras inter e multidisciplinares; (iv) o diálogo constante com os autores clássicos e contemporâneos do direito constitucional, da ciência política e da filosofia política, a colocam num patamar *sui generis*, permitindo ao leitor brasileiro uma visão histórica e teórica do Direito Constitucional, desde os seus albores até os dias que passam; (v) a pauta de matérias que apresenta, sendo ampla e profunda, além de abordar os antigos temas sob novas perspectivas, apresenta as novas questões com inovadoras perspetivações; (vi) *sua obra apresenta uma ampla e profunda contribuição para uma construção dogmático-princípioalista do Direito Constitucional.*

Pelas segundas - as razões exógenas - pode-se aduzir: (i) com o advento da nova Constituição, o discurso jurídico-constitucional brasileiro ressentiu-se, com mais evidência, da necessidade de estudos e reflexões fundadas sobre sólidas bases teóricas e metodológicas; (ii) as novas positavações constitucionais trouxeram não só novos e provocantes temas à discutibilidade crítica (como a inconstitucionalidade por omissão), mas também repropuseram antigas questões sob novas regulações normativas (como a ação declaratória de constitucionalidade e a *dimensão normativo-princípioalista da constituição*); (iii) a necessidade de atualização do constitucionalismo brasileiro ao discursivamente elaborado no plano do Direito Constitucional hodierno; (iv) a proximidade de nossa Constituição da raiz ideológico-constitucional e jurídico-normativa da Constituição portuguesa e do pensamento constitucional alemão (do qual o pensamento de Canotilho é inegavelmente tributário); (v) *a Constituição vigente apresenta um complexo e amplo bloco normativo-princípioalista, exigindo um discurso constitucionalmente adequado para compreendê-lo, interpretá-lo e aplicá-lo.*

Quanto ao conceito de princípios constitucionais e sua normatividade, pode-se dizer que a obra de Canotilho apresenta uma ampla e profunda proposta para sua compreensão, constituindo-se numa das mais elaboradas e originais contribuições do Direito Constitucional contemporâneo à problemática, segundo é lícito deduzir da globalidade dos textos empregados na feitura desta dissertação.

Expostas essas questões iniciais que, deve-se dizer, tiveram por fim evidenciar a *determinação do assunto* e a *delimitação do tema* do presente trabalho, pode-se especificar o *núcleo problemático central*³⁰, que presidiu a sua elaboração:

³⁰ A estrutura metodológica desta introdução segue os ensinamentos de Eduardo Oliveira LEITE, em seu *A Monografia Jurídica*, 2ª ed., Porto Alegre, Fabris Editor, 1985, 285 p., no tópico "A introdução" (p. 115-124).

(a) o conceito de princípios constitucionais, no discurso de juristas brasileiros, está atualizado com as novas tendências do pós-positivismo no Direito Constitucional contemporâneo, apresentando elementos teóricos³¹ que possam iluminar a formulação de um discurso dogmático constitucionalmente adequado³², de acordo com o modelo de Constituição adotado no Brasil?

(b) os elementos teóricos encontráveis são suficientes para uma explicação ótima da normatividade dos princípios constitucionais, ou melhor, são capazes de explicar o processo global de aplicação dos princípios constitucionais?

(c) respondidas de modo negativo ou relativizante as questões anteriores, questiona-se: qual a possível contribuição da obra de Canotilho para a compreensão do conceito de princípios constitucionais, que possa auxiliar o discurso jurídico brasileiro ao atendimento das finalidades constitucionais expendidas?

A *hipótese central* da qual partiu esta dissertação, é a seguinte: os discursos jurídicos e/ou conjunto de convenções teórico-científicas³³ deles provenientes, encontráveis no Direito Constitucional brasileiro, não são, em tudo, atualizados e suficientes para abranger a complexa trama de problemas teóricos³⁴ suscitados pelo conceito de princípios constitucionais, sob os auspícios do pós-positivismo na Ciência Constitucional. E, além desses discursos não serem atualizados nem suficientes para uma ampla e eficiente compreensão do conceito pesquisado, eles não fornecem subsídios metódicos para uma ótima interpretação e aplicação jurídica dos princípios constitucionais. Para sanar insuficiências e desajustes teóricos desta natureza, é preciso uma aproximação com o pensamento

³¹ Elementos teóricos que possam responder, entre outras questões, as seguintes: qual a natureza jurídica dos princípios constitucionais? quais as funções jurídicas e a estrutura normativa que os caracterizam no âmbito de juridicidade da constituição? o conceito de norma constitucional compreende as regras e os princípios? qual a diferença entre regra e princípio constitucionais? no conflito entre princípios, ou entre princípios e regras, como proceder? qual a relação do conceito de princípios constitucionais com a teoria dos princípios, com o conceito de constituição e com a idéia de sistema jurídico-constitucional? os princípios podem servir de parâmetro no juízo de inconstitucionalidade? são limites materiais ao poder de revisão constitucional? podem fundamentar, juridicamente, uma pretensão em juízo? existem sanções para o descumprimento de seus comandos generalíssimos? pode haver uma relação hierárquica entre princípios constitucionais?

³² *Constitucionalmente adequado*, expressão de Canotilho, significa a exigência de conformidade dos discursos teóricos, dogmáticos e metódicos jurídicos para compreensão, interpretação e aplicação de uma ordem constitucional positiva. Nesse sentido, é preciso averiguar se o discurso jurídico brasileiro está adequado para a compreensão, aplicação e interpretação da dimensão normativo-princialista da Lei Fundamental vigente.

³³ *Convenções teórico-científicas*: significa o conjunto de consensos científicos existentes em dada disciplina, sobre determinado ponto que lhe é peculiar. No caso, o conjunto de convenções, entre os publicistas nacionais, que pudessem ensejar a formulação de um *estatuto teórico mínimo* do conceito princípio constitucional.

³⁴ Problemas com evidentes implicações dogmáticas e praxeológicas.

constitucional contemporâneo, precipuamente da obra de José Joaquim Gomes Canotilho, cuja contribuição principialista melhor poderá, no atual estágio da jusconstitucionalística hodierna (ao menos a de língua portuguesa), atender as exigências de superação e renovação do pensamento principialístico-constitucional brasileiro.

É preciso salientar que a indagação proposta tem limites discursivos, dos quais não se deve, metodologicamente, descuidar: primeiro - o discurso tendente à sua resolução desenvolve-se, preponderantemente, no plano da Teoria da Constituição³⁵, porém, quando necessário, se utiliza de referências à Constituição brasileira a título exemplificativo; segundo - é um metadiscurso em relação aos *discursos doutrinários*³⁶ brasileiros pesquisados, deixando de perscrutar os possíveis *discursos jurisprudenciais*³⁷ encontráveis; terceiro - ocupa-se dos princípios constitucionais *normativos* encontráveis na constituição, e não dos princípios *de interpretação da constituição*³⁸; quarto - não se propõe realizar uma teoria geral dos princípios constitucionais ou a fornecer elementos conceituais para essa tarefa, pois suas fontes primárias³⁹ limitam-se aos textos dos publicistas brasileiros e do português referidos, e o núcleo problemático levantado não se presta para tanto.

³⁵ Sobre o conceito de *Teoria da Constituição*, ver o item "Constituição e pré-compreensão do Direito Constitucional", no primeiro capítulo deste trabalho.

³⁶ A idéia de *discursos doutrinários*, neste ponto do trabalho, é diferente da de *doutrina do direito constitucional positivo*, talhada por Canotilho. A primeira, em termos clássicos, designa o conjunto de opiniões convergentes, dos juristas, a respeito de dada matéria jurídica; a segunda designa o discurso jurídico tendente a explicar a estrutura e a função de certas normas, conjunto de normas ou instituições a respeito de dada constituição positiva. Ver o item "Constituição e pré-compreensão do Direito Constitucional", no primeiro capítulo deste trabalho, para a segunda designação.

³⁷ Com isso não se quis "ignorar" ou "escamotear" a jurisprudência brasileira, principalmente a de nossa Corte Constitucional, como têm feito monografias do gênero, segundo a procedente crítica de Sepúlveda Pertence, Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal (cf. *Apud* Luiz Roberto BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996, 300 p., p. XVIII). O que ocorreu foi a imposição de um preciso recorte temático que, sem querer fugir da jurisprudência, preocupou-se em ser exaustivo com a doutrina nacional. Preocupação que, pela sua própria natureza, colocou a narrativa do texto diante de uma *opção dramática*, dado os limites temporais que lhe cercaram a formulação: ou bem analisava a doutrina, que pelo estado da questão, entre nós, mais urgia, ou ampliava sua análise até a jurisprudência (no mínimo da Suprema Corte), e, então, correria o risco de não analisar com vagar nem uma nem outra fonte de pesquisa.

³⁸ Sobre esses princípios, não obstante a sua insuficiente tematização entre nós, muito significativas páginas foram produzidas, em monografia recente de Luiz Roberto Barroso, intitulada *Interpretação e Aplicação da Constituição*, ob. cit., parte II, cap. II, "Princípios de Interpretação Especificamente Constitucional" (p. 141-244), discorrendo sobre os princípios da supremacia da constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, da interpretação conforme a constituição, da unidade da constituição, da razoabilidade, da proporcionalidade e da efetividade. Ver também, em José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, 1228 p., "O 'Catálogo-Tópico' dos Princípios de Interpretação Constitucional" (p. 226-30), discorrendo sobre os princípios da unidade da constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da 'justeza' ou da conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização, da força normativa da constituição, da interpretação das leis em conformidade com a constituição.

³⁹ Essa afirmação tem em vista a classificação de Umberto ECO; que divisa as fontes primárias de pesquisa das fontes secundárias. Ver *Como se faz uma tese*, [Como se fa una tesi di laurea], trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza, rev. Plínio Martins Filho, 10ª ed., São Paulo, Perspectiva, 1993, 170 p., p. 35-9.

Em face do exposto, resolveu-se intitular a dissertação de “Conceito de Princípios Constitucionais: sua revisão no discurso de jurista brasileiros, a partir da contribuição de José Joaquim Gomes Canotilho.”

Tendo em vista o *índice* de matérias e partes literais do *resumo* - páginas retro expostas - pode-se traduzir, em termos breves, como se estruturou o desenvolvimento da dissertação, para dar conta do problema posto à indagação científico-constitucional:

Elucidando as principais categorias operacionais que cercam o tema, o primeiro capítulo procura demonstrar quais são as teses e especulações que problematizam o conceito de princípio no âmago da Ciência Jurídica - sob a epígrafe de tendências pós-positivistas - e de como essas questões perspectivam a formulação da idéia de princípio no interior do Direito Constitucional, além de analisar as relações entre o conceito de constituição e de princípio jurídico, como colocações preliminares à compreensão da normatividade e do conceito de princípios constitucionais.

O segundo capítulo analisa as várias conceituações, teses e classificações realizadas pelos autores brasileiros em torno do conceito de princípios constitucionais, apontando os avanços e limites constatados, bem como a atualidade da abordagem, conforme as noções, idéias e categorias expostas no capítulo primeiro.

O terceiro capítulo tenta empreender o diálogo entre a contribuição de Canotilho e a dos autores analisados, com o objetivo de demonstrar as insuficiências, desajustes e virtudes do discurso jurídico brasileiro para o estabelecimento da normatividade dos princípios constitucionais e para a formulação constitucionalmente adequada de seu conceito, nos quadrantes da dogmática constitucional brasileira.

Com esta dissertação espera-se poder contribuir ao debate sobre o conceito de princípios constitucionais, nos limites do Direito Constitucional brasileiro, ainda que modestamente.

CAPÍTULO I

PRINCÍPIOS JURÍDICOS E CONSTITUIÇÃO: CONCEITOS OPERACIONAIS

No discurso articulado desta dissertação, este capítulo objetiva introduzir o *conceito de princípios constitucionais*, o que se fará a partir da problematização dos conceitos de *princípios jurídicos* e de *constituição*.

Quanto ao conceito de *princípios jurídicos*, procurou-se, em primeiro plano, demonstrar - ainda que de forma breve, superficial e contextualizada no tempo - a *elaboração* do conceito de *princípio no Direito*, na Ciência Jurídica e no Direito Positivo. Também, dissertou-se - como ponto tangente da questão central deste trabalho - sobre a noção de *princípio como norma jurídica*, como espécie do gênero norma de direito, como norma de efetiva *normatividade* e algumas questões correlatas, ligadas à funcionalidade dessa *noção* na ordem jurídica, enquanto sistema hierarquicamente estruturado. Ainda, intentou-se descrever e acentuar - mesmo que de forma limitada e modesta - a importância da teoria jurídica dos princípios para as constituições contemporâneas e os reflexos dessa teoria na compreensão e caracterização dos princípios constitucionais.

Por sua vez, o conceito de *constituição* sofreu desenvolvimentos respeitantes a sua *função, estrutura e sentido* no Direito Constitucional contemporâneo, que a trata *como norma jurídica, com força normativa* potencializada, para poder atender às tarefas jurídico-políticas do estado democrático de direito. Necessita-se asseverar que o conceito de constituição foi dissertado, deste modo, para perspectivar a *iluminação* das tarefas normativas, teóricas e dogmáticas que os princípios constitucionais realizam, no interior da Ciência do Direito Constitucional, enquanto teoria da constituição e doutrina constitucional.

Também, por missão metodológica, este capítulo objetiva especificar os principais elementos teóricos e dogmáticos tendentes à revisão do conceito de princípios constitucionais, no discurso dos juristas brasileiros - revisão a que se procederá no segundo capítulo desta dissertação e que se constitui no objeto central deste trabalho.

1. Conceito de Princípio no Direito

O conceito de princípio constitucional não pode ser tratado sem correlação com a idéia de princípio no Direito, posto que o princípio constitucional, além de princípio jurídico, é um princípio que haure sua força teórica e normativa no Direito enquanto ciência e ordem jurídica. Assim, por imperativo metodológico, cumpre sejam levantadas as principais noções, temas e classificações produzidos no âmbito da Teoria Jurídica e que antecederam a formulação da idéia de princípio no âmbito do Direito Constitucional e a positivação dos princípios no âmbito normativo material e formal das Constituições contemporâneas.

Adverte-se, que, com isso, não se quer estabelecer dicotomia impossível entre Teoria do Direito e Direito Constitucional, mas, sim, detalhar-se essa idéia, a de princípio, na esfera de especulação científica e dogmática própria ao objeto de cada uma destas disciplinas do conhecimento jurídico, as quais, sem dúvida, se beneficiam, mutuamente, dos avanços especulativos produzidos pelos teóricos do Direito e pelos constitucionalistas.

Acredita-se que, assim, se poderá perscrutar, de forma conceitualmente adequada, as relações teóricas, dogmáticas e normativas entre os *Princípios Jurídicos* e a *Constituição*, bem como as demais problematizações decorrentes dessas relações.

Para se analisar, com satisfatoriedade, o conceito de princípio no Direito, cumpre sejam levantadas, inicialmente, as significações de *princípio* fora do âmbito do saber jurídico, para, ao depois, perscrutar-se as significações que lhe foram conferidas por diferentes posturas metodológicas no interior da Ciência Jurídica. Ainda, será preciso detalhar a configuração de sua idéia no interior do sistema jurídico positivo, em termos analítico-dogmáticos⁴⁰, e sua transmigração de significado normativo, nos quadrantes do Direito

⁴⁰ Categoria empregada por José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar dos "... direitos fundamentais como categoria dogmática.", com base em classificação elaborada por Robert Alexy. Um trabalho científico, com a natureza do presente, poderia fazer uso da classificação de Alexy ao se referir aos "princípios constitucionais como categoria dogmática", em uma adaptação conceitual das categorias desenvolvidas pelos dois autores.

Neste rumo, uma possível teoria jurídica dos princípios constitucionais surgiria como uma *teoria dogmática*, em três sentidos: (a) *analítico*, (b) *empírico* e (c) *normativo*.

(a) A perspectiva *analítico-dogmática* preocupar-se-ia com a construção sistemático-conceitual do direito positivo, e seria indispensável ao aprofundamento e a análise de conceitos fundamentais (exemplo: princípio, princípio fundamental, norma), à iluminação das construções jurídico-constitucionais (exemplo: densidade e concretização dos princípios constitucionais) e à pesquisa da estrutura do sistema jurídico, bem como das suas relações com os princípios constitucionais (exemplo: normatividade e realizabilidade dos princípios constitucionais), passando pela própria ponderação prática de valores e de bens jurídicos, sob a perspectiva dos princípios constitucionais (exemplo: conflito entre princípios);

(b) A perspectiva *empírico-dogmática* ocupar-se-ia do modo como o legislador, os juízes e a administração observam e aplicam, em vários contextos práticos, os princípios constitucionais e com as condições

Positivo. Todo esse esforço, para evidenciar, em letras claras, os predicados de sua normatividade, tanto como conceito jurídico quanto como norma de direito.

Desenvolvendo esse raciocínio, torna-se necessário sublinhar que o termo *princípio* é utilizado, indistintamente, em vários campos do saber humano. Filosofia⁴¹, Teologia, Sociologia, Política, Física, Direito e outros, servem-se dessa categoria para estruturarem, muitas vezes, um sistema ou conjunto articulado de conhecimentos a respeito dos objetos cognoscíveis exploráveis na própria esfera de investigação e de especulação a cada uma dessas áreas do saber.

No vernáculo, o dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira define *princípio* em várias acepções que, conjugadas, principiam a inteligibilidade do termo *princípio*:

"Princípio. [Do lat. *principiu.*] S.m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem (...); 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe (...); 6. *Filos.* Fonte ou causa de uma ação. 7. *Filos.* Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. [São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas, etc.]"⁴² (Grifo acrescentado).

Adiante, noutra passagem do referido dicionário, registra-se o significado de *princípios* - agora no plural - : **"Princípios.** (...). 4. *Filos.* Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado."⁴³

de eficácia dos mesmos, para aquilatar da verdadeira força normativa da constituição, em sua dimensão principialista;

(c) A perspectiva *normativo-dogmática* cuidaria, sobretudo, da aplicação dos princípios constitucionais, dado que esta pressupõe, sempre, a fundamentação racional e jurídico-normativa dos juízos de valor (exemplo: na interpretação e concretização).

Assim, a conjugação dessas três perspectivas iluminaria a "natureza praxeológica" do Direito Constitucional no âmbito discursivo dos princípios constitucionais, ou seja, o rigor dogmático poderia fornecer instrumentos de trabalho para a compreensão do regime jurídicos dos princípios constitucionais, sobremaneira quando se tiver em foco a Constituição brasileira de 1988. Cf. deduções a partir de CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5 ed., Coimbra, Almedina, 1992, 1214 p.

⁴¹ A filosofia é sem dúvida um dos campos mais fecundos à exploração desta categoria. Exemplo de aprofundada exploração filosófica desta categoria constitui-se no trabalho de José ORTEGA Y GASSET, *La ideia de Principio en Leibniz*, 2 ed., vols. I e II, Madrid, Revista de Occidente, 1967.

⁴² Cf. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1393.

⁴³ *Ibidem*.

Para o jurista Luiz Diez Picazo, "a idéia de princípio deriva da linguagem da geometria, 'onde designa as verdades primeiras'. (...) Exatamente por isso são 'princípios', ou seja, 'porque estão ao princípio', sendo 'as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*.'"⁴⁴ ⁴⁵ Nesta mesma linha de raciocínio, Clemente de Diego afirma que "Principio en general (*De primum capere o primum caput*), significa cierta idea de precedencia y procedencia, por lo que se dijo que era origen de alguna cosa o aquello de donde procedia."⁴⁶

Na opinião da constitucionalista Carmem Lúcia Antunes Rocha, "O Princípio é o Verbo (...). No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado."⁴⁷

Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam⁴⁸.

⁴⁴ Apud Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 5 ed., São Paulo, Malheiros, 1994. p. 228-9

⁴⁵ A verdade dessa asseveração pode ser constatada em Ortega Y Gasset, em *La Idea de Principio en Leibniz*, 2 ed., Madrid, Revista de Occidente, 1967, Vol. I, 264 p., quando destas passagens, no capítulo 2, "Qué es un principio", do tomo I: 'Por su noción abstracta, 'principio' es aquello que en un orden dado se halla antes que otro. Si A se halla antes que B, decimos que B sigue A y que A antecede o precede a B.' (...). Lo constitutivo del principio es, pues, que le siga algo, y no que no le preceda nada." (p. 21). "Cuando decimos que una proposición es principio de otra, podríamos variar la expresión, sin que ello variase la noción, diciendo que la una es *fundamento* de la verdad de la otra, y que esta está fundada en aquella." (p. 23-4.)

⁴⁶ Apud, Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, 336 p., p. 117.

⁴⁷ Cf. ROCHA, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21

⁴⁸ Ainda, para Genaro R. CARRIÓ, na linguagem ordinária, os princípios se vinculam a sete focos de significação: "(I) Con las ideas de 'parte o ingrediente importante de algo', 'propriedad fundamental', 'nucleo básico', 'característica central'; (II) Con las ideas de 'regla, guía, orientación o indicación generales'; (III) Con las ideas de 'fuente generadora', 'causa' u 'origen'; (IV) Con las ideas de 'finalidad', 'objetivo', 'propósito' o 'meta'; (V) Con las ideas de 'premisa', 'inalterable punto de partida para el razonamiento', 'axioma', 'verdad teórica postulada como evidente', 'essencia', 'propriedad definitoria'; (VI) Con las ideas de 'regla práctica de contenido evidente', 'verdad ética incuestionable'; (VIII) Con las ideas de 'máxima', 'aforismo', 'proverbio', 'pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición."

Assevera Carrio, que esses focos tiveram e têm significação dentro do campo jurídico, pois os juristas se apoiam em maior ou menor medida neles e/ou em combinações deles derivadas. Cf. *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, 75 p., p. 33-4

Nas letras jurídicas, essa concepção de princípio é a dominante. Uma definição de princípio, de autoria de Clemente de Diego, bem retrata a situação enfocada:

"Princípio de derecho, es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de un Código o de todo un Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo determinante, la razón informadora del Derecho (*ratio juris*), aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan con aquélla en la propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan."⁴⁹

Essa definição de princípio, trabalhada no mundo do Direito - mundo polissêmico e plurívoco, onde a intersubjetividade crítica e a acomodação das idéias formam um manancial muito peculiar, próprio ao progresso ou à estagnação do pensamento - assume peculiares significações, em face dos diferentes níveis de linguagem em que o Direito se estrutura e, conseqüentemente, estrutura o conceito de princípio.⁵⁰

Assim, na Ciência Jurídica⁵¹, tem-se usado o termo *princípio* ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes. Essa polissemia não é benéfica neste campo do saber, onde a confusão de conceitos e idéias pode levar à frustração da práxis jurídica ou à sonegação, por uma prática equívoca, de direitos ou de situações protegíveis pelo sistema jurídico posto.⁵²

⁴⁹ *Apud*, Eros Grau, ob. cit., p. 117. Essa é a concepção predominante nos quadrantes do pensamento brasileiro. E a expressão maior desta idéia entre nós, encontra-se no administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, que estruturou definição citada e recitada por autores nacionais, como se pode constatar no Capítulo II, item 02, deste trabalho.

⁵⁰ Para uma aproximação desta afirmação, traz-se à colação Genaro Carrio: "La palabra 'principio' se usa en contextos jurídicos con sentidos diversos que espejan tales focos de significación [os descritos na nota 45 deste capítulo] y forman una familia compleja unida por intrincados lazos de parentesco. Ello ocurre en relación con las distintas actividades que tienen que ver con el derecho. Esto es, con la exposición del mismo, con su crítica, justificación y reforma y con su manejo práctico." Cf. ob. cit., p. 34.

⁵¹ Esse texto não discutirá se o conceito de ciência é ou não aplicável ao Direito. Abdica-se desta discussão, não por se entendê-la desimportante, mas porque ela não cabe nos quadrantes da indagação proposta, e sua realização demandaria núcleos de conhecimento que transcendem, em muito, os caminhos discursivos desta dissertação. Portanto, ao se utilizar, ao longo das linhas subseqüentes, "Direito" ou "Ciência do Direito" ou "Ciência Jurídica", se estará empregando as mesmas como sinônimas, como expressões designantes de conhecimentos estruturados com caráter de ciência. Dentro dessa perspectiva, e com digressões sobre uma idéia de "Ciência Jurídica", ver CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Almedina, 1982, 539 p., p. 203.

⁵² Nesse parágrafo, o pano de fundo das idéias ventiladas, centra-se na distinção de planos discursivos. O plano da dogmática é o plano do discurso sobre o direito positivo; o plano normativo é o discurso que o

Ao se tratar de princípio, neste campo das ciências humanas, deve-se distinguir claramente entre a *norma* e o *texto* que a contempla⁵³; a norma do discurso sobre a norma; as categorias de normas que veiculam princípios. E mais: os princípios constantes nas normas, devem distinguir-se dos princípios próprios à interpretação das normas. E ao se realizar esse exercício de distinção, chega-se à conclusão de que a noção de princípio antes apontada é apenas o primeiro momento de uma indagação teórica tendente a dar conta dos grandes problemas que são colocados aos operadores do Direito, no momento de lidarem com os "princípios no Direito".

1.1. Princípios positivos do Direito e princípios gerais de Direito

Na opinião de Eros Grau, "... um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, princípios jurídicos ou princípios de Direito."⁵⁴ Assim, no Direito, enquanto ordem jurídica, os princípios - agora princípios jurídicos - podem ser tomados, basicamente, em dois sentidos: no primeiro, como *princípios positivos do Direito*, e, no segundo, como *princípios gerais do Direito*.⁵⁵

próprio direito, enquanto norma posta, enquanto regra dimanada do estado ou de outros centros de produção jurídica 'diz de si', são os próprios enunciados normativos constantes da ordem legal. O plano teórico, orientador predominante de todos os demais, é a estruturação de conceitos, de proposições descritivas de objetos próprios à Ciência do Direito; esse plano estrutura-se independentemente de uma ordem jurídica concreta, independentemente de se ter em consideração o direito positivo de um país ou de outra instituição social.

⁵³ Em Canotilho e Vital MOREIRA, diferenciam-se "norma" e "enunciado linguístico". Veja-se: "O ponto de partida para evitar a confusão lexical existente neste terreno terá de basear-se na distinção rigorosa entre *preceito* ('disposição', 'formulação', 'texto', 'forma linguística') e a *norma*. Designar-se-á por 'disposição' ou 'preceito' o simples enunciado de um texto ou documento normativo; e por 'norma' o significado jurídico-normativo do enunciado linguístico. A disposição, preceito ou enunciado linguístico é o objecto de interpretação; a norma é o produto da interpretação." Cf. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 47. No mesmo sentido, em Canotilho, *Direito Constitucional*, 5 ed., ob. cit., p. 211-4.

⁵⁴ Cf. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*, ob. cit., p. 95. A explicação da idéia de regra como espécie de norma jurídica, e como categoria conceitual ladeada pela idéia de princípio, encontra-se no item 1.2. deste capítulo.

⁵⁵ A opção do texto tem em referência a ordem jurídica enquanto sistema normativo constituído por regras e princípios. Porém, é preciso salientar que a expressão "princípio jurídico", segundo Genaro Carrió, pode ser empregada em dez "usos" distintos, que se reportam aos seis sentidos ordinários do termo "princípio", demonstrados na nota 45 deste capítulo:

"... la expresión 'principio jurídico' se emplea: (2) para aislar rasgos o aspectos importantes de un orden jurídico que no podrían faltar en una descripción suficientemente informativa de él (Por ejemplo, el llamado principio de la separación de los poderes [...]) (...).

(3) para expresar generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las reglas del sistema (Por ejemplo, el principio [...] de buena fe en las transacciones) (...).

(4) para referirse a la *ratio legis* o *mens legis* de una norma dada o de un conjunto dado de normas, esto es, a su propósito, objetivo, meta, *policy*, etc. (...).

Esse distinção, cunhada por Grau, fundamenta-se nas posições de Antoine Jeammaud e Jerzy Wróblewski⁵⁶.

Assim, na ótica de Jeammaud, retrabalhada por Grau, distinguem-se os *princípios gerais do Direito* daqueles que se denominam *princípios positivos do Direito*. Estes últimos não podem ser valorados segundo a posição dicotômica falso ou verdadeiro, própria da Ciência Jurídica, mas, sim, segundo as dicotomias analíticas do válido ou inválido, vigente ou não, eficaz ou ineficaz, adequadas à análise do Direito enquanto sistema de normas positivas.⁵⁷ Deste modo, os "princípios positivos do Direito" pertencem à linguagem do Direito. Já os *princípios gerais do Direito* podem ser valorados segundo a idéia do falso e do verdadeiro, conforme as análises descritivas da Ciência Jurídica. Eles pertencem à linguagem dos juristas. "São posições descritivas (e não normativas), através das quais os juristas referem, de maneira sintética, o conteúdo e as grandes tendências do direito positivo."⁵⁸

Os *princípios gerais do Direito* salienta Jeammaud, são utilizados, inúmeras vezes, pela jurisprudência para fundamentar decisões. Quando isso ocorre, diz-se que tais princípios são *descobertos* no ordenamento positivo e, aí, passam de *princípios descritivos* a *princípios positivados de inspiração doutrinal*. Transformam-se em *princípios positivados*,

(5) para designar pautas a las que se atribuye un contenido intrínseca y manifestamente justo (Por ejemplo, el principio que [...] proscribire la esclavitud.) (...).

(6) para identificar ciertos requisitos formales o externos que - se dice - todo orden jurídico debe satisfacer. (Por ejemplo, que las normas deben ser generales, que deben ser promulgadas [...]) (...).

(7) para hacer referencia a guías dirigidas al legislador que solo tienen un carácter meramente exhortatorio [o discurso desta dissertação se posiciona contrariamente a esse tipo de concepção de "princípio jurídico" e de "constituição"] (Por ejemplo, algunas cláusulas constitucionales no operativas [...]) (...).

(8) para aludir a ciertos juicios de valor que recogen exigencias básicas de justicia y moral positivas y que se dicen sustentados en la 'consciencia jurídica popular'. (...).

(9) para referirse a máximas que provienen de la tradición jurídica (...). Por último, la palabra 'principio' es empleada en contextos jurídicos con alcances muy peculiares, que han sido blanco de duras críticas. Estes usos estan asociados - conscientemente o no - a dos corrientes de pensamiento (...).

(10) El primero acusa la influencia de la escuela histórica del derecho. La palabra principio se emplea a veces para designar una misteriosa fuente generadora que se encuentra, por así decirlo, por debajo de grupos de reglas del sistema y que, tal como engendró a éstas, sigue engendrando reglas nuevas (...).

(11) El segundo acusa la influencia de la jurisprudencia de conceptos. La palabra 'principio' se emplea a veces para aislar enunciados que, según se pretende, derivan de una enigmática esencia de los conceptos jurídicos considerados como entidades (Por ejemplo, el principio de no hay patrimonio sin sujeto ni sujeto sin patrimonio [...]) (...)." Cf. *Principios Jurídicos y Positivism Jurídico*, ob. cit., p. 34-8.

⁵⁶ Cf. Eros Grau, ob. cit., p. 95-7.

⁵⁷ *Apud*, Grau, ob. cit., p. 95. A distinção entre os planos da Ciência Jurídica e da ordem do Direito, com base em postulados kelsenianos, que reconduzem as categorias válido, vigente e eficaz, recebeu inspiração de Carlos Ari SUNDFELD, em seu *Fundamentos de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 121-4.

⁵⁸ Cf. Grau, ob.cit., p. 95.

através do ato decisional que os veiculou. "Princípio geral do Direito é, assim, princípio ainda não 'positivado', mas que pode ser formulado ou (re)formulado pela jurisprudência."⁵⁹

A "positivação" dos princípios gerais do Direito e a transformação deles em princípios jurídicos "positivados" operam-se entre duas alternativas metodológicas. Pela primeira, a "positivação" implica resgate desses princípios no universo do direito natural. Pela segunda, a "positivação" é consequência do descobrimento desses princípios no interior do "Direito positivo".⁶⁰ Esta última posição é corolário da idéia da não transcendência dos princípios gerais do Direito.⁶¹

De outra parte, é preciso acentuar que os "princípios gerais do Direito" não se confundem com o que Vézio Crisafulli chama de "princípios teóricos da Ciência Jurídica", princípios elaborados no âmbito da Teoria Geral do Direito, no nível conceitual (Ex.: sujeito de direito, ordenamento jurídico, direito subjetivo, etc.).⁶² E mais. Tem a doutrina, reiteradamente, reconhecido, nos princípios gerais do Direito, caráter normativo e "positivação", segundo Norberto Bobbio.⁶³

Ainda cumpre destacar que cada ordenamento jurídico possui, em estado de latência, seus próprios princípios gerais do Direito, em elenco limitado à sua realidade normativa (Crisafulli). Segundo Clemente de Diego, pensar outros princípios gerais que não os contemplados, de forma latente, na ordem jurídica determinada de um povo, é abrir as portas à introdução de "regras exóticas" que podem destruir as linhas deste ordenamento, introjetar a confusão, a desordem e a arbitrariedade, onde deve reinar a clareza, a harmonia, a

⁵⁹ Idem, p. 96.

⁶⁰ Idem, p. 107. Essa distinção metódica assemelha-se ao pensamento de Kelsen, no trato da atividade judicial de integração do Direito. Afirma, o jurista austríaco, que o Juiz, ao integrar o Direito, não estará criando lei nova ou legislando, pois, como a ordem jurídica lhe autoriza, ele apenas realizará o disposto na norma legal que lhe confere o poder jurídico de socorrer-se dos princípios gerais do Direito, para solucionar casos não, expressa e satisfatoriamente, regulados em enunciações normativas anteriores ao caso *sub judice*. Servir-se-á, no caso de Juiz brasileiro, do disposto no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." E, para Kelsen, isso não importa em se fazer concessão ao Direito natural, pois o ato judicial, constituinte da norma individual, fulcra-se na norma geral posta na ordem positiva que autoriza a integração, não em idéias ou postulados universalmente aceitos e válidos em qualquer tempo e lugar, decorrentes de visões cosmocêntricas, teocêntricas ou antropocêntricas do Direito e dos direitos (essas "visões" do Direito Natural foram retiradas da classificação elaborada por Roberto LYRA FILHO, em seu *O que é Direito*, 2 ed., São Paulo, Brasiliense, 1982. 132 p., p.52-4)

⁶¹ Idem, p. 129.

⁶² Idem, p. 117.

⁶³ *Apud* Eros Grau, ob. cit., p. 122.

precisão e a segurança.⁶⁴ Assim, com base em Luis Díez Picazo, pode-se chegar a uma equiparação entre “princípios gerais do Direito” e “princípios gerais do ordenamento jurídico”.⁶⁵ É preciso destacar essas concepções, já que, na linguagem dos juristas, os princípios gerais do Direito são tomados, predominantemente, como “o Direito em geral”, e não como um determinado sistema de Direito, como um determinado ordenamento.⁶⁶

Para finalizar esse item de exposição do trabalho, é preciso arrematar com a seguinte colocação, que corrobora a normatividade dos princípios jurídicos aqui considerados: ambos, *princípios positivos do Direito* e *princípios gerais de Direito*, encontram-se contemplados na enunciação lingüística do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Os primeiros, no vocábulo “lei”, e os segundos, na locução que lhes designa o próprio enunciado.⁶⁷

1.2. Normatividade dos princípios

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo⁶⁸, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade,

⁶⁴ Idem, p. 118-9. O presente texto não é tributário de posições positivistas e/ou jusnaturalistas, que de forma a-histórica e a acítica assumem conceitos que descontextualizam a subjetividade do homem, dos grupos sociais e das sociedades organizadas. Assim, a idéia de povo e outros conceitos que se referem às subjetivações humanas devem ser lidos na historicidade dialógica e dialéctica da ordem jurídica em análise, que transfigure, de maneiras diversas, as posições político-sociais dos diferentes segmentos coletivos que se embatem, política e ideologicamente, no seio das arenas societal e estatal.

A mundividência “constitucional” da presente dissertação é tributária das idéias (ainda inseridas no projeto da modernidade) do mestre Canotilho: “Acredita-se na consciência projectante dos homens e na força conformadora do direito, mas relativiza-se ‘a constitucionalização da programação da verdade’ (...). Eis aqui uma premissa importante (...): à constituição de Estado de direito democrático terá de continuar a solicitar-se uma melhor organização da relação homem-mundo e das relações intersubjectivas (entre e com os homens) segundo um projecto-quadro de ‘estruturas básicas de justiça’ (J. RAWLS), moldado em termos de uma racionalidade comunicativa seletiva (HABERMAS).” Cf. *Direito Constitucional*, 5 ed., p. 14.

⁶⁵ Idem, p. 119.

⁶⁶ Idem, p. 120.

⁶⁷ Idem, p. 128.

⁶⁸ Esse pensamento, de forma inexcusável, ao menos entre os trabalhos de língua portuguesa, foi retratado por Paulo Bonavides, *op. cit.*, no capítulo 8, “Dos Princípios Gerais de Direito aos Princípios Constitucionais.” Esse autor enumerou os principais autores e obras que se debruçaram por sobre a tarefa de estatuir o caráter normativo dos princípios jurídicos. No capítulo II deste trabalho, demonstrar-se-á a tendência do pensamento jurídico brasileiro sobre a normatividade dos princípios constitucionais, que, sem dúvida, se reconduz a uma concepção de normatividade dos princípios jurídicos.

vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa⁶⁹ sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas. E esse caráter normativo não é predicado somente dos "princípios positivos de Direito", mas também, como já acentuado, dos "princípios gerais de Direito." Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito.

O primeiro a afirmar a normatividade⁷⁰ dos princípios foi Crisafulli, que, em sólida conceituação, datada de 1952, acentuou o caráter de norma jurídica dos princípios:

"Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam (...) estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém."⁷¹

A normatividade dos princípios foi bem retratada, em estudos recentes (obra publicada em 1990), por Riccardo Guastini, que, baseado em análises da jurisprudência e do discurso de diversos juristas, formulou seis distintas definições de "princípios" vinculadas à disposições normativas:

"Em primeiro lugar, o vocábulo 'princípio' (...) se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade.

Em segundo lugar (...), os juristas usam o vocábulo 'princípio' para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação aos casos concretos.

⁶⁹ A expressão eficácia, em sentido negativo e positivo, está assim compreendida, no discurso do texto: *por eficácia positiva dos princípios*, entende-se a inspiração, a luz hermenêutica e normativa lançadas no ato de aplicar o Direito, que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos princípios incidíveis no mesmo; *por eficácia negativa dos princípios*, entende-se que decisões, regras, ou mesmo, subprincípios que se contraponham a princípios serão inválidas, por contraste normativo.

⁷⁰ Aqui, apenas como *qualidade de norma = normatividade*.

⁷¹ Cf. *Apud*, Bonavides, ob. cit., p. 230.

Em terceiro lugar (...), os juristas empregam a palavra 'princípio' para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter 'programático'.

Em quarto lugar (...), o uso que os juristas às vezes fazem do termo 'princípio' é para referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada.

Em quinto lugar (...) os juristas usam o vocábulo princípio para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função 'importante' e 'fundamental' no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações).

Em sexto lugar, finalmente, (...), os juristas se valem da expressão 'princípio' para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos."⁷²

Também, Norberto Bobbio, em elucidativa passagem de sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*, expressou seu pensamento acerca da normatividade dos princípios jurídicos:

"Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, 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 de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. *E por que então não deveriam ser normas?*"⁷³ (itálico acrescentado).

Para se chegar a esse *status* de normatividade dos princípios jurídicos, tanto a nível teórico quanto a nível normativo, passou-se por trabalho de longa elaboração metodológica desenvolvida pela Ciência Jurídica, que remonta às disputas epistemológicas entre duas velhas correntes do pensamento jurídico, superadas e retrabalhadas, de algum modo, por outra postura epistêmica. Fala-se dos debates entre o jusnaturalismo e o

⁷² Cf. *Apud* Bonavides, ob. cit., p. 230-1.

⁷³ Cf. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 236.

positivismo jurídico de um lado, e, agora, mais recentemente, dos novos aportes advindos de uma corrente que passou a ser nominada de pós-positivismo no Direito.

1.3. *Jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo*

Segundo Bonavides, a juridicidade ou normatividade dos princípios passou por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.⁷⁴

A fase jusnaturalista posiciona os princípios jurídicos em esfera abstrata e metafísica. Reconhece-os como inspiradores de um ideal de justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ético-valorativa do Direito. Assim, a normatividade dos mesmos, se não fora encarada como nula, ao menos era de duvidosa propriedade praxeológica.⁷⁵ Essa corrente "... concebe os princípios gerais de Direito, segundo assinala Flórez-Valdés, em forma de "axiomas jurídicos" ou normas estabelecidas pela reta razão. São, assim, normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, 'um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana.'⁷⁶

Na segunda fase, a juspositivista, os princípios entram nos Códigos como fonte normativa subsidiária da inteireza dos textos legais. São encarados como "válvulas de segurança" que "garantem o reinado absoluto da lei", no dizer de Gordillo Canãs. Não são encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não puderam prever. O valor dos princípios está no fato de derivarem das leis, e não de um ideal de justiça. Isso não obstante, torna precaríssima a normatividade dos mesmos, dado o papel meramente subsidiário que essa corrente lhes empresta e o lugar teórico que lhes coloca - são fontes de integração do direito, *quando* ocorrerem vazios legais.⁷⁷

A terceira fase, a do pós-positivismo, se inaugura, nas últimas décadas deste século, com a hegemonia axiológico-normativa dos princípios, que agora positivados nos novos textos constitucionais, assentam os principais padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos princípios fundamentais de estalão constitucional; aos

⁷⁴ Idem, p. 232. A primeira é bem retratada nas p. 232-5, do texto de Bonavides; a segunda, nas p. 235-7; e a terceira, nas p. 237-8. Aqui se fará síntese de suas idéias.

⁷⁵ Idem, p. 234.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Idem, p. 235-6.

princípios que dão fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico⁷⁸. Nesta fase, os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito. Isso se deveu, não só ao valioso trabalho teórico de juristas como Ronald Dworkin, mas também aos trabalhos de publicistas alemães, espanhóis e italianos, destacando-se o nome do alemão Robert Alexy⁷⁹.

Para Paulo Bonavides, os princípios jurídicos, ou a teoria sobre os mesmos, chegam à presente fase do pós-positivismo, com os seguintes resultados já consolidados:

"A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios."⁸⁰

Finalmente, faz-se necessário anotar que, na atual fase, os pendores teórico-publicísticos foram fundamentais para a consolidação da normatividade dos princípios jurídicos, antes aprisionados a redutoras concepções privatistas. Os princípios, então, dado este movimento epistêmico no âmago da Ciência Jurídica, percorreram o seguinte *caminho* metodológico - com consequências no âmbito do Direito Positivo: da servil normatividade no Direito privado à senhora juridicidade no Direito Público.

1.4. Jusprivatismo e juspublicismo

A articulação destas duas expressões, "jusprivatismo" e "juspublicismo", com a análise do conceito de princípios no Direito serve para destacar, nesta dissertação, de forma acentuada, o movimento havido no âmbito do Direito Positivo como consequência necessária do movimento ocorrido no âmago da Ciência Jurídica - demonstrado no item anterior.

⁷⁸ Idem, p. 237.

⁷⁹ Apud Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 237-8.

⁸⁰ Idem, p. 265.

O ponto central desse movimento de transformação normativa, por que passaram os princípios, reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que "saltaram" dos Códigos para as Constituições, do Direito Privado para o Direito Público. Esse salto alterou as funções dos princípios no Direito Positivo, os quais, antes, nos albores do século XIX, durante as codificações, desempenhavam o papel de fontes de mero teor supletório, como princípios gerais de caráter civilísticos, e, agora, a partir de meados do século XX, atuam como fundamentos de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.⁸¹ A constitucionalização dos princípios operou, assim, verdadeira revolução *principial*.⁸²

"Dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo, no sistema, o seu mais baixo grau de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade.

Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercer aquela função axiológica em novos conceitos de sua relevância."⁸³

Cabe frisar, por último, que os princípios jurídicos, no âmbito do Direito Público, já assumiam destacada importância na seara do Direito Administrativo, antes mesmo deste *movimento constitucionalizador*. Só depois alcançou os quadrantes do Direito Constitucional, a concepção principialista do Direito.⁸⁴

2. Princípio como Norma Jurídica

A concepção de que um princípio jurídico é norma de Direito talhou-se através de evolução analítica interessante. Primeiro, a metodologia jurídica tradicional distinguia os princípios das normas, tratando-as como categorias pertencentes a tipos conceituais distintos⁸⁵. Ou seja, norma tinha um significado, e princípio outro. Mas, mesmo assim, a

⁸¹ Cf. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 260.

⁸² Idem, p. 262.

⁸³ Idem, p. 263.

⁸⁴ Cf. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 263.

⁸⁵ Cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5 ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 172.

idéia de norma era sobreposta, dogmática e normativamente, à idéia de princípio. Isso evidenciava-se em posturas metodológicas, como as de Josef Esser, no seu livro *Principios y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*⁸⁶.

Depois, devido aos acréscimos teórico-analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito⁸⁷. Aliás, essa distinção entre regras e princípios, em termos diferentes dos expostos por Dworkin e Alexy, já havia sido formulada por Jean Boulanger⁸⁸, considerado por Bonavides o mais insigne precursor da normatividade dos princípios.

Atualmente, devido a tematização nos trabalhos dos espanhóis Perez Luño, Prieto Sanchis e Garcia de Enterría⁸⁹, chega-se a divisar, no gênero norma, mais um espécie categorial normativa: os valores⁹⁰. Assim, segundo essas tematizações, norma é o gênero do

⁸⁶ Cf. ESSER, *Principios...* [Grundsatz und norm] Trad. de Eduardo Valente. Barcelona, Bosch, 1961, 498 p.

⁸⁷ Cf. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 243; e Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, p. 107 e ss.

⁸⁸ Cf. Bonavides, ob. cit., p. 239; e Grau, ob. cit., p. 112.

⁸⁹ Cf. Manuel ARAGON, *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1990, 138 p., (Temas Clave de La Constitución Española, Dir. Pedro Viega), p. 85-97.

⁹⁰ Dworkin, em verdade, como anota Aragon, distingue regras, princípios e "fins" como espécies do gênero norma de direito. Para Aragon, é mais conveniente utilizar-se os termos "valores", em lugar de "fins." Cf. ob. cit., p. 85.

Esse mesmo autor, salienta ainda, que a distinção entre valores e princípios, por um lado, e regras, por outro, é questão relativamente pacífica. O que existe de menos pacífico encontra-se na distinção entre valores e princípios (Idem, p. 84). Para diferenciá-los, além de outros critérios e doutrinas que registra, Aragon utiliza-se de duas categorias: eficácia interpretativa e projeção normativa (Idem, p. 91).

Os valores, diz ele, diferentemente dos princípios, só teriam eficácia interpretativa. Tratando destas distinções em nível constitucional, preleciona:

"Y esa eficacia opera de modo distinto según que el intérprete sea el legislador (intérprete político de la Constitución) o el juez (intérprete jurídico). Sólo el primero, el legislador, puede, al interpretar la Constitución emanando la ley, 'proyectar' (o convertir) el valor en una norma, es decir, crear una norma como proyección de un valor; el juez, por el contrario, no puede efectuar esa misma operación (porque no puede suplantar al legislador en nuestro sistema de Derecho), sino únicamente anudar el valor a una norma (para interpretala) que le viene dada y que él no puede crear. Los principios jurídicos, por el contrario, además de servir para interpretar normas también pueden alcanzar 'proyección normativa' tanto por obra del legislador como del juez. En este último supuesto (por la actividad judicial) siempre en defecto de norma (fuente subsidiaria), esto es, cuando se precisa, por ausencia de regla concreta, extraer del principio jurídico la regla para el caso. Precisamente porque los valores son exclusivamente fines y los principios, en cambio, prescripciones jurídicas generalísimas, o si se quiere, fórmulas de derecho fuertemente condensadas que albergan en su seno indicios o gérmenes de reglas, el legislador posee mayor libertad para proyectar normativamente los valores constitucionales que para proyectar normativamente los principios. Los valores que la Constitución enuncia permiten una amplia variedad de conversiones normativas, esto es, de libre creación de reglas, mientras que los principios también enunciados en la Constitución reducen notablemente las posibilidades de su transmutación en reglas en cuanto que sólo caben las que em principio jurídicamente prefigura." (Idem, p. 92-3).

E mais adiante, ocupando-se de construção fornecida por J. Stick, entre "imprectibile" (correspondente a livre opção jurídica) e "indeterminación" (correspondente a discricionarieidade jurídica), Aragon ainda assevera:

qual os princípios, as regras e os valores são espécies⁹¹. O discurso desta dissertação se ocupará apenas da distinção entre regras e princípios, deixando de tematizar a idéia dos valores⁹².

Essa distinção entre regra e princípio enseja o estudo de alguns problemas teóricos de dimensões praxiológicas evidentes, como a relação dogmático-normativa entre essas duas espécies de normas, a função normativa dos princípios e, mais, os conflitos entre princípios, bem como suas conseqüências por sobre as regras. Disso, brevemente, tratar-se-á aqui, pois se impõem à análise do conceito de princípio no Direito.

"Los valores son enunciados que podríamos situar en el campo de la imprectibilidad, en cuanto que su proyección normativa se rige por criterios subjetivos (amplio margen, pues, de libertad) que la oportunidad política suministra. Los principios son enunciados que pertenecerían al campo de la indeterminación, en cuanto que su proyección normativa se rige por criterios objetivos que el propio Derecho proporciona." (Idem, p. 93-4).

⁹¹ Bonavides, na obra citada, refere-se a "... tríade normativa: regra , princípio e valor.", ao referir-se a "Nova Hermenêutica na idade do pós-positivismo", fruto das especulações advindas da chamada "jurisprudência dos valores", "jurisprudência dos princípios" e "jurisprudência dos problemas", p. 255-6.

⁹² Isso, por razões metológicas específicas: primeiro, a construção principialista de Canotilho - marco teórico desta dissertação -, não tematiza a categoria "valor" como integrante do gênero norma jurídica; segundo, no discurso dos juristas brasileiros, o material bibliográfico sobre "valores jurídicos" é um tanto escasso e recente.

Tem-se registro de apenas três textos, nos quadrantes nacionais, que, em enfoques constitucionalistas, se debruçaram sobre o tema dos valores enquanto valores constantes no texto constitucional: Eduardo Silva COSTA, "Os Valores e a Constituição de 1988", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 28, n. 109, jan./mar. 1991. p. 61-70; do mesmo autor, "Ética Democrática: a Constituição de 1988", *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, 1994, n. 04, p. 234-41; Ricardo Lobo TORRES, no cap. III, "Valores e Princípios Constitucionais Orçamentários", em seu *O Orçamento na Constituição*, Rio de Janeiro, Renovar, 1995, 395 p., p.85-227.

O texto de Torres, não obstante versar sobre direito orçamentário, manipula, com grande precisão analítica e profundidade teórica, a teoria jurídica dos princípios e a teoria da constituição. Pode-se dizer, com segurança, que é o texto mais profundo, no Brasil, sobre a idéia de valor como valor jurídico.

No âmbito da teoria jurídica e da dogmática jurídico-privada, encontram-se, também, os seguintes textos: Juarez FREITAS, *A Interpretação Sistemática do Direito*, São Paulo, Malheiros, 1995, 196 p., principalmente, "Princípio, normas e valores. Distinção e vantagem do conceito proposto de sistema" (p. 41-44); Fernando NORONHA, *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*, São Paulo, Saraiva, 1994, 263 p., cap. 02, "Premissas Metodológicas: Direito, Sociedade, Valores" (p. 21-40).

Ainda, com significação teórica para elucidar a idéia de valores entre editorações nacionais, é digno de registro a publicação brasileira, pela Fabris Editor, de Porto Alegre, em 1989, da obra do italiano Francesco C. PALLAZZO, *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Esse texto, apesar de não trazer subsídios teóricos à pacificação do conceito de valor, ao menos inaugurou ou principiou, nas letras jurídico-brasileiras, um significativo conjunto de indagações a respeito de seus usos no âmbito do Direito Penal e do Direito Constitucional.

2.1. Princípio e regra

A primeira acentuação distintiva entre princípios e regras, de valor teórico reconhecido, proposta por Boulanger, atentou para o predicado de generalidades dessas duas espécies de normas: "... a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio."⁹³ Ele demonstrou "... que a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Isso não obstante, ela é especial na medida em que *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*."⁹⁴

Mais tarde, Dworkin, em *Taking Rights Seriously*, estabeleceu mais dois critérios, baseados em duas idéias: a primeira, a do *tudo ou nada*, e a segunda, a do *peso* ou da *importância*.

Pelo primeiro, "as regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um *tudo* ou *nada*. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira (...) se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada. Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam."⁹⁵

O segundo critério, decorrente do primeiro, acentua "... que os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a *dimensão do peso ou importância*. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. (...). As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deva prevalecer uma em virtude do seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida."⁹⁶

Esses critérios de distinção servem para explicar, como se verá abaixo, o problema de conflito entre princípios.

⁹³ Apud Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 239.

⁹⁴ Cf. paráfrase de Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)* ob. cit., p. 112. Isso também foi registrado por Bonavides, ob. cit., p. 239-40.

⁹⁵ Cf. Grau, ob. cit., p. 107-8.

⁹⁶ Idem, p. 110-1.

Para finalizar o discurso em torno desta distinção, discurso que integra o conceito de princípio no Direito, demonstrar-se-á sua complexidade, teórica e praxeológica, através das lapidares colocações de Canotilho, que, pela riqueza e substancialidade explicativa, se transcrevem integralmente:

"Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos:

a) *O grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.

c) *Carácter de fundamentalidade no sistema* de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

d) *'Proximidade da ideia de direito'* : os princípios são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (DWORKIN) ou na 'ideia de direito' (LARENZ); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal.

e) *Natureza normogénica*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Como se pode ver, a distinção entre princípios e regras é particularmente complexa. Esta complexidade deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais:

(1) saber qual a função dos *princípios*: têm uma função retórica ou argumentativa ou são normas de conduta?

(2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma 'família' e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário os princípios e as regras são suscetíveis de uma diferenciação qualitativa.

Relativamente ao primeiro problema, adiantar-se-á que os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo denotar a *ratio legis* de uma disposição ([...] canônes

de interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo os juizes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (*Richterrecht*, *analogia juris*).

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas - as *regras jurídicas*. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos:

(1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual (ZAGREBELSKY); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se;

(2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

(3) em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standars' que, em 'primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea da regras contraditórias.

(4) os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas)."⁹⁷

A par do discurso que distingue regras e princípios, como discurso necessário à elucidação do conceito de princípio no Direito, exige-se outro: o das distintas funções dos princípios jurídicos no Direito, enquanto ordem jurídica.

⁹⁷ Cf. *Direito Constitucional*, ob. cit., p.172-4.

2.2. Distintas funções dos princípios

Em classificação elaborada por Bonavides, com base em reflexões feitas por F. de Castro, Trabucchi e Norberto Bobbio, os princípios cumpririam três funções relevantes na ordem jurídica: fundamentadora, interpretativa, supletiva⁹⁸.

Pela *função fundamentadora da ordem jurídica* - elementos fundantes -, os princípios ostentam uma *eficácia derogatória e diretiva*. Essa função ocupa enorme importância no Direito Público, mormente no Direito Constitucional contemporâneo. Por ela, as normas que se contraponham aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade (no caso da eficácia diretiva) e/ou sua vigência (na hipótese de eficácia derogatória), em face de contraste normativo com normas de estalão constitucional. Esse quadro não se aplica somente aos casos *sub constitutione*, mas também às hipóteses *sub lege*, a exemplo de atos administrativos que se contraponham a princípios jurídico-administrativos assentados em normas de nível hierárquico superior (F. de Castro - "função de ser fundamento da ordem jurídica" -, Trabucchi - "dimensão fundamentadora" -, Bobbio - "função limitativa").

Através da *função interpretativa*, os princípios cumprem o papel de orientarem as soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete. São verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas, em face dos fatos e atos que exijam compreensão normativa. Assim, cumprem função orientadora do trabalho interpretativo, através dos núcleos de sentido deduzíveis dos princípios jurídicos (Trabucchi e F. de Castro).

Por intermédio da *função supletiva*, realizam a tarefa de integração do Direito, suplementando os "vazios" regulatórios da ordem jurídica ou ausências de sentido regulador constatáveis em regras ou em princípios de maior grau de densidade normativa⁹⁹ (F. de Castro - "fonte em caso de insuficiência da lei" -, Trabucchi - "dimensão supletória" -, Bobbio - "função integrativa").

⁹⁸ Cf. *Curso de Direito Constitucional*, p. 254-5.

⁹⁹ Para explorar a idéia de princípios jurídicos como normas vinculantes dos atos administrativos, ver os seguintes textos: FREITAS, Juarez. "Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios." *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica, junho/95, nº 06, ano XII, p. 324-7; FREITAS, Juarez, "A anulação dos atos administrativos em face do princípio da boa-fé", *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica, abril/1995, nº 04, ano XI, p. 173-8; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Princípios da Licitação"; *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica, julho/95, nº 07, ano XI, p. 369-81.

O caráter de direito dos princípios e suas diferentes funções na ordem jurídica suscitam indagações tangentes na idéia de conflitos entre eles. Também a explicitação das questões tendentes à resolução desses conflitos integra o conceito de princípio no Direito, como se quer demonstrar na presente seção deste capítulo. Essas questões serão objeto de exposição no item seguinte.

2.3. Conflito entre princípios

Grau situa esse problema no plano das chamadas antinomias jurídicas¹⁰⁰. E, nesse plano, vislumbram-se o "conflito entre regras" e a "colisão de princípios" (Alexy)¹⁰¹. O conflito entre regras suscita a idéia das *antinomias jurídicas próprias*; a colisão entre princípios as *antinomias jurídicas impróprias*.

Pela primeira confrontação, a das regras entre si, exclui-se do sistema jurídico a regra conflitante, em face da incompatibilidade entre essa e outra norma situada no mesmo plano de validade, pertencentes ao mesmo ordenamento. Ou seja, é na dimensão da validade que se resolve o problema entre as regras conflitantes. Essa decisão de afastar a regra incompatível dá-se por critérios afixados em cada ordem jurídica (*lex superior derogat inferiorem* - critério hierárquico, *lex specialis derogat generalem* - critério da especialidade, *lex posterior derogat priorem* - critério cronológico). Para Alexy, "Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula ¹⁰²." A idéia de exceção, aqui, abriga-se no critério da especialidade, e a de nulidade, nos critérios cronológico e hierárquico.

Pelo segundo contraste, a colisão entre princípios - *antinomias jurídicas impróprias* - não conduz à exclusão da ordem jurídica de uma das normas conflitantes¹⁰³. Há

¹⁰⁰ Cf. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, ob. cit., p. 116-7.

¹⁰¹ *Apud* Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 251.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Grau, em outro lugar, trazendo conceituação de Claus-Wilhelm Canaris, anota que, para este autor, no conflito entre princípios ocorrem "situações de *oposição* e de *contradição*", situações das quais decorreriam quebras no sistema jurídico. As primeiras situações, segundo Canaris, confeririam sentido a um determinado direito, enquanto que as segundas não devem existir, são uma desarmonia. Cf. "Despesa Pública - Conflito entre Princípios e Eficácia das Regras - O Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública". *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 03, 1993, p. 130-48, p. 141.

incompatibilidade, porém não exclusão. Nesses casos, segundo Dworkin, o aplicador do Direito opta por um dos princípios, sem que o outro seja rejeitado do sistema, ou deixe de ser aplicado a outros casos que comportem sua aceitação. Ou seja, afastado um princípio colidente, diante de certa hipótese, não significa que, em outras situações, não venha o *afastado* a ser *aproximado* e aplicado *em outros casos*. As testilhas entre princípios não os excluem da ordem jurídica, apenas os afastam diante de situações que comportem diferentes soluções, segundo o *peso e a importância* dos princípios considerados à aplicação do direito. Esse tipo de opção, pelo intérprete, não gera desobediência ao princípio afastado. Aqui, os conflitos entre princípios se verificam na dimensão do peso, já que apenas princípios válidos podem colidir entre si (Alexy).¹⁰⁴ "Isso significa que, em cada caso, se armam 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."¹⁰⁵

Por último, é preciso anotar, que as regras são concreções dos princípios; são especificações regulatórias desses; são desdobramentos normativos dos mesmos. Assim, cumpre observar que não se manifestam antinomias, conflitos, colidências, entre princípios e regras. Desta forma, quando em confronto dois princípios, um prevalece sobre o outro, e as regras que dão concreção ao que foi desprezado são *afastadas*, e essas não se aplicarão a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico, segundo as palavras literais de Grau¹⁰⁶.

3. Teoria dos Princípios e Princípios Constitucionais

Outra relevante dimensão do discurso que integra o núcleo temático do conceito de princípio no Direito, diz respeito ao reflexo da teoria dos princípios nas Constituições contemporâneas, no sistema jurídico e na explicitação da natureza e caracterização dos princípios constitucionais. Disso, ainda que brevemente, se ocupará este tópico de exposição.

¹⁰⁴ Cf. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, ob. cit., 115-6.

¹⁰⁵ Idem, p. 116.

¹⁰⁶ Idem, p. 134. Grau, em excelente parecer de sua lavra, antes citado - "*Despesa Pública - Conflito...*" -, enfrentou caso concreto em que lhe foi exigido interpretação do Direito para *ponderar* entre a aplicação do "princípio da sujeição da administração às decisões do judiciário" e/ou do "princípio da legalidade da despesa pública".

1.3.1. Teoria dos princípios como coração das constituições contemporâneas

Sem dúvida, a teoria dos princípios é, antes de tudo, um capítulo deveras rico e inovador na teoria jurídica contemporânea, na era do pós-positivismo. A sua versão mais acabada, no âmbito da Teoria do Direito, deve-se, reconhecidamente, a Ronald Dworkin. A distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma, bem como as demais problematizações dela decorrentes, formam o alicerce para sólida compreensão da atual natureza principialista do Direito contemporâneo¹⁰⁷. Integram esse núcleo de reflexão teórica, em torno de uma concepção principial do Direito, teóricos como Karl Larenz, Carl Engisch e Willians Canaris, entre os mais destacados na atualidade¹⁰⁸. Os predecessores destas idéias foram, sem dúvida, estudiosos como Jean Boulangier, Josef Esser, entre os mais sublinhados¹⁰⁹. Houve três correntes básicas, que somaram esforços para consolidação dessa teoria, como a "jurisprudência dos valores", a "jurisprudência dos problemas" (tópica) e a "jurisprudência dos princípios", reunidas em torno da "Nova Hermenêutica"¹¹⁰. Para Bonavides, "a teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das constituições."¹¹¹

Porém, como anota o mestre brasileiro, foi com o constitucionalista alemão Robert Alexy que ela se aperfeiçoou ainda mais¹¹², e voltou sua força conceitual para o norte teórico do Direito Constitucional. Nesse âmbito, é claro, são inegáveis as primorosas contribuições do italiano Vézio Crizafulli, precursor destas idéias na seara jusconstitucional. Também a construção principialista do Direito Constitucional, engendrada pelo mestre português J.J. Gomes Canotilho, talvez seja, não só em língua portuguesa, a versão mais aprimorada e consistente da reflexão principialista, no universo do Direito Constitucional. Sua obra, como já salientado, constitui-se no marco teórico principal, sobre o qual se desenvolveu o presente trabalho. No capítulo terceiro desta dissertação, estão expostas as linhas mestras de seu rico pensamento.

¹⁰⁷ Cf. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 253-4.

¹⁰⁸ Cf. deduções dos textos trabalhados para feitura desta dissertação, mormente o *Direito Constitucional* de Canotilho.

¹⁰⁹ Cf. a íntegra dos estudos de Bonavides, em seu *Curso de Direito Constitucional*, 5 ed., no capítulos sobre os Princípios Gerais de Direito e os Princípios Constitucionais, antes já ressaltado.

¹¹⁰ Cf. Bonavides, ob. cit., p. 255-7. Ainda, na quarta edição da obra deste autor, ver seu capítulo 13, "Os Métodos de Interpretação Constitucional da Nova Hermenêutica", para compreender-se melhor os alicerces desta afirmação.

¹¹¹ Idem, p. 253.

¹¹² Cf. Bonavides, ob. cit., p.253.

Assim, é no Direito Constitucional que a teoria dos princípios ampliou o seu raio de circunferência científica, ganhando mais vigor, latitude e profundidade para desenvolver-se, pois seu campo, agora, é o universo das constituições contemporâneas, é o estalão das normas constitucionais, é o da explicitação conceitual e iluminação das positivamente normativas de realidades jurígenas mais vastas e complexas, reflexos da estatuição jurídica do político¹¹³. Agora, ela se ocupa da tarefa de demarcar os limites de eficácia das normas constitucionais principais. Agora, dela se exige iluminação teórica sobre as grandes reflexões dogmáticas encetadas a respeito da concretização normativa das constituições, no que tange aos seus núcleos principais e, mesmo, aos regrísticos.

Desta forma, já não se podem compreender os rumos do constitucionalismo contemporâneo sem empreender-se reflexões através da teoria dos princípios, alicerce e catalizador das suas mais novas progressões teóricas e dogmáticas¹¹⁴.

No estágio atual do constitucionalismo, a teoria dos princípios ilumina a positivação e a constitucionalização das normas constitucionais principais¹¹⁵. Para essa teoria, tais normas, depois de juridificadas nas constituições, se transformaram nos fundamentos da ordem jurídico-constitucional, fundamentando, conseqüentemente, a ordem jurídica global dos estados contemporâneos. Essa idéia será desenvolvida no tópico seguinte.

3.2. Princípios como fundamento do sistema jurídico e princípios constitucionais

Tendo em conta a idéia de sistema jurídico¹¹⁶ como ordem global, e de subsistemas, como ordens parciais, podemos dizer que os princípios, enquanto normas,

¹¹³ Lembrando Canotilho, para o qual a "constituição é o estatuto jurídico do político", compreendendo-se, como político, não só o espaço institucional do Estado, mas, sobremaneira, o da Sociedade. Cf. *Direito Constitucional*, ob. cit., p. 27.

¹¹⁴ Afirmação com base reflexiva nas sólidas reflexões e estudos de Bonavides e Canotilho.

¹¹⁵ Para uma aproximação das idéias de "constitucionalização" e "positivação", ver Canotilho, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., ob. cit., p. 497-500.

¹¹⁶ A noção de sistema aqui empregada, é ancilar à explicação de uma idéia: a dos princípios como fundamento do sistema jurídico. As linhas subsequentes, desta dissertação, não se prenderão a uso tópico dela feito aqui, que é deveras simples - e instrumental neste item de exposição -, face a complexidade teórica da idéia de sistema e do pensamento sistemático no Direito.

Essa complexidade bem demonstram as obras de Herbert L. A. HART, *O Conceito de Direito* [The concept of law], trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, 306 p.; Claus-Wilhelm CANARIS, *Pensamento e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* [Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzen], trad. A. Mendes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, 311 p.; Niklas

desempenham a função de dar fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes da sistemática normativa. Aqui se entende sistema como a totalidade do Direito Positivo, e subsistemas, como suas ramificações estruturais-normativas, exemplo: o Direito Privado, o Direito Civil, o Direito das Obrigações, o Direito Administrativo, etc.

Nesses subsistemas, as normas constitutivas de cada um não vigem isoladas e não estão insuladas, como evidenciam as posições teórico-principlistas enfocadas, mas fazem parte de um (sub)sistema onde os princípios jurídicos - positivos ou gerais de Direito, lembrando Eros Grau - atuam como vínculos, mediante os quais elas se congregam de tal sorte que constituem um bloco sistemático, nas literais palavras de Bonavides, parafraseando idéias de Perassi¹¹⁷. Assim, segundo Domenico Farias, "os princípios são a alma e o fundamento de outras normas."¹¹⁸ Exemplo estruturado desta idéia, entre os juristas brasileiros, encontra-se no administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, que, em seu *Curso de Direito Administrativo*¹¹⁹, traça os princípios mestres e os subprincípios que integram o chamado "regime jurídico-administrativo". Para esse autor, os dois princípios-balizas no Direito Administrativo seriam a *supremacia do interesse público sobre o privado*, e a *indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração*, havendo outros princípios, como os da legalidade e da razoabilidade - que seriam concreções desses princípios-balizas -, sendo que todos esses constituiriam princípios densificadores do princípio do Estado de Direito.

Porém, no Direito Constitucional é que a concepção de fundamento da ordem jurídica como ordem global se otimiza diante da teoria principlista do Direito. Assim, os princípios estatuídos nas Constituições - agora princípios constitucionais -, "postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de

LUHMANN, *Sistema Jurídico Y Dogmática Jurídica* [Rechtssystem und rechtsdogmatik], trad. Ignácio de Otto Pardo, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 147 p.; Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito* [Reine Rechtslehre], trad. João Baptista Machado, 3 ed., São Paulo, Martins Fontes, 1991, 371 p.; Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, ob. cit.

No cenário acadêmico nacional: Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *O Conceito de Sistema no Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, 187 p.; Lourival VILANOVA, *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, 259 p.; Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, ob. cit., cap. I, "O Conceito de Sistema Jurídico" (p. 21-44) No âmbito do Direito Constitucional brasileiro, vale destacar: Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., ob. cit., cap. 03, "O Sistema Constitucional" (p. 75-119) e Marcelo NEVES, *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, São Paulo, Saraiva, 1988, 178 p., nos caps. I e II, "Sistema e Direito" (p. 01-15) e "O ordenamento jurídico enquanto sistema" (p. 16-38), respectivamente.

¹¹⁷ Cf. Bonavides, ob. cit., 5ª ed., p. 246.

¹¹⁸ *Apud* Bonavides, ob. cit., 5ª ed., p. 245-6.

¹¹⁹ Cf. *Curso...*, 5 ed. São Paulo, Malheiros, 1994, 527, ps. 15-69.

todos os conteúdos constitucionais [e infraconstitucionais, acrescenta-se], os princípios, desde sua constitucionalização, que é, ao mesmo passo, positivamente no mais alto grau, recebem, como instância máxima, categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, normas das normas."¹²⁰

Ainda, nas palavras do constitucionalista Paulo Bonavides, "tudo isso se faz extremamente claro, desde que a Constituição, sendo, como é, na mais prestigiosa doutrina constitucional, uma expressão do 'consenso social sobre os valores básicos', se torna (...), o 'alfa e o ômega da ordem jurídica, fazendo, ao nosso ver, de seus princípios, estampados naqueles valores, o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema."¹²¹ E, finalizando, complementa o mesmo autor: "Fazem eles [os princípios constitucionais] a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição."¹²²

Dados esses aspectos teórico-princípiolistas, é preciso sejam exploradas, no âmbito de análise do conceito de princípio no Direito - agora no Direito Constitucional - duas idéias conceptuais importantes: a natureza e as características dos princípios, enquanto princípios constitucionais.

3.3. Natureza e características dos princípios constitucionais

Diante dos postulados da teoria dos princípios, não há que se negar ao princípio constitucional a sua natureza de norma, *de lei*, de preceito jurídico, ainda que com características estruturais e funcionais bem diferentes de outras normas jurídicas, como as regras de direito. Os discursos desfilados não negaram essa assertiva; ao contrário, tornaram-na despicienda. Despicienda se, positivisticamente, esse texto se ativer ao discurso *meramente normativo* para identificarmos a *natureza* dos princípios constitucionais. Assim, por sua própria *essência*, evidenciam mais do que comandos generalíssimos estampados em

¹²⁰ Cf. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 260-1.

¹²¹ Idem, p. 261.

¹²² Idem, p. 265.

normas, em normas da constituição. Expressam opções políticas fundamentais, configuram eleição de valores éticos e sociais como fundantes de uma idéia de Estado e de Sociedade¹²³. Desta forma, esses princípios, então, não expressam somente uma *natureza jurídica*, mas também política, ideológica e social, como, de resto, o Direito e as demais normas de qualquer sistema jurídico. Porém, expressam *uma natureza política, ideológica e social, normativamente predominante, cuja eficácia no plano da práxis jurídica* - entendida como concretização do Direito no sentido mais amplo possível -, alcança, muito além dos procedimentos estatais (*judicialistas*, legislativos e administrativos), até a organização política dos mais diversos segmentos sociais, como os movimentos populares, sindicatos e partidos políticos, etc.

Nesta linha de argumentação, se posiciona a constitucionalista Cármem Rocha, ao discorrer sobre a natureza dos princípios constitucionais:

"Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas-mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional. (...).

(...). As decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem as diretrizes compreendidas na principiologia informadora do sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizada em Estado.

(...). E são eles as opções identificadoras das raízes do sistema constitucional. Neles estão o espírito e os fins do sistema. Indicam eles - ou antes demonstram - a tendência ideológica do sistema jurídico, determinando primária e originariamente a concretização do que eles expressam no conjunto de normas jurídicas.

(...). O princípio sediado na norma constitucional é que objetiva o conteúdo do Direito a ser observado na sociedade estatal. (...). Assim, o princípio constitucional predica-se diferentemente de qualquer outro princípio ou valor prevalente na sociedade, mas não juridicizado, por carecer da normatividade que o torna impositivo ao acatamento integral. (...). A norma que dita um princípio constitucional (...) *põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam.*" (itálico acrescentado).¹²⁴

¹²³ Ver preâmbulo e título II, da Constituição da República.

¹²⁴ Cf. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, ob. cit., 25-6.

Para Rocha, os princípios constitucionais têm características próprias, que bem denotam a natureza singular dos princípios, enquanto normas constitucionais. E essa autora, em classificação¹²⁵ bem elucidativa e original, nos quadrantes das letras brasileiras, formulou a seguinte taxinomia das características evidenciadoras da natureza dos princípios constitucionais: (i) generalidade, (ii) primariedade, (iii) dimensão axiológica., (iv) objetividade, (v) transcendência, (vi) atualidade, (vii) poliformia, (viii) vinculabilidade, (ix) aderência, (x) informatividade, (xi) complementariedade e (xii) normatividade jurídica.

Para a constitucionalista mineira, a (i) *característica da generalidade* dos princípios constitucionais significa que:

"... eles não pontuam, com especificidade e minudência, hipóteses concretas de regulações jurídicas. O complexo principiológico que fundamenta o sistema constitucional estabelece a gênese das regulações específicas e concretas, mas não as determina em si mesmas, senão dirigindo o seu conteúdo (que virá em outras normas) e excluindo qualquer ditame jurídico que lhe contrarie a diretriz. São, pois, gerais, para serem geradores de outros princípios e das regras constitucionais (...). A generalidade destes princípios possibilita que a Constituição cumpra o seu papel de lei maior concreta e fundamental do Estado, sem amarrar a sociedade a modelos inflexíveis e definitivos, que a vida não permitiria algemar-se em travas de lei. (...)."126

Essa generalidade dos princípios constitucionais, segundo Rocha, não significa imprecisão. Antes, indicam a possibilidade - ou a necessidade - de esses princípios se concretizarem em um sentido preciso, conquanto plural, e desenvolverem seus conteúdos normativos de maneira coerente com as aspirações sociais, éticas e políticas da sociedade. "A generalidade dos princípios permite, pois, que sendo a sociedade plural e criativa, tenha seu sistema de Direito sempre atual, sem se perder ou mascarar modelos contrários aos que na Lei magna se contêm como opção constituinte da sociedade política."127

Os princípios constitucionais, pela (ii) *característica da primariedade*, seriam primários e primeiros no interior do sistema constitucional, pois deles decorrem outros princípios, que são subprincípios em relação aos anteriores e que se podem conter, expressa ou implicitamente, nesse sistema. Essa primariedade expressa-se de modo (a) histórico, (b) jurídico, (c) lógico e (d) ideológico.

¹²⁵ Idem, ps. 29-43.

¹²⁶ Idem, p. 29.

¹²⁷ Ibidem.

(a) Primariedade histórica, pois os princípios constitucionais consagram valores culturais, que de uma ou outra maneira, foram maturados segundo o modo de produção social de cada povo, que, em dado momento constituinte, os positivou na lei política fundamental.

(b) A primariedade jurídica, nas palavras de Rocha, assim se define:

"... está em que nada vem antes dos princípios constitucionais, pois os fundamentos do Direito Positivo estão no sistema constitucional, cuja estrutura fundamental, à sua vez, se alicerça na principiologia por ele adotada. (...). O princípio constitucional converte-se, assim, no ponto de partida de toda a elaboração normativa fundamental de um Estado."¹²⁸

(c) E na perspectiva da primariedade lógica, os princípios constitucionais assim se explicam:

"Os princípios constitucionais são primários logicamente, pois o complexo de estruturas, instituições e regulações que se compreendem, complementam-se e movimentam-se no sistema constitucional, informam-se e embasam-se numa combinação de conteúdos havidos em sua raiz. A identidade constitucional tem sede nos princípios, nos quais se traça a lógica que mantém a congruência e a compatibilidade de todas as normas que formam o ordenamento jurídico. A consonância de todas elas põe em foco a lógica que os princípios guardam."¹²⁹

(d) E pela primariedade ideológica:

"... é nos princípios constitucionais que se esboça a idéia de Direito que prevalece no ordenamento jurídico estabelecido. Não se cuida de refletir uma ideologia política, ou exclusivamente política, mas ideologia jurídica, quer dizer, a encarnação de uma idéia de Direito que, então, ganha existência e dá-se à vigência pela positivação do sistema constituído. Esta idéia de Direito nasce do ideal de Justiça que o povo procura ver concretizado. E da maturação deste ideal (...), é que se esboça e se põe, na principiologia constitucionalmente adotada, a ideologia jurídica. (...)."¹³⁰

Por sua vez, segundo Rocha, pela (iii) *característica da dimensão axiológica*, quer se significar que os princípios constitucionais têm dimensão axiológica devido ao conteúdo ético de que se dotam. Porém, eles não se constituem em axiomas jurídicos ou verdades absolutas, e sujeitam-se sempre à mutabilidade e dialogicidade do meio sócio-

¹²⁸ Idem, p. 30-1.

¹²⁹ Idem, p. 31.

¹³⁰ Idem, p. 31-2.

político em que atuam. Mutabilidade ocasionada pela ação de movimentos constituintes ou (re)constituintes, ou mesmo, pelos processos interpretativos próprios da "mutação constitucional"¹³¹. Movimentos ocasionados pelas forças de representação social que dialogam (ou se embatem) no seio de uma sociedade política organizada em estado.

Conforme a (iv) *característica da objetividade*:

"Os princípios constitucionais são *objetivos*. Conquanto caracterizados pela generalidade de seus conteúdos, eles são dotados de objetividade. Não se cuidam, pois, de conteúdos subjetivos ou aleatórios. Têm substância jurídica própria, cuja explicitação é tarefa do aplicador das normas nas quais eles se contêm. A objetividade dos princípios constitucionais impede, então, que seja permitida a seus aplicadores a opção livre de sentidos a serem extraídos num determinado momento da vigência do sistema jurídico."¹³²

Assim, a objetividade dos princípios constitucionais contrapõe-se à subjetividade *criadora* de sentidos contrários ao conteúdo próprio e a identidade singular que eles conferem à ordem jurídica, e que a atividade de interpretação e de aplicação do Direito revela ou *descobre* quando da concretização dos textos constitucionais¹³³. Essa objetividade dos princípios constitucionais, de outra parte, vincula-se às idéias de segurança e de certeza jurídicas enquanto garantias asseguradas à pessoa humana, em face dos conteúdos de seus direitos objetivados no direito posto.¹³⁴ A objetividade desses princípios visa impedir que haja os "donos da verdade constitucional", dizendo o direito segundo suas mundividências próprias, as quais, por vezes, podem se contrapor, drasticamente, ao texto constitucional. Também tem por fim impedir que plurivocidades interpretativas do texto frustrem a força normativa dos princípios constitucionais e, mais, da própria Constituição. Nessa perspectiva, "a objetividade é a qualidade que assegura a eficácia do Direito como veículo possibilitador do justo legitimado socialmente."¹³⁵

¹³¹ Importante sublinhar, pelo parco material existente no Brasil sobre o assunto "mutação constitucional", os trabalhos do alemão Konrad HESSE, em "Limites de la Mutación Constitucional", no texto *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, e da brasileira Ana Cândida da Cunha FERRAZ, no artigo "Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais", em *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, ano 2, n. 5, out./dez. de 1993, p. 05-24. Essa autora brasileira trata dos procedimentos informais de mudança de sentido do texto constitucional, ao lado dos demais, os formais, que traçam rupturas no sistema constitucional pela ação reformadora, ou pela movimentação de novas forças constituintes.

¹³² Idem, p. 33-4.

¹³³ Idem, p. 34.

¹³⁴ Idem, p. 36.

¹³⁵ Idem, p. 37.

Para Rocha a (v) *característica da transcendência*, assim se explica: "A transcendência dos princípios constitucionais está em que superam a elaboração normativa constitucional formal e medram no ordenamento estatal como a mais vigorosa diretriz política, legislativa, administrativa e jurisdicional.¹³⁶" Ou seja, seus conteúdos normativos transcendem o conjunto *literalizado* de significados principialistas no texto da constituição, se densificam na constelação de conceitos e opiniões *constitucionalmente adequadas* (Gomes Canotilho)¹³⁷ e *normatizam* diversos comportamentos do Estado e dos indivíduos, que se expressam por atos do Executivo, do Judiciário ou do Legislador e, mesmo, pela ação dos movimentos e grupos sociais atuantes, em dado momento, na cena político-jurídica de uma nação.

Pela (vi) *característica da atualidade* se revela a atualidade e a atualização dos conteúdos principialistas, das normas constitucionais. Para se garantir eficácia e efetividade do sistema normativo, assentado em uma Constituição, é preciso que haja sincronia entre as bases normativas modelares deste sistema e o idéário político e jurídico vivenciado em determinado momento, pelo povo destinatário de suas normas, mormente as constitucionais. Pela atualidade dos princípios, então, "há que se manter a coerência entre os princípios constitucionalmente firmados no sistema fundamental e as necessidades, aspirações e ideais projetados pelo povo em seu ordenamento jurídico."¹³⁸ Assim, a atualidade expressa-se, no momento constituinte, com a eleição dos conteúdos normativos que expressam as expectativas de dado povo, em dado momento histórico, formuladas, genericamente, nos princípios constitucionais. E a atualização dos princípios constitucionais manifesta-se na força interpretativa do texto e do contexto constitucional; na força redefinidora dos significados jurídicos e políticos dos princípios; na força interpretativa que revivifica as aspirações do povo vazadas no pacto constituinte, nos sentidos novos conferidos aos conteúdos dos princípios, com o trânsito dialético da história.

Pela (vii) *característica da poliformia*:

"os princípios constitucionais têm substância política ativa, que os torna passíveis de serem mutáveis para se adaptarem às novas contingências sociais apresentadas e sedimentadas."

¹³⁶ Idem, p. 38.

¹³⁷ Elaboradas pela Teoria da Constituição e/ou Dogmática Constitucional, ou ainda, pela práxis constitucional jurisprudencial.

¹³⁸ Idem, p. 38.

"A poliformia principiológica na Constituição é que possibilita a multiplicidade de sentidos que se acrescentam e se sucedem, a fim de que o sistema tenha permanência, presença e eficácia social e jurídica. (...)."

"A poliformia dos princípios constitucionais subtrai da Constituição o emperramento do sistema num único e mesmo modelo permanentemente." ¹³⁹

Assim, a plasticidade dos conteúdos principialistas constitucionais, conseqüentes das duas características antes apontadas, segundo Rocha, é que permite se mudem o sentido dos textos constitucionais sem a alteração de seus enunciados normativos, garantindo-se a eficiência do ordenamento constitucional, que deve se plasmar às novas visualizações sociais do Direito.

Pela (viii) *característica da vinculabilidade*, segundo Rocha, "são vinculantes e vinculados os princípios constitucionais". "Nem seria imaginável ser diversa a sua característica, eis que se veiculam em normas jurídicas, que têm, à sua vez, a qualidade impositiva, coercitiva e insuperável que constitui um dos aspectos distintivos dela [normas de direito] para as demais normas vigentes na sociedade."¹⁴⁰ Essa vinculabilidade se expressa, ainda, no sentido de que todas regras e princípios constitucionais, bem como as demais normas infraconstitucionais, se vinculam ao quanto "principiologicamente definido" na Constituição.

A autora em estudo salienta que essa vinculabilidade não adstringe somente a ação do legislador constituído, mas também a do administrador, do juiz e dos demais cidadãos da sociedade política. Ou seja, essa vinculação não ocorre somente no sentido de que os princípios vinculam as interpretações de outras normas da ordem jurídica - tanto as de estalão constitucional como as ordinárias -, mas também que vinculam o sentido da legitimidade constitucional (controle de constitucionalidade) de atos estatais e particulares.

Afirma também, em tom demais elucidativo, que além de *vinculantes*, princípios constitucionais são *vinculados* ao ideário político, social e jurídico predominante, em uma sociedade organizada em estado. Ademais, são eles *vinculados entre si*. Ou seja, "... a vinculação dos princípios constitucionais entre si..." significa que, "... nenhum princípio constitucional deve ser considerado isolado ou auto-suficiente. A constituição é uma lei sistematizada em um conjunto de normas que se encadeiam, coordenam-se, enlaçam-se e harmonizam-se para adquirir um significado conjunto, para ser pleno, inteiro."¹⁴¹

¹³⁹ Idem, p. 39.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Idem, p. 39-40.

A (ix) *característica da aderência* é corolário lógico e necessário da anterior. Pela aderência, quer se predicar aos princípios constitucionais a idéia de que nenhum comportamento estatal ou particular poderá refugir, de forma exceptiva, ao quanto foi constitucionalmente positivado nas normas principais. Nem a produção normativa do estado (leis, atos administrativos e sentenças) ou da sociedade (contratos, convenções, etc) poderá não aderir ao principiologicamente posto na Constituição. Ou seja, comportamentos ou normações que não acolham a idéia de Direito principiológica e constitucionalmente estabelecida, serão tidas como inválidas, por contrastantes à normas de cunho constitucional. Segundo Rocha, essa *aderência* ocorre "... mesmo quando a definição principiológica não é afirmativa positiva (por se situar determinado comportamento individual no espaço de liberdade não restringida pelo sistema jurídico), ela é afirmativa negativa, quer-se dizer, não há comportamento que se lhe possa contrariar o preceito."¹⁴²

Por sua vez, pela (x) *característica da informatividade*:

"Os princípios constitucionais caracterizam-se por serem *informativos* de todo o sistema jurídico de um Estado. Base do sistema constitucional, como reiteradamente lembrado, fazem-se fonte de todas as ordenações jurídicas. Todas as regulações jurídicas que adentram o sistema têm, na principiologia constitucional, o berço das estruturas e instituições jurídicas.

A informatividade destes princípios põe em destaque a fundamentalidade da Constituição, sua ordem primeira e primária, a presença de seu espírito em toda a dimensão sistêmica que se plasma no ordenamento jurídico de uma sociedade estatal."¹⁴³

Agora, pela (xi) *característica da complementariedade*:

"Os princípios constitucionais caracterizam-se, ainda, pela *complementariedade*. A conjunção dos princípios constitucionais é que afirma o modelo fundamental no qual se arrima toda a construção jurídico-normativa da sociedade estatal, pelo que se caracterizam pela complementariedade que os anima. Conjugados os princípios se amalgamam, formando um todo coordenado. Pela complementariedade que os caracteriza, os princípios constitucionais são condicionantes uns dos outros. O seu entendimento perfeito é sempre uma inteligência extraída de todos eles, do entrosamento que deles se retire."¹⁴⁴

¹⁴² Idem, p. 40.

¹⁴³ Idem, p. 41.

¹⁴⁴ Ibidem.

A última *característica*, na classificação da citada jurista, é da (xii) *normatividade jurídica* dos princípios constitucionais. Por essa característica, como se pode deduzir de todos os discursos até agora expostos, preconiza-se para os princípios constitucionais a qualidade de norma, de norma de direito, de juridicidade. Por ela, os princípios são leis, são preceitos de regulação abstrata e geral, que diferem das regras, mas que, como elas, são normas jurídicas, com imperatividade, vinculabilidade, aplicabilidade, como qualquer outra norma dotada de significação de direito, porém, é claro, como se verá nos discursos adiante, com níveis de realizabilidade, concretização e densidade distintos das regras constitucionais.

Aliás, essa é uma característica do Direito Constitucional contemporâneo: a de haver estabelecido, teórica, dogmática e normativamente, a dignidade jurídica dos princípios assentados, expressa ou implicitamente, na Constituição. Essa característica, vale salientar, foi construída a partir da idéia de que a Constituição é lei, é norma de direito, e de que seus enunciados têm força de direito, força normativa, valem como normas, como normas das normas, normas de normas (*norma normarum*).¹⁴⁵

Esse elenco de características evidencia, de modo amplo, a natureza peculiar dos princípios constitucionais enquanto norma de direito e, mais, como norma constitucional dotada de efetiva e complexa juridicidade.¹⁴⁶

Todavia, para se ter uma idéia ainda mais aproximada do conceito de princípios e sua normatividade, se faz necessário perscrutar o conceito de Constituição tal qual ele é perspectivado no Direito Constitucional contemporâneo. É o que se fará no conjunto de itens expositivos seguintes.

4. Conceito de Constituição no Direito Constitucional

O conceito de princípio constitucional não prescinde, antes exige, que sua especificação conceitual se apresente ao lado da problematização do conceito de constituição. E o conceito de constituição, assim como o de princípio constitucional, para os fins deste trabalho ou de qualquer outro que explore ou tangencie o círculo de problemas por ele levantados, não podem ser tratados, de forma conceitualmente adequada, sem uma fixação

¹⁴⁵ Idem, p.42-3.

¹⁴⁶ Idem, p. 43.

pré-compreensiva do Direito Constitucional. Assim, nos itens subseqüentes, tematizar-se-ão essas relações conceituais, ainda que de modo breve e circunscrito.

O conceito de constituição¹⁴⁷ deve ser entendido a partir do sentido que lhe atribui, na contemporaneidade, o Direito Constitucional, e a partir da *função* e da *estrutura* que caracterizam a constituição nas ordens jurídicas contemporâneas, que são, em última instância, a ordens jurídicas dos Estados constitucionais de modelo democrático e social. Isso implica que se desenhe, para as exigências deste discurso de dissertação, um conceito temporal e espacialmente adequado de constituição. Ou seja, que o sentido de constituição, a função e a estrutura da lei fundamental estejam em consonância não só com os discursos teórico-constitucionais mais atuais, mas também em conformidade com as novas positivações constitucionais, mormente as configuradas nas últimas décadas deste século (Constituição Portuguesa, Alemã e Espanhola), como é o caso da Constituição brasileira de 1988, que se definem como positivações constitucionais instituintes do tipo "Estado Democrático (e Social) de Direito".

De outra parte, para se sublinhar o conceito de constituição, tem-se usado de forma recorrente, na doutrina constitucional hodierna, duas categorias teóricas de importância destacada: a primeira, a de *força normativa da constituição*¹⁴⁸ (Hesse) e a segunda, a de

¹⁴⁷ Interessante registrar, para fins científicos que transcendem a narrativa deste trabalho, as problematizações substanciais do conceito de constituição no discurso de juristas nacionais, em obras recentes. Discursos que analisam esse conceito a partir dos mais diferentes aportes, desenvolvidos na Teoria da Constituição e/ou na Dogmática Constitucional:

Marcelo Neves, no capítulo IV, "Conceito de Constituição e Supremacia Constitucional", em seu livro *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, São Paulo, Saraiva, 1988, 178 p., p. 53-67; Nelson SALDANHA, no capítulo VI, "Formação do conceito de constituição", em seu livro *Formação da Teoria Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, 203 p., p. 102-23; do mesmo autor, "A Sociedade e a Constituição", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, UFMG, jan. 1959, n. 05, p. 220-65; Bonavides, no capítulo II, "A Constituição", e no capítulo V, "A Teoria Formal e a Teoria Material da Constituição", em seu *Curso de Direito Constitucional*, 4 ed., ps. 63-74 e 147-71, respectivamente; Ivo DANTAS, nos capítulos I e II, da Parte I, de seu livro *Constituição Federal - Teoria e Prática*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, Vol. I. A parte I intitula-se "Teoria da Constituição", o cap. I, "Constituição material: Teoria Geral", e o cap. II, "Constituição formal: Teoria Geral", p. 03-78; José Alfredo de Oliveira Baracho, no artigo "Teoria da Constituição", na *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, UFMG, jul./1978, n. 47, p. 07-47; Inocência Mártires COELHO, "Constituição: conceito, objeto e elementos.", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 29, n. 116, out./dez. 92, p. 05-20.

Na mesma perspectiva, na doutrina estrangeira, importa ressaltar significativo trabalho, dentre muitos, de Konrad Hesse, no artigo "Concepto y Cualidad de La Constitución", em seu *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 112 p.

¹⁴⁸ O texto de Hesse, que consagra essa idéia, obteve tradução tanto para o português quanto para o espanhol. Ver *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., "La fuerza normativa de la Constitución", ps. 61-84, com tradução de Pedro Cruz Villalón, e *Força Normativa da Constituição* [Die normative kraft der verfassung], tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fabris Editor, 1991, 34 p.

Para a publicação nacional, foi elaborado instigante prefácio falando do texto, do autor e sua obra, que não chegou a ser publicado conjuntamente com o texto de Hesse. No entanto, seu autor, o constitucionalista Inocência Mártires COELHO, o publicou em separado, através revista autorizada: "Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição", *Revista de Direito Público*, São Paulo, RT, ano 24, n. 96, out./dez. 1990, ps. 167-77. O

*constituição como norma*¹⁴⁹ (Enterria). Essas categorias, neste tópico, associar-se-ão ao *sentido*, à *função* e à *estrutura* de constituição, como elementos categoriais tendentes a demonstrar a *contemporaneidade* do conceito de constituição.

Na perspectiva deste texto, sobre o conceito de constituição, vêm a propósito as afirmações de Canotilho segundo o qual os pontos fundamentais do debate acerca da constituição se reconduzem a estes: "(1) à idéia de lei fundamental como instrumento formal e processual de *garantia*; (2) à tese de que as constituições podem e devem ser também *programas* ou *linhas de direção* para o futuro. Discutir estes dois pontos equivale a perguntar pela estrutura e função da lei constitucional."¹⁵⁰ E, acrescenta-se, equivale a perquirir também sobre seu sentido.

Essas idéias todas serão aqui expostas, na singela medida de demonstração da importância do conceito de constituição como *conceito iluminante* (Canotilho) da compreensão e pré-compreensão do conceito de princípio constitucional.

mesmo texto-prefácio foi também publicado na *Revista do Tribunal Regional do Trabalho, oitava região*, Belém, 24 (46): 43-58, jan/jun/1991. No entanto, observa-se, essa categoria será utilizada segundo a perspectiva que lhe empresta Canotilho: como programa normativo conformador - a força normativa da constituição.

¹⁴⁹ Cf. as seguintes publicações de Eduardo Garcia de ENTERRIA, que reproduzem a narrativa de um mesmo texto: (i) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, 264 p., p. 39-113, do capítulo I, "La Constitución como Norma Jurídica"; (ii) "Constituição como norma", *Revista de Direito Público*, São Paulo, RT, a. XIX, n. 78, abr./jun. de 1986, p. 05-17 (reprodução parcial do primeiro texto); (iii) em parceria com Tomás-Rámon FERNÁNDEZ, *Curso de Direito Administrativo* [Curso de Derecho Administrativo], trad. Arnaldo Setti, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, 957 p., especialmente o capítulo II, na parte II, "A Constituição como norma jurídica", p. 101-46 (reprodução total do primeiro).

Por razões de interesse científico que transcendem os limites desta dissertação, registra-se a existência de texto de Pablo Lucas VERDÚ, que realiza críticas a "La 'ideologia constitucional' del Professor García de Enterria", intitulado "El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo", *Revista de Derecho Político*, Madrid, n. 13, primavera de 1982, ps. 07-51. Também, desse autor, registra-se texto que tangencia, criticamente, a idéia de "constituição como norma", intitulado "Reflexiones en torno y dentro del concepto de constitucion. La Constitucional como norma y como integracion política", *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Madrid, centro de estudios constitucionales, n. 83, enero-marzo 1994, p. 09-28.

Ainda, observa-se: como neste tópico de exposição cumpre apenas sublinhar o conceito de constituição, de forma breve, através das idéias de "força normativa" e de "constituição como norma", não se exporão ou se levarão em conta as considerações de Verdú a respeito de Enterria e de sua concepção de *constituição como norma jurídica*.

¹⁵⁰ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 74.

4.1. Sentido de constituição como constituição escrita

Canotilho, ao tematizar o conceito de constituição, destaca a plurissignificatividade do mesmo, dizendo-o inteligível nos seguintes sentidos : 1) "conceito histórico-universal de constituição"; 2) "constituição como fonte de direito"; 3) "constituição como modo de ser da comunidade"; 4) "constituição como organização jurídica do povo"; 5) "constituição como 'lex fundamentalis'"; 6) "constituição como ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito"; 7) "conceito ideal de constituição", associado à idéia de Estado Constitucional¹⁵¹. Este item de dissertação se afixa em conceito de constituição, que engloba, de forma dialéctica e dialógica, todos os sentidos anteriores, em suas reconfigurações históricas e políticas: *a constituição como constituição escrita*¹⁵².

Assim, este *sentido do conceito* de constituição, na contemporaneidade, se assenta sobre quatro outros sentidos basilares: (a) *constituição instrumental*; (b) *constituição formal*; (c) *constituição normativa*; (d) *constituição material*.

(a) "Fala-se (...) de constituição instrumental para se aludir à lei fundamental como *texto* ou como *documento escrito* (...)", como texto ordenador, sistemática e racionalmente, da comunidade política. Neste sentido de constituição, detectam-se alguns valores de cognição, anotados por Canotilho: (i) por ele pode-se estudar o caráter *longo ou breve* de uma lei fundamental e sua sistemática (partes, títulos, princípios, etc.); (ii) de *per se*, ele é considerado uma *garantia da constituição*; (iii) ainda, é considerado elemento importante para resolver alguns problemas relacionados com os efeitos da constituição como *fonte de produção normativa* (supra-ordenação e coordenação com outras eventuais fontes de direito constitucional)¹⁵³.

(b) Fala-se em constituição formal, para se denotar a lei fundamental como *fonte formal* do direito constitucional. Tal sentido baseia-se, de forma geral, na pressuposição de que haja (i) um *poder constituinte* (ii) com a *intenção* normativo-constitucional, (iii) através de *procedimento* idôneo, de produzir uma constituição escrita. A esses pressupostos,

¹⁵¹ Cf. Canotilho, ob. cit., p. 59-66. Devido à necessidade de síntese, e por imperativo metodológico de objetividade na especulação do objeto desta dissertação, remete-se o leitor às páginas do livro desse autor, para que desvende, se desejar, as múltiplas configurações conceituais apontadas.

¹⁵² Estudo aprofundado sobre a idéia de constituição como *constituição escrita* foi desenvolvido por BARACHO, no artigo intitulado "Teoria Geral das Constituições Escritas", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, UFMG, jan./jul. 1985, n. 60/61, p. 25-98.

¹⁵³ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 66-7.

se associa, de forma mais ou menos generalizada, outro: (iv) *força jurídica superior*. Por essa idéia, o sentido de constituição formal exige, para alteração da lei fundamental, processos agravados de revisão, expressados no caráter *rígido* ou *semi-rígidos* das constituições escritas.¹⁵⁴

(c) Canotilho, ao discorrer sobre o sentido normativo de constituição, assim preleciona:

"O sentido formal articula-se com um sentido normativo. O elemento formal ou morfológico aponta para *qualificação* (ou autoqualificação) de um acto como fonte de direito. A dimensão normativa aponta para o *fim* do acto e para sua *intencionalidade*: criação de *normas jurídicas*. Quer dizer: os princípios fundamentais de uma 'ordem de domínio' e de uma 'estrutura básica de justiça' não são de mera natureza 'existencial', 'decisionista' ou 'valorativa': são princípios aceites e intencionalmente queridos (de forma implícita ou explícita) como normas de uma constituição. (é, por ex., a falta de intencionalidade normativa que nos leva a pôr dúvidas em relação ao valor normativo dos preâmbulos constitucionais)."¹⁵⁵

(d) A referência ao sentido material de constituição denota "... o conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais, independentemente das fontes formais donde estas normas são oriundas." Assim, "... a constituição material é um conceito normativo que, de forma tendencial, equivale a *ordenamento constitucional*, pois abrange o conjunto de todas as normas constitutivas e reguladoras das estruturas fundamentais do Estado e da sociedade, quer essas normas sejam consuetudinárias, quer sejam contidas em leis distintas da constituição formal (além, evidentemente, das normas contidas na constituição formal)."¹⁵⁶

O sentido de constituição como constituição escrita evidencia, entre outras questões, um ponto importante entre o conceito de constituição e de princípios constitucionais: o lugar dos princípios constitucionais, ou seja, suas *sedes materiaes*. Assim, esta questão relaciona-se com os princípios constitucionais, expressos no texto escrito da constituição, e os princípios constitucionais implícitos, deduzíveis da interpretação da constituição, descobriáveis nos enunciados lingüísticos componentes da narrativa constitucional.

¹⁵⁴ Idem, p. 67.

¹⁵⁵ Idem, p. 67-8.

¹⁵⁶ Idem, p. 68. Para firmar esse sentido de constituição - o material -, Canotilho distingue a idéia de constituição material, da de constituição real, e da de constituição formal (p. 68-9). Depois, relaciona essa idéia com "fontes não constitucionais" (p. 69-71) e, mais adiante, discute "a constituição material como conjunto de normas substancialmente constitucionais inseridas no texto constitucional (p. 71-3).

4.2. Função da constituição

Para Canotilho, a função da constituição¹⁵⁷ resume-se basicamente, na contemporaneidade, em quatro dimensões: (a) *normatização constitutiva da organização estatal*; (b) *racionalização e limites dos poderes públicos*; (c) *fundamentação da ordem jurídica da comunidade*; (d) *programa de ação*.

(a) Pela dimensão do *constituir normativo da organização estadual*, salienta-se a função da constituição em "... determinar vinculativamente as competências dos órgãos de soberania e as formas e processos do exercício do poder". Ou seja, por essa dimensão, se estabelece "...a modelação da estrutura organizatória dos poderes públicos."¹⁵⁸ (Veja-se, o Título III, "Da Organização do Estado", e Título IV, "Da Organização dos Poderes", bem como capítulos e seções correspondentes, da Constituição).

(b) Através da dimensão de *racionalização e limites dos poderes públicos*, destaca-se uma função clássica da constituição, "... associada ao princípio da divisão de poderes (separação e interdependência) como princípio informador da estrutura orgânica da constituição." Ou seja, por essa dimensão funcional, através da separação dos órgãos constitucionais e distribuição de funções, "... consegue-se, simultaneamente, uma *racionalização* do exercício das funções de soberania e o estabelecimento de *limites recíprocos*", entre os poderes constituídos¹⁵⁹. Por essa função da constituição, é lícito concluir, chega-se ao que Norberto Bobbio chamou de *juridificação do poder político*, no constitucionalismo moderno, através documentos políticos escritos, com o intuito de salvaguardar as liberdades individuais da pessoa humana, em face da ação dos órgãos de estado.¹⁶⁰

(c) Por intermédio da dimensão de *fundamentação da ordem jurídica da comunidade*, sublinha-se a insuficiência teórica da idéia de constituição como *instrument of government* (Hennis), onde a lei fundamental não seria nem mais nem menos do que um

¹⁵⁷ Numa perspectiva diferente da "pós-positivista" acolhida pela argumentação desenvolvida, e centrada na visão kelseniana de constituição, portanto positivista normativista, registra-se, apenas para efeito de leituras contrastantes, a serem realizadas a critério do leitor, o texto do consagrado Hans KELSEN, intitulado "La Funcion de La Constitucion", in: - MARI, Enrique E. *et alii. Derecho y Psicoanalisis: teoria de las ficciones y función dogmática*. Buenos Aires: Hachette, 1987. 168 p. p. 81-88.

¹⁵⁸ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 74.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Cf. BOBBIO, *Liberalismo e Democracia*, [Liberalismo e Democracia], trad. Marco Aurélio Nogueira, 3 ed., São Paulo, Brasiliense, 1990, 100 p.

instrumento que estabelece competências, regula processos e define os limites da ação política, sem preocupar-se com o conteúdo ou com a substância das decisões, mas sim com os procedimentos tendentes a veiculá-las¹⁶¹. Assim, essa função revela e assenta "... uma *medida material* para o exercício dos poderes.", superando a idéia de constituição como instrumento de governo. E mais. Assevera que "a legitimidade material da constituição não se basta com um 'dar forma' ou 'constituir' dos órgãos; exige uma *fundamentação* substantiva para os actos dos poderes públicos e daí que ela tenha de ser [a constituição] um parâmetro material, directivo e inspirador desses actos." A *medida material* antes referida, e relacionada a essa função da constituição, extrai-se, essencialmente, segundo Canotilho, do *catálogo de direitos fundamentais*, encontráveis nas constituições contemporâneas (Ver tít. II, da Constituição vigente).¹⁶²

(d) A dimensão funcional como *programa de ação* evidencia a constitucionalização de tarefas e programas impostos aos poderes públicos, que devem concretizá-los, *ex vi* de imposições normativo-constitucionais. Ou seja, a constituição *positiva* missões e deveres fundamentais, que incumbe ao Estado constitucional realizar, a bem da sociedade e dos cidadãos, melhor dizendo, a bem da comunidade política. Salienta Canotilho, nessa perspectiva, que "o facto de a lei constitucional fornecer linhas e programas de ação à política não pode nem deve substituir a luta política." De outra parte, essa dimensão torna ainda mais importante a idéia de legitimidade material da constituição (Ver o preâmbulo, os arts. 1º e 3º, da Constituição, como expressões da constitucionalização de tarefas)¹⁶³.

¹⁶¹ Cf. Canotilho, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 85.

¹⁶² Idem, p. 75.

¹⁶³ Idem, p. 75. Interessante registrar que, no discurso publicístico nacional, encontramos convergência de preocupação entre esta função da constituição e a idéia de "função social do estado contemporâneo", divulgada por César Luiz PASOLD, ao discorrer sobre o dever de agir do estado, como elemento integrante do conceito de função social estatal. Diz o autor catarinense: 'O dever de agir é componente estratégico para a noção de Função Social para o Estado Contemporâneo.' (p. 77). (...) "Por isto mesmo vemos no estabelecimento do dever de agir, concomitado com a fixação de políticas e confeccionado na legitimidade, não como uma falácia, mas sim como uma efetiva possibilidade discursiva eficaz como pré-práxis." (p. 78-9).

E adiante, salienta: "Acreditamos que a existência clara, concreta, e se possível formulada sucintamente, de um dever de agir começaria a equacionar a questão do monopólio da coerção no seu aspecto nuclear, que é a consagração jurídica. Assim: se o dever de agir se articula em nível de composição legítima com as políticas, gera normas correspondentes aos anseios de seus destinatários. Neste esquema, retoma-se a Sociedade como fonte originária do direito, e dilui-se qualquer sustentação pretensamente válida de que o Estado o deva ser. Para este, coloca-se o papel de instrumento que execute o dever de agir em conluio com o todo social." (p. 79).

E no sentido que quer perspectivar-se o "dever de agir", de Pasold, com a constitucionalização de tarefas, próprias à função de *programa de ação* da constituição em Canotilho, o primeiro autor assim preleciona: 'Muitas sociedades, ao longo da história, têm pago imenso preço por não fixar políticas claramente conducentes ao dever de agir de seus Estados, e, conseqüentemente, de normas de sua conformação jurídica geral.' (p. 79). (...) "O dever de agir compromete-se com políticas que uma dada sociedade, num certo período histórico, decide devam ser consagradas em normas e ações, unindo-se vencidos e vencedores de um saudável conflito de idéias que, natural e evidentemente, antecede ao estabelecimento das políticas e do dever de agir." (...) Neste esquema e conforme pressuposto, o direito positivo também não se pode pretender neutro." (p. 80). Cf. *Função Social do Estado Contemporâneo*, 2ª ed, Florianópolis, Estudantil, 1988, 103 p.

Assim, tendo em mente os dois pontos fundamentais antes salientados, ao se indagar sobre o conceito de constituição na contemporaneidade, tendo em mente as funções da constituição, conclui Canotilho:

"Da articulação destas várias funções se deduzirá que o problema da constituição não é hoje o de escolher entre uma *constituição-garantia* (ou *constituição-quadro*) e uma *constituição dirigente* (ou *constituição programática*), mas o de *otimizar* as funções de garantia e de programática da lei fundamental."¹⁶⁴

A função da constituição aponta para uma relação conceitual importante entre o conceito de constituição e de princípios constitucionais: as funções dos princípios constitucionais relacionadas com as funções da constituição.

4.3. Estrutura da constituição

A pergunta sobre a estrutura da constituição, como indagação elucidante de seu conceito, pode ser respondida em dois níveis: (a) a estrutura do texto constitucional e (b) a estrutura das normas que o integram.¹⁶⁵ Para esta resposta, é possível apoiar-se sobre um critério: o âmbito de constituição; ou melhor, o âmbito das matérias constitucionalizadas.

(a) A estrutura do texto implica em digressão sobre a sistematicidade da matéria constitucionalizada. Assim, tendo-se em mente a Constituição brasileira, pode-se dizer da estrutura do texto constitucional: (i) compreende uma divisão introdutória sobre a caracterização do Estado e as opções constitucionais básicas (*Princípios Fundamentais*, tit. I e preâmbulo); (ii) uma "parte dogmática" abrangendo os direitos e as garantias fundamentais (tit. II), abrangendo-se, nessa, os direitos subjetivos públicos ou as posições subjetivas detectáveis no tit. VI, "Da Tributação e Orçamento", tit. VII, "Da Ordem Econômica e Financeira", tit. VIII, "Da Ordem Social"; (iii) uma parte organizatória ou orgânica, dedicada à organização do Estado em sentido lato, e a divisão de poderes, tit. III, "Da Organização do

Ao que parece, é lícito concluir que ambos perspectivam uma única idéia - tarefas constitucionalizadas = dever de agir do estado -, sobre enfoques diferentes: Canotilho, a partir de uma teoria da constituição, e Pasold, a partir de uma teoria do Estado.

¹⁶⁴ Cf. Canotilho, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 74.

¹⁶⁵ Na perspectiva que aqui se objetiva, entre os discursos nacionais, cabe ressaltar o elucidativo texto de Raul Machado Horta, "Estrutura, Natureza e Expansividade das Normas Constitucionais", *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, 1993, n. 04, p. 40-54.

Estado", e tit. IV, "Da Organização dos Poderes"; iv) e, por último, uma divisão em disposições gerais finais e disposições finais transitórias, tit. IX, "Das Disposições Constitucionais Gerais", e "Ato das Disposições Constitucionais Transitórias".¹⁶⁶ Canotilho e Vital Moreira anotam o que entendem por sentido último da sistematização constitucional, como sistematicidade do texto: a Sociedade precede o Estado; os direitos fundamentais precedem a organização econômico-social.¹⁶⁷

(b) A estrutura das normas que integram o texto da Constituição varia segundo a tipologia de normas constitucionais que corresponda à "riqueza de formas", à diversidade da matéria constitucionalizada. E essa matéria varia segundo a conjugação das funções de ordem e garantia com as funções de tarefa ou programa, no interior da sistemática constitucional. Canotilho, de forma "tendencialmente esquemática", classifica essas normas, da seguinte maneira: (i) normas determinantes de competências, (ii) normas de processo, (iii), normas de organização, (iii) normas catalogadoras de direitos fundamentais. Na contemporaneidade, segundo assevera o mestre português, a estrutura programática das constituições exige uma complementação tipológica, falando-se então de (iv) normas-fins e (v) normas-tarefas (normas programáticas), de imposições constitucionais e de imposições legiferantes. Essa estrutura das normas, relacionadas com a *densidade* e *abertura* das mesmas, reconduz-se à idéia de aplicação imediata dos textos constitucionais, segundo a natureza de norma jurídica da constituição, como se verá abaixo.

A estrutura da constituição clarifica um ponto teórico e dogmático importante entre o conceito de constituição e de princípios constitucionais: o lugar dos princípios constitucionais no texto da constituição e a estrutura das normas constitucionais que veiculam princípios.

4.4. A constituição como norma jurídica e sua força normativa

O conceito de constituição, para as exigências metodológicas do presente trabalho, além de revelar o seu sentido¹⁶⁸, suas funções¹⁶⁹, sua estrutura¹⁷⁰, deve agregar,

¹⁶⁶ Esse parágrafo foi iluminado pela seguinte intertextualidade: CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1991, 310 p., p. 35, e Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., ob. cit., p. 70-1. Esse último texto, ao falar de constituições codificadas, e suas partes (preâmbulo, a parte introdutória, a parte orgânica, a parte dogmática e a parte das disposições finais) ilumina, sobremaneira, a idéia de estrutura do texto constitucional.

¹⁶⁷ Cf. Canotilho & Moreira, *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 36.

¹⁶⁸ O sentido de constituição escrita.

ainda, em seu âmbito de significação teórica, as concepções de *constituição como norma jurídica* (Enterria) e *força normativa da constituição*¹⁷¹ (Hesse).

Assim, para a primeira concepção - *constituição como norma* -, a contemporaneidade desse conceito evidencia a constituição como norma jurídica, como norma das normas, como *lex superior*, como fonte suprema da produção normativa, como *norma normarum*, como "norma" dotada de efetiva "normatividade", como norma cujos enunciados normativos componentes também são normas e se endereçam à realização jurídica e à operatividade, como qualquer norma integrante de um sistema jurídico vigente e eficaz. E não interessam a qualidade das matérias reguladas na constituição, ou a natureza das normas que as expressam formalmente¹⁷², pois todas elas, sem exceção, têm juridicidade, vinculatividade e atualidades de normas jurídicas, de normas constitucionais. "Está hoje definitivamente superada a idéia da Constituição como um simples concentrado de princípios políticos, cuja eficácia era a de simples *directivas* que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária."¹⁷³ E mais: como norma, seus preceitos vinculam tanto os órgãos do poder estatal quanto os cidadãos e as instituições particulares.¹⁷⁴

Nessa concepção, *a constituição é*, desde logo, uma *lei*, configurando a forma típica de qualquer lei, compartilhando com as leis em geral um certo número de características (forma escrita, redação articulada, publicação oficial, etc). Mas também, *é uma lei diferente das outras*: é uma *lei específica*, já que o poder que a gera e o processo que a veicula são tidos como *constituintes*, assim como o poder e os processos que a reformam são tidos como *constituídos*, por ela mesma; é uma *lei necessária*, no sentido de que não pode ser dispensada ou revogada, mas apenas modificada; é uma *lei hierarquicamente superior* - a lei fundamental, a lei básica - que se encontra no vértice da ordem jurídica, à qual todas as leis

¹⁶⁹ *Funções* de tipificar os poderes constituídos; racionalizar o exercício desses e estabelecer limites à atuação estatal; estabelecer medidas materiais à condução desses poderes; estabelecer programas de ação política, na realização de fins plasmados constitucionalmente.

¹⁷⁰ *Estrutura*: texto sistematizado, onde se fundem as relações estado/sociedade, continente de normas jurídicas de diferentes conteúdos regulatórios e diferentes graus de concretização.

¹⁷¹ Força normativa ordenadora e motivadora "não apenas da vida do Estado, como também da vida não-estatal. Cf. Coelho, "Konrad Hesse: Uma Nova Crença na Constituição", *Revista de Direito Público*, ob. cit., p. 168-9.

¹⁷² Cf. Enterria, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 108.

¹⁷³ Cf. Canotilho, *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 43.

¹⁷⁴ Cf. Enterria, ob. cit., p. 108 e 121-4.

têm de submeter-se; é uma *lei constitucional*, pois, em princípio, ela detem o *monopólio das normas constitucionais*.¹⁷⁵

A segunda concepção - força normativa da constituição - agrega ao conceito de constituição a idéia de programa normativo conformador.¹⁷⁶ Destacam-se, nessa concepção, apenas duas idéias decorrentes da "força normativa", importante para este trabalho: (i) preeminência normativa e (ii) teleologia constitucional.

(i) Pela força de preeminência normativa, a constituição é entendida como o ápice da escala hierárquica no ordenamento jurídico. Isto quer dizer duas coisas: não há nenhuma norma anterior ou superior à constituição, subordinando-a; e todas as demais normas da ordem jurídica deverão conformar-se a ela. Desenvolvendo esta idéia Canotilho registra o seguinte:

"A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser *lida à luz dela* e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformam a ela. São três as componentes principais desta preeminência normativa da Constituição: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da *interpretação conforme à Constituição*); (b) as normas de direito ordinário desconformes à Constituição são *inválidas*, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional [No Brasil, Supremo Tribunal Federal]; (c) salvo quando não exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais *aplicam-se directamente*, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela (...)." ¹⁷⁷

(ii) A força normativa da "teleologia constitucional" é entendida deste modo: "A Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma *ação inconstitucional* (fazer o que ela proíbe), mas também quando existe uma *omissão inconstitucional* (não fazer o que ela impõe seja feito)." Neste sentido, fala-se em força normativa da constituição, referindo-se ao tipo de sanção aplicável às duas situações referidas: nulidade do ato comissivo

¹⁷⁵ Cf. Canotilho, ob. cit., p. 40.

¹⁷⁶ Com base em Canotilho, *Constituição dirigente e Vinculação do Legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Almedina, 1982, 539 p., p. 119. Salienta-se que a noção de força normativa da constituição, aqui empregada, não quer significar apenas uma exigência de congruência de 'normatividade constitucional' e de 'facticidade política', expressa por Hesse, mas, para além disso, na perspectiva de Bäumlin, como anotou Canotilho, no texto antes referido, como "programa de ação conformadora". E mais: como idéia que expressa a natureza e o sentido da constituição, sua unidade normativa, sua preeminência normativa, sua relação com a teleologia constitucional e com as realidades inconstitucionais, conforme os desenvolvimentos conceituais realizados pelo mestre português, em seu *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 43-7.

¹⁷⁷ Cf. Canotilho, *Fundamentos...*, ob. cit., p. 45-6.

e imposição de medidas concretizadoras aos sujeitos constitucionais omissos no dever de emissão de normas, respectivamente.

As categorias aqui expostas sublinham a normatividade dos princípios enquanto princípios constitucionais. Dito de outro modo, sublinham a idéia de princípios como normas jurídicas na constituição e a concepção de força normativa dos princípios compreendidos nas normas da constituição. Assim, evidencia-se e aclara-se, mais uma vez, a estreita relação conceitual entre constituição e princípios constitucionais.

4.5. *Conceito de constituição e modelo de Estado constitucional*

Embora o discurso deste trabalho esteja se desenvolvendo, precipuamente, a nível teórico, o conceito de constituição a ser firmado deve ser, como foi dito, temporal e espacialmente adequado. Temporal, falando: (a) histórica e institucionalmente; e (b) teoricamente: deve pressupor a idéia de Estado moderno em suas diferentes configurações históricas (Estado Absolutista, Estado Liberal, Estado Social)¹⁷⁸ e pré-compreender as idéias e ideologias constitucionais que se referem à sua última tipificação no Ocidente (Estado Social de Direito)¹⁷⁹; (c) espacialmente: deve levar em conta ordens jurídicas concretas

¹⁷⁸ Como o objeto de indagação não impõe desenvolvimentos conceituais específicos sobre essas categorias e idéias correlatas, e como a objetividade da explanação exige concisão, indica-se a intertextualidade pressuposta nesta afirmação, que desenvolve os conceitos e as idéias referidas: para uma compreensão específica das categorias referidas entre parênteses, ver Nelson SALDANHA, na parte I, "Estado Moderno" (p. 03-78), capítulos II "O Chamado Estado Absoluto" (p. 12-24), III "O Estado liberal" (p. 25-52), IV "O Estado Social" (p. 53-78), em seu *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*, São Paulo, Saraiva, 1987, 124 p.; SALDANHA, no cap. VIII, "O Estado Moderno, seus aspectos sociais e o Direito", em seu *Sociologia do Direito*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, 270 p., p. 109-121; SALDANHA, no cap. III, "Estado, Jurisdição, Garantias (Um capítulo de história constitucional)", em seu *Estado de Direito, Liberdades e Garantias (Estudos de Direito Público e Teoria Política)*. São Paulo, 1980. 147 p., p. 53-80; na perspectiva da história das instituições políticas e das doutrinas políticas, e para uma pré-compreensão das categorias referidas, ver BOBBIO, no cap. III, "Estado, poder e governo" (p. 53-133), especialmente, os itens 7 "As formas de Estado" (p. 113-26) e 8 "O fim do Estado" (p. 126-33), em seu livro *Estado Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política*, 4 ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992, 173 p.; para uma visão crítica a respeito dessas formulações históricas e outros desenvolvimentos correlatos, ver Antônio Carlos WOLKMER, Capítulos I "A Natureza do Estado" (p. 11-19), II "Origem e Evolução do Estado" (p. 20-26), "Conceituações essenciais do Estado" (p. 27-35), em seu *Elementos Para Uma Crítica do Estado*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1990, 64 p.

¹⁷⁹ Para explicitações relativas a problema, evolução, origens e distintas espécies de Estado Social, bem como de sua relação com a idéia de Estado de Direito, ver BONAVIDES, no cap. XXV "O Estado Social e a Tradição política liberal no Brasil" (p. 401-28), especialmente p. 401-17, em seu *Política e Constituição: os Caminhos da Democracia*, Rio de Janeiro, Forense, 1985, 524 p; para um enfoque a partir das idéias e ideologias, que, no constitucionalismo, presidiram à formulação histórica, política e jurídica de Estado Social, no ocidente, ver WOLKMER, "Para Um Paradigma do Constitucionalismo Ocidental", *Revista de Direito Público*, São Paulo, RT, a. XVIII, out./dez. 1985, n. 76, p. 83-7, e José Roberto DROMI, "Constitucionalismo y Humanismo", *Revista de Direito Público*, São Paulo, RT, a. XVII, abr./jun. 1984, n. 70, p. 28-32.

contemporâneas que tenham *positivado* essa última tipificação do Estado moderno (Brasil, Alemã, Portugal, Espanha, etc.)¹⁸⁰.

Dentro desta perspectiva, esse item tem por fim relacionar o conceito de constituição, em desenvolvimento, com uma idéia de Estado que possa com ele ser compatível. Ou seja, em face das *funções, estrutura, sentido, força normativa e caráter de norma* atribuíveis à constituição, apresentadas, que modelo de Estado poderia se compatibilizar com as exigências burocrático-institucionais e normativas antes expostas, e apresentar-se, ainda, temporal e espacialmente adequado? Resposta: o modelo de Estado Democrático de Direito¹⁸¹.

Nesse rumo de argumentação, e para se explicitar esse modelo, pode-se falar em tipos de constituição, segundo o modelo de Estado que se tenha em mente. Canotilho traçou de forma elucidativa três tipos ideais, para uma relação conceitual "Constituição" e "Estado": (a) constituição do Estado de direito liberal; (b) constituição do Estado de Direito Social e (c) constituição do Estado Socialista¹⁸². Para o presente discurso, interessa o segundo tipo de constituição, que se identifica com o modelo de Estado Democrático de Direito. Canotilho descreveu-o da seguinte maneira:

¹⁸⁰ Para uma análise precisa e ampla da configuração concreta de Estado Social, na Constituição brasileira de 1988, ver Bonavides, no capítulo 10 "O Estado Brasileiro e a Constituição de 1988" (p. 288-313), em seu *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., ob. cit. Para uma análise deste tipo de Estado, em seu perfil constitucional contemporâneo, ver o precioso estudo de COELHO, em seu artigo "Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: O Estado Democrático de Direito", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 30, n. 118, 1993, ps. 05-18. Como se verá adiante, a idéia de "Estado Democrático de Direito", representa a mais recente modelagem do tipo "Estado Social", em sua evolução atual. Assim, relacionam-se com a idéia de Estado Social, a idéia de Estado de Direito, Democracia, etc. Nessa última perspectiva, verificar as explicitações de José Afonso da SILVA, Primeira Parte, Título II, Cap. II, seção III "O Estado Democrático de Direito" (p. 102-11), em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992, 768 p.

¹⁸¹ Tal é o modelo expressamente adotado pela Constituição brasileira de 1988, segundo os enunciados lingüísticos constantes do preâmbulo e do art. 1º, *caput*, do texto vigente.

Interessante anotar que, para Carlos Ari Sunfeld, embora esses enunciados contemplem a expressão "Estado Democrático" e "Estado Democrático de Direito", pela narrativa global de nossa Constituição, pelos títulos e disposições referentes à ordem econômica e social, e pelo trato do sistema de direitos fundamentais, entende esse publicista que se plasmou, no Brasil, a idéia de um "Estado Democrático e Social de Direito", cf. seu *Fundamentos de Direito Público*, ob. cit., p. 53-57. No entanto, o entendimento predominante pressupõe na adjetivação "democrático" do termo "estado" diferentes níveis de democraticidade: política, social, econômica, jurídica, étnica e cultural. Portanto, em que pese a feliz observação do autor, sua preocupação já vem respaldada pela doutrina constitucional, que, a despeito dos enunciados literais, entende compreendidas na idéia de Estado Democrático as suas evidentes dimensões sociais. Para uma aproximação destas idéias, no plano jurídico-constitucional, ver Canotilho, *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 76-87, e *Direito Constitucional*, 6ª ed., p. 401-80.

¹⁸² Segundo Canotilho, "Trata-se de tipos ideais, porque, por um lado, há elementos do primeiro e terceiro em algumas constituições do tipo 2 [b] e, por outro lado, as constituições do tipo 3 [c] servem de modelo a constituições que, todavia, não o reproduzem em algumas dimensões fundamentais." Cf. *Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 76.

"Como momentos caracterizadores deste tipo [constituição do Estado de direito social], apontar-se-ão os seguintes:

- O *referente* da constituição é o Estado e a Sociedade (constituição social).
- O *arquetipo* de Estado é o *Estado Social*, caracterizado pelos seguintes elementos constitutivos: (1) *princípio do compromisso conformador ou constitutivo*, cabendo ao Estado intervir na sociedade para melhor assegurar as formas de existência social; (2) princípio da *democratização* da sociedade obriga a intervenções de carácter económico e social tendentes à prossecução do princípio da igualdade; (3) *princípios do Estado de direito formal*, racionalizadores e limitadores das medidas intervencionistas (princípio da liberdade).
- O *telos* da constituição social-democrática é a conciliação dos esquemas de racionalização e limites, oriundos do Estado liberal, com as exigências da socialidade e da democracia.
- A *força normativa* da constituição exprime-se através da eficácia juridicamente conformadora das suas normas em relação ao estatuto do Estado-sociedade (*imbricação Estado-sociedade*).
- A *estrutura* da constituição do Estado social é tendencialmente *positiva*, porque (1) constitui e conforma a sociedade através da imposição de fins e tarefas aos poderes públicos; (2) consagra, ao lado dos direitos negativos, direitos fundamentais de natureza positiva, que implicam direitos de participação e direitos a prestações, ou seja, direitos *através* do Estado.
- A *verdade* da forma constitucional democrático-social deve procurar-se no *texto e contexto descodificados*, pois a constituição torna transparente a sua *mensagem* social, económica e cultural, através da formulação explícita dos fins e princípios, social e economicamente significativos, embora sem 'subversão' das estruturas económicas capitalistas."¹⁸³

Assim, o conceito de constituição aqui desenvolvido pressupõe o modelo de estado constitucional democrático de direito. E a pressuposição deste modelo impõe que, na constituição, venham traçados os princípios constitucionais que deêm guarida normativa às tarefas e missões deste modelo de estado¹⁸⁴. E mais. Impende que, na *positivação*, compreensão, concretização e atualização desse tipo de constituição, se tenha uma teoria constitucionalmente adequada dos princípios constitucionais, para que não se frustrem os direitos e as garantias dos cidadãos nem se deturpem os deveres e as missões do Estado, no exercício da "vontade de constituição" (Hesse).

¹⁸³ Idem. p. 77-8.

¹⁸⁴ Cf. deduções de leituras de Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit., p. 11, 49 e 56.

4.6. Constituição e pré-compreensão de estudos em Direito Constitucional

A compreensão adequada do conceito de princípios constitucionais não pressupõe somente uma conceituação teoricamente adequada de constituição, mas requer também uma pré-compreensão metodologicamente adequada de Direito Constitucional. É que os problemas concernentes à compreensão desses princípios devem se beneficiar de um *background* explicativo e justificativo fornecido pela Ciência do Direito Constitucional, que se articula em planos discursivos diferentes, conforme se esteja perspectivando um problema jurídico-constitucional a partir da "teoria da constituição", da "doutrina constitucional" ou da "metódica constitucional"¹⁸⁵. E mais. A eficácia, concretização e atualização dos princípios constitucionais, na contemporaneidade, dependem, estreitamente, da concepção metodológica que se tenha de Direito Constitucional, sob o risco de perder-se a força dogmático-conceitual destas categorias jurídicas em perspectivas metodológicas historicistas, comparatistas, sociologistas e exegéticas¹⁸⁶, que pouco explicam e muito confundem a idéia de princípios jurídicos como princípios constitucionais.

Este item se ocupará desta perspectiva metodológica. Assim, conforme Canotilho, o estudo do Direito Constitucional pode realizar-se a partir de duas posições metodologicamente distintas: (a) a partir de uma perspectiva *dogmático-constitucional*; ou (b) a partir de uma visão *teórico-constitucional*.

A primeira posição metodológica (a), preocupa-se com a reflexão constitucional a partir de uma ordem jurídica concreta, de um direito constitucional de determinado, vigente. É o que chama de *doutrina do direito constitucional*. Assim, nos termos que esse autor apregoa, estudar o direito constitucional brasileiro é produzir uma doutrina do direito constitucional do Brasil, pois tais estudos se fundarão sobre a constituição vigente. Também, para os quadrantes deste trabalho, estudar os princípios constitucionais implica perquiri-los a partir de suas configurações normativas no interior do sistema constitucional vigente, a partir das positivações concretas perscrutáveis no âmago da Constituição de 1988. Positivações: tanto as expressas, quanto as implícitas (Dogmática dos princípios constitucionais).

A segunda perspectiva metodológica (b), interessa-se, principalmente, pela fixação, precisão e aplicação de conceitos de direito constitucional, formulados a partir de

¹⁸⁵ Cf. deduções de leitura do texto de Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 02.

¹⁸⁶ Para uma aproximação descritiva destes métodos, ver Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., p. 36-7 e Fran FIGUEIREDO, *Metodologia Constitucional*, Brasília, Itamarati, 1987, 272 p., p. 80-105.

uma "construção" teórica e não com base numa constituição jurídico-positiva, num sistema constitucional vigente. Os estudos produzidos com base nesta perspectiva tomam o nome de *Teoria da Constituição*.¹⁸⁷ Destarte, essa visão, nos limites deste trabalho, ocupar-se-á da idéia de princípios constitucionais formulados a partir de elaborações conceituais não assentadas na constituição brasileira vigente, ou lei superior presente ou futura, brasileira ou alienígena (Teoria dos princípios constitucionais).

Os limites entre essas posições muitas vezes se entrecruzam, salientando-se que a perspectiva adotada nesta dissertação se vale ora de uma, ora de outra, na medida em que a narrativa se fundar ora na explicitação de conceitos teoricamente formulados, sem expressão concreta na ordem constitucional brasileira, ora se referir às idéias baseadas em enunciados lingüísticos assentados na constituição brasileira vigente. Isso é possível de ocorrer, pois que, no segundo capítulo deste trabalho, serão analisados discursos de juristas brasileiros, que, com raras exceções, deixam de desenvolver seus trabalhos a partir de uma constituição historicamente situada. E também, no terceiro, ao analisar-se a contribuição principialista de Canotilho, onde alguns de seus textos se construíram sobre idéias teóricas, e outros sobre enunciados normativamente plasmados na constituição portuguesa. Além disso, essa conjugação de planos não é só necessária, mas também útil ao objeto deste trabalho dissertativo.

Impende salientar que o vetor para esse entrecruzamento será o de tornar o discurso deste trabalho um discurso juridicamente útil. Para tanto, não poderão seus desenvolvimentos assentar-se em uma constituição ideal, abstrata, não centrada em uma realidade histórico-concreta. Destarte, será preciso, dentro do possível, ambientalizar a narrativa posterior dentro dos quadrantes normativos da constituição brasileira de 1988, para que se possa compreender o valor e a força normativa dos princípios constitucionais, no interior da ordem jurídica nacional. Essa preocupação, de outro lado, postula a necessidade de o Direito Constitucional desenvolver-se como ciência *constitucionalmente adequada*, isto é, fundada em uma ordem jurídico constitucional positiva, no caso, a brasileira.¹⁸⁸

Além dessas duas posições metodológicas importantes, Canotilho refere outra, condicionada à *doutrina do direito constitucional*: (c) a metódica constitucional. Ela procura fornecer métodos de trabalho aos aplicadores-concretizadores das regras e princípios constitucionais. Através dela, segundo Canotilho, revelam-se as diferentes funções jurídicas de uma constituição, pesquisam-se os vários procedimentos de realização, concretização e cumprimento das normas constitucionais. Para esse autor "à metódica constitucional caberá

¹⁸⁷ Cf. enunciados literais de Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., ob. cit., p. 131.

¹⁸⁸ Cf. enunciados literais, *ibidem*.

trabalhar e compreender o direito constitucional positivo (ex.: através da interpretação, qualificação e análise de normas), de modo a que o trabalho jurídico possa otimizar as normas [regras] e princípios do Estado..." Democrático de Direito "... constitucionalmente conformado."¹⁸⁹ Deste modo, caberá à metódica constitucional fornecer os modos jurídicos pelos quais possam os intérpretes da constituição brasileira dar cumprimento, realização e concretização aos princípios constitucionais nacionais.

O presente capítulo, como foi visto, elucidando as principais categorias operacionais que cercam o tema dos princípios constitucionais - além, é claro, de ter procurado atender os objetivos metodológicos esboçados no seu preâmbulo -, procurou demonstrar quais são as teses e especulações que problematizam o conceito de princípio no âmago da Ciência Jurídica, e de como essas questões perspectivam a formulação da idéia de princípio no interior do Direito Constitucional, além de analisar as relações entre o conceito de constituição e de princípio jurídico, como colocações preliminares à compreensão da normatividade dos princípios constitucionais.

A explanação deste capítulo se estruturou na forma expendida para que, no capítulo seguinte - com a finalidade de se desvendar os avanços e limites constatados no discurso dos juristas pesquisados -, se possa analisar as conceituações, teses e classificações formuladas em torno do conceito de princípios constitucionais, conforme os núcleos temáticos definidos neste capítulo e os objetivos apontados na introdução.

¹⁸⁹ Cf. enunciados e idéias decorrentes, *idem*, p. 132.

CAPÍTULO II

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: REVISÃO DO CONCEITO NO DISCURSO DE JURISTAS BRASILEIROS

O capítulo que se inaugura tematiza o objeto central desta dissertação: revisão do conceito de princípios constitucionais, no discurso dos juristas brasileiros. Assim, através da exploração de manuais, monografias, ensaios e artigos pesquisados, procurou-se identificar os principais elementos, categorias, noções e idéias componentes do conceito problemizado, no cenário juspublicístico nacional (mormente na jusconstitucionalística). E como critério para identificação desses elementos conceituais, foram utilizados os conceitos operacionais desenvolvidos no capítulo primeiro do presente trabalho. Desse modo, através da comparação, do diálogo e da observação crítica - essa fundada quase sempre em autores de renome ou em idéias já consagradas - levou-se a efeito revisão do conceito de princípios constitucionais.

O critério de seleção dos textos fundou-se sobre duas ordens: uma quantitativa e outra qualitativa. Pela quantitativa, procurou-se abranger todos os autores brasileiros que tematizaram o problema dos princípios constitucionais e/ou dos princípios jurídicos, quando referidos à explicitação das normas constitucionais. Isso compreendeu o *período editorial* de 1926 a 1996, e o número de mais trinta autores, que tematizaram a questão por mais de quarenta textos. Por sua vez, quanto à qualitativa, se limitou o enfoque central nos autores que melhor exploraram os pontos teóricos e dogmáticos do conceito de princípios constitucionais, cujos estudos pudessem fornecer elementos conceituais para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada desse conceito.

Deste modo, os textos considerados sobremaneira relevantes à temática foram tratados nos itens 01 a 11. A relevância aqui mencionada tem como pressuposto a idéia de tratamento monográfico e/ou maior amplitude teórica ou dogmática dispensado ao conceito de princípios, pelos autores pesquisados. Ou seja, receberam tratamento diferenciado os textos cujos enredos forneceram maior número de elementos teóricos ou dogmáticos endereçados à elucidação do conceito de princípios constitucionais. Esses textos foram explorados da seguinte maneira: num primeiro momento disserta-se, brevemente, sobre a obra, seu ano de editoração e sua posição entre as demais. Depois, realiza-se a *descoberta*

revisiva dos elementos tratados pelo autor. Ato contínuo, passa-se a explicitar possíveis ausências e/ou a identificar progressos temáticos do autor para o debate brasileiro.

Os demais textos foram tratados no item 12, com os quais deixou-se de realizar o procedimento anteriormente referido, para acomodá-los a simples e rápida evidenciação dos elementos tematizados pelos autores. Alguns autores e obras sofreram referências em notas de rodapé, com breves explorações dos respectivos conteúdos temáticos.

A partir da explanação realizada neste capítulo, se poderão estabelecer comparações e confrontos entre os elementos teóricos formulados pelos juristas brasileiros e a importante contribuição teórica e dogmática do constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho. Trabalho que será realizado no terceiro e último capítulo desta dissertação.

01. Tematização dogmática primeira de Sampaio Dória

O primeiro jurista brasileiro a tematizar o conceito de princípios constitucionais, de forma monográfica, foi Sampaio Dória¹⁹⁰, em 1926, no livro *Principios Constitucionales*¹⁹¹

O discurso de "doutrina do direito constitucional" (Canotilho) desenvolvido por Dória, teve como referência dispositivo da Constituição Republicana de 1891. Intentou esse jurista desvendar as significações jurídicas atribuíveis ao art. 63 da referida lei fundamental, que assim dispunha: "Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adoptar, respeitadas *os principios constitucionais da União*."¹⁹² (itálico acrescentado).

¹⁹⁰ Essa afirmação baseia-se em Elival da Silva RAMOS, que em seu *A Inconstitucionalidade das Leis (Vicio e Sanção)*, São Paulo, Saraiva, 1994, 255 p., assevera que Dória fora "vanguardeiro monografista do tema, ao tempo da Constituição de 1891", ao explorar "a complexidade do conceito de 'princípios constitucionais' (p. 133).

¹⁹¹ Cf. DÓRIA, *Principios Constitucionales*, São Paulo, Ed. São Paulo, 1926, 351 p.

¹⁹² Esse dispositivo equivale, linguística e normativamente, ao art. 25 da Constituição de 1988. Vale ressaltar, a título científico transcendente aos limites investigatórios desta dissertação, que Tércio Sampaio FERRAZ JR., com a promulgação da nova Constituição brasileira, desenvolveu trabalho na mesma senda dogmática que Dória ao tentar desvendar as significações do art. 25 e demais normas a ele reconduzíveis. Só, é claro, atualizado às atuais tendências da Teoria do Direito e do Direito Constitucional. Para isso, verificar "Princípios Condicionantes do Poder Constituinte Estadual em Face da Constituição Federal", *Revista de Direito Público*, São Paulo, RT, ano 22, out./dez. de 1989, n. 92, p. 34-42.

Assim, o autor intentou perscrutar quais seriam esses princípios constitucionais; qual conceito especificaria suas significações; que classificação desses princípios seria satisfatória à indagação que propôs, no âmbito jurídico-positivo da primeira Constituição pós-Imperial¹⁹³. E ao dedicar-se a esta tarefa, adiantou-se no tempo a certas afirmações sobre princípios¹⁹⁴ que só viriam a ser feitas décadas depois, por Boulanger (1950), Crisafulli (1952), Esser (1964), e Dworkin (1978): (a) formulação da noção de princípio constitucional; (b) distinção entre princípios e regras constitucionais; (c) a matéria normativa atinente a certos tipos de princípios constitucionais; (d) classificação estruturadora dos princípios constitucionais, que estabeleceu regras e outros princípios como desdobramentos de princípios maiores.

(a) Para o constitucionalista, "princípios" constitucionais são "normas gerais", que se distinguem de "regras estritas" ou "leis comuns" (leis ordinárias)[exemplos do autor: *separação de poderes* e o *presidencialismo*]. Pelo costume¹⁹⁵ ora consideram-se "... princípios leis de pequena amplitude, ora leis cuja amplitude parece infinita."¹⁹⁶ Assim, têm os princípios uma generalidade característica própria, que "não se mede a metro, com rigor e precisão." Quanto à composição lingüística, afirma que "os princípios se corporificam em formulas syntheticas."¹⁹⁷

¹⁹³ Interessante ressaltar, com transcrições literais, a perplexidade e crítica deste autor à sua época, em torno da questão:

"A leitura da Constituição, onde esse texto se encarta [art. 63, já citado], nos traz logo à mente a constância com que duas graves taxas costumam marear ainda as melhores criações jurídicas: a adoção doutrinária de ideias indefinidos, que soem bem e tenham prestígio, e o desprendimento ingenuo dos meios asseguratórios da sua seriedade e inteireza.

Os constituinte de 1891 (...) não precisaram o que entendiam por princípios constitucionais da União. E, mais, sobre não terem fixado o que é, e quais estes princípios, abstiveram-se de legislar, explícita e categoricamente, sobre como a União os faria respeitar, sempre que os transgredissem."(p. 7-8).

"Até há pouco, parecia haver certo receio em abrir-se sobre a noção de princípios constitucionais debate que os puzesse a nu. Certo, muito se havia ventilado sobre alguns dos institutos novos do direito constitucional, que rasgaram, com a República, horizontes desconhecidos aos destinos do país. (...). Mas se tem fugido, como diabo da cruz, a precisar, definir, e mais que tudo, especificar os princípios constitucionais, a cujo respeito, nos termos do artigo 63 da Constituição federal, são obrigados os Estados, ao adoptarem as leis, sob que se hão de reger." (p. 15).

¹⁹⁴ Observa-se que para os limites deste trabalho interessam apenas as conclusões de ordem geral (teóricas e dogmáticas) procedidas pelo autor, e somente as conclusões que transcendam os limites explicativos do que sejam princípios constitucionais da União, e que possam evidenciar, de forma lata, o que sejam princípios constitucionais em seus variados aspectos de normatividade.

¹⁹⁵ Entenda-se costume, segundo pode-se inferir do texto do autor, como hábito corrente de atribuição de significado, e não como elemento do processo de integração jurídica. Cf. Dória, ob. cit., p. 17.

¹⁹⁶ Pode-se traduzir, em termos contemporâneos, a ideia de amplitude pela noção de densidade e abertura da norma, trabalhadas por Canotilho. Essa é inteligência que se acredita plausível e provável.

¹⁹⁷ Cf. Dória, ob. cit., p. 107.

(b) A distinção¹⁹⁸ entre "princípios" e "não princípios" (regras e leis comuns), está em que os primeiros sumariam outras leis, ou deles podem desdobrar-se "corolários mais ou menos numerosos."¹⁹⁹ Para o autor, isso constitui um atributo da generalidade própria aos princípios. Além disso, os princípios representam as vigas mestras ou os fundamentos dos edifícios sociais e políticos, tratando-se de organizações jurídicas (Estados). Nesta linha de raciocínio, declina o jurista em epígrafe sua noção de princípios constitucionais:

"De modo que, genericamente, principios se entendem por normas geraes e fundamentaes que inferem leis. E, em direito constitucional, principios são as bases organicas do Estado, aquelas generalidades do direito publico, que como naus da civilização devem sobrenadar ás tempestades politicas, e ás paixões dos homens. Os principios constitucionaes da União brasileira são aquelles canones, sem os quaes não existiria esta União tal qual é nas suas características essenciaes."²⁰⁰

(c) Dória entende que os princípios constitucionais têm como referente "a essência do Estado". E o Estado, segundo o autor, pode ser considerado tanto em sua "estructura" quanto em "atribuições" (funções), e essas atribuições "fronteirizam ora com as liberdades individuais, ora se distribuem em competencias privativas pelos órgãos em que se manifeste a soberania."²⁰¹

(d) A partir dessa caracterização da estrutura e da função do Estado - diga-se, à época, Estado Liberal de Direito -, tipifica o jurista três ordens de princípios constitucionais:

"1º) os da estructura, ou que interessam de perto a physionomia geral do Estado, os principios estructuraes;

2º) os das atribuições, ou que definem as competencias peculiares aos órgãos da soberania, os principios privativos;

¹⁹⁸ O autor refere a distinção com os seguintes termos: "verdades-princípios" e "verdades não princípios", cf. ob. cit., p. 17.

¹⁹⁹ Nas palavras do autor:

"Principios ha mais altos, que summariam outros principios, e, que, para nós, constituem as vigas mestras da estructura constitucional. Assim: o regimem republicano, a separação de poderes, a forma federativa, o governo presidencial, e systema representativo.

Estes cinco principios são quase todo o arcaboço da Constituição que a Republica architectou.

Delles se desdobram não poucos principios, cuja obediencia é tão obrigatória, como as premissas que os contém." Cf. ob. cit., p. 132.

²⁰⁰ Idem, p. 17-8.

²⁰¹ Idem, p. 19.

3º) e os da liberdade individual, ou que amparam os direitos individuais contra possíveis violências das autoridades públicas, os princípios liberais."²⁰²

Entre os (1º) *princípios constitucionais estruturais*, esse autor localiza cinco *princípios supremos* que constituem, para ele, o arcabouço da Constituição: (i) princípio republicano; (ii) princípio da separação de poderes; (iii) princípio federativo; (iv) princípio presidencialista; (v) princípio da representatividade política. Desses *princípios supremos*, infere-se o que o autor nominou de *princípios deduzidos*. Deste modo, os princípios estruturais dividem-se em supremos e deduzidos²⁰³. Assim, só para efeito de exemplificação conceitual, do (i) *princípio estrutural supremo* "regime republicano", deduzem-se estes *princípios estruturais deduzidos*: (i.i.) eletividade da magistratura e do executivo; (i.ii.) temporariedade das funções eletivas; (i.iii.) responsabilidade dos funcionários; (i.iv.) inelegibilidade contínua dos governadores; (i.v.) representação das minorias; (i.vi.) censo alto no sufrágio universal; (i.vii.) voto secreto.

Agora, entre os (2º) *princípios constitucionais privativos*, individua quinze princípios, entre eles, apenas para clarificação, indicam-se: (i) legislação sobre direito substantivo; (ii) realização de ajustes e tratados internacionais; (iii) organização da moeda; (iv) concessão de anistia; (v) decretação de estado de sítio.²⁰⁴

De outra parte, entre os (3º) *princípios constitucionais liberais*, "que asseguram, contra excessos dos poderes organizados, os direitos fundamentais do homem", indica o autor quinze, "ainda que incompletamente" - desses, a título exemplificativo, enumerar-se-ão alguns: (i) liberdade geral; (ii) igualdade; (iii) direito de propriedade; (iv) direito de defesa; (v) *habeas-corpus*.²⁰⁵

O que se pode concluir da análise revisiva deste texto é que seu autor preocupou-se, estritamente, com os princípios constitucionais positivos, ou seja, com os princípios expressamente enunciados no texto constitucional. Não obstante reclamar a sua observância obrigatória²⁰⁶, criticar a inexistência de meios assecuratórios dessa

²⁰² Idem, p. 19-20.

²⁰³ Necessária a leitura das p. 24 a 110, da ob. cit., conjugada com p. 132-6, para chegar-se a essa conclusão.

²⁰⁴ Cf. ob. cit., p. 134-5.

²⁰⁵ Idem, p. 135.

²⁰⁶ Idem, p. 132.

observância²⁰⁷, e nas revisões constitucionais advogar a idéia de que os princípios devem prevalecer²⁰⁸, não se pode afirmar que tenha desenvolvido um discurso dogmático ou teórico que firmasse a normatividade dos princípios como normas de direito, com normatividade acentuada pelas características enumeradas no capítulo anterior desta dissertação. Aliás, das características elencadas no capítulo primeiro, pode-se dizer que, respeitadas as adaptações devidas, suas teses tangiram os característicos da *primariedade jurídica e lógica*, da *vinculatividade* e da *complementariedade*. Porém, seria muito exagerado, em termos teóricos e metodológicos, exigir do autor reconhecimentos conceituais outros, em face do estágio da Ciência Constitucional e da Teoria Jurídica à época em que editou seus escritos.

Seu discurso apenas pontualiza, como antes salientado, o seguinte: noção de princípio constitucional; a diferença deste das regras constitucionais e das leis comuns; salienta a matéria normatizada pelos tipos de princípios que distingue; classifica os princípios constitucionais positivos de forma a elucidar o arcabouço textual da Constituição. E mais: somente põe em evidência a *função fundamentadora diretiva* dos princípios constitucionais. Não que não seja possível, através de outros desenvolvimentos, chegar a outras conclusões, mas, *prima facie*, é o que resta das afirmações e pressuposições de seu texto.

Assim, pode-se concluir que seus ensinamentos principiaram algumas explicações importantes à compreensão principialista do Direito Constitucional no Brasil²⁰⁹. Porém, por razões óbvias, seus estudos não abarcaram a inteireza dogmática e teórica necessária à compreensão e à concretização das normas constitucionais portadoras de princípios.

02. Difundida concepção de Celso Antonio Bandeira de Mello

A mais usual e difundida noção de princípio jurídico que se conhece, nas letras juspublicísticas brasileiras, é a de Celso Antonio Bandeira de Melo. Não obstante esse

²⁰⁷ Idem, p. 07.

²⁰⁸ Idem, p. 107.

²⁰⁹ Vale registrar que o texto de Dória, muito embora vanguardeiro nas letras jurídicas nacionais, não recebeu a atenção que deveria por parte dos nossos estudiosos. Suas conclusões sobre a problemática principiológica permaneceram como que “ocultas”, até hoje. De todos os textos pesquisados para formulação desta dissertação, somente o de Elival Silva Ramos fez referência ao livro *Princípios Constitucionales*, e Paulo de Barros Carvalho registrou a preocupação de Dória com os princípios constitucionais tributários, sem, no entanto, fazer alusão ao livro aqui revisado, mas sim a escritos ligados ao Direito Constitucional Tributário. Pode-se dizer, mais com pesar do que com satisfação, que seu escrito, através desta dissertação, foi retirado do ostracismo científico em que se encontrava.

publicista não ser constitucionalista, e sim administrativista, e sua elaboração conceitual não referir-se, estritamente, a princípios constitucionais, a noção por ele talhada tem dominado os estudos e reflexões em torno da idéia de princípio como norma constitucional²¹⁰. Observa-se, primeiramente, que suas reflexões foram elaboradas entre as décadas de 70 e 80.

Segue, à análise revisiva, sua difundida concepção, em termos literais:

"Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo(...). Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada."²¹¹

Muito embora seja uma elaboração deveras significativa e elucidante, deve-se salientar que sua formulação, pelo autor em foco, ocorreu para atender problema argumentativo específico: ao tratar do tema "Discrecionabilidade Administrativa e Controle Jurisdicional", no capítulo XV, de seu *Curso de Direito Administrativo*, usou dessa noção para sublinhar a importância do princípio da universalidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição) no controle dos atos administrativos.²¹² Porém, esse problema metodológico, ao que parece, não tem sido levado em conta por muitos publicistas e constitucionalistas brasileiros que, malgrado a precisão descritiva e metafórica da noção de Bandeira de Melo,

²¹⁰ Para se ter uma idéia dos estudos que se ocupam desta noção, indicam-se, entre muitos: Grau, *Ordem Econômica na Constituição de 1988 - Interpretação e crítica*, ob. cit., p. 97; Geraldo Ataliba, *República e Constituição*, ob. cit., p. 7-8; Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, ob. cit., p. 140; J. Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ob. cit., p. 84; Rocha, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, ob. cit., p. 59; Flávio Alberto Gonçalves GALVÃO, "Sistema, Hierarquia de Normas e Princípios Constitucionais no Direito", *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, ano 3, n. 13, out./dez. de 1995, p. 80-95, p. 86; Roque Antonio CARRAZA, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, 471 p., p. 28; em diferentes contornos, mas com mesmo núcleo ideativo, Luis Roberto BARROSO, *O Direito Constitucional e a Efetividades de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1993, 429 p., p. 285.

²¹¹ Cf. *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 450-1.

²¹² Idem, p. 450-71.

têm-na utilizado, em termos quase absolutos, como que em renúncia à exploração de elementos conceituais e problemas outros compreensíveis no conceito de princípio - mormente o de princípio constitucional -, e que a noção, transcrita, por óbvio, não poderia esgotar²¹³. Ou seja, o uso corrente dessa noção tem servido de escusa à tarefa metodológica de estabelecimento de formulações e discussões em torno do conceito de princípio constitucional, e, antes mesmo, de princípio jurídico²¹⁴.

Todavia, existem no pensamento desse autor outras asseverações muito elucidativas a respeito da idéia de princípio, de normas constitucionais e da Constituição, que colaboram ainda mais para a inteligibilidade, a compreensão e a interpretação do conceito de princípio constitucional.

Elas se referem aos seguintes elementos integrantes (e pré-compreensivos) do conceito de princípio constitucional:

(a) distinção entre princípios e regras, como espécies integrantes de um sistema de normas²¹⁵;

(b) reconhecimento metodológico da existência de princípios expressos e princípios implícitos com "raízes constitucionais", ou seja, princípios expressamente

²¹³ Problemas práticos e elementos teóricos, em certa medida, discorridos no capítulo primeiro desta dissertação, ao se falar sobre o "princípio como norma jurídica".

²¹⁴ No sentido da crítica do texto, vejam-se as colocações de José Souto Maior Borges, em artigo tematizador do conceito de princípios constitucionais:

"A doutrina [brasileira], sobretudo do direito administrativo e do direito tributário acentua a distinção entre princípio e norma. O princípio é mais importante que a norma. Donde: violar princípio é algo muito mais grave que violar norma. O princípio é descrito por linguagem figurada e metafórica: norte, vetor, alicerce do sistema constitucional, é dizer: disposição capital diante da qual a exegese das outras normas insertas no sistema há-de conformar-se. Assim esboçada, a distinção entre princípio e norma é intuitiva e se interpõe ao nosso entendimento com força irresistível. (...).

A clareza dessa distinção oculta contudo algumas dificuldades. Porque à compreensão nítida da distinção entre princípio e norma não segue critério seguro a fundamentá-la. Ela é, nesse sentido, muito mais dita (= exposta pela doutrina) do que doutrinariamente explicada. (...).

(...) cabe então salientar que a doutrina [brasileira, reafirma-se] se contentou com os resultados obtidos, indubitavelmente meritórios, sem ousar levar adiante a construção, ou seja, desdobrá-la. Desconsidera esta consideração capital: em ciência, só o provisório é definitivo. Deu-se então um encastelamento doutrinário em torno dessa compreensão do problema. Um ponto de estrangulamento da questão mesma: recusa implícita ao próprio indagar." (colchetes acrescentado) Cf. "Pró-dogmática: Por uma hierarquização dos princípios constitucionais". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 01, 1993, ps. 140-6, p. 143.

E mais. Ao que parece da análise dos textos todos utilizados na composição desta dissertação, têm grande razão o autor, por isso, acolhe-se aqui sua crítica, em todos os termos expostos.

²¹⁵ Cf. *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 35-6.

consagrados na Constituição e princípios logicamente abrigados em disposições expressas e/ou decorrentes da sistemática constitucional²¹⁶;

(c) proclamação de uma metódica principialista que pressuponha a existência jurídica de categorias normativas ("princípios matrizes do sistema"²¹⁷) que dão organicidade à ordem do direito, do qual se deduzem princípios subordinados, e destes, por sua vez, extraem-se subprincípios²¹⁸;

(d) acatamento da idéia de Constituição como norma jurídica, com força normativa, e efeito vinculador de todos os órgãos políticos e administrativos do Estado bem como da sociedade civil²¹⁹, cuja totalidade das normas constitucionais que a integram são normas jurídicas, com valor normativo reconhecido;

(e) reconhecimento de que existem princípios constitucionais que, embora não ofereçam de imediato direitos fruíveis, podem servir de parâmetros ao juízo de constitucionalidade de leis e medidas administrativas, bem como obrigam o exegeta, por *dever jurídico*, a interpretar qualquer ato ou relação jurídica segundo as linhas e diretrizes estimativas desses princípios²²⁰;

(f) afirmação de que existem princípios constitucionais que podem ser *fonte de direito subjetivo*, ou seja, princípios invocáveis como supedâneo imediato de pretensões jurídicas deduzíveis em juízo.²²¹

²¹⁶ Idem, p. 43. Bom exemplo destas formulações encontram-se na p. 43-69 do texto citado, em que o autor desenvolve a idéia de "Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Brasileiro".

²¹⁷ "Princípios matrizes do sistema", ao que parece, pode ser utilizada como sinônimo de "noções categoriais que organizam a ordem jurídica". Ela foi utilizada 5 anos depois de o autor empregar a expressão "noções categoriais..." (ver nota seguinte), ao tematizar sobre princípios hermenêuticos, em seu artigo "Considerações em Torno de Princípios Hermenêuticos", *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 21, jul./set de 1972, p. 141-7, p. 143. Assim, pode-se concluir que a metódica principialista em Bandeira de Mello teria a seguinte disposição estrutural escalonada: - primeiro, princípios matrizes do sistema; segundo, princípios subordinados; terceiro, subprincípios; quarto, regras; e por último, atos administrativos ou decisões judiciais. Para uma verificação aproximativa dessa estruturação em termos dogmáticos, ver seu *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 01-69.

²¹⁸ Cf. enunciados e ilações decorrentes deste texto de Bandeira de MELLO: "O Conteúdo do Regime Jurídico e seu Valor Metodológico", *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano I, vol. 2, out./dez de 1967, p. 44-61, p. 44.

²¹⁹ Cf. enunciados e deducções do artigo de Bandeira de MELLO, intitulado "Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social", *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano XIV, vol. 57/58, jan./jun de 1981, p. 233-56, p. 236-7.

²²⁰ Cf. ilações e enunciados do texto *Eficácia das Normas Constitucionais...*, ps. 238-9, 243, 246-7.

²²¹ Idem, p. 249. Essa, sem dúvida, é uma das mais ousadas e progressistas afirmações no que tange a proclamação de normatividade dos princípios constitucionais. Diga-se que o autor a fez em meados de 1980, em

O conjunto de reflexões do autor - embora não tenham sido endereçadas exclusivamente à compreensão dos princípios constitucionais -, se aproximam, em muito, de um discurso tendencialmente otimizador da postura principialista no Direito Constitucional. Porém, em termos de metódica constitucional, ainda faltariam alguns passos para o estabelecimento seguro de instrumentos conceituais *constitucionalmente adequados* à captação dos sentidos jurídicos dos princípios constitucionais, em suas inteirezas teórica e dogmática. Aqui, também, seria metodologicamente *injusto* exigir-se tal completude metódica do autor, pois não obrou, cientificamente, com este objetivo.

Porém, em face da substancialidade de seu pensamento, e dos imperativos metodológicos deste trabalho, salientam-se algumas compreensíveis *ausências metodológicas* em seu pensamento: (i) não contemplação de uma metódica solucionadora de conflitos entre princípios, e a relação destes com as regras; (ii) inexistência de um discurso caracterizador da natureza dos princípios constitucionais; (iii) discurso não compreensivo da totalidade das funções dos princípios na ordem jurídica.

03. Doutrina constitucional de José Afonso da Silva

Em dois textos de sua autoria, José Afonso da Silva tangenciou a questão dos princípios constitucionais: o primeiro, datado de 1968 (reeditado em 1982), intitulado *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*; o segundo, mais recente, datado de 1992, intitulado *Curso de Direito Constitucional Positivo*. O primeiro representa o mais clássico trabalho brasileiro sobre a tematização das normas constitucionais. Quando veio a lume, foi a

Conferência Nacional da OAB, realizada Florianópolis/SC. Em face da elucidante argumentação do autor e do ineditismo de seu teor, transcreve-se, *in totum*, seu pensamento:

"O n. II [do art. 160, da Constituição de 67, emendada em 69] estabelece obrigatoria a 'valorização do trabalho, como condição da dignidade humana.'

Esta regra não é apenas - embora também o seja - um comando para o legislador e uma diretriz inafastável quer para o Executivo, na produção de sua política econômica e social, quer para os empregadores. Ela é - mais que simples programa - uma *fonte de direito subjetivo* para o trabalhador. Quer-se dizer, qualquer ato, normativo ou concreto que traduza desrespeito à valia do trabalho como condição da dignidade humana, será inconstitucional e estará, desde logo, transgredindo um direito de todos e de cada um dos indivíduos atingidos.

Donde, qualquer trabalhador pode comparecer a juízo para *anular* o ato assim gravoso, sem necessidade de fundar-se em qualquer dispositivo específico outro que não este mesmo, do art. 160, II.

Deveras, a Carta Constitucional não pode valer menos que uma lei, que um regulamento ou uma Portaria do Ministério do Trabalho.

Se o texto Constitucional proclama que a 'valorização do trabalho é condição da dignidade humana' e erige esta noção em princípio, vale dizer, em cânone mais forte que uma simples regra, ele é invocável como supedâneo imediato de uma pretensão jurídica." Cf. *Eficácia das Normas Constitucionais...*, p. 249.

primeira monografia a tratar sistematicamente dessa questão no Brasil²²². Muito embora esse texto tenha inaugurado importante sistematização de doutrina do direito constitucional no País, e suas construções tenham orientado, desde então, as tendências jurisprudenciais de nossos tribunais, sua atenção dispensada ao tema dos princípios fora breve e superficial, pelos próprios limites metodológicos que traçou o autor à sua indagação²²³. Porém, foi no segundo livro, que a preocupação com os princípios constitucionais - referidos à compreensão posterior dos princípios fundamentais do tit. I, da Constituição brasileira vigente²²⁴ - o levou a tematizá-los de forma um pouco mais dilargada. Esses textos, é importante que se diga, foram elaborados, respectivamente, em final da década de 60, e início da década de 90.

Para Afonso da Silva, no primeiro livro, "todo princípio inserto numa constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático."²²⁵ E assevera que "a orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológicas, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos."²²⁶ E mais: "Todas as normas que integram uma constituição têm natureza jurídica...", sendo de se repelir teses que sustentem o contrário.²²⁷

Esse autor parece reconhecer em certos princípios insertos²²⁸ na Constituição (de 1969), com base em citações de Carlo Esposito, "valor jurídico" e "caráter normativo". Entende que alguns princípios postulam e resumem várias disposições singulares que tendem a especificar o seu enunciado normativo²²⁹. E mais: entende que tais princípios são o espírito informador de disposições singulares.

²²² Cf. SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, 258 p., p. 03.

²²³ Ver, como base dessa conclusão, cf. *Aplicabilidade...*, p. 04-5.

²²⁴ Cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ob. cit., ps. 84-133.

²²⁵ Cf. *Aplicabilidade...*, p. 70. O autor exemplifica, com o art. 160 da Carta anterior: "A ordem econômica tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social."

²²⁶ *Idem*, p. 76.

²²⁷ *Idem*, p. 245.

²²⁸ Exemplo: Princípio Republicano, Princípio Federativo. Exemplos dados pelo autor.

²²⁹ Exemplo: do Princípio Republicano se deflui o princípio da igualdade perante a lei, com a supressão de privilégios nobiliárquicos, próprios ao Princípio Monárquico. Exemplos defluídos do texto do autor.

Distingue, em sua narrativa, para prevenir equívocos em seus propósitos de exposição, três usos diferentes da expressão princípios, utilizáveis em sentidos diversos: "a) normas constitucionais de princípio; b) normas constitucionais de princípios gerais, também denominadas *normas-princípio*; c) princípios gerais do direito constitucional."

As normas constitucionais de princípio (a)²³⁰ traduzem-se em dois tipos de normas que se classificam como (i) normas de princípio institutivo e (ii) normas de princípio programático. Para o autor, "são (...) *normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.*"²³¹ E as normas constitucionais de princípio programático são "... *aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.*"²³²

As *normas constitucionais de princípios gerais*, ou *normas-princípio* (b), denotam "as normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações e situações específicas da vida social." Entende que seria mais adequado "chamá-las de *normas fundamentais*, de que as normas particulares são mero desdobramento analítico." Entende ainda que certas *normas-princípio*, não sendo propriamente fundamentais, no sentido aludido, contêm *princípios gerais* informadores de toda a ordem jurídica nacional (exemplo: princípio da legalidade, princípio da irretroatividade etc.). Salienta-se que, para o autor, essas normas-princípio devem estar inscritas na constituição, positivadas no texto magno, ou melhor, dependem de uma ordem jurídica determinada, vigente e concreta. Essas diferem, basicamente, das normas expostas no parágrafo anterior, pelo fato de terem eficácia plena e aplicabilidade imediata, enquanto aquelas possuem eficácia limitada e aplicabilidade indireta.²³³

²³⁰ As "normas constitucionais de princípio" pouco interessam aos limites da indagação proposta nesta dissertação, mas por imperativos metodológicos deve-se expô-la. O que a aludida significação refere não designa, ontologicamente, princípios constitucionais, segundo a maneira exposta no item "Natureza e característica dos princípios constitucionais", do capítulo primeiro deste trabalho.

²³¹ Cf. *Aplicabilidade...*, p. 116.

²³² *Idem*, p. 129.

²³³ *Idem*, p. 108, para todas as afirmações e transcrições do parágrafo.

Por sua vez, os *princípios gerais do direito constitucional*, profundamente diversos das significações expostas, designam os temas de uma "teoria geral do direito constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional." E com base em citações de Pinto Ferreira, concebe-os como os "...*summa genera* do direito constitucional, fórmulas básicas ou postos-chaves de interpretação e construção teórica do constitucionalismo." São os *princípios constitucionais* que a "... ciência do direito constitucional (...) induz da realidade histórico-social". Afirma que esses princípios gerais não constituem normas positivas, mas princípios induzidos de um conjunto de normas.²³⁴ Assim, pode-se dizer que, para o autor, esses princípios gerais diferem, frontalmente, dos princípios constitucionais positivos²³⁵.

Noutro livro, o autor preleciona que os princípios constitucionais positivos não são homogêneos e possuem natureza e configurações diferentes. Para ele, com base em Canotilho, os princípios constitucionais positivos seriam, basicamente, de duas categorias: (a.a.) *princípios político-constitucionais* e (b.b.) *princípios jurídico-constitucionais*. Os primeiros (a.a.) "constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo", ou seja, "manifestam-se como *princípios constitucionais fundamentais*²³⁶, positivados em *normas-princípio* que 'traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição'" (Canotilho). O autor exemplifica essa categoria de princípios mirando-se, *in totum*, no tít. I, da Constituição brasileira vigente. Por outro lado, os segundos (b.b.) "são *princípios constitucionais gerais* informadores da ordem jurídica. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais (...)" (exemplo: desses últimos, princípio da legalidade, princípio da isonomia etc.).²³⁷

²³⁴ Idem, p. 108-9. No seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 85, parece haver uma correção quanto a esta idéia, pois entende como princípios constitucionais positivos tanto os princípios que se traduzem em normas da constituição (princípios expressos) como os que das normas constitucionais diretamente se inferem (princípios implícitos). Assim, é lícito concluir, como reparo teórico do autor, que as normas referidas não diziam respeito a uma Constituição vigente, concreta e determinada, mas, numa perspectiva comparatística, a normas de constituições históricas e/ou alienígenas.

²³⁵ Cf. ilações de seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 87-8. Assim, tendo em conta as anotações realizadas na nota de rodapé anterior, deste texto, pode-se concluir que princípios gerais do direito constitucional podem ser positivos ou positivados, de acordo com a postura metódica que se adotar. O autor, acredita-se, mudou seu pensamento, do primeiro texto para o mais recente. Porém, a concatenação de leituras não induz a conclusões analiticamente seguras e incontestáveis.

²³⁶ Interessante destacar, para fins metódicos, a classificação realizada por Afonso da Silva em seu *Curso de Direito...*, p. 87, em análise dos princípios fundamentais existentes no Tít. I, da Constituição brasileira de 1988. Ele os classificou assim: "- princípios relativos à existência, forma e estrutura e tipo de Estado: (...); - princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: (...); princípios relativos ao regime político: (...); - princípios relativos à prestação positiva do Estado: (...); princípios relativos à comunidade internacional (...)."

²³⁷ Cf. *Curso...*, p.85-6.

Por fim, esse autor, preocupa-se em sublinhar, com base em Jorge Miranda, "... a *função ordenadora* dos princípios fundamentais", bem como a função de servirem de critério para integração e interpretação das demais normas que compõem a sistemática constitucional e a ordem jurídica global. Entende que muitas normas que compõem o jogo dos princípios fundamentais possuem relevâncias jurídica diversas. Para ele, com fulcro em Canotilho e Vital Moreira, algumas constituem-se em *normas-síntese* ou *normas-matrizes*, que têm a função de servirem de elementos de integração às normas que se desdobram delas (exemplo: princípios da soberania popular [art. 1º, parágrafo único] e separação de poderes [art. 2º]); outras constituem-se em normas programáticas, cuja função tende a definir os objetivos concretos a serem realizados pelos órgãos de Estado.²³⁸

O discurso do autor toca, superficialmente, pontos relativos ao conceito de princípio constitucional: (i) distingue princípios constitucionais positivos de princípios constitucionais gerais, ainda que com certa hesitação metodológica, como se pode depreender do exposto; (ii) desenvolve algumas afirmações que elogiam o valor jurídico e o caráter normativo dos princípios, sem, no entanto, produzir um discurso ótimo à normatividade dos princípios constitucionais; (iii) destaca as funções interpretativa e integrativa dos princípios, em letras claras, e deixa entrever, de maneira tímida, a função diretiva; estabelece modesta classificação dos princípios constitucionais, sem, no entanto, deixar maiores subsídios a uma metódica de aplicação principialista.

Sem querer cometer injustiça metodológica ao pensamento do autor, mas em face o estágio atual dos estudos em Teoria da Constituição e de Doutrina do Direito Constitucional, e o domínio de bibliografia recente demonstrada por ele (Canotilho, Jorge Miranda, Vézio Crisafulli, Eros Grau) talvez pudesse contemplar o último texto a divisão de regras e princípios como espécies do gênero norma de direito²³⁹; e alguns problemas metódicos correlatos, como conflito entre princípios e sua relação com as regras jurídico-constitucionais.

²³⁸ Idem, p. 88.

²³⁹ Todavia, na p. 63, de *Aplicabilidade...*, utiliza, numa única oração, os termos normas, princípios e regras gerais, sem que, com isso, tenha esposado a contemporânea especificação analítica, tratada no item "Princípio e regra", no capítulo primeiro desta dissertação. Porém, mais adiante, na p. 108 de seu livro, Afonso da Silva faz alusão, de forma denotativa, a normas fundamentais (como se fossem princípios) e a normas particulares (como se fossem regras).

04. Trabalho teórico primeiro de Eros Roberto Grau

O primeiro texto no Brasil a trabalhar a questão dos princípios, em moldes teórico-jurídicos contemporâneos, foi o capítulo 4, intitulado "Princípios e Regras Jurídicas²⁴⁰", em *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, de autoria de Eros Roberto Grau²⁴¹. Entre nós, esse texto representa substancial avanço no enfoque dado aos princípios. Embora seja um texto antes de Teoria do Direito²⁴², com perspectivas de iluminar a compreensão juseconômica da Constituição, sua contribuição inaugurou, entre nós, sem dúvida, uma nova fase nas discussões sobre princípios jurídicos. Seu livro foi editado em 1990.

Desse texto *inaugural*, muito utilizou-se nas páginas primeiras desta dissertação, principalmente nos tópicos "Conceito de Princípio no Direito" e "Princípio como Norma Jurídica", do capítulo primeiro do presente trabalho. Agora, serão retomadas as colocações mais evidenciadoras da normatividade dos princípios jurídicos, mormente os constitucionais, para demonstrar - sublinhando - o contributo inegável desse autor às letras juspublicísticas brasileiras.

Eros Grau inicia suas colocações ressaltando que existem princípios jurídicos que, embora não enunciados, expressamente, em textos de direito positivo, tem positividade e existência jurídicas inquestionáveis, cuja mediação no processo de aplicação do Direito são

²⁴⁰ Cf. p. 92-133, de *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, ob. cit.

²⁴¹ Além dos discursos todos que, expressa ou implicitamente, esta dissertação, desenvolve, e que corroboram a assertiva, veja-se citação de Bonavides, em autorizada opinião referendatária do exposto:

"Dos Juristas brasileiros que, de último, proclamaram a normatividade dos princípios, na mesma linha filosófica e científica dos constitucionalistas europeus ligados à teoria material da Constituição, ocupa, sem dúvida, lugar de destaque o Prof. Eros Roberto Grau que, no capítulo intitulado 'Os princípios e as regras jurídicas', de sua monografia *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...*", tematizou a questão. Cf. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 265.

Também, Canotilho, em seu *Direito Constitucional*, 6ª ed., ao tematizar a questão das regras e princípios constitucionais como categoria integrante da estrutura sistêmica da constituição, ocupa-se, expressamente, do trabalho de Eros Grau, cf. p. 163 e 165.

²⁴² Antes desse texto, em 1989, porém em perspectiva teórico-constitucional, podem-se encontrar os estudos atualizados de Willis Santiago GUERRA FILHO, *Ensaio de Teoria Constitucional*, Fortaleza, Ed. UFC, 1989, 113 p. Nesse texto as categorias e conceitos atualizados demonstram o adiantamento dos estudos de Guerra Filho em face dos trabalhos existentes. Esse livro veio a lume logo após a atual Constituição, e está de todo em dia com as principais questões do pós-positivismo, relacionadas aos princípios constitucionais.

Assim, relativiza-se a afirmação de "trabalho teórico primeiro" atribuída ao escrito de Eros Grau: primeiro em termos de Teoria do Direito, porém segundo em termos de Teoria Constitucional. De GUERRA FILHO, ver também, na mesma perspectiva teórica de seus *Ensaio...*, os artigos "Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, n. 719, setembro de 1995, p. 57-63, e "Direitos Fundamentais: Teoria e Realidade Normativa", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 713, março de 1995, p. 44-52.

inegáveis²⁴³. Quer referir-se aos princípios gerais do Direito como princípios implícitos, descobertos, deduzidos da ordem jurídica, por processos metódico-jurídicos de interpretação e concretização do Direito.

Com base em Perelmann, afirma que os sistemas jurídicos jamais são compostos exclusivamente por regras, pois eles também se compõem de princípios jurídicos, tanto expressos quanto implícitos, ou seja, tanto "positivos" quanto "positivados"²⁴⁴ (acrescenta-se, em adendo explicativo, *positiváveis*). Deste modo, salienta, em aprofundadas páginas, a importância da concepção, distinção e categorização dos "princípios positivos do Direito" e dos "princípios gerais do Direito", como expressão de tipificação diferenciadora entre "princípios expressos" e "princípios implícitos" (descobríveis *na* e a partir *da* ordem jurídica concreta)²⁴⁵. Corrobora a idéia de que esses princípios, expressos e implícitos, se encontram, também, como não poderia deixar de ser, no texto constitucional²⁴⁶.

Ainda quanto aos princípios gerais do Direito, de modo muito elucidativo, afirma que essa expressão é polissêmica, e pode ser tomada em dois sentidos:

"primeiro sentido - a totalidade dos princípios gerais do Direito, entendidos como proposições descritivas;

segundo sentido - a parcela dos princípios gerais do Direito (expressão tomada no primeiro sentido) que, em razão de sua contemplação em determinado ordenamento, assume caráter de proposição normativa."²⁴⁷

Anota que esses princípios gerais do Direito, embora não expressamente "... enunciados em normas explícitas, descobertos no ordenamento positivo, também configuram norma jurídica, ainda quando enunciados em forma descritiva."²⁴⁸

É o primeiro a tratar, no Brasil, em termos analíticos contemporâneos²⁴⁹, as distinções que apartam as regras jurídicas dos princípios jurídicos, como espécies do gênero

²⁴³ Cf. *A Ordem Econômica...*, ob. cit., p. 92.

²⁴⁴ Idem, p. 95.

²⁴⁵ Idem, p. 95-107.

²⁴⁶ Idem, p. 105-6, e ss., através asseverações expressas e deduções de leitura.

²⁴⁷ Idem, p. 121-2.

²⁴⁸ Idem, p. 126.

²⁴⁹ Analítica contemporânea, como já demonstrado no item "Princípio e regra", do capítulo primeiro do presente trabalho, entende-se a partir das construções de Dworkin e Alexy, que distinguiram, nas normas,

norma jurídica.²⁵⁰ E nessa linha argumentativa observa, com base em citação expressa de Jorge Miranda, que os princípios não se colocam além ou acima do Direito, ou do próprio Direito positivo, mas fazem parte do complexo ordenamental. Eles não se contrapõem às normas, e sim às regras, pois como asseverado, as normas é que se dividem em princípios e regras.²⁵¹

Salienta, no mesmo livro, mas em capítulo sobre a interpretação das normas constitucionais, que a interpretação da Constituição é denominada pela força dos princípios.²⁵² E mais: afirma que "... todo intérprete, assim como todo juiz, embora jamais esteja vinculado pelo 'espírito da lei' ou pela 'vontade do legislador', estará sempre vinculado pelas normas jurídicas - e, em especial, pelos princípios -, que deva interpretar." Assim, é lícito acrescentar que o intérprete da Constituição estará vinculado aos princípios constitucionais, na tarefa interpretativa do texto constitucional.

princípios e regras. Guerra Filho, somente em seus dois artigos antes citados trabalhou com esses autores, sendo que nos *Ensaio de Teoria Constitucional*, eles ficaram *de fora*.

Por outro lado, impende ressaltar que no Brasil, em 1986, houve discurso inovador relativamente aos princípios. Só que em plano teórico-dogmático diferente do aqui esposado. Fala-se do vanguardeiro trabalho do processualista Rogério Lauria TUCCI, que em seu *Princípios e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, 249 p., acentuou que princípios "são regras mais gerais que outras regras" (p. 15). Afirmou que nos sistemas jurídicos existem várias regras de Direito, e as mais gerais delas compõem os princípios fundamentais (p. 15). Ainda, num sistema jurídico, divisa os *princípios*, as *regras genéricas* e as *regras específicas* (essas compõem uma diferente relação categorial, relativamente ao exposto no item "Princípio e regra", constante no capítulo primeiro, desta dissertação). Destaca-se parte de seu pensamento, à transcrição literal:

"Em verdade, como até aqui visto, é o *princípio* que dá sentido e orientação a um *sistema*, posicionando-se sobre todas as demais *regras*.

Estas, por sua vez, apresentam-se, também, numa certa *gradação de generalidade*.

Regras há, com efeito, que, colocando-se logo abaixo do *princípio*, se fazem *genéricas*. E outras, ainda, num degrau inferior, se constituem *específicas* de determinadas situações, focalizáveis nas mais variadas circunstâncias.

Temos, assim, a considerar, num *sistema*, o *princípio*, as *regras genéricas* e as *regras específicas*.

E, como o *sistema* que cogitamos é o do *Direito Processual Penal*, interessa-nos, precipuamente, estabelecer, ao longo deste ensaio, qual o *seu princípio orientador*, assim também quais as *regras, genéricas e específicas*, que o informam." (p. 23).

Nota-se no autor uma diferença metodológica substancial, em relação às teses descritas nesta dissertação, pois para ele as *regras seriam o gênero*, do qual regras generalíssimas - os princípios -, regras genéricas e regras específicas, seriam espécies. E mais interessante: não trabalha com a categoria "norma". Como já salientado, a metodologia tradicional diferia norma e princípio, sem acentuar, destacar ou advogar a existência das regras, como categoria autônoma. A metodologia contemporânea, ao contrário, como fortemente exposto, divisa no gênero norma, princípios, regras e até valores. Por sua vez, a metodologia advogada por Lauria Tucci difere de ambas, mas, como parece lícito concluir, enuncia um salto da metodologia tradicional em direção à contemporânea, ficando em meio caminho, com tom de forte originalidade analítica: sua bibliografia não refere Boulanger, Esser, Dworkin ou Alexy (p. 217-25), e suas asseverações não referem nenhum autor em fulcro as assertivas citadas.

²⁵⁰ Cf. Eros Grau, *A Ordem Econômica...*, ob. cit., 107.

²⁵¹ Idem, p. 129.

²⁵² Cf. Grau, ob. cit., Cap. 06, "A Interpretação das Normas Constitucionais" (p. 170-96), p. 185.

E esse autor, por fim, em parecer de sua lavra, retoma questões desenvolvidas em seu texto paradigma, e demonstra, em termos praxiológicos, a atividade de ponderação prática de bens entre princípios que se colidem, conflitam, e exigem do intérprete uma metódica de ponderação. Essa metódica, por ele demonstrada com base em doutrina autorizada, constitui-se, sem dúvida, em um dos pontos mais importantes para a consolidação da idéia de normatividade dos princípios, principalmente dos princípios constitucionais.²⁵³

De tudo que se expôs do pensamento desse autor até aqui, pode-se dizer que seu discurso está atualizado com o mais balizado pensamento principialístico contemporâneo. Basta ver os nomes de Genaro Carrio, Antonie Jeammaud, Agustin Gordillo, Jean Boulanger, Ronald Dworkin, Gomes Canotilho, Norberto Bobbio, Robert Alexy, Clemente de Diego, Karl Larenz, Vézio Crisafulli, Jorge Miranda e Josef Esser, entre outros autorizados estudiosos da Teoria Geral do Direito e da Teoria Constitucional, que se preocuparam com a questão dos princípios no Direito, e, particularmente, no Direito Constitucional.

Quase todos os pontos possíveis, relativos ao conceito de princípio constitucional, como se moldou no capítulo primeiro, desta dissertação, tocou o autor. Encetou até mesmo a tarefa de classificação dos princípios constitucionais, ainda que de maneira breve e comum, com acento em Dworkin, Canotilho e Afonso da Silva.²⁵⁴

Se é possível falar de lacunas em seu pensamento, em face dos objetivos metodológicos pré-marcados pelo autor - ordenar a interpretação e crítica da ordem econômica constitucional -, pode-se acentuar, apenas por imperativos metódicos desta dissertação, as seguintes: (i) não tematização da totalidade das funções dos princípios na ordem jurídica, como tema elucidante da relação categorial princípios e regras; (ii) ausência de discurso caracterizador da natureza dos princípios constitucionais. Porém, esta exigência, como já se disse em análise de outros autores, seria metodologicamente injusta, por não ter sido sua intenção fazer um discurso completo e acabado sobre os princípios.

²⁵³ Cf. "Despesa Pública - Conflito entre Princípios e eficácia das regras jurídicas - O princípio da administração às decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública". *Revista Trimestral de Direito Público*, n, 02, ob. cit., p. 130-48.

²⁵⁴ Cf. se deduz de *A Ordem...*, ob. cit., 103-7.

05. Registro de teorias e teóricos de Paulo Bonavides

Em seu *Curso de Direito Constitucional*, cap. 8, intitulado "Dos Princípios Gerais do Direito aos Princípios Constitucionais"²⁵⁵, Paulo Bonavides produziu, entre nós, acredita-se, o mais elaborado texto tocante a historicidade, metodologia e diversidade de autores e teses que se ocuparam da temática dos princípios, como princípios gerais do Direito e como princípios constitucionais. Em seu texto encontra-se o substrato das maiores problematizações sobre princípios constitucionais travadas na contemporaneidade. A partir dele, pode-se chegar a uma noção segura do estágio atual dessas discussões. O conjunto de reflexões realizadas pelo autor, com base em muitos teóricos e teorias, tangem, quase à completude, um grande número de elementos, definições e idéias que compõem o núcleo temático do conceito de princípio constitucional. Diga-se, ainda, que esse texto é um dos mais recentes na jusconstitucionalística brasileira, editado em 1994.

O discurso desse texto foi utilizado no capítulo primeiro deste trabalho, principalmente nos itens "Normatividade dos princípios", "Jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo", "Jusprivatismo e Juspublicismo", "Distintas funções dos princípios", "Teoria dos princípios como coração das constituições contemporâneas" e "Princípios como fundamento do sistema jurídico e princípios constitucionais". Aqui, brevemente, serão retomadas as principais asseverações e idéias expostas pelo autor, em revisão do conceito de princípio constitucional, no seu pensamento.

Ele começa acentuando que a importância dos princípios gerais do Direito, para a compreensão do Estado de Direito contemporâneo, agravou-se a partir do advento da *teoria material da Constituição*²⁵⁶, que os reformulou teoricamente, introduzindo-os nos textos constitucionais e redimensionando-os na dupla dimensão de normatividade e constitucionalidade. Segundo Bonavides, essa teoria - a material da Constituição - "... se acha vocacionada a executar e aplicar na época do pós-positivismo os valores igualitários da Justiça, sem os quais a Sociedade se desloca do centro de gravitação de sua legitimidade para a esfera das incompreensões e ambigüidades ocasionadas por uma doutrina exageradamente formalista, que durante largo tempo dominou quase todas as esferas do Direito." ²⁵⁷

²⁵⁵ Cf. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 228-66.

²⁵⁶ Para uma compreensão precisa do que entende o autor a respeito desta teoria, ver seu *Curso de Direito...*, 4ª ed., cap. 5, intitulado "Teoria Formal e a Teoria Material da Constituição", p. 147-71.

²⁵⁷ Idem, p. 17.

E realizará tais valores, através do reconhecimento teórico da positividade dos princípios, instaurando, assim, nas palavras do autor, um *Estado principialista*, que se funda teoricamente sobre a jurisprudência dos valores. Esse Estado, para ele, é a versão mais refinada e aperfeiçoada de Estado de Direito²⁵⁸. E só o será assim - *principialista* -, se estiver "... fundado na positividade dos valores da justiça, da razão, da liberdade, da igualdade e da democracia, com os quais os princípios mesmos da ordem jurídica fundamental se identificam (...)." ²⁵⁹ Essas conclusões conferem a suas teses um teor deveras original e desbravador, diante dos estudos até então realizados, ao menos diante das letras jurídicas brasileiras.

Suas teses destacam, entre outras coisas, que os princípios gerais do Direito residem na Constituição, expressa ou implicitamente falando, "... desde que a Constituição seja a de um Estado principialista (...)". Essa assertiva, segundo Bonavides, "... poderá abrandar a controvérsia doutrinária acerca dos princípios, apontando para uma posição terciária de compreensão ou direção metodológica, sem compromisso ostensivo já com as inspirações do jusnaturalismo, já com as do positivismo legalista ou estadualista."²⁶⁰ Tal posição, como já visto, constitui-se na pós-positivista. Assim, afirma que a constitucionalização dos princípios constitui-se em axioma juspublicístico de nosso tempo²⁶¹. E mais: pontifica a tese de que os princípios constitucionais nada mais são, em seu fundamento teórico, do que os princípios gerais do Direito restituídos à sua dimensão intrínseca de valores superiores.²⁶²

Bonavides salienta que a inserção dos princípios nas Constituições ultrapassa a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Esse movimento de inserção constitucional, segundo anota, se faz com força positiva incontestável. Para ele, os princípios "... operaram nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais."²⁶³

²⁵⁸ Tendo-se em conta o preâmbulo, o Tit. I, da Constituição vigente, pode-se concluir que o Estado brasileiro, através da análise de Bonavides, enquadra-se como Estado principialista, pois consagra, ao menos textualmente, os valores por ele profligados.

²⁵⁹ Idem, p. 18.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ Ibidem.

²⁶² Idem, p. 19.

²⁶³ Idem, p. 231-2.

Destaca, no plano teórico-metodológico, a influência das correntes jusnaturalistas, positivistas e - agora - pós-positivistas na formulação do lugar de *normatividade*²⁶⁴ dos princípios, maiormente dos princípios constitucionais²⁶⁵. Destaca ainda os nomes dos teóricos Boulanger, Esser, Betti, Larenz, Grabitz, Crisafulli, Dworkin e Alexy, como estudiosos sedimentadores da normatividade dos princípios.²⁶⁶

Reconhece e espousa a tese de que os princípios são normas jurídicas, e de que as normas compreendem as regras e os princípios. Nessa trilha, com base em Esser, pontilha que os princípios atuam normativamente, e são parte jurídica e dogmática do sistema de normas; são pontos de partida que se abrem ao desdobramento judicial de um problema.²⁶⁷ Menciona, mais adiante, os distintos critérios empregados por diversos teóricos para dividir regras e princípios²⁶⁸. E destaca que onde a distinção entre essas categorias se dá com mais nitidez é no conflito entre regras - que se resolve na dimensão da "validade" - e na colisão de princípios - que se soluciona na dimensão do "valor".²⁶⁹

Em outra passagem, afirma que a constitucionalização dos princípios compreende duas fases distintas: uma programática e outra não programática. Na primeira, a normatividade dos princípios é mínima, pois eles pairam numa região abstrata e têm aplicabilidade diferida; na segunda - a não programática - a normatividade é máxima, pois "... ocupa um espaço onde releva de imediato a sua dimensão objetiva e concretizadora, a positividade de sua aplicação direta e imediata."²⁷⁰

²⁶⁴ Bonavides preleciona que "a construção doutrinária da normatividade dos princípios provém, em grande parte, do empenho da Filosofia e da Teoria geral do Direito em buscarem um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo."

Para fins que vão muito além da narrativa teórica desta dissertação, mas que elucidam, em termos críticos, a problemática pressuposta por Bonavides - jusnaturalismo x positivismo -, ver José Eduardo FARIA, *A Reforma do Ensino Jurídico*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1987, 88 p., no capítulo IV, "Ensino Jurídico e os Paradigmas Científicos: jusnaturalismo x positivismo - um falso dilema", p. 41-8; Nelson SALDANHA, "Jusnaturalismo e Juspositivismo (por um reexame do problema)", em seu *Teoria do Direito e Crítica Histórica*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987, 162 p., p. 149-162; e para uma visão teórica aprofundada e caracterização histórica precisa, dessa problemática tão mencionada e pouco referida em termos bibliográficos, ver Norberto BOBBIO, em *O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito*, trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos R. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995, 239 p., nas p. 15-44.

²⁶⁵ Cf. *Curso de Direito Constitucional*, 5 ed., *ob. cit.*, p.232-8.

²⁶⁶ *Idem*, p. 239-45.

²⁶⁷ *Idem*, p. 243.

²⁶⁸ *Idem*, p. 248-50.

²⁶⁹ *Idem*, p. 251-2.

²⁷⁰ *Idem*, p. 246.

De outro enfoque, com base em Perassi, Pergolesi, Pugliati e Quadri, anota que os princípios fundamentam o sistema jurídico positivo²⁷¹. Afirmção fundamental à consolidação de normatividade dos princípios constitucionais, pois eles estão no ápice da pirâmide normativa, *fundando* não só a inteligibilidade e a concretização da Constituição, mas também a compreensão, a interpretação e a aplicação da ordem jurídica; ordem jurídica que a Lei Fundamental institui, heterodetermina²⁷² e fundamenta.

Salienta que a teoria dos princípios²⁷³ se converteu no coração das constituições contemporâneas. E mais: identifica as distintas funções que essa teoria estabeleceu²⁷⁴ aos princípios jurídicos: fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa.²⁷⁵

E por fim, para demonstrar a finalidade de seu discurso teórico problemizador em torno dos princípios, verbera, em largas letras:

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

Daqui já se caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder."²⁷⁶

²⁷¹ Idem, p. 246-7.

²⁷² Para uma aproximação da idéia de "heterodeterminação normativa", ver Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., ob. cit., p. 136-40.

²⁷³ Bonavides sublinha a importância dos arestos das cortes supremas, ao lado das construções doutrinárias, para consolidação dessa teoria. São ilações retiradas da p. 257, da ob. cit. Quanto a importância dos arestos de corte suprema, ver, para constatar o pleno acerto de Bonavides, o trabalho desenvolvido por Luis Afonso HECK, *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais - contributo para uma compreensão da Jurisdição Federal Alemã*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1995, 336 p.

²⁷⁴ Vale ressaltar que, como suporte metodológico dessa teoria, encontram-se categorizações convergentes tanto da jurisprudência dos valores, jurisprudência dos princípios como da jurisprudência dos problemas, segundo acrescenta Bonavides, ob. cit., p. 255-7.

²⁷⁵ Cf. Bonavides, ob. cit., p. 253-5.

²⁷⁶ Idem, p. 259.

As problematizações de Bonavides em torno do conceito de princípios constitucionais delinearão, sem dúvida, a maior parte dos elementos e idéias circunjacentes a esse assunto, como já foi dito.

O discurso desse autor se deu através de duas perspectivas convergentes: uma *teórico-jurídica em geral* e outra *teórico-constitucional em particular*. Portanto, não teve em mente, mesmo que de forma breve, uma ordem jurídica concreta, nem dispensou atenção à Constituição brasileira vigente. Talvez, em face disso, eximiu-se do trabalho metódico de traçar uma classificação estruturadora dos princípios constitucionais, como fizeram outros autores. Ou seja, não traçou elementos de doutrina do direito constitucional para a compreensão da principiologia constitucional vigente. Porém, essa ausência, que de resto foi querida pelo autor, apenas demonstra a amplitude de seu pensamento e a necessidade de se buscar em outros teóricos essa abordagem, tão necessária à compreensão da Constituição, em geral, e à compreensão de sua dimensão principal, em particular.

06. Contribuição teórico-constitucional de Carmem Lúcia Antunes Rocha

Carmem Lúcia Antunes Rocha desenvolveu um dos mais atuais, profundos e originais trabalhos, no Brasil, endereçados à compreensão dos princípios constitucionais, em particular²⁷⁷, e, especialmente, dos princípios constitucionais da administração pública. Seu discurso sobre os princípios constitucionais desenvolveu-se no âmbito da teoria constitucional. No texto *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, depois de fixar as diretrizes teóricas e os conceitos e categorias integrantes de uma teoria dos princípios constitucionais, expostos no capítulo I, intitulado "Os Princípios Constitucionais"²⁷⁸, passa a desenvolver doutrina do direito constitucional com a finalidade de desvendar os significados normativos, teóricos e dogmáticos do "princípio da juridicidade da Administração Pública"²⁷⁹, do "princípio constitucional da impessoalidade da A. P."²⁸⁰, do "princípio

²⁷⁷ O que se quer dizer é que o texto ocupa-se quase exclusivamente do Direito Constitucional, sem desenvolver teorias ou autores próprios da Teoria do Direito. Essa observação não significa seja possível uma divisão impossível entre Teoria do Direito e Direito Constitucional, como já salientado no capítulo primeiro desta dissertação. Ela tem por fim apenas salienta a quase exclusiva abordagem no âmbito da teoria da constituição, sem desenvolvimentos (significativos) próprios à teoria jurídica em geral.

²⁷⁸ Cf. *Princípios*, ob. cit., p. 21-60.

²⁷⁹ Idem, p. 69-141.

²⁸⁰ Idem, p. 145-71.

constitucional da moralidade administrativa"²⁸¹, do "princípio constitucional da publicidade da A. P."²⁸² e do "princípio constitucional da responsabilidade administrativa."²⁸³ Diga-se ainda que esse texto, de par com o de Bonavides, é um dos mais recentes no cenário jusconstitucional brasileiro, editado em 1994.

Muito de seu pensamento foi utilizado no capítulo anterior, essencialmente no item "Natureza e característica dos princípios constitucionais", que tematizou a natureza e as características dos princípios constitucionais. Salienta-se que o discurso desenvolvido pela autora, relativamente ao item apontado, é original e inovador no Direito Constitucional brasileiro da atualidade, constituindo-se em ponto chave para a compreensão do conceito de princípio constitucional, nos quadrantes da *doutrina nacional*²⁸⁴. Adiante, outros relevantes aspectos de seu pensamento serão revisados.

A jurista principia sua narrativa salientando que "... as novas características que dominam o conceito contemporâneo de constituição dotam de importância capital os princípios que nela se incluem (...)." E assevera que os princípios constitucionais no conteúdo, na finalidade, na normatividade e nas eficácias jurídica e social que lhe são inerentes, constituem-se nos pontos fundamentais do modelo sistêmico constitucional (nos quais se firma)²⁸⁵ - modelo inculcado às constituições contemporâneas. Nessa linha, afirma que "... dois elementos caracterizadores do Direito Constitucional Contemporâneo encarecem (...) os princípios como pontos cardeais desta disciplina na atualidade: a sua legitimidade, sem a qual o Direito se perde como referência e possibilidade concreta de realização da norma justa; e a atualização permanente do Direito Constitucional para que o sentido de Justiça que a sociedade oferece e que se altera em cada tempo e local não se perca na poeira dos textos normativos."²⁸⁶ Essa última colocação a posiciona - como é lícito concluir - como tributária das novas concepções pós-positivistas. Por último, destaca também que "a normatividade dos princípios constitucionais é uma qualidade contemporânea do Direito Constitucional."²⁸⁷

²⁸¹ Idem, p. 175-235.

²⁸² Idem, p. 239-49.

²⁸³ Idem, p. 253-99.

²⁸⁴ Aqui o termo doutrina é utilizado na forma clássica - "opinião de autores" -, diferente da significação que se lhe atribui no "Constituição e pré-compreensão do Direito Constitucional", do capítulo primeiro desta dissertação.

²⁸⁵ Idem, p. 16-7.

²⁸⁶ Idem, p. 22.

²⁸⁷ Idem, p. 42.

Entende, em termos político-filosóficos, que os princípios constitucionais não fazem da constituição um documento apenas para a liberdade, mas, numa visão dialética, também para a libertação do homem.²⁸⁸

Define os princípios constitucionais como os valores superiores havidos na sociedade, postos como raiz e meta do sistema constitucional. Valores transformados em princípios jurídicos, com normatividade e eficácia plena, abrigados na Constituição²⁸⁹.

Ela adota a postura metódica distintiva de regras e princípios, ainda que de modo pouco saliente²⁹⁰, e entende que os princípios são normas jurídicas, com todos os consectários relativos a essa concepção²⁹¹. Aventa uma certa estrutura normativa entre os princípios e as regras, em que se conjugam princípios "anteriores" dois quais se desdobram subprincípios, e desses se desenvolveriam as regras²⁹². Trabalha com a idéia de princípios expressos e implícitos existentes na ordem constitucional, tendo ambas as categorias normativas igual força e eficácia jurídicas.²⁹³

Interessante ressaltar que a jurista parece contraditar a tese anterior (mesmo sem tê-la em conta) de Bonavides²⁹⁴, quando esse afirma que os princípios gerais do Direito, na contemporaneidade, nada mais são do que os princípios constitucionais:

"Cumprе relevar, inicialmente, que os princípios constitucionais não são os princípios gerais de Direito, mas princípios fundamentais do Estado de Direito, único no qual o Direito Constitucional Democrático pode se positivar e se aplicar visando ao ideal de Justiça materialmente buscado pela sociedade.

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ Idem, p. 23.

²⁹⁰ Cf. ilações das p. 21 e 54, Rocha, ob. cit. A idéia de pouca saliência quer referir que, em seu discurso jurídico, essa distinção não ganha lugar de destaque ou nem vem a ser sublinhada como pressuposto evidente de suas reflexões. Em alguns momentos, querendo referir-se às regras, utiliza a autora as seguintes expressões: "regramento", "regulações particulares", "normas de decisão" e, poucas vezes, mas expressamente, usa o vocábulo mesmo: "regras".

²⁹¹ Idem, p. 26.

²⁹² Cf. ilações de leitura das p. 27, 30 e 41.

²⁹³ Idem, p. 28, 56.

²⁹⁴ Em verdade não há uma contradita ao pensamento do constitucionalista cearense, apenas a constitucionalista mineira toma a expressão "princípios gerais de direito" n'uma perspectiva jusnaturalista. A preocupação da autora é de negar, como fez Bonavides, a perspectiva jusnaturalista. Ver item "Princípios positivos do Direito e princípios gerais de Direito", no capítulo primeiro desta dissertação.

Assim, expressos ou implícitos no sistema positivado, os princípios constitucionais não podem ser pensados abstratamente, como se fossem postulados intransponíveis e intangíveis ao toque e à (re)criação da sociedade estatal. Pilares mestres do sistema constitucional, os princípios constitucionais decorrem da razão que aquela projeta, para realizar, segundo o Direito, o seu ideal de Justiça material."²⁹⁵

Noutro aspecto, Rocha parece convergir com a posição de Bonavides, quando este afirma a existência de duas fases atinentes à normatividade dos princípios: "a programática" e a "não programática". Nesse sentido, advoga a jurista mineira que a "... fase de princípios jurídicos sem direito foi uma etapa na luta pela modificação do próprio sentido da Constituição." Para ela, já foi superada a fase "programática" (Bonavides) na qual a principiologia constitucional restava impotente, pois agora "toda a Constituição é lei" (Canotilho)²⁹⁶.

Outro ponto muito importante em suas reflexões é o relativo à interpretação dos princípios constitucionais²⁹⁷. Ela tematiza essa questão na perspectiva da interpretação constitucional²⁹⁸. E para tratá-la, enumera *princípios constitucionais de interpretação jurídica*, que conduzem²⁹⁹ a interpretação dos *princípios constitucionais normativos*³⁰⁰: São estes os princípios de interpretação, enumerados por Rocha, de forma não exaustiva³⁰¹: (i)

²⁹⁵ Idem, p. 28.

²⁹⁶ Idem, p. 43.

²⁹⁷ Depois de salientar o "dilema constitucional" que tem sido para a teoria da constituição o tema da interpretação; de sublinhar que várias propostas e métodos diversos têm sido colocados à solução das questões levantadas pela interpretação constitucional; de destacar que essa interpretação tem servido muitas vezes mais à solução de antinomias entre normas subconstitucionais contrastantes com a constituição do que a inteligibilidade das próprias normas do texto magno (*princípio de interpretação conforme à Constituição*, nos juízos de constitucionalidade), a autora indaga o seguinte, em tom muito elucidativo: "Se a interpretação constitucional apresenta pontos controversos quando se cuida de vislumbrar a Constituição na base de todo o sistema jurídico-normativo de um Estado, o que dizer-se da interpretação dos princípios constitucionais?" Cf. ob. cit., p. 44-5.

²⁹⁸ Importante ressaltar esse aspecto, pois como o jurista catarinense Paulo Arminio Tavares BOECHELE assevera, em termos de peculiaridades existente na hermenêutica constitucional, que a difere da hermenêutica jurídica clássica: "... o intérprete desavisado busca solucionar as complexas questões oriundas da Carta Superior mediante a mera utilização das regras tradicionais da hermenêutica, desconhecendo os princípios e métodos reguladores do especial campo da interpretação constitucional." Cf. "Hermenêutica Constitucional - Breve ensaio sobre tema de futura dissertação." *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.*, São Paulo, Revistas dos Tribunais, ano. 2, n. 5, out./dez. 1993, p. 114-25., p. 118.

²⁹⁹ Cf. Rocha, ob. cit., p. 49.

³⁰⁰ Essa distinção não é realizada pela autora. Dela serve-se o texto para, em termos metódicos, tornar mais claro seu pensamento. E também para deixar patente a diferença de níveis de linguagem na argumentação jurídica, na qual os princípios de interpretação funcionam como *metalinguagem* em relação a *linguagem objeto* instituída pelos princípios constitucionais normativos.

³⁰¹ Idem, p. 55.

princípio da supremacia; (ii) princípio da finalidade; (iii) princípio da proporcionalidade; (iv) princípio da razoabilidade; (v) e princípio da especialidade.³⁰²

Salienta Rocha, ainda, relativamente a essa problemática, que a "... interpretação é matéria de conhecimento, e não de emissão de opiniões subjetivas". Com isso, chama a atenção para a distinção entre o "embuste", o "mero palpite avulso e desembasado", das "idéias, conceitos e métodos" que compõem o arsenal hermenêutico³⁰³. Por último, profliga a tese de que para chegar a bom termo na tarefa interpretativa dos princípios constitucionais, é preciso atentar para a sua dispersão ao longo do texto fundamental, pois tais princípios, muitas vezes, não exaurem seus enunciados numa ou noutra passagem da constituição, devendo ser completa a pesquisa do texto e a inteligibilidade do contexto constitucional para trabalho de interpretação satisfatório.³⁰⁴

Por fim, tematiza a eficácia dos princípios constitucionais, dizendo que foram positivados para produzir efeitos e devem produzi-los. Afirma que esses efeitos são plenos, de "... aplicação obrigatória e contemporânea à promulgação da Constituição." E acrescenta: "A eficácia jurídica dos princípios constitucionais dota-se de uma certeza e legitimidade maiores que outras normas da própria Lei Magna." Para ela, os princípios constitucionais estão dotados de obrigatoriedade idêntica à de qualquer outra norma jurídica.³⁰⁵ Decorrencia muito importante dessa eficácia situa-se no plano dos controles de constitucionalidade, onde os princípios funcionariam como normas parâmetro³⁰⁶, "qualificadas com superconstitucionalidade", com "rigidez constitucional superior às regras constitucionais."³⁰⁷

³⁰² Se o leitor desejar conhecer seus significados, que pela própria enunciação já são quase evidentes, remete-se às páginas 49 a 56, do livro de Rocha, em face da necessária objetividade metodológica e concisão de abordagem que devem presidir a narrativa desta dissertação.

³⁰³ Idem, p. 49.

³⁰⁴ Idem, p. 56.

³⁰⁵ Idem, p. 57-8.

³⁰⁶ A tese de que os princípios são paramétricos no controle de constitucionalidade é muito importante na elucidação do conceito de princípios constitucionais, cuja aceitação implica elevada normatividade. As monografias sobre controle de constitucionalidade mais recentes são unânimes em admiti-los como parâmetros no juízo de constitucionalidade: Ramos, *A Inconstitucionalidade das Leis*, ob. cit., p. 133-8 - chega a destacar título próprio, nominado "A parametricidade dos princípios constitucionais"; Sacha Calmon Navarro COELHO, em *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992, 472 p., p. 227-32 - a exemplo de Ramos, destaca um capítulo especial para o assunto, intitulado-o de "O Objeto do Controle, em sede de Tributação", "A importância dos princípios justributários"; Clèmerson Merlin CLÉVE, em *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, 297 p., p. 33-7 e 153-7 - destaca inclusive que os princípios implícitos são paramétricos; Ronaldo POLETTI, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, 293 p., p. 181-8; Gilmar Ferreira MENDES, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, 327 p., p. 112-3; também a monografia de Suzana Toledo BARROS, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília/DF, Brasília Jurídica, 1996, 223 p. - com peculiaridade, tematiza aspectos dessa tese e lhe dá uma aplicabilidade prática muito abrangente, diante da

Como se viu, o trabalho dessa jurista problemiza, com originalidade e argúcia, grande parte dos elementos categorias, idéias e noções que compõem o conceito de princípios constitucionais, na contemporaneidade. Seu discurso teórico fornece preciosos instrumentos conceituais à compreensão, à interpretação e à concretização desses princípios. Sem dúvida, ao menos nos limites das discussões nacionais sobre o tema, pode-se registrá-lo como um dos mais significativos textos produzidos para a edificação teórica da normatividade dos princípios constitucionais entre nós.

Todavia, para efeitos deste trabalho de dissertação, apontam-se as seguintes *ausências* em seu discurso: (i) a tematização clara da distinção entre princípios e regras, e consectários, como o tema do conflito entre princípios e suas soluções; (ii) inexistência de uma tipificação dos princípios constitucionais, que pudessem ensejar-lhe uma metódica de concretização. Como já foi dito anteriormente, não se pode exigir tais *presenças* no pensamento da autora, e o que aqui se levanta, a título metodológico, são apenas algumas poucas expectativas "frustradas", impostas pelo problema central deste trabalho.

07. Sistematização dogmática constitucional de Luís Roberto Barroso.

Depois de Sampaio Dória, Luiz Roberto Barroso foi o autor a desenvolver trabalho de dogmática constitucional voltado, exclusivamente, para compreensão dos princípios constitucionais, porém 67 anos depois de Dória (1926), tendo em mira a Constituição de 1988, e não a de 1891. Seu texto foi editado em 1993, com o título de *Princípios Constitucionais Brasileiros*.³⁰⁸ Esse trabalho resultou em proveitosa sistematização dogmática para a compreensão do conceito de princípios constitucionais, entre nós.

teorização do princípio constitucional da proporcionalidade; Luíz Afonso HECK, em *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais - contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*, Porto Alegre, Fabris Editor, 1995, 336 p. - por sua vez, salienta a jurisdição constitucional não só como instrumento de guarda dos princípios constitucionais, mas, destacadamente, como veículo de sua construção dogmática (p. 165-261).

³⁰⁷ Idem, p. 58-9.

³⁰⁸ Cf. BARROSO, "Princípios Constitucionais Brasileiros", *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, nº 01, 1993, p. 168-85; também em sua monografia *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas - Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, ob. cit., reproduziu o teor integral do aludido texto, como suplemento à segunda edição, p. 279-308.

Para Barroso, "... as normas constitucionais, como espécies do gênero norma jurídica, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade." Como quaisquer outras normas, "... elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica, e não apenas moral." E da desobediência às suas prescrições resultam conseqüências jurídicas próprias da busca de efetividade do Direito Constitucional. Assim, advoga a tese da efetividade das normas constitucionais, baseada, ao que parece, numa visão imperativística do Direito.³⁰⁹

Traça uma tipologia das normas constitucionais, que tem por base o modo como a Constituição institui o Estado: (a) *normas constitucionais de organização* - "organizam o exercício do poder político"; (b) *normas constitucionais definidoras de direitos* - "define os direitos fundamentais do povo"; (c) *normas constitucionais programáticas* - "estabelece princípios e traça fins públicos a serem alcançados".

Não se ocupa da distinção categorial entre regras e princípios, como espécies do gênero norma, como se nota na íntegra de sua narrativa³¹⁰. Com base em pensamentos de Pontes de Miranda e Miguel Reale, define os princípios constitucionais como a síntese dos valores principais da ordem jurídica³¹¹. Admite a existência de princípios constitucionais expressos e implícitos na ordem jurídico-positiva³¹². Porém, ao se referir aos princípios implícitos, parece enveredar para uma tendência jusnaturalista, ao afirmar que os grandes princípios (expressos ou implícitos), como bens supremos - ainda que mutáveis e não absolutos -, "... existem fora e acima das regras legais³¹³, e nelas não se esgotam."³¹⁴ Afirma,

³⁰⁹ Cf. *Princípios Constitucionais Brasileiros*, ob. cit., p. 169 e 177.

³¹⁰ Confessadamente, em nota de n. 06, ob. cit., p. 171, diz não se ocupar da distinção que os autores fazem entre "*norma e regra jurídica*", citando o trabalho de Grau. Impende salientar, por imperativos de ordem metodológica, que se equivocou Barroso, pois a distinção é entre princípio e regra, e não entre norma e regra, como fartamente visto, principalmente no texto de Grau.

Em texto mais recente, parece de ter alterado sua posição: "É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema." Cf. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, ob. cit., p. 141.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *Idem*, p. 172-3.

³¹³ Se no seu pensamento, regras legais sinonimizarem a inteireza do direito positivo, essa observação pode proceder inteiramente.

³¹⁴ *Idem*, p. 172.

todavia, que, em regra, a própria Constituição enuncia os princípios maiores por ela dotados, embora haja princípios não escritos de comum observância jurídica.³¹⁵

Para ele, os princípios constitucionais que “não têm abrigo expresso no texto constitucional”³¹⁶, mas são fundamentais à compreensão e aplicação da Constituição, são estes, de forma não exaustiva: (i) *princípio da supremacia da constituição*³¹⁷; (ii) *princípio da unidade da Constituição*; (iii) *princípio da interpretação conforme a constituição*; (iv) *princípio da continuidade da ordem jurídica*.

O primeiro princípio (i) informa que a Constituição está no ápice da pirâmide normativa; e é o fundamento de validade de todas as normas da ordem jurídica, e nenhuma dimanação normativa, posterior à sua promulgação, se lhe poderá contrapor. O segundo (ii) indica que as normas constitucionais não devem ser tomadas e interpretadas isoladamente, quando exigirem aplicação, e que todas as normas da constituição têm igual dignidade jurídica, não guardando, entre si, hierarquia normativa.³¹⁸ O terceiro (iii) denota que, no juízo de constitucionalidade, ao interpretar as *normas* em contraste, entre várias alternativas hermenêuticas possíveis, deve o intérprete optar por aquela que tome a *norma objeto* como constitucional, sem, todavia, com isso, deturpar o sentido da *norma parâmetro*³¹⁹ ou da *norma objeto*³²⁰. O quarto princípio constitucional implícito (iv), ou não escrito na Constituição, significa que ao entrar em vigor, a Lei fundamental revoga as normas subconstitucionais anteriores que lhe contrapuserem, e *recepção* as demais, que lhe respeitarem os comandos.³²¹

Agora, ocupando-se de estabelecer tipologia dos princípios constitucionais, toma em conta dois critérios: (i) o do objeto normativo (ou da estrutura) e o (ii) do papel normativo (ou da função).

³¹⁵ Idem, p. 173.

³¹⁶ Barroso prefere a locução “os princípios constitucionais que não têm abrigo expresso no texto constitucional”, para, segundo entende, não “... precisar recorrer à invocação polêmica dos chamados princípios gerais do direito...”, *ibidem*.

³¹⁷ Note-se a diferença metódica de Barroso para Rocha: Barroso encara esse princípio como princípio não expresso; e Rocha, como princípio de interpretação, que não se constitui em norma jurídica.

³¹⁸ Embora, como nota o autor, com fulcro no administrativista Diogo Moreira Neto, possam guardar *hierarquia axiológica*. Cf. *ob. cit.*, p. 173.

³¹⁹ Essas categorias, que no juízo de incompatibilidade constitucional referem “normas parâmetro” e “normas objeto”, foram retiradas de Silva Ramos, em *A Inconstitucionalidade das Leis...*, *ob. cit.*, p. 61-4.

³²⁰ Barroso, *Princípios...*, p. 173.

³²¹ Idem, p. 173.

Diz Barroso que (i) "quanto ao seu objeto, os princípios constitucionais ajustam-se, sem dificuldade, à tipologia das normas constitucionais desenvolvida (...) acima." E esclarece o autor:

"(...). Com efeito existem [i.a] princípios constitucionais *de organização*, como os que definem a forma de Estado, a forma, o regime e o sistema de governo. Existem também [i.b.] princípios constitucionais cuja finalidade precípua é estabelecer *direitos*, isto é, resguardar situações jurídicas individuais, como os que asseguram acesso à Justiça, o devido processo legal, a irretroatividade das leis, etc. Por igual, existem [i.c.] princípios de caráter *programático*, que estabelecem certos valores a serem observados - livre iniciativa, função social da propriedade, publicidade dos atos administrativos - ou fins a serem perseguidos, como a justiça social." (colchetes acrescentado)
322

Tendo em conta o grau de importância, abrangência, influência e raio de atuação, traça os elementos para a fixação do (ii) critério do papel ou da função. Segundo esse critério, os princípios constitucionais classificam-se em (ii.a.) *princípios fundamentais*, (ii.b.) *princípios gerais* e (ii.c.) *princípios setoriais ou especiais*.

Barroso, embasando-se em concepção de Carl Schmidt, afirma que os (ii.a.) *princípios fundamentais* são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado. Esses princípios configuram a sumarização de todas as demais normas constitucionais, e para os quais elas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas, ou desdobradas como deduções analíticas das normas matrizes - princípios fundamentais. (Vital Moreira e Canotilho). Na opinião do autor, os princípios fundamentais correspondem aos *princípios constitucionais de organização*. "Neles [princípios fundamentais] se substancia a opção política entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático, etc."³²³ Como exemplo, destaca os seguintes princípios: princípio republicano (art. 1º, *caput*, da CR); princípio federativo (art. 1º, *caput*); princípio do Estado democrático de direito (art. 1º, *caput*); princípio da separação de poderes (art. 2º); princípio presidencialista (art. 76); princípio da livre-iniciativa (art. 1º, IV).

Por sua vez, os (ii.b.) *princípios constitucionais gerais*, para o jurista carioca, "... embora não integrem o núcleo de decisão política formadora do Estado, são, normalmente, importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que

³²² Ibidem.

³²³ Idem, p. 173-4.

contemplam³²⁴. São princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como princípios definidores de direitos. São exemplos o princípio da legalidade, da isonomia, do juiz natural.³²⁵ Dá os seguintes exemplos: princípio da legalidade (art. 5º, II); princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, I); princípio da autonomia estadual e municipal (art. 18); princípio do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV); princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI); princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV).

Para o autor, os (ii.c.) *princípios constitucionais setoriais*, "... são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas em seu âmbito de atuação são supremos. 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."³²⁶ Exemplifica desta forma: princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*); princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*); princípio da moralidade (art. 37, *caput*); princípio da publicidade (art. 37, *caput*); princípio do concurso público (art. 37, II); princípio da prestação de contas (art. 70, § único, 34, VII, *d*, e 35, III), dizendo-os todos respeitantes à Administração Pública, como segmento normativo específico da Constituição, entre outros exemplos.

Destaca a importância do "... papel prático dos princípios dentro do ordenamento jurídico constitucional". Enfatiza, basicamente três finalidades ou destinações: (i) "cabe-lhes (...) embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiraram a criação ou organização de um dado Estado"; (ii) aos princípios cabem, também, a função de ser "... o fio condutor dos diferentes seguimentos do texto constitucional, dando unidade ao sistema normativo..."; de harmonizar e compatibilizar as diferentes interpretações incidentes sobre o texto da constituição; (iii) "E, por fim, dirigem-se os princípios ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes."³²⁷

³²⁴ Essa afirmação coincide com a de Bandeira de Mello, quando o jurista paulistano afirma que os princípios constitucionais podem ser *fonte de direito subjetivo*, ao embasarem pretensões anulatórias em juízo.

³²⁵ *Idem*, p. 174.

³²⁶ *Idem*, p. 174.

³²⁷ *Idem*, p. 175.

Em relação ao conjunto de enunciados da Constituição brasileira vigente que referem "princípios", faz o autor interessante ressalva quanto a significações dessa expressão:

"É bem de ver que muitas vezes a Constituição se refere a *princípio*, quando na verdade está significando uma verdadeira finalidade, como ocorre com a 'redução das desigualdades regionais e sociais' ou a 'busca de pleno emprego', indicadas como 'princípios da ordem econômica no art. 170. Outras vezes, embora empregue o termo *princípios*, a Constituição quer referir-se às regras constitucionais em geral, como se passa nos arts. 25, *caput*, e 29, *caput* (...). Dentre esses 'princípios inclui-se todo o elenco de direitos e deveres dos servidores públicos, típicas normas preceito, sem qualquer traço de especial abstração ou generalidade."³²⁸

E por fim, tendo presente a idéia de efetividade das normas constitucionais, dentro de uma concepção imperativística do direito, acaba criticando o que chama, com base em Pablo Lucas Verdú, de *otimismo juridicizante* de nosso Constituinte de 1988. Afirma que várias expressões e enunciados de nossa Constituição não têm conteúdo jurídico, prestam-se apenas a desideratos políticos, sem poder tutelar situações objetivamente consideradas. Seriam ociosidades lingüísticas, em sua opinião. Dá como exemplo desses vazios de normatividade o art. 1º, II, V, e 3º, I, entre outros, que dispõem, respectivamente, sobre cidadania, pluralismo político e construção de uma sociedade justa e solidária.³²⁹

Quanto a esse pensamento, de matiz positivista normativista³³⁰, entendem Bonavides, Canotilho e Eros Grau que as concepções imperativísticas do Direito tendem,

³²⁸ Idem, p. 176-7.

³²⁹ Idem, 178-81.

³³⁰ Interessante demonstrar, quanto a isso, a lúcida e crítica opinião do autor:

"(...). Em matéria de Direito Constitucional, é fundamental que se diga, ser *positivista* não significa reduzir o direito a norma, mas sim *elevá-lo* à condição de norma, pois ele tem sido menos que isto. Não é próprio das normas jurídicas - e, *ipso facto*, das normas constitucionais - sugerir, aconselhar, alvitrar. São elas comandos imperativos. O resgate da imperatividade do texto constitucional, por óbvio que possa parecer, é uma instigante novidade neste País habituado a maltratar suas instituições.

Em busca desse desiderato, é importante difundir uma concepção de Direito Constitucional dotada de rigor científico, com apropriada utilização de princípios, conceitos e elementos interpretativos. Esta é a única forma de isolá-lo do que se poderia chamar de *charlatanismo constitucional*, que é o discurso constitucional inteiramente dissociado do direito, desenvolvido em nível retórico, com vulgaridade e inciência.

Este discurso normativista e 'científico' não constitui uma preferência acadêmica ou uma opção *estética*. Ele resulta de uma necessidade histórica. Sem ele, o Direito Constitucional continuaria uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduz em nenhum proveito para os cidadãos. Sobretudo os que, já desamparados pela fortuna, ficam também desamparados da proteção das normas jurídicas.

Faço, todavia, a ressalva de que, não sendo filosoficamente positivista, espero ainda viver o dia em que, resgatada a densidade jurídica do direito constitucional, possa dedicar-me à atividade mais atraente de combiná-lo e temperá-lo com outros domínios. Não apenas os mais evidentes - política, sociologia, economia - , mas outros mais fascinantes, como a psicanálise, a metafísica, a linguagem." Cf. "A Efetividade das Normas Constitucionais Revisitada", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 197, jul./set. 1994, p. 30-60, p. 31.

algumas vezes, a fragilizar ou mesmo a negar normatividade aos princípios jurídicos, principalmente aos princípios constitucionais. Assim, exigir dos princípios constitucionais que tenham a mesma operatividade (nível de concretização) que as regras constitucionais, ou quaisquer outras normas com maior grau de aplicabilidade, é negar-lhes a peculiar estrutura e função, e mais, negar-lhes, por via reflexa, a essência de norma jurídica.

O trabalho de Barroso constitui-se, na atualidade, entre nós, como esforço dogmático mais completo, endereçado à compreensão da principiologia constitucional, tendo-se como referência a Constituição de 1988. Sua tipologia dos princípios, sem dúvida, integra a corrente principialista nacional, tendente a despertar a importância qualitativa dos princípios jurídicos e constitucionais, nos processos de aplicação do Direito.

Todavia, seu discurso não se localiza entre as falas tendentes a potencializar a normatividade dos princípios - tomando-se essa intenção como *boa*³³¹ de *per si*. Sua concepção imperativística das normas, e, provavelmente, a não adoção metódica da distinção entre princípio e regra, fazem de suas elucubrações estudos elucidantes, mas frustradores, em parte, das conquistas do pós-positivismo constitucional. Suas preocupações, sobremaneira, chamam atenção para a realidade jurídica dos princípios, sem, no entanto, dizê-los, categoricamente, como normas jurídicas, com normatividade e operatividade sublinhadas.

Por necessidades metodológicas, apontam-se algumas ausências temáticas: (i) não há referência ao conflito entre princípios, e sua relação metódica com as regras; (ii) não utiliza uma caracterização que se presta a sublinhar a natureza dos princípios constitucionais.

08. Interpretação constitucional e princípios constitucionais em Ivo Dantas

Ivo Dantas procurou demonstrar a importância dos princípios constitucionais no processo de interpretação constitucional. Seu livro-tese, lançado em 1995, *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*, figura entre as poucas monografias brasileiras destinadas a explorar aspectos teóricos do conceito de princípios constitucionais³³²

³³¹ No mesmo sentido das expressões “bondade” e “maldade”, metaforicamente utilizadas por Canotilho, ao analisar conceitos e institutos ligados à Justiça Constitucional. Cf. *Externalização ou Internalização da “Justiça Constitucional”. Introversão ou Extroversão da Legitimidade Processual Constitucional*, texto inédito (cedido pelo autor), 1994, 14 p., [Preparado para conferência que seria ministrada no Brasil, Porto Alegre, em maio de 1994], p. 02.

³³² Com isso, destaca-se que no Brasil, em termos bibliográficos, faltam monografias que tenham dispensado exclusiva atenção à questão dos princípios jurídicos, mormente dos princípios constitucionais.

Principia seu discurso afirmando que a quase totalidade dos princípios fundamentais elencados no tit. I da Constituição vigente coincidem com o conteúdo das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da CR³³⁴. Tal colocação, como já se afirmou, reforça a idéia de normatividade dos princípios constitucionais, por se colocarem como limites jurídicos intransponíveis à ação do legislador de reforma³³⁵.

Trabalha com a tradicional distinção metodológica entre princípios e normas. E dá interessante justificativa para tanto: as normas não podem ser deduzidas logicamente da ordem jurídica como os princípios; elas devem estar expressamente consagradas no sistema positivo. Para ele, os princípios podem ser identificados através de dois processos metódicos: (i) através de pressupostos filosóficos, como os do Direito Natural; (ii) ou pela via lógica de um processo de abstração, de progressiva generalização, com base no Direito Positivo.³³⁶ Ele aceita ambas as posições como metodicamente válidas, o que se contrapõe ao exposto no capítulo primeiro, no item "Princípios positivos do Direito e princípios gerais de Direito" desta dissertação, que acolhe a tese da *descoberta* dos princípios no interior da ordem jurídica.

Admite a superioridade dos princípios em relação às normas, através do que chama, a exemplo de Souto Maio Borges³³⁷, de *hierarquização* entre essas categorias.

Sublinha-se: atenção teórica geral; atenção à edificação de uma teoria geral ou dogmática geral dos princípios. Ou seja, existem obras que se ocuparam dos princípios e dos princípios constitucionais, monograficamente, como cita Ivo Dantas, ob. cit., p. 57. Porém, não traçaram elementos que pudessem contribuir para a construção conceitual de uma teoria constitucional dos princípios ou de uma dogmática dos princípios constitucionais, ou mesmo dos princípios jurídicos.

A maior parte das existentes tematizou princípios positivos específicos, deixando de lado as problematizações conceituais que esta dissertação desenvolve, principalmente as tratadas no capítulo primeiro. A maioria delas preocupou-se, quando muito, em *definir*, porém não *conceituar* princípios - que no entendimento deste texto, como já explicado, é procedimento mais amplo, complexo e profundo.

Para fazer justiça metodológica às colocações nesta nota desenvolvidas, destaca-se monografia específica sobre princípios jurídicos, no sentido clássico de princípios gerais de direito, realizada no âmbito discursivo do Direito Privado, por Limongi França, em seus *Princípios Gerais de Direito*, ob. cit. Esse texto, dogmática e teoricamente, situa a questão dos princípios gerais do Direito, explorando as várias correntes jusnaturalistas e positivistas que estudaram esta categoria; traça precisa análise do Direito Positivo nacional sobre o tema, além de posicionar a específica contribuição do jurista paulistano ao assunto, entre outros elementos.

³³³ Cf. DANTAS, *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*, Rio de Janeiro, Lumem Juris, 1995, 119 p.

³³⁴ Cf. Dantas, *Princípios Constitucionais...*, ob. cit., p. 53-4 e 103.

³³⁵ Tese já advogada por Dória, como se viu.

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ Cf. seu texto *Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais*, ob. cit.

Hierarquia não deduzida através de procedimentos abstratos, mas da própria disposição positiva dos princípios no texto constitucional. Assim, hierarquiza o que chama de *princípios constitucionais fundamentais*, que são superiores aos *princípios constitucionais gerais*, e por último, segundo sua estruturação escalonada, posiciona as *normas setoriais*. Para ele os princípios fundamentais são os constantes do tit. I, da Constituição, como nela enunciados, e os princípios constitucionais gerais são aqueles voltados para determinado setor do ordenamento ou subsistema constitucional.³³⁸ Sua classificação, assim, é menos abrangente, analítica e precisa do que a de Luis Barroso, como se viu, pois este estabelece uma categoria a mais, relativamente a Dantas: *princípios setoriais* (que significam para Barroso o que Dantas denomina os *princípios gerais*).

A pirâmide normativa hierarquizadora do autor em revisão, segundo suas próprias palavras, serve para "destacar que os três estratos [princípios fundamentais, princípios constitucionais gerais, normas setoriais] funcionam de forma interligada, permanente. Esta é a condição única para a harmonia do exercício interpretativo e da própria constitucionalidade, não só (...) das normas complementares e ordinárias, como, igualmente, daquelas existentes na própria Constituição."³³⁹ Não demonstra, contudo, a metódica para utilização dessa "pirâmide" no processo interpretativo³⁴⁰. Destaca nesse processo, com todas

³³⁸ Idem, p. 60 e 86.

³³⁹ Idem, p. 86.

³⁴⁰ Interessante ressaltar, a título ilustrativo da observação feita, a metódica proposta por Juarez Freitas em seu livro-tese *A Interpretação Sistemática no Direito*, ob. cit. Antes, saliente-se que Freitas se preocupa com uma teoria da interpretação fundada nos princípios, só que com precisão analítico-conceitual muito mais ampla e complexa do que a de Dantas. Suas proposições fundam-se largamente na teoria jurídica, cruzando-se, por vezes, com a teoria constitucional.

Baseia suas proposições no postulado que chama de *princípio da hierarquização axiológica*, que seria, à moda de Kelsen, uma meta-norma, uma norma pressuposta na ordem jurídica. Nesse aspecto, como em outros, as proposições de Freitas contrapõem-se às de Dantas, que hierarquiza os princípios com base no texto positivo. Para Freitas, as regras de sua metódica de interpretação sistemática constiriam nas seguintes:

1º) deve o intérprete jurídico, conquanto em atividade funcionalmente distinta da do legislador, exercer conscientemente o papel maiêutico de revelar a elasticidade do Direito objetivo, certo de que, na prática, a subjetividade é momento constitutivo da objetividade e vice-versa: *interpretar é sistematizar*.

2º) deve o intérprete jurídico saber priorizar princípios, normas e valores, pautando sua visão rumo aos elementos mais altos e nobres do sistema: *interpretar é hierarquizar*.

3º) deve o intérprete jurídico sobrepassar as antinomias - no sentido ampliado aqui proposto, eis que é tarefa vital sua, na relação viva com o texto, resguardar o binômio segurança-justiça, o qual não pode ser convertido em oposição, sob risco de perda da sistematicidade legítima, isto é, daquela que guarda uma adesão social voluntária: *interpretar é unificar*;

4º) deve o intérprete jurídico, procurando a máxima isenção quanto às partes contrapostas, empenhar-se para que o labor exegético se faça harmônico com os princípios fundamentais do sistema, entre os quais o da legalidade: *interpretar é fundamentar*;

5º) deve o intérprete jurídico reconhecer as premissas preexistentes na construção dos silogismos de sua exegese, purificando-as sob o prisma da racionalidade intersubjetiva, no intuito de alcançar uma escolha axiológica fundamentada, não-arbitrária e livre na garantia da coexistência das demais liberdades: *interpretar é manejar o metacritério da hierarquização axiológica*;

6º) deve o intérprete jurídico ter bem presente o caráter problemático do evento hermenêutico, nas especificidades do caso concreto, porém dialecticamente precisa construir o sistema a partir de uma visão

as letras, a força vinculante e interpretativa dos princípios fundamentais, que para ele se encontram acima das demais matérias que compõem o texto constitucional, chegando a deduzir, a exemplo de Freitas - com base em Otto Bachof -, a possibilidade de configuração de normas constitucionais inconstitucionais.³⁴¹

No processo interpretativo, afirma que os princípios fundamentais irradiam seu conteúdo sobre a globalidade das disposições constitucionais, sendo que os princípios gerais se irradiam apenas sobre os segmentos ou subsistemas para o qual estão voltados, no interior da Constituição.³⁴² Essa posição, vale lembrar, corrobora a sustentada por Barroso, antes exposta.

dedutiva de suporte indutivo, de modo que o caminho rumo aos princípios e o caminho para as normas seja o mesmo, cuidando para que a extensão da interpretação não se torne maior do que a extensão do sistema: *interpretar é sintetizar*;

7º) deve o intérprete jurídico ter bem presente a relação mutuamente vitalizante de seu espírito e do conjunto dos enunciados, jamais concluindo apenas a partir do exame de normas singulares ou de meras justaposições normativas, dado que a interpretação sistemática não é somente um elemento da hermenêutica, nem um simples somatório, mas a junção concreta dos elementos: *interpretar é relacionar*;

8º) deve o intérprete jurídico realizar a observação da totalidade dos fatos coletados e efetuar um diagnóstico seguro, para, a seguir, no bojo do sistema, encontrar o melhor e mais conciliatório tratamento para as controvérsias, no sentido de, ao mesmo tempo, superá-las e conservar a sistematicidade do Direito: *interpretar é bem diagnosticar*;

9º) deve o intérprete jurídico, à base do sistema objetivo, lutar para a superação das antinomias de avaliação ou injustiças, sem se sobrepor autoritadamente ao Direito, pressuposta sua razoabilidade mínima no Estado Democrático: *bem interpretar é concretizar a máxima justiça possível* ;

10º) deve o intérprete jurídico salvaguardar a essência da idéia de Direito como sistema, bem como acolher a possibilidade de sua evolução contínua, certo de que, quanto mais complexo este for, tanto mais carecerá de estabilidade para cumprir suas eminentes funções axiológicas; conferir tal estabilidade ao sistema, longe de mantê-lo inerte, consiste em modificá-lo, emprestando-lhe uma exegese renovadora e legitimadora: *interpretar é aperfeiçoar*." (p. 142-4).

Mais adiante, falando sobre o processo hermenêutico no Direito Constitucional, Freitas assevera:

"Aplicando-se as premissas e os conceitos antes formulados ao Direito Constitucional, mais precisamente à Constituição, pode ser esta adequadamente conceituada como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios, de normas e de valores de ordem suprema, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias axiológicas, dar cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Assim, uma interpretação constitucional, sobre levar em conta os princípios e subprincípios hermenêuticos, exige uma consideração unitária, que não afaste a possibilidade de antinomias, nem de normas constitucionais inconstitucionais, mas que faça ver todas as disposições de núcleo constitucional sob o prisma esclarecedor dos imediatamente eficazes e nada inócuos princípios superiores, apesar de, não raro, serem estes veiculados em normas de eficácia limitada." (p. 145).

³⁴¹ Idem, p. 73. Essa tese das normas constitucionais é refutada por Canotilho, cf. *Direito Constitucional*, 6ª ed., *ob. cit.*, p. 71. Excelente trabalho produzido entre nós, refutando a tese de Bachof, foi o parecer produzido por Bonavides, respondendo "a Consulta do Governo do Estado de Roraima sobre os fundamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida perante o Supremo Tribunal Federal pelo Governador do Rio Grande do Sul para expungir da Constituição da República normas constantes dos §§ 1º e 2º do art. 45 [da CR vigente]" (p. 58). Ver "Inconstitucionalidade de Preceito Constitucional - Poder Constituinte originário e derivado - Cláusula pétrea - Preceito imodificável por emenda." *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, nº 07, 1994, p. 58-81.

³⁴² Idem, p. 87.

Por fim, acaba salientando que a expressão "princípios fundamentais" expressamente consagrada na Constituição vigente, é ineditismo da técnica legislativa³⁴³ constituinte de 1988, não tendo sido empregada nas constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e emenda constitucional de 1969. Porém, essa não consagração expressa nas constituições anteriores não quer dizer que os princípios fundamentais, como normas constituintes das decisões políticas fundamentais do povo brasileiro, não tenham existido.³⁴⁴

Convém destacar, por imperativos metodológicos, que seu texto, muito embora monográfico e mais recente (1995), não trouxe nada novo princípios constitucionais, basta ver os textos antes (e os seguintes) revisados (nem mesmo novidades com relação à interpretação constitucional³⁴⁵). Inclusive muitas questões quase "velhas" ao tema dos princípios não foram tratadas ou detidamente versadas pelo autor revisado³⁴⁶. E já que seu trabalho se dedicava à exploração do conceito de princípios constitucionais, relacionada a interpretação constitucional, não será metodologicamente injusto apontar algumas ausências categoriais constatadas em seu discurso (de resto, indispensáveis à conceituação de princípio constitucional): (i) Não distinguiu, devidamente, a existência jurídica dos princípios expressos e implícitos; (ii) não especificou o caráter de norma jurídica dos princípios constitucionais; (iii) não utilizou da distinção princípio e regra, e nem tratou do conflito entre

³⁴³ A propósito do conceito de técnica legislativa como incidente na idéia de positivação constituinte, e em adendo a temática da interpretação constitucional - dentro da tematização de princípios constitucionais -, destaca-se o texto de Fran FIGUEIREDO, *Metodologia Constitucional - Técnicas de Elaboração e Técnicas de Interpretação*, ob. cit. Nesse texto seu autor revela o que chama de "Técnica de Elaboração Constitucional" (Cap. VI - p. 106-7) e "Princípios de Elaboração Constitucional" (Cap. VII - p. 142-55) e também o que qualifica como "Técnica de Interpretação Constitucional" (Cap. IX - p. 177-210) e "Princípios de Interpretação Constitucional" (Cap. X - p. 211-26). No texto ora em revisão, Ivo Dantas ocupa-se da idéia de "Técnica Constitucional", como instrumento metódico de elaboração constituinte, ob. cit., p. 62-7.

A título que transcende o objeto desta dissertação, capítulo, item e autor revisado, indica-se, nesse horizonte temático, por evidente importância do assunto e por carência de sua especulação no universo acadêmico brasileiro, os seguintes textos: Gilmar Ferreira MENDES, "Questões de Técnica Legislativa", *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, nº 01, 1993, p. 255-81; e CANOTILHO, "Relatório Sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação", *Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. LXIII, 1987, p. 404-94.

³⁴⁴ Cf. Dantas, ob. cit., p. 88.

³⁴⁵ A respeito do assunto *interpretação constitucional*, com enfoques mais amplos, completos e atuais, no cenário brasileiro ver: Bonavides, em seu *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., ob. cit., capítulos 12 e 13, "A Interpretação da Constituição" (p. 356-403) e "Os Métodos de Interpretação Constitucional da Nova Hermenêutica" (p. 404-38); Guerra Filho, *Ensaio de Teoria Constitucional*, ob. cit., "Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional" (p. 39-67); Stumm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, ob. cit., "A interpretação do Direito Constitucional" (p. 21-36); Boechele, "Hermenêutica Constitucional - Breve ensaio sobre tema de futura dissertação.", ob. cit; e a recente monografia de Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, ob. cit.

Na mesma perspectiva, ver Canotilho, no capítulo "As Estruturas Metódicas: Interpretação, Aplicação e Concretização do Direito Constitucional", p. 193-239, de seu *Direito Constitucional*, 6ª ed., ob. cit.

³⁴⁶ Exemplo: distinção entre princípios expressos e implícitos; natureza jurídica dos princípios; distintas funções dos princípios, para além da função interpretativa; conflito entre princípios etc.

princípios; (iv) não destacou as distintas funções dos princípios na ordem do direito, entre outras questões ausentes.

09. Hierarquização dos princípios constitucionais em José Souto Maior Borges

Em texto interessante à problemática do conceito de princípio no Direito Constitucional brasileiro, José Souto Maior Borges realiza discurso tendente ao que chama de "hierarquização dos princípios constitucionais". Publicado em 1993, seu trabalho intitula-se *Pró-dogmática: Por uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais*.³⁴⁷

Trabalha com a distinção tradicional entre normas e princípios. No entanto, afirma que princípio também é norma de direito. Entende, aliás, que essa distinção consubstancia um dos mais "dignos" e "eminentes" problema constitucionais da atualidade.³⁴⁸ Realiza críticas ao estágio atual da discussão de princípios constitucionais (1993), nos quadrantes acadêmicos nacionais, entendendo-o acomodado a conceitos metafóricos, designantes da idéia de princípio no Direito, mormente no Direito Constitucional. Afirma que a doutrina brasileira tem mais referido do que explicado o que seja um princípio constitucional.³⁴⁹

Assevera que existem princípios constitucionais cuja importância sobressai em relação a outras normas da constituição, principalmente as normas principiais que têm elevado conteúdo ético. Todavia, para o autor, normas com elevado conteúdo ético demonstram "visceral pobreza de positividade jurídica". Nessa linha de raciocínio, e numa perspectiva imperativística, afirma, sobre essas normas principiais, "... que norma destituída de sanção é como sino sem badalo."³⁵⁰

Fundando-se em cita de Francisco Campos, afirma que este, ao prelecionar sobre o princípio da isonomia e ao dizer, em seu época, que esse princípio era o mais importantes dentre os demais que regiam o sistema de direitos e garantias fundamentais, talhou o que Borges chama, de forma apropriativa, de hierarquização dos princípios

³⁴⁷ Cf. Borges, "Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais", *Revista Trimestral de Direito Público*, ob. cit.

³⁴⁸ Idem, p. 143.

³⁴⁹ Ibidem.

³⁵⁰ Ibidem.

constitucionais. Ou seja, hierarquia dos princípios entre princípios, e não entre normas e princípios.³⁵¹

Partindo dessa idéia, e tomando a base empírica da ciência do Direito Constitucional (a Constituição), tenta provar se a partir do sistema constitucional pode-se dizer que a hierarquização entre princípios foi admitida pelo constituinte de 1988.³⁵² E mais: tenta desvendar o sentido prático dessa hierarquização.

Entende que houve essa admissão. Já pela própria disposição estrutural da Constituição vigente, que em seu título I enumerou seus próprios princípios fundamentais. Diz haver "...uma hierarquia no inter-relacionamento desses princípios com outras normas da CF e sobretudo com outros princípios constitucionais (...) que põe a lume a maior importância dos seus princípios fundamentais no confronto com outros princípios."³⁵³ Conseqüência prática dessa importância hierarquizada por disposições normativas é, para ele, que alguns princípios podem ser objeto de reforma constitucional, enquanto outros não. E entre esses inclui, com base no § 4º, do art. 60, da Constituição vigente, os princípios fundamentais do tít. I, que entende sejam "rigidíssimos"³⁵⁴, asseverando que a "... base empírica da ciência dogmática do direito constitucional, corrobora a proposta doutrinária pela hierarquização dos princípios."³⁵⁵

Conclui seu texto afirmando que os critérios para essa hierarquização, cujas conseqüências não esgotou, mas apenas abriu o veio para novas discussões, não podem ser tomados aprioristicamente, sem base no texto positivo.³⁵⁶

³⁵¹ Idem, p. 144

³⁵² Idem, p. 145.

³⁵³ Ibidem.

³⁵⁴ Essa também é a opinião de Ivo DANTAS, em seu *Constituição Federal - Teoria e Prática*, ob. cit., p. 223. É de ressaltar que, para Dantas, os princípios fundamentais são limites *implícitos* à ação do legislador de reforma; porém, em seu livro *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*, como se viu, advoga a mesma tese, mas com nuance diferente, expressa no seguinte sentido: os princípios fundamentais seriam *limites materias*, já que compreendidos, alguns deles, nos enunciados designantes de cláusulas pétreas.

Também Carlos Ayres de BRITTO, em "As Cláusulas Pétreas e sua Função de Revelar e Garantir a Identidade da Constituição", in ROCHA, *Perspectivas do Direito Público. Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, 503 p., p. 175-95, distingue o que chama de princípios fundamentais e princípios "profundamentais" (mais fundamentais que os demais, nominados na Constituição de 1988), para concluir que existem princípios fundamentais *eternos* e *estáveis*, sendo os profundamentais *eternos*, e, portanto, insubmissos a disposição reformadora do legislador constituído. Seu texto tematiza, com grande criatividade teórica e precisão analítica, a idéia nesta nota sublinhada. Igualmente, relembre-se, essa também é opinião esposada por Dória.

³⁵⁵ idem, p. 145.

³⁵⁶ Idem, p. 146.

Esse hierarquização, como possível elemento do conceito de princípios constitucionais, de resto, pode confrontar-se, teoricamente, com o princípio da unidade normativa da constituição³⁵⁷, pois no Direito Constitucional contemporâneo é pacífica a idéia de que todas as normas da constituição têm igual dignidade, não obstante possam ter diferentes níveis de concretização e de densidade normativa. Porém, deve-se salientar, como já dito, que autores há que admitem uma hierarquia axiológica, porém não normativa, entre normas constitucionais. E, ao que parece, Borges defendeu uma certa hierarquia normativa entre os princípios da Constituição.

De resto, dados os limites da indagação proposta pelo autor, não se pode, como se fez com os textos anteriores, sequer traçar um perfil de exigências metodológicas quanto à temática não tratada, devido a precisão de objetivos encetados pelo autor, que o limitaram a distinguir norma e princípio, atribuindo-lhes hierarquização³⁵⁸, posicionando os princípios sobre as normas.

Fica desse autor, como contribuição pioneira, ao lado das de Ivo Dantas, Ayres de Britto e Sampaio Dória, a tese de que o conceito de princípio constitucional tange, em parte, o de limites do poder de reforma, em face da aceitação da idéia de “princípios fundamentais irreformáveis”.

10. Constituição como sistema de princípios e normas em Flávio A. G. Galvão

O artigo de Flávio Alberto Gonçalves Galvão, intitulado *Sistema, Hierarquia de Normas e Princípios Constitucionais no Direito*, é mais uma das contribuições discursivas ao conceito de princípio constitucional na atualidade brasileira.³⁵⁹ Pode-se destacar, como muito importante em sua composição, o fato de relacionar a categoria "sistema de direito", "hierarquia" e "normas constitucionais" à referibilidade explicativa do conceito de princípio constitucional. Ou seja, como categorias pré-compreensivas do conceito de princípio constitucional, trabalhadas em texto com destinação específica: "confirmar a evidente força

³⁵⁷ Ver, para uma aproximação deste princípio, além de Rocha e Barroso, em passagens já citadas, Canotilho, *Direito Constitucional*, 6 ed., ob. cit., p. 226-7.

³⁵⁸ Além dos precisos elementos de teoria do direito e crítica jurídica, que se encontram nas primeiras partes do texto, p. 140-3.

³⁵⁹ Cf. FLÁVIO A. G. GALVÃO, *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, ano 3, n. 13, out./dez., ob. cit., p. 80-95.

que os princípios jurídicos plasmados na Constituição erigem no ordenamento positivo brasileiro (...), é a intenção que se manifesta...",³⁶⁰ nas palavras e no desiderato metodológico do autor.

O autor considera a Constituição como um sistema de princípios e normas³⁶¹. A partir dessa idéia, tenta esboçar os lineamentos do que chama de "teoria dogmática da hierarquia de normas a partir da Constituição." Com isso, pretende destacar o papel da Constituição como sistema normativo em posição assimétrica (padrão de aferibilidade de validade) em relação aos demais subsistemas jurídicos e normas infraconstitucionais.³⁶² Nessa perspectiva, vê o papel relevante dos princípios constitucionais como: fundantes do sistema jurídico; elementos destacados no processo de interpretação do Direito; diretrizes hermenêuticas espalhadas pelo texto constitucional para intelegibilidade das demais normas jurídicas, constitucionais e subconstitucionais³⁶³.

Admite, com base em premissas de Paulo de Barros Carvalho, que existem princípios constitucionais expressos e implícitos³⁶⁴; destaca o papel paramétrico dos princípios no juízo de constitucionalidade; sublinha que os princípios *são* normas jurídicas, embasando-se em opinião de Agustin Gordillo³⁶⁵. Não obstante ter iniciado seu discurso polarizando normas e princípios, acaba-o utilizando a distinção entre regras e princípios, para indicar as espécies em relação ao gênero norma de direito.³⁶⁶ Saliencia, com supedâneo em Eros Grau, que a colisão entre princípios resolve-se pela dimensão do peso, e o conflito entre regras, na dimensão da validade.³⁶⁷

Esclarece, com nuances inovadoras, de ângulo diferente do até agora exposto, a relação de concretização normativa entre princípios e regras:

³⁶⁰ Idem, p. 85.

³⁶¹ Corroborar essa opinião Celso BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, 400 p., p. 137-42; também a opinião de Canotilho, em perspectiva teórica e analítica mais aprofundada, como se verá no terceiro capítulo, item 01.03: "Estrutura sistêmica: constituição como sistema aberto de regras e princípios."

³⁶² Idem, p. 80.

³⁶³ Idem, p. 86-7.

³⁶⁴ Idem, p. 87.

³⁶⁵ Ibidem.

³⁶⁶ Idem, p. 93-4.

³⁶⁷ Idem, p. 93.

"A bem da verdade, (...) as regras são comandos normativos que auxiliam os princípios. São estes geradores de infinitas imputações na conduta dos jurisdicionados submetidos ao seu alcance, onde as regras são os focos singularizadores de incidência normativa, que quando aduzem conduta não prelecionam à mesma, critérios outros, senão ao que o vetor 'princípio constitucional' determinou."³⁶⁸

Assim, segundo o autor, "... um princípio possui supremacia em relação a outras posturas normativas, que se configuram a partir dos desdobramentos constitucionais."³⁶⁹

Por fim, aponta para importante questão jurídica, tangente, também, do conceito de princípio constitucional: "... não pode o aplicador da lei se omitir ao decidir, ocasionando lacunas no direito em relação a definição dos princípios constitucionais, justificando ausência de complementação." Isso em face da sua idéia de objetividade e presencialidade normativa (Canotilho).

Como se pode concluir, seu trabalho se insere entre os textos nacionais tendentes a consolidar, em termos teóricos, a normatividade dos princípios constitucionais. E como texto cuja preocupação sobranceira é com os princípios da constituição, lícito é incluí-lo entre os primeiros de *tematização exclusiva*.

Pode-se anotar, para fins comparativos, que seu discurso deixou de abordar: (i) classificação teórica ou dogmática que pudesse propiciar instrumentos de inteligibilidade da principiologia constitucional vigente; (ii) não esboçou uma caracterização dos princípios constitucionais, evidenciadores de sua natureza.

11. Conflito entre princípios constitucionais em Floriano P. de A. Marques Neto

O trabalho de Floriano P. de Azevedo Marques Neto, que se intitula *O Conflito entre Princípios Constitucionais - Breves Pautas para uma Solução*³⁷⁰, teve por objetivo, como o próprio autor confessa, demonstrar a relevância dos princípios constitucionais no sistema jurídico e como tratá-los em caso de conflito³⁷¹. A exemplo do anteriormente

³⁶⁸ Idem, p. 94.

³⁶⁹ Ibidem.

³⁷⁰ Cf. MARQUES NETO, *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, n. 10, jan./mar. 1995, p. 40-6.

³⁷¹ Idem, p. 40.

revisado, esse texto destaca-se pela tematização exclusiva de elementos integrantes do conceito de princípios constitucionais.

Para esse autor é inquestionável a tese de que qualquer sistema jurídico sustenta-se sobre um conjunto de princípios. E a composição desse sistema, necessariamente, deverá ser feita por princípios e regras, sendo que se fosse composto somente das últimas, não poderia ser entendido como sistema, porém como um emaranhado de enunciados normativos sem unidade e coerência entre si. Assim, o ordenamento perderia essencialidade e funcionalidade.³⁷² Adota, literalmente, a tese de Canaris, que toma os princípios como padrões de referência que conformam o sistema jurídico; como bases axiológicas estruturantes, que positivadas ou não, delimitam e dotam de racionalidade sistêmica um determinado ordenamento jurídico.³⁷³ Pressupõe a existência de princípios positivados ou não, ou seja, expressos ou implícitos.

Diz não haver lacunas de princípios ou antinomia entre eles. Não haverá lacunas, pois, pela generalidade que é característica dos princípios, eles não serão aplicados, de forma apriorística, neste ou naquele caso, podendo haver aplicação a uma série indeterminada de hipóteses de fato. Quanto a antinomias, elas não se configuram entre princípios³⁷⁴, podendo haver apenas colisão ou oposição de princípio, que não implicará exclusão do princípio antinômico, como já visto no capítulo primeiro, no item "Conflito entre princípios". Quando ocorrerem antinomias, se aplicará a metódica da ponderação ou harmonização, pois os princípios contêm apenas exigências ou *standards* que *prima facie*, devem ser realizados (Canotilho).³⁷⁵

Seu trabalho tange, de maneira nodal, a questão dos critérios de seletividade, aplicáveis na metódica de ponderação entre princípios conflitantes. Ou seja, na fixação dos pontos de referência que devem distinguir qual o princípio prevalecido em face do princípio afastado. Para isso, distingue, basicamente, com respaldo em Canaris e Alexy, dois critérios, que podem ser chamados de formal e material. Adianta-se que o segundo critério é acolhido como válido no processo de aplicação do Direito, e o primeiro é negado, como impróprio para tanto, quando referido a princípios.³⁷⁶

³⁷² Ibidem.

³⁷³ Idem, p. 41.

³⁷⁴ Em sentido contrário, sob muitos aspectos, ver as teses de Freitas, em seu *Interpretação Sistêmica do Direito*, ob. cit., capítulos 03 e 04, "Conceito, classificação e os critérios sistemáticos para resolver antinomias jurídicas" (p. 57-70), "Configurações hipotéticas de antinomias jurídicas" (p. 71-79).

³⁷⁵ Idem, p. 42.

³⁷⁶ Ilacões da ob. cit., p. 42-3.

Diz que a seleção de princípios - explícita ou implícita - não se pautará por critérios formais como ocorre no conflito entre regras (critério temporal, critério da especificidade, critério hierárquico etc). Na colisão de princípios, o critério que informa a seletividade será material ou de conteúdo, guiado, segundo afirma, pelos critérios de racionalidade adotado no caso específico. Esse critério, com base em Alexy, chama critério do peso [critério material]. A racionalidade que informa a adoção desse critério, segundo o pensamento do autor revisado, é ao mesmo tempo teleológica e conjuntural. Ou seja, é um critério informado pelo contexto específico do problema, não embasado em regras "superiores" ou extra-sistêmicas. Assim, não existem "meta-normas" de estruturação hierárquica, dizendo, *a priori*, qual princípio deverá prevalecer, em caso de conflito³⁷⁷. E mais: o princípio prevalente em dada hipótese poderá ser afastado frente a outra, caso a situação conjuntural se mostre diferente ou exija outras pautas principiais para resolubilidade.³⁷⁸ Finalmente, para esse autor, a convivência entre princípios é sempre conflitual.

Ao negar, com fundamento em Alexy, a existência de critérios formais, "meta-normas" ou normas superiores, parece não acolher, em seu raciocínio, a idéia de hierarquização dos princípios sugerida por Borges, que advoga a tese de uma hierarquia (normativa) com base na especificação positiva dos princípios, no texto constitucional.

Seu texto tematizou um dos pontos mais importantes do conceito de princípio constitucional: o conflito entre princípios. E sua atenção foi preponderante sobre essa questão. De sua análise, fica a importância, pelo autor sublinhada, do conflito entre princípio e a metódica para resolvê-lo. Outros elementos do conceito de princípios constitucional ficaram de fora de sua tematização. Como já salientado anteriormente, apenas estes elementos o envolveram: (i) o conceito de sistema; (ii) a idéia de conflito; (iii) a distinção entre princípios e regras; (iv) a existência de princípios expressos e implícitos. Os demais, como muitos apontados no capítulo primeiro, não receberam atenção conceitual, dado o preciso recorte metodológico feito pelo autor.

³⁷⁷ Novamente, em sentido contrário, ver Freitas, ob. cit., p. 80-4.

³⁷⁸ Idem, p. 43.

12. Outras significativas contribuições teóricas e dogmáticas

Foram selecionados seis autores cujo uso no presente trabalho realizou-se por meio de procedimento diferente do antes utilizado, com os demais autores, como já foi salientado. As análises seguintes foram breves e ainda mais precisas, enfocando aspectos que evidenciassem apenas os elementos conceituais antes já destacados, pelos autores anteriormente tratados.

12.01. Carlos Ari Sundfeld

Carlos Ari Sundfeld³⁷⁹ afirma que a enunciação dos princípios que compõem o sistema tem, em primeiro lugar, a função de auxiliar o ato de conhecimento jurídico.³⁸⁰ Afirma que os princípios são verdadeiras normas jurídicas, que devem ser tomadas em consideração para a solução de problemas jurídicos concretos. Para esse autor, o ordenamento jurídico é composto por duas espécies de normas: *regras e princípios*³⁸¹. Assim, conclui, de forma muito elucidante: "O princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrária-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas."³⁸²

Evidencia, em termos didáticos, a utilidade prática dos princípios na aplicação do Direito, dizendo que nela, eles cumprem duas funções: interpretação das regras e colmatação de lacunas (integração). Quanto à função de interpretação, diz o seguinte: "a) É incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) Quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) Quando a regra tiver sido redigida de modo tal que

³⁷⁹ Seu texto, *Fundamentos de Direito Público*, ob. cit., tematiza os princípios em dois capítulos muito elucidantes: Cap. X, "Os Princípios no Direito" (p. 137-44) e Cap. XI, "Princípios Gerais de Direito Público" (p. 145-79). Esse livro, pioneiro no Direito nacional, como sistematização voltada para a formulação de um discurso dogmático conseqüente para o Direito Público, merece acurada atenção dos operadores do Direito.

³⁸⁰ Cf. Sundfeld, ob. cit., p. 137. Suas palavras: "O cientista, para conhecer o sistema jurídico, precisa identificar quais os princípios que o ordenam. Sem isso, jamais poderá trabalhar com o direito."

³⁸¹ Idem, p. 139.

³⁸² Idem, p. 140. Essa posição hierárquica, como já se disse ao revisar o discurso de Borges, pode, ao menos teoricamente, fustigar o princípio da unidade da constituição. E ao que parece, Sundfeld advoga uma postura normativa e não axiológica, relativa a essa *hierarquização*.

resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio." Agora, quanto à integração jurídica, diz: "Na ausência de regra específica para regular dada situação (isto é, em caso de lacuna), a regra faltante deve ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios." Como Grau, afirma que não se aplicam regras isoladamente, mas o Direito como um todo³⁸³.

Sublinha que existem princípios implícitos e expressos *no* ordenamento jurídico. Ou seja, esses princípios têm supedâneo imediato no sistema jurídico, e não fora dele. Para ele, os princípios implícitos são *sacados* do ordenamento, e não nele inseridos. Ambos têm igual importância, e são verdadeiras normas jurídicas. Aventa, em termos breves e superficiais, a necessidade de ponderação prática entre princípios conflitantes, com base em Grau.³⁸⁴

12.02. Celso Ribeiro Bastos

Celso Ribeiro Bastos reconhece a Constituição como um sistema de "princípios e normas." Distingue, assim, não regras e princípios, mas, tradicionalmente, princípios e normas.³⁸⁵ Todavia, parece reconhecer, com base em Jorge Miranda, que existem normas princípios e normas disposições (regras, no dizer de Grau), admitindo que ambas são normas, ou seja, admitindo que os princípios jurídicos são norma de Direito³⁸⁶. Sublinha, a seu modo, e de forma lacônica, as funções dos princípios: (i) função ordenadora - do estado e da sociedade; (ii) ação imediata, na medida que possam ser auto-executáveis; (iii) ação integrativa, construtiva e prospectiva.³⁸⁷

Define os princípios constitucionais como aquelas normas "... que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica."³⁸⁸ E com base em Canotilho, de forma perfunctória, classifica quatro modalidades de princípios constitucionais: (i) princípios jurídicos

³⁸³ Idem, p. 141-2.

³⁸⁴ Idem, p. 144.

³⁸⁵ Cf. Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, 400 p., p. 137.

³⁸⁶ Idem, p. 138.

³⁸⁷ Idem, p. 139-40.

³⁸⁸ Idem, p. 143.

fundamentais; (ii) princípios politicamente conformadores; (iii) princípios constitucionais impositivos; (iv) princípios garantia.³⁸⁹

Após repassar essas noções teóricas, passa a desenvolver, aligeiramente, doutrina do Direito Constitucional em torno do tít. I, da Constituição vigente.³⁹⁰

12.03. Geraldo Ataliba

Através de doutrina do direito constitucional, Geraldo Ataliba problemiza o princípio constitucional republicano como sendo "... o princípio mais importante e decisivo do nosso direito público."³⁹¹ Para ele, "a República é a síntese de todas as nossas instituições. Conhecer-lhe a essência é dominar as bases de todo o direito público."³⁹²

Em elucidativas passagens, demonstra qual sua concepção dogmática sobre o princípio republicano e seus corolários, deixando entrever suma de idéias, donde se pode extrair conclusões teóricas importantes para a questão principal constitucional:

"... o princípio republicano não é meramente afirmado, como simples projeção retórica ou programática. É desdobrado em todas as suas

³⁸⁹ Idem, p. 140.

³⁹⁰ Idem, 143-50.

³⁹¹ Cf. Ataliba, *República e Constituição*, ob. cit., p. XI. Observa-se que esse texto constitui-se num dos mais importantes e sólidos ensaios dedicados à compreensão e interpretação dos princípios constitucionais. Pode-se legitimamente situá-lo como livro clássico do Direito Constitucional brasileiro, endereçado à compreensão do Direito Público em geral, e do Direito Constitucional Positivo em particular. Nele, o estudo dos princípios constitucionais, entre nós, granjeou avanços dogmáticos e teóricos, muito embora à época de sua editoração - 1985 - seu autor não se tivesse embasado nas novas idéias, advindas do pós-positivismo. O que de resto seria difícil, por enquadrar-se no que se poderia chamar, no Brasil, de escola kelseniana dos publicistas de São Paulo, com sede na PUC/SP (Bandeira de Mello, Paulo de Barros Carvalho, Roque Carraza, Carlos Ari Sundfeld, entre os mais destacados).

³⁹² Idem, p. XIV. Destaca-se que Manuel Aragon, em livro intitulado *Constitucion y Democracia*, ob. cit., se propôs o mesmo trabalho desenvolvido por Ataliba, só que tendo em mente o *princípio democrático* como pedra de toque da Constituição espanhola e base suprema das instituições jurídico-públicas de Espanha. E mais. Sua narrativa funda-se, em muitos aspectos, sobre idéias pós-positivistas. São suas estas palavras elucidantes:

"El principio democrático debe jugar (...), en el Derecho público de nuestros días, un papel equivalente a aquel que desempeño el principio monárquico en el Derecho público del siglo XIX. Para ello es preciso vencer la inercia de viejas categorías, no con ánimo meramente iconoclasta (pues el Derecho no deja de ser un saber acumulativo), sino con el propósito de establecer un cambio de 'perspectiva', lo que significa abordar el problema en su misma, esto es, extraer las consecuencias jurídicas pertinentes de la atribución al pueblo de la soberanía. De ahí que, en el fondo, la teoría constitucional de nuestro tiempo no pueda ser más que la teoría jurídica de la democracia." (p. 17).

conseqüências, ao longo do Texto Constitucional: inúmeras regras dando o conteúdo exato e a precisa extensão da tripartição do poder; mandatos políticos e sua periodicidade, implicando alternância do poder; responsabilidades dos agentes públicos, proteção às liberdades públicas; prestação de contas; mecanismos de fiscalização e controle do povo sobre o governo, tanto na esfera federal como estadual ou municipal; a própria consagração dos princípios federal e da autonomia municipal etc. Tudo isso aparece, formando a contextura constitucional, como desdobramento, refração, conseqüência ou projeção do princípio, expressões concretas de suas exigências."³⁹³

"Como princípio fundamental e básico, informador de todo o nosso sistema jurídico, a idéia de *República* domina não só a legislação, como o próprio Texto magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando todos os seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos ou recônditos meandros.

Tal é sua importância no contexto do nosso sistema, tão dominadora sua força, que influi, de modo decisivo, na interpretação dos demais princípios constitucionais e, com maior razão, de todas as regras constitucionais. A *fortiori*, todas as leis devem ter sua exegese conformada às suas exigências, inclusive as leis constitucionais, a começar do próprio Texto Magno.

O sistema jurídico (...) se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras (...).

Mesmo no nível constitucional, há uma ordem que faz com que as regras tenham sua interpretação e eficácia condicionadas pelos princípios. Estes se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema (...)."³⁹⁴

São estas as conclusões: (i) difere princípio e regra como espécies do gênero norma constitucional; (ii) acata a noção estrutural que posiciona "princípios maiores", "princípios menores" e "regras" como categorias escalonadas em graus de densificação distintos; (iii) corrobora as funções interpretativa e diretiva dos princípios que condicionam a exegese não só do texto constitucional, mas também da legislação subconstitucional; (iv) sublinha a idéia de que para se ter a plenitude de conhecimento de dado princípio constitucional, é necessário perscrutar-lhe a inteireza positiva, não só no enunciado normativo que o consagra expressamente, mas também em todos os seus desdobramentos e segmentos tanto regrísticos quanto principiológicos ao longo do texto constitucional.

³⁹³ Idem, p. 01-2.

³⁹⁴ Idem, p. 04-5.

Destaca, adiante, que nenhum poder constituído poderá adotar medida normativa conflitante com os princípios constitucionais. Ou seja, não poderá haver produção de atos jurídicos (leis, sentenças, atos administrativos, e até atos jurídico-privados) contrários às enunciações de princípios constitucionais. E mais: afirma que os princípios constitucionais pré-fixam, tanto negativa quanto positivamente, o limite e o conteúdo das regras subconstitucionais (função fundamentadora e limitativa dos princípios).³⁹⁵

12.04. Kildare Gonçalves Carvalho

Em discurso de doutrina do Direito Constitucional, Kildare Gonçalves Carvalho afirma que se não fossem os *princípios fundamentais* (Tít. I, da CR) "harmonizando e dando coerência e consistência ao complexo normativo da Constituição...", além de fixar "... as bases e fundamentos da nova ordem constitucional", os 318 artigos da lei fundamental brasileira vigente suscitariam vários e agravados conflitos ou tensões normativas.³⁹⁶ Ele destaca a função ordenadora desses princípios, expressando o conjunto de valores que inspirou o constituinte na elaboração do texto magno; sublinha também a função *dirigente* (Canotilho) desses princípios, orientando a ação dos poderes constituídos e demarcando os limites de sua atuação. Igualmente, anota a parametricidade do conteúdo normativo desses princípios, ou seja, como esses atuam como critérios de verificação de validade dos conteúdos (e formas) normativos de atos infraconstitucionais.³⁹⁷ Pontilha a idéia de que o tít. I da Constituição não esgota a principiologia constitucional, que consagra ao longo do texto vários outros princípios.

Titubeia em firmar posição metódica quanto à relação entre norma e princípio, pois não obstante citar Tércio Sampaio Ferraz, que com base em Carrio e Dworkin, divisa princípios e regras, acaba trazendo concepção de Afonso da Silva e Celso Bastos, que se inclinam a distinguir normas de princípios. Salienta-se que repisa definição de Jorge Miranda, o que torna a posição de seu texto ainda mais hesitante, pois esse autor português, como se viu, difere normas princípios de normas disposições (regras). Apenas deixa entrever a força jurídica dos princípios, sem, no entanto, tratá-los expressa e peremptoriamente como normas jurídicas³⁹⁸.

³⁹⁵ Idem, p. 12-4.

³⁹⁶ Cf. CARVALHO, *Direito Constitucional Didático*, 3 ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1994, 464 p., p.155.

³⁹⁷ Idem, p. 156.

³⁹⁸ Idem, p. 157-8.

Rápida e superficialmente, com fulcro em Canotilho, Miranda, e Afonso da Silva, traça tipificações conceituais dos princípios constitucionais. Depois, de forma breve, lança-se em discurso dogmático para realizar análise das disposições constantes do tit. I, da Constituição vigente.³⁹⁹

12.05. Raquel Denize Stumm

Tematizando o princípio da proporcionalidade⁴⁰⁰ como princípio integrante do Direito Constitucional positivo brasileiro, Raquel Denize Stumm traz ao debate nacional contribuições teóricas e dogmáticas de grande monta, relacionadas ao conceito de princípios constitucionais. Primeiramente, os próprios desenvolvimentos traçados em torno da idéia principialista de proporcionalidade são, deveras, elucidativos do conceito de princípio constitucional.

³⁹⁹ Idem, p. 164-77.

⁴⁰⁰ Cf. Stumm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, ob. cit.

Outra autora brasileira que tematizou com muita profundidade esse princípio, referendando as posições conceituais desenvolvidas nesta dissertação, foi Suzana Toledo BARROS, com seu *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília/DF, Brasília Jurídica, 1996, 223 p.

Para Barros, esse princípio "... tem como principal campo de atuação o dos direitos e garantias fundamentais, e, por isso, qualquer manifestação do poder público deve render-lhe obediência." (p. 26). E acrescenta: "... tem fundamental importância na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana, porque o legislador, mesmo perseguindo fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, poderá editar leis consideradas inconstitucionais, bastando para tanto que intervenha no âmbito dos direitos com a adoção de cargas coativas maiores do que as exigíveis à sua efetividade." (p. 23).

Ela ainda destaca a distinção entre princípios e regras e seus corolários teóricos (p. 153-6); também trabalha com a suposição de existência de princípios constitucionais escritos e não escritos (p. 22). E sublinhando o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, anota interessante aspecto: "Embora se possa catalogar, formalmente, as normas de direitos fundamentais constantes de uma Constituição como regras ou princípios, o salto dialético no estudo desse tipo de normas parece depender da consideração de que elas possuem duplo caráter. Os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger." (p. 155).

Também se ocuparam do assunto os seguintes constitucionalistas: Guerra Filho, em seu ensaio "Princípio Constitucional da Proporcionalidade", no livro *Ensaio de Teoria Constitucional*, ob. cit., p. 69-9; do mesmo autor, ver igualmente *Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade*, bem como *Direito Fundamentais: Teoria e Realidade Normativa*, artigos antes citados; ver ainda Bonavides, no capítulo 11, "O Princípio da Proporcionalidade e a Constituição de 1988", de seu *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., ob. cit., p. 314-55 e Barroso, na seção "Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade", em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, ob. cit.

Canotilho, em seu *Direito Constitucional*, 6ª ed., ob. cit., no ponto "O Princípio da proibição do excesso", p. 382-4, também se ocupou do princípio da proporcionalidade.

Essa autora afirma que a "localização do princípio da proporcionalidade num dado sistema jurídico pode derivar da concretização do princípio Estado de Direito, ou dos Direitos Fundamentais ou, ainda, do princípio do Devido Processo legal."⁴⁰¹ Assim, deduz que como "... princípio jurídico geral fundamental, o princípio da proporcionalidade pode ser expresso ou implícito à Constituição." Leciona que no caso do Direito Constitucional positivo brasileiro, este princípio não se encontra expressamente considerado, mas pode ser deduzido da cláusula do devido processo legal (art. 5º, LV, da CR), como um subprincípio do princípio fundamental Estado de Direito.⁴⁰²

Trabalha com a distinção entre regras e princípios constitucionais como espécies do gênero norma constitucional, e com base em Alexy, Dworkin e Canotilho, desenvolve seus desdobramentos teóricos e praxeológicos, como o conflito entre princípios.⁴⁰³ Distingue o que chama de princípios constitucionais escritos dos não escritos, qualificando estes últimos como princípios gerais do Direito, dedutíveis de várias posições normativas do Direito Constitucional. Ou seja, princípios gerais decorrentes do sistema positivo.⁴⁰⁴ Ainda em termos principialísticos, destaca o que chama de princípios da interpretação constitucional como cânones de argumentação da teoria constitucional: princípio da unidade da Constituição e princípio da concordância prática, os dois que escolheu tematizar.⁴⁰⁵ Segundo suas conclusões, a respeito dos princípios constitucionais, estando eles estabelecidos ou não na Constituição, ou seja, expressa ou implicitamente considerados, podem ser *procedimentalizados* por princípios jurídico-materiais (os abrigados expressa ou implicitamente na constituição) ou por princípios de interpretação (decorrentes da teoria constituição, como cânones de argumentação).⁴⁰⁶

12.06. Roque Antonio Carraza

Em discurso de doutrina do Direito Constitucional (desenvolvido previamente à inteligibilidade do Direito Constitucional tributário)⁴⁰⁷, com base em Prosper Weil, Roque

⁴⁰¹ Idem, p. 97.

⁴⁰² Cf. ilações de p. 38, 120-1, 173.

⁴⁰³ Idem, p. 41-6.

⁴⁰⁴ Idem, p. 38-9.

⁴⁰⁵ Idem, p. 56-60

⁴⁰⁶ Idem, p. 173-3, ilações.

⁴⁰⁷ Cf. Carraza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, ob. cit.

Antonio Carraza enfatiza que algumas normas constitucionais são mais diretrizes do que outras, referindo-se a distinção entre princípios e regras na Constituição.⁴⁰⁸ Nessa distinção, destaca que as normas jurídicas não dizem de si mesmas se são regras ou princípios, devendo os juristas, ao analisá-las, identificar-lhes a espécie e a hierarquia.⁴⁰⁹

Acata a tese que admite princípios constitucionais expressos e princípios constitucionais implícitos, dizendo não importar a qualidade positiva desses, mas sim sua existência jurídica na ordem do Direito que, de resto, só podem ser avaliadas pelos juristas, quando utilizam instrumental teórico fornecido pela Ciência Jurídica. Salienta ainda, com fundamento em Borges, que entre os expressos e os implícitos não existe diferença de importância, pelo fato de estarem bem desvendados ou não no texto positivo. O que releva é o âmbito de abrangência de um ou de outro desses princípios.⁴¹⁰

Evidencia que "... princípios são encontráveis em todos os escalões da 'pirâmide jurídica.'" Assim, existem *princípios constitucionais*, *princípios legais* e até *princípios infralegais*, mas de todos, os constitucionais são os mais importantes, pois além de sobrepassar sobre os demais, ainda iluminam a compreensão, interpretação e aplicação até das regras constitucionais.⁴¹¹ E nessa linha, arremata: "Não é por outras razões que, na análise de qualquer problema jurídico - por mais trivial que seja (ou que pareça ser) - o cultor do Direito deve, antes de mais nada, alçar-se ao altiplano dos princípios constitucionais, a fim de verificar em que sentido eles apontam. Nenhuma interpretação poderá ser havida por boa (e, portanto, por jurídica) se, direta ou indiretamente, vier a afrontar um princípio jurídico-constitucional."⁴¹² Adiante, acrescenta: "As próprias normas constitucionais, sempre que possuírem pluralidade de sentidos, devem ser interpretadas e aplicadas de modo consentâneo com os princípios da Carta Fundamental (...)."⁴¹³

Desenvolve a tese de que os "princípios jurídico-constitucionais" fundamentam o sistema jurídico, dando coesão e estrutura aos seus postulados normativos. E mais: para ele, são diretrizes supremas desse sistema hierarquizado. Com base nessas idéias, afirma existirem princípios mais genéricos, que condicionam os mais "particularizados", até as

⁴⁰⁸ Idem, p. 25.

⁴⁰⁹ Idem, p. 27-8.

⁴¹⁰ Idem, p. 27.

⁴¹¹ Idem, p. 28.

⁴¹² Idem, p. 29.

⁴¹³ Idem, p. 30.

"normas mais específicas", de um modo escalonado e sucessivo, "... cujo enredo só o jurista tem condições de entender."⁴¹⁴

Concluindo, traça duas importantes considerações que sublinham em muito a normatividade dos princípios constitucionais: (i) tendo em mira o art. 102, III, "a", da Constituição vigente, afirma que enseja interporsição de recurso extraordinário o fato de decisão judicial contrariar princípio constitucional⁴¹⁵; (ii) igualmente, diz que as leis serão inconstitucionais quando violarem princípios expressos ou implícitos, insertos na Constituição.⁴¹⁶

E por fim, aduz: "... os princípios constitucionais são, a um tempo, *direito positivo e guias* seguros das atividades interpretativa e judicial. Em outros termos, são *fonte de direito* (Esser) e *idéias-base* de normas jurídicas."⁴¹⁷

Depois, já em seara de Direito Constitucional Tributário⁴¹⁸, desenvolve delongadas e importantes considerações dogmáticas sobre certos princípios constitucionais que, segundo Carraza, se afinam diretamente com a *competência tributária*⁴¹⁹: princípio constitucional republicano⁴²⁰, princípio constitucional federativo⁴²¹, princípio constitucional

⁴¹⁴ Idem, p. 31-2.

⁴¹⁵ Alguns desenvolvimentos em torno da questão são encontráveis em Roque A. CARRAZA, "Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial", *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, nº 2, jan./mar. 1993, p. 103-9; e Gilmar Ferreira MENDES, "Contrariedade à Constituição e Recurso Extraordinário: Aspectos Inexplorados", *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2, nº 08, jul./set. 1994, p. 48-54. Observa-se que nesses dois textos essa tese não é central, mas lhe propiciam conclusões importantes.

⁴¹⁶ Idem, p. 34.

⁴¹⁷ Ibidem.

⁴¹⁸ Nesta seara, destacam-se também os estudos desenvolvidos por Paulo de Barros Carvalho, que endereçam-se à compreensão do sistema constitucional tributário e dos princípios constitucionais a ele inerentes. Carvalho, com dedicadas reflexões embasadas na teoria da linguagem, filosofia do Direito, lógica e teoria jurídicas, elaborou significativas contribuições à problemática jusprincipiológica. Adianta-se que seus estudos de índole geral, a respeito dos princípios jurídicos, embasam-se, quase exclusivamente, na Teoria do Direito, e não assumem, como no caso de Carraza, um caráter preponderantemente constitucionalista. De CARVALHO, ver os seguintes textos: capítulo V, "Sistema e Princípios Constitucionais Tributários" (p. 83-104), de seu *Curso de Direito Tributário*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991. 374 p.; "Sobre os Princípios Constitucionais Tributários", *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 55, p. 143-55.

⁴¹⁹ Idem.

⁴²⁰ Idem, p. 36-66.

⁴²¹ Idem, p. 67-95.

da autonomia municipal⁴²², princípio constitucional da anterioridade⁴²³, princípio constitucional da legalidade⁴²⁴ e princípio constitucional da segurança jurídica⁴²⁵.

Como se viu, este capítulo analisou as várias conceituações, teses e classificações realizadas por autores brasileiros em torno do conceito de princípios constitucionais, apontando os avanços e os limites constatados, bem como a atualidade da abordagem, conforme as noções, idéias e categorias expostas no capítulo primeiro. Assim, o presente capítulo teve por meta, como já foi dito, preparar o caminho para no capítulo seguinte, empreender-se o diálogo entre a contribuição de Canotilho e a dos autores analisados, com o objetivo de demonstrar as insuficiências, desajustes e virtudes do discurso jurídico brasileiro para o estabelecimento da normatividade dos princípios constitucionais e para a formulação constitucionalmente adequada de seu conceito, nos quadrantes da dogmática constitucional brasileira.

⁴²² Idem, p. 96-114.

⁴²³ Idem, p. 115-38.

⁴²⁴ Idem, p. 139-207.

⁴²⁵ Idem, p. 208-44.

CAPÍTULO III

CONCEITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: CONTRIBUIÇÃO DE CANOTILHO À SUA COMPREENSÃO

A obra de Canotilho constitui-se de vários textos⁴²⁶ que, de forma direta ou indireta, fornecem elementos teóricos para a *composição* de seu conceito de princípios

⁴²⁶ Segue lista dos textos que foram utilizados na elaboração deste trabalho:

- (01) *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992. 1214 p.;
- (02) *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. 1228 p.;
- (03) *Direito Constitucional*. 1 ed. Coimbra: Almedina, 1977. 447 p.;
- (04) *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 1982. 539 p.;
- (05) "Relatório Sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação". *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXIII, 1987, p. 404-94.;
- (06) *Externalização ou Internalização da "Justiça" Constitucional. Introversão ou Extroversão da Legitimidade Processual Constitucional*. Texto inédito, 1994. 14 p. (preparado para conferência que seria ministrada no Brasil, em Porto Alegre, em maio de 1994);
- (07) "Fidelidade à República ou Fidelidade à Nato?". *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial - estudos em homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró (tomo I), 1984, p. 131-207.;
- (08) "Derecho, Derechos, Tribunal, Tribunales" (trad. de Teresa Quintela). *Revista de Estudios Politicos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, nueva epoca, abr./sep. 1988, n. 60/61, p. 819-29 (número monográfico sobre "El sistema político y constitucional português, 1974-87).;
- (09) "Teoria da Constituição de 1976: Desenvolvimento ou Revisionismo Constitucional?". *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXV, 1989, p. 497-540.;
- (10) "Tópicos de um Curso de Mestrado Sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização." *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXVI, 1990, p. 151-201.;
- (11) "Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais." *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial, tomo III, 1991, p. 461-500 (estudos em homenagem ao Prof. Dr. Antonio de Arruda Ferrer Correia).;
- (12) "Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos - O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial Contra as Omissões Normativas". in: - TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo, 1993. 391 p. p. 351-67.;
- (13) *Dizer a Norma nas Questões de Trabalho*. Porto Alegre: texto de conferência proferida por ocasião do V CONAMAT - Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho, no dia 12 de maio de 1994, as 09h00, no Centro de Eventos São José. 15 p.;
- (14) "Rever a ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo." *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.*, São Paulo, RT, ano. 4, n. 15, abr./jun. 1996, p. 07-17.;
- (15) "Discurso na sala dos capelos por ocasião do doutoramento 'honoris causa' do Presidente da República do Brasil José Sarney." *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXII, 1986, p. 493-505.;
- (16) "Discurso Moral' ou 'Discurso Constitucional'; 'Reserva de Lei' ou 'Reserva de Governo'?" *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXIX, 1993, p. 699-717.;
- (17) "Direito de Organização e Direito de Função Pública." *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXVIII, 1992, p. 359-80.;

constitucionais. Sua contribuição a respeito do tema, embasada nos estudos de reconhecidos teóricos da Teoria do Direito hodierna (Larenz, Dworkin, Engisch, Luhmann, Canaris, entre os mais destacados) e no pensamento constitucional contemporâneo mais avançado (Enterria, Müller, Hesse, Crisafulli, Scheuner, Alexy, entre outros), é assaz importante para uma compreensão principialista do Direito Constitucional.

Neste capítulo, sua contribuição será analisada e organizada de modo a estabelecer o diálogo, a comparação e o confronto com a posição dos juristas brasileiros estudados. Essa tarefa é realizada no sentido de demonstrar prováveis insuficiências, desajustes e virtudes do discurso jurídico nacional, para o estabelecimento da normatividade dos princípios constitucionais e para a formulação constitucionalmente adequada do conceito de princípio como norma constitucional.

(18) "Estilo e Norma Constitucional (A propósito do 'direito constitucional técnico')". in: - TUBENCHLAK, James. *Doutrina I*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito - ID, 1996. 535 p. p. 527-35

(19) & LEITE, Jorge. "A Inconstitucionalidade da Lei dos Despedimentos". *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial, tomo III, 1991, p. 501-580 (estudos em homenagem ao Prof. Dr. Antônio de Arruda Ferrer Correia).;

(20) & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991. 310 p.;

(21) & MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.;

(22) & MOREIRA, Vital ---. *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. 117 p.

Muitos desses textos foram citados nos capítulos anteriores, outros neste, e alguns não foram utilizados diretamente. Porém, por dever científico, impende sejam elencados outros textos do mestre português, já que no Brasil apenas duas obras de Canotilho alcançaram ampla divulgação: *Direito Constitucional e Constituição Dirigente*. *Fundamentos da Constituição e Constituição da República Portuguesa Anotada* são também conhecidas e citadas, porém em menor escala que as anteriores.

Em face da riqueza teórica e metodológica dos trabalhos de Canotilho, não poderia a narrativa furtar-se a elencar o conjunto de textos que nortearam a formulação, expressa e implícita, do presente trabalho, pois, no plano das ciências humanas, a organização e a *socialização* de referências bibliográficas constitui uma das molas propulsoras do progresso científico e do êxito político-social do conhecimento.

E no plano da Ciência Constitucional, calham bem as exortações dos constitucionalistas Luis Roberto Barroso e de Clémerson Merlin Cléve:

- "É importante difundir uma concepção de Direito Constitucional dotada de rigor científico", para livrarmos a nossa ciência do "charlatanismo constitucional" (Barroso, cf. "A Efetividade das Normas Constitucionais Revisitada", ob. cit., p. 31).

- O desafio contemporâneo, para os juristas participantes, é fornecer, no campo da dogmática constitucional, "novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais (CLÉVE, cf. "A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo", INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. *Seminário Nacional Sobre Direito Alternativo*, Rio de Janeiro, Seleções Jurídicas, Adv, junho/93, p. 45-51, p. 46.)

Ao que parece, a obra de Canotilho atende muito bem ao exortado: pois constitui tanto uma vacina científica contra o "charlatanismo constitucional", como um manancial teórico, dogmático e metódico de onde a nossa jusconstitucionalística pode extrair rigorosos e avançados subsídios para uma nova praxiologia jurídica, nos quadrantes do Direito Constitucional brasileiro.

E para que não acoimem o presente trabalho de "... ficar de frente para o mar, e de costas para o Brasil" (cf. Barroso, ob. cit., p. 03), salienta-se que ao objetivo exortado, atendem, com solidez e profundidade, os trabalhos de Paulo Bonavides, Marcelo Neves, Willis Guerra Santiago Filho, Inocêncio Mártires Coelho, Gilmar Ferreira Mendes, Luiz Afonso Heck, José Alfredo de Oliveira Baracho, Néviton de Oliveira Guedes, Raquel Denize Stumm e Suzana Toledo Barros, entre os constitucionalistas cujas obras apresentam uma nítida vinculação teórica ao pensamento constitucional de matiz germanista.

Assim, estruturou-se este capítulo em duas seções: na primeira, procurou-se expor as bases teóricas, conceituais e bibliográficas que encerram a compreensão principialista do Direito Constitucional encetada pelo mestre de Coimbra; na segunda, intentou-se demonstrar, mais especificamente, sua compreensão teórica e dogmática sobre os princípios constitucionais e sobre o modo como sua normatividade opera.

01. Construção Principialista do Direito Constitucional

Esta parte do presente capítulo tem por fim demonstrar, como já se adiantou, os fundamentos bibliográficos, a concepção dogmática e a estrutura teórico-sistêmica de compreensão da constituição, que formam o cerne do pensamento canotilhiano, a respeito do Direito Constitucional de matiz principialista.

Esse primeiro momento discursivo é introdutório ao segundo, intitulado "Teoria e Dogmática dos Princípios Constitucionais", pois sem o desenvolvimento dos itens que se seguem, incompleta ficaria a compreensão da proposta principialista de Canotilho.

Sua construção principialista do Direito Constitucional, como se verá, é muito importante para compreensão de nossa própria Constituição, como deixou entrever J. Afonso da Silva.⁴²⁷ E mais: é importante para superar - crítica, teórica e metodologicamente - as bases historicistas e jusnaturalistas desta disciplina⁴²⁸, e romper com a crônica ausência de rigor e de método científicos tão criticada por Carlos Roberto Siqueira Castro e José Ribas Vieira, ao analisar o ensino dessa matéria entre nós.⁴²⁹

⁴²⁷ Cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ob. cit., p. 85.

⁴²⁸ Perspectivadas sobre conceitos e concepções tributárias de uma saudosa (ainda que encapuzada) compreensão do Direito Constitucional. Compreensão fundada sobre arquétipos liberais do estado e da constituição.

⁴²⁹ Cf. é lícito deduzir da globalidade de seus escritos, entre outras críticas e advertências: CASTRO, "Por um ensino crítico do Direito Constitucional", in: - Carlos Alberto PLASTINO, *Crítica do Direito e do Estado*, Rio de Janeiro, Graal, 1984, 160 p., p. 135-43 e VIEIRA, "O Ensino do Direito Constitucional e a Ciência Política: Uma Reflexão.", *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, Forense, ano III, nº 05, jul./dez. 1985, p. 03-10. Em norte crítico convergente, em muitos aspectos, às asseverações desses autores, ver Nelson SALDANHA, em "Sobre a Renovação do Direito Constitucional", *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, Forense, ano III, nº 05, jul./dez. 1985, p. 95-100.

Não obstante as críticas e problemas evidenciados por Castro, Vieira e Saldanha, graça ao esforço teórico e dogmático da nova geração de constitucionalistas brasileiros, como Gilmar Ferreira Mendes, Clémerson Merlin Clève, Marcelo Neves, Inocêncio Mártires Coelho, Luis Roberto Barroso, Willis Guerra Filho e Néviton de Oliveira Batista Guedes, entre outros, e de corifeus como José Alfredo de Oliveira Baracho, Paulo Bonavides e José Afonso da Silva, o Direito Constitucional já não se encontra tão despido de rigor científico e tão ameaçado pela falta de método, como outrora esteve, entre nós.

Nessa perspectiva, quadram bem as palavras de J. Alfredo de Oliveira Baracho, auspiciadas por Héctor Fix-Zamudio:

"Um sistema jurídico constitucional necessita de um bom número de especialistas em Direito Público e, em particular, de Direito Constitucional, que são raros em muitos Estados do continente americano. Para o publicista mexicano, devemos estimular os estudos de Teoria da Constituição, com investigações em torno dos instrumentos da Interpretação Constitucional e do Direito Constitucional Comparado."⁴³⁰

Assim, tendo em vista o exposto, como atender essa importante reivindicação do constitucionalista mineiro, se faltarem bases teóricas e metodológicas sólidas, bases que tanto necessitam da atualidade do pensamento jurídico e constitucional, da intertextualidade de seus estudos e da intersubjetividade crítica de seus autores (discutibilidade)?

Em face do exposto, é lícito concluir: a Ciência Constitucional no Brasil necessita - e está a caminho - da construção de um Direito Constitucional que se projete sobre duas perspectivas científicas convergentes: (i) a teórica, temporalmente atualizada, e (ii) a dogmática, constitucionalmente adequada.

No presente trabalho, como se especificou na introdução, parte-se da premissa que a obra de Canotilho, ao menos entre os autores de língua portuguesa, atende deveras essas perspectivas.

01.1. Autores e obras que forneceram fundamento ao seu pensamento principialista

O pensamento de Canotilho⁴³¹, segundo ele próprio assevera, quando voltado a "... construir o direito constitucional com base numa perspectiva principialista (baseado em

Todavia, muito ainda está para ser feito, e as tarefas colocadas sob a responsabilidade dos atuais e dos novos estudiosos do Direito Constitucional - que com certeza continuarão a surgir no espaço acadêmico brasileiro - são muito instigantes, embora insólitas.

Para uma visão crítica muito ampla dos problemas que cercam o Direito Constitucional na atualidade, vejam-se as colocações de Canotilho, no capítulo "Modos Transitivos: Os Paradigmas da Modernidade e da Pós-Modernidade no âmbito do Direito Constitucional e da Ciência Política", de seu *Direito Constitucional*, 6ª ed., ob. cit., p. 09-22.

⁴³⁰ Cf. BARACHO, *Processo Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, 406 p., p. 12.

⁴³¹ A maioria dos autores citados neste tópico não foram estudados, diretamente, na presente dissertação. Ou seja, não constituem fontes primárias da pesquisa, mas fontes secundárias, cujas idéias foram utilizadas a partir de Canotilho. Deste modo, objetiva-se apenas citar as obras e autores que influenciaram o pensamento do autor em estudo, "... pois não deixa de ter interesse verificar que bibliografia os autores mais

princípios)...", inspira-se em Dworkin (*Taking Rights Seriously*) e Alexy (*Theorie der Grundrechte*), com abertura para as concepções sistêmicas e estruturantes - essas baseadas em Luhmann (*Rechtssystem und Rechtswissenschaft*) e Friedrich Müller⁴³² (*Die Einheit der Verfassung* e *Juristische Methodik*). Para aprofundamento de visões estruturantes no direito constitucional, que alicerçam sua postura principialista, sugere a utilização de W. Krawietz (*Recht als Regelsystem*) e Zagrebelsky (*Il Sistema Costituzionale delle fonte dell diritto*). É preciso sublinhar que o próprio Canotilho enumera esses nomes e respectivas obras, para dizê-los fundantes de seu pensamento constitucional principialista⁴³³.

No capítulo intitulado "A Estrutura Sistêmica: a Constituição como Sistema de Regras e Princípios", de sua obra-chave (*Direito Constitucional*), revela como textos componentes da "intertextualidade" de sua contribuição principialista: C. W. Canaris (*Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*); K. Engisch (*Einführung in das Rechtswissenschaft*); Karl Larenz (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*)⁴³⁴; N. Luhmann e Castanheira Neves (*A Unidade do Sistema Jurídico*)⁴³⁵. Nesse mesmo livro e capítulo, salienta como bibliografia utilizada para elucidação de questões próprias aos princípios constitucionais, Crisafulli, Enterria, Eros Grau, Scheuner, e outros.

Na primeira edição de seu *Direito Constitucional* (1977), utiliza os textos de Esser, Bachof e Sheuner, para explicitar problemas *principiais* constitucionais.⁴³⁶

Em 1987, em texto intitulado *Relatório Sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação*, afirma, expressamente, que sua colocações

recentes já encontraram antes de si e como a valoraram." (itálico acrescentado), segundo a opinião de Karl Engisch, cf. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, ob. cit., p. 09.

⁴³² De Müller registra-se, a título que transcende os objetivos da presente dissertação, a publicação brasileira de seu livro *Direito, Linguagem, Violência (elementos de uma teoria constitucional, I)* [Recht - Sprache - Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I], trad. de Peter Naumam e revisão de Paulo Bonavides e Willis Guerra Santiago Filho, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1995, 48 p. Observa-se que essa não é a versão em língua portuguesa da obra referida no texto. Porém, muitos aspectos teóricos desenvolvidos pela obra aqui citada são importantes para a inteligibilidade das proposições de Canotilho, como os relativos a metódica constitucional e concretização da constituição.

⁴³³ Cf. *Direito Constitucional*, 5 ed., ob. cit., p. 176.

⁴³⁴ Existe tradução em língua portuguesa. Ver Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2 ed., [Methodenlehre der Rechtswissenschaft], trad. de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 620 p

⁴³⁵ Cf. *Direito Constitucional*, 6ª ed, ob. cit., p. 162.

⁴³⁶ Cf. *Direito Constitucional*, 1 ed., Coimbra, Almedina, 1977, 448 p, p. 189-93.

que distinguem regras e princípios fundam-se em estudos de Larenz (*Richtiges Recht*), Dworkin, A. Ross (*Directives and Norms*) e Esser.⁴³⁷

Tomando-se esses autores e respectivas obras como paradigmas contemporâneos na edificação de uma concepção principialista no Direito Constitucional, e comparando-se a contribuição de Canotilho com as dos juristas brasileiros pesquisados, pode-se concluir, após análise da bibliografia utilizada: (i) somente os trabalhos de Bonavides, Eros Grau e Denize Stumm, encontram-se *atualizados* relativamente à problemática teórica dos princípios⁴³⁸; (ii) o trabalho de Canotilho circunscreve um círculo de obras mais extenso do que os traçados pelos autores brasileiros, ou seja, sua base teórica é deveras mais complexa, mais ampla e mais profunda do que a dos autores pesquisados, à exceção de Bonavides, que entre aqueles só não utilizou Luhmann, porém, trabalhou autores⁴³⁹ que Canotilho não referiu⁴⁴⁰ (Diez Picazo [1983], F. Castro, Clemento de Diego [1948], Ricardo Guastini [1990], Flórez-Váldes, Jean Boulanger, Pugliati, Pergolesi [1968], Perassi, Quadri, Gordillo Cañas [1988], entre outros).

Através desses autores e da construção que edifica, a partir deles, o pensamento de Canotilho, como se demonstrará, procura elaborar uma dogmática principialista tendente a revelar as estruturas e funções dos princípios constitucionais numa ordem jurídica concreta. Sua construção conceitual se endereça à edificação de uma doutrina do direito constitucional, doutrina que não prescinde - antes exige - aproximações entre teoria e dogmática, para que se revelem as dimensões praxiológicas dos princípios assentados nas constituições.

⁴³⁷ Cf. CANOTILHO, "Relatório Sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação", ob. cit., p. 454.

⁴³⁸ Saliente-se, embora não tenham sido diretamente analisados, que os três textos de Guerra Filho e o de Toledo Barros, citados na presente dissertação, também encontram-se atualizados, relativamente ao afirmado, basta ver a bibliografia referida e utilizada ao longo de suas narrativas teóricas.

⁴³⁹ Principalmente italianos e espanhóis, ao contrário de Canotilho, cuja base é predominantemente germânica, francesa e norte-americana. Atente-se que essa observação leva em conta, somente, os textos principialistas dos dois autores.

⁴⁴⁰ E isto justifica-se, sem precisar conduzir o debate para um campo de "grandezas teóricas" - quem disse mais, quem disse melhor... -, pois as perspectivas de Canotilho e de Bonavides, embora tributárias de concepções pós-positivistas, se desenvolvem com fins metodológicos distintos. O primeiro tem por fim demonstrar as possibilidades de uma construção principialista do Direito Constitucional, enquanto o segundo objetiva especificar, dentro da teoria material da constituição e nos horizontes da teoria do Direito, uma certa evolução teórica, dogmática e normativa dos princípios gerais do Direito ao patamar constitucional, como princípios constitucionais.

01.2. Dogmática principialista estruturante

Canotilho propõe-se analisar o direito constitucional português, através do que se pode chamar de dogmática principialista estruturante. Isto é, dogmática assentada em princípios, princípios que são encarados de forma estruturante *na* ordem jurídica. Explica-se.

Essa doutrina do direito constitucional pressupõe a existência de *princípios constitucionalmente estruturantes*⁴⁴¹. Tais princípios identificam-se com os chamados princípios fundamentais que, de resto, tanto encontram-se em parte específica da Constituição portuguesa como da Constituição brasileira⁴⁴². Esses princípios estruturantes "... designam os princípios constitutivos do 'núcleo essencial da constituição', garantindo-lhe uma determinada *identidade e estrutura*." Para Canotilho, os princípios estruturantes possuem, em geral, duas dimensões:

“(1) uma *dimensão constitutiva*, dado que os princípios, eles mesmos, na sua 'fundamentalidade principial' exprimem, indiciam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional;

(2) uma *dimensão declarativa*, pois estes princípios assumem, muitas vezes, a natureza de 'superconceitos', de 'vocábulos designantes', utilizados para exprimir a soma de outros 'subprincípios' e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas.”⁴⁴³

Assim, tomando-se como exemplo o princípio constitucional estruturante "Estado de Direito" (art. 1º, *caput*, da CRB), em sua *dimensão constitutiva*, percebe-se a idéia de "... paz estadualmente garantida através do direito."; a idéia de um conjunto de expectativas jurídicas garantidas pela existência de um Estado fundado, racionalmente, sobre uma ordem jurídica concreta. Por outro lado, em sua *dimensão declarativa*, esse princípio designa, enquanto enunciado normativo-lingüístico, vários outros princípios que concretizam normativamente, através de outros enunciados do texto constitucional, a idéia de Estado de Direito, ou seja, designa "subprincípios" como o princípio da legalidade (art. 5º, II), princípio

⁴⁴¹ Assevera o autor que essa é a tendência das obras de direito constitucional mais recentes, mirando-se em K. Hesse, K. Stern, Isensee/Kirchhof, A. Pizzoruzo, e em obra sua de parceria com Vital Moreira (*Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 67-92), cf. *Direito Constitucional*, 6 ed., ob. cit., p. 345.

⁴⁴² Título I, da Constituição vigente, e outros desenvolvimentos do texto constitucional, como se detalhará.

⁴⁴³ *Ibidem*. Também verificar, do mesmo autor, *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 73 e *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 52.

da divisão de poderes (art. 2º), princípio da legalidade da administração (art. 37, *caput*), entre outros.⁴⁴⁴

Essa concepção dogmática compreende os princípios constitucionalmente estruturantes como "... princípios concretos, consagrados numa ordem jurídico-constitucional em determinada situação histórica." Nega-se, então, com isso, a possibilidade de um direito "metafísico", fundado em uma ordem jurídica abstrata, sem supedâneo nas convenções positivas dos homens; rejeita-se um direito reconduzível a uma ordem de valores suprapositiva.⁴⁴⁵

Quanto à positividade constitucional, ou seja, quanto à consagração desses princípios na ordem jurídico-constitucional positiva e seus efeitos, entende Canotilho que tanto esses princípios estruturantes, como aqueles subprincípios que concretizam suas significações normativas, são juridicamente vinculantes, e não obstante estarem muitas vezes situados em um título específico do texto constitucional, como no caso da Constituição brasileira, "não significa que eles só aí venham consagrados, devendo procurar-se no conjunto global normativo da constituição as revelações e manifestações concretas desses mesmos princípios."⁴⁴⁶

Em outros termos, tanto podem os princípios constitucionais existir positivamente em outras partes do texto da constituição brasileira, ao longo do documento constitucional, como podem ser deduzidos da narrativa textual, desde que efetivamente compreendidos nos enunciados do texto, segundo revelarem os postulados metódicos de interpretação e concretização constitucional⁴⁴⁷. Parte disso, corrobora, como é lícito concluir, a idéia de princípios constitucionais expressos e implícitos no sistema constitucional.

Essa concepção principial estruturalista⁴⁴⁸, *prima facie*, se aproxima, de certo modo, das concepções estruturalistas desenvolvidas pelos juristas brasileiros Bandeira de Mello, Sampaio Dória, Cármem Rocha, Luis Barroso, Ivo Dantas, Geraldo Ataliba, Raquel Stumm e Roque Carraza. Talvez possa ela chocar-se, sob dado aspecto, com certos postulados

⁴⁴⁴ E o que se deflui de *Direito Constitucional*, 6 ed., ob. cit., p. 345-6.

⁴⁴⁵ Idem, p. 346.

⁴⁴⁶ Idem, p. 348.

⁴⁴⁷ As idéias sobre concretização da constituição, relativamente aos princípios, serão explicitadas mais adiante, neste capítulo.

⁴⁴⁸ Para uma visão bem mais precisa dessas idéias, verificar páginas 345-95, de CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6 ed, ob. cit.

jusnaturalistas, evidenciados de maneira crítica quando da análise dos trabalhos de Barroso e Dantas, que parecem admitir a existência de princípios sem *referência positiva* no texto constitucional.

Segundo se pode concluir, esta é uma tendência predominante no Direito Constitucional brasileiro, e, ao que parece, no Direito Constitucional contemporâneo também: falar de princípios em termos estruturantes - dos princípios mais abertos aos mais densos, chegando-se ao patamar normativo das regras, reconduzindo-se, em via de retorno destas, progressiva e sucessivamente, até os princípios mais abstratos (de maior abertura e de menor densidade). Essa concepção reforça, como se pode deduzir, a idéia de normatividade dos princípios constitucionais, ao emprestar-lhe um sentido articulado-estruturante e uma dimensão praxiológico-concretizadora, já que torna mais plausível a compreensão, a interpretação e a aplicação dos princípios de maior abertura pelos princípios de maior densidade e pelas regras constitucionais.

Essa concepção dogmático-constitucional fundamenta-se sobre um postulado caro ao Direito da Constituição contemporâneo: a constituição como estrutura sistêmica aberta, composta por princípios e regras.

01.3. Estrutura sistêmica: constituição como sistema aberto de regras e princípios

O pensamento principialista estruturante de Canotilho⁴⁴⁹ concebe a constituição como um "sistema aberto de regras e princípios". Essa concepção é nuclear para

⁴⁴⁹ Sua proposta científica, relativamente à relação categorial "Constituição e Sistema", recorre a uma *análise sistêmica* integrada numa *epistemologia da complexidade*, como ele próprio confessa. Deste modo, seu pensamento filia-se às concepções sistêmicas contemporâneas expressas em autores como Luhmann, David Easton e Werner Krawietz. Nas palavras de Canotilho, sua proposta científica é a seguinte: "a captação do mundo/circundante/estruturante do estatuto jurídico do político [constituição] aponta para a imprescindibilidade de algumas idéias básicas relativas à análise do político [espaço institucional do estado e da sociedade] e do direito como *subsistemas do sistema social*." (colchetes acrescentados). Para desvendar sua proposta, especifica conceitos que entende operacionais para a problemática, como os conceitos de "sistema social", "sistema político" e "sistema jurídico". Cf. *Direito Constitucional*, 5 ed., ob. cit., p. 46-9.

Devido aos limites metodológicos da presente dissertação, e alta *carga* discursiva exigível à dilucidação do pensamento sistêmico e suas conseqüências, remete-se o leitor às páginas de Canotilho, para compreensão dos dois primeiros conceitos e algumas idéias a eles correlatas. Também, na perspectiva da *análise sistêmica* proposta, indica-se, nas letras nacionais, a monografia de Fernando NORONHA, *Direito e Sistemas Sociais - A Jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis: UFSC, 1988. 208 p; e dentro dos horizontes teóricos da *epistemologia da complexidade*, ver Leonel Severo ROCHA, "Direito, Complexidade e Risco", *Seqüência - Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, UFSC/CPGD, junho de 1994, p. 01-14 - o número deste periódico, observa-se, é monográfico (título: "Complexidade, Direito e Sociedade"), e traz artigos relacionados à problemática referida, através de vários trabalhos, entre eles os de Luhmann e Krawietz.

elucidação de sua contribuição teórica e dogmática, e exige aprofundamentos de alguns conceitos e noções fornecidos pelo próprio autor.

Assim, segundo Canotilho, "na cultura jurídica moderna o conjunto de *normas* jurídicas (regras + princípios) constitutivas de uma sociedade organizada é concebido como um *sistema de normas juridicamente vinculantes* (sistema jurídico)"⁴⁵⁰.

Ele concebe o *sistema jurídico* nestes termos: "... o direito constitui um *sistema* quando se reconduz, formal e procedimentalmente, a uma idêntica *norma fundamental*." E dessa concepção de sistema jurídico, pode-se deduzir, segundo seus ensinamentos literais, que o sistema jurídico brasileiro assenta numa "norma fundamental positiva" - a Constituição - que, por sua vez, 'delega' a outros órgãos (legislativo, judiciário e administração, bem como particulares) o poder de produzir outras categorias de normas (leis, sentenças, atos administrativos, atos de vontade privada etc.). Nessa perspectiva, Canotilho toma o direito como um sistema dinâmico de normas.⁴⁵¹

Nessa linha de pensamento, o ponto de partida para compreensão de uma dogmática do direito constitucional - referida à inteligibilidade da Constituição brasileira - seria o seguinte: *o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito brasileiro* é um *sistema normativo aberto de regras e princípios*. Essa idéia exige desenvolvimentos explicativos.⁴⁵²

Primeiro, é *sistema jurídico* porque é um sistema de normas, nos moldes antes esboçados (sistema dinâmico de normas). Segundo, "... é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica*, (...) traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça.'. Terceiro, "... é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas⁴⁵³ referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*." Quarto, "... é um *sistema de regras e princípios*, pois as normas do

⁴⁵⁰ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, 5 ed., ob. cit., p. 48.

⁴⁵¹ Idem, p. 49.

⁴⁵² Esse parágrafo, *mutatis mutandis*, reproduz a íntegra das palavras de Canotilho sobre o sistema jurídico português, cf. ob. cit., p. 171.

⁴⁵³ Canotilho aponta obra de Luhmann para fundamentar sua colocação no que tange à expressão "estruturação de expectativas através de normas". A obra apontada é *Rechtssoziologie*, p. 80, que tem tradução portuguesa. Assim, como a colocação feita invoca um complexo de conceitos que só o texto do autor alemão desvenda - dada a sua originalidade (Ferraz Jr.) - , indicam-se as páginas 42 a 162 de *Sociologia do Direito I*, [*Rechtssoziologie I*], trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983, 252 p., para compreensão dessas complexas idéias.

sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras*."⁴⁵⁴

Após desfilar essas idéias, Canotilho salienta que na moderna constitucionalística "... à riqueza de formas da constituição corresponde a multifuncionalidade das normas constitucionais. Ao mesmo tempo, *aponta-se para a necessidade dogmática de uma clarificação tipológica da estrutura normativa* [das constituições contemporâneas]." (itálico e colchetes acrescentados)⁴⁵⁵. Essa classificação tipológica abre-se para o tratamento teórico e dogmático das regras e princípios como espécies do gênero norma de direito. Ou melhor, nos quadrantes da proposta dogmática (e teórica) de Canotilho, as *normas constitucionais* constituem-se de *regras constitucionais* e de *princípios constitucionais*, que se relacionam de modo sistêmico-estruturante⁴⁵⁶ (negrito e itálico acrescentados).

Essas regras e princípios constitucionais é que permitem a "descodificação" da estrutura sistêmica da constituição, isto é, possibilitam a compreensão da constituição como *sistema aberto de regras e princípios*.⁴⁵⁷

Muito elucidante é o discurso de Canotilho para justificar esse modelo teórico-jurídico adequado para a compreensão do sistema constitucional. Por razões que de *per si* se justificam, expor-se-á a íntegra de suas pontificações, embora um tanto alongadas:

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

O modelo ou **sistema baseado exclusivamente em princípios** (...) levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a

⁴⁵⁴ Para todos os pontos expostos no parágrafo, ver Canotilho, ob. cit., p. 171.

⁴⁵⁵ Idem, p. 171-2.

⁴⁵⁶ Cf. o conjunto de colocações expostas nas páginas 171 a 198, da ob. cit., de Canotilho.

⁴⁵⁷ Idem, p. 174.

dependência do 'possível' fático e jurídico, só **poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema**. Daí a proposta aqui sugerida:

(1) - o sistema jurídico carece de *regras* jurídicas: a constituição, por ex., deve fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral activa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de optimização: um cidadão é ou não é maior aos 18 anos para efeito de direito de sufrágio; um cidadão 'só poder ter direito à vida';

(2) - o sistema jurídico necessita de *princípios* (ou valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de optimização abertas a várias concordâncias práticas, ponderações, compromissos e conflitos⁴⁵⁸.

(3) - em virtude da sua 'referência' a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da 'justiça', da 'ideia de direito', dos 'fins de uma comunidade'), os princípios têm uma *função normogenética* e uma função sistêmica: são fundamento de regras e têm uma *idoneidade irradiante* que lhes permite 'ligar' ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional.

(4) - as 'regras' e os 'princípios', para serem activamente operantes, necessitam de *procedimentos* e *processos* que lhes dêem operacionalidade prática (...): o direito constitucional é um sistema aberto de normas [diga-se, regras] e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action*, para uma '*living constitution*'.⁴⁵⁹ (negrito e colchetes acrescentados)

Essa postura principialista reveladora da estrutura sistêmica da constituição aponta para uma dimensão processual da lei fundamental⁴⁶⁰, que se desenvolve através de princípios e de regras. E essa dimensão tem particular importância "... não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos⁴⁶¹ (...), mas também porque permite *respirar, legitimar, enraizar e caminhar* o próprio sistema." Descodificam-se os quatro verbos referidos, através das palavras literais de Canotilho:

⁴⁵⁸ Entre nós, para uma aproximação mais exata das idéias de "concordância prática", "ponderação" e "conflitos", ver Stumm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, ob. cit., especialmente, p. 58-60 e 76-93; Barros, *O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e o Controle das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, ob. cit., p. 68-72; Marques Neto, *O Conflito entre Princípios Constitucionais*, ob. cit.

⁴⁵⁹ Cf. Canotilho, ob. cit., p. 174-6.

⁴⁶⁰ Essa concepção processual da constituição, ou seja, tomar a constituição como processo público, operado por regras e princípios, é explicitada, entre nós, por Guerra Filho, no cap. 1, "A Constituição como Processo" (p. 07-37), de seus *Ensaio de Teoria Constitucional*, ob. cit.

⁴⁶¹ Adiante, no item "Densidade, abertura e concretização dos princípios constitucionais" deste capítulo, serão expostas as idéias relativas a uma metódica concretizadora da constituição.

"A respiração obtém-se através da 'textura aberta'⁴⁶² dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem *valores*, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos *processuais* e *procedimentais adequados*, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática⁴⁶³ (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição."⁴⁶⁴

Esses conceitos e idéias relativas à estrutura sistêmica da constituição, se postos a serviço de uma doutrina do Direito Constitucional (a exemplo de um discurso que tendesse a explicitar a estrutura sistêmica da Constituição brasileira), conduzem para uma dogmática principialista estruturante, nos termos expostos no item anterior da presente dissertação. Veja-se, nas palavras literais de Canotilho, a dedução desta assertiva:

"A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno⁴⁶⁵ assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em *subprincípios* e *regras constitucionais* concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferentes grau de concretização (= diferente densidade semântica)."⁴⁶⁶

⁴⁶² A categoria "textura aberta" utilizada por Canotilho reconduz-se a Hart, em *O Conceito de Direito*, ob. cit., especialmente cap. VII, seção 1, "A textura aberta do Direito" (p. 137-49), como é lícito precisar e comparar desde que respeitadas as adaptações teóricas devidas: de um positivismo analítico na Teoria do Direito para um pós-positivismo principialista no Direito Constitucional. Canotilho utiliza a categoria "textura aberta", nas p. 189-98 de seu *Direito Constitucional*, 5 ed., em que problematiza as relações entre a "Textura Aberta e a Positividade Constitucional".

⁴⁶³ A idéia de "realização prática do Direito", ao lado das categorias "concretização" e "densificação" (que serão expostas adiante), também pode auxiliar à compreensão da normatividade dos princípios constitucionais. Assim, destaca-se texto interessante ao assunto - para indagações mais amplas e transcendentais aos limites metodológicos da presente dissertação - de autor português muito referido por Canotilho: A. Castanheira NEVES, "O Actual Problema Metodológico da Realização do Direito", *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial, tomo III, 1991, p. 12-58 (estudos em homenagem ao Prof. Dr. Antonio de Arruda Ferrer Correia).

Observa-se que Neves, nesse texto, preocupa-se com a realização do Direito como atividade institucional e como atos pelos quais se decidem normativo-juridicamente questões jurídicas concretas, os chamados "casos jurídicos". Para ele o *direito normativamente considerado*, o *caso concreto* e a *mediação decisória* são as coordenadas de sua problemática. Portanto, sua atenção volta-se, preponderantemente, à atividade *judicativa*, mais próxima da atividade judicial e tangente, em muitos aspectos, da atividade administrativa.

⁴⁶⁴ Cf. Canotilho, ob. cit., p. 176.

⁴⁶⁵ A idéia de "sistema interno" quer dizer que os princípios e as regras de maneira estruturada, entre eles, formam, na constituição, um sistema, um *sistema interno* formal e materialmente distinto do *sistema jurídico global*, porém com esse articulado, em termos hierárquicos e estruturantes. A idéia de sistema interno será mais bem desenvolvida adiante, quando se passar à explicitação das seguintes categorias: *princípios estruturantes*, *princípios constitucionais gerais*, *princípios constitucionais especiais* e *regras constitucionais*.

⁴⁶⁶ Cf. Canotilho, ob. cit., p. 180.

Assim, diante da concepção de sistema aberto elucidada por Canotilho, percebe-se a complexidade e a largueza das questões relativas à problemática dos princípios constitucionais e sua conceituação. E mais: percebe-se quão grande deve ser o esforço teórico e dogmático no desiderato de estabelecer a normatividade dos princípios constitucionais, enquanto conceito e norma de direito. Outra conclusão decorrente aponta para a seguinte tese: para extrair-se da idéia de princípios constitucionais toda a sua *normatividade mediata* e *normatividade concreta*⁴⁶⁷ (possíveis), é necessária uma construção teórico-dogmática constitucionalmente adequada, que possa dar cabo explicativo de todos (ou maior número possível) os elementos normativo-categoriais de uma constituição positiva, concreta, temporal e espacialmente situada.

Agora, tomando essas idéias como paradigma na revisão do discurso principialista constitucional brasileiro, pode-se destacar alguns limites teóricos e metodológicos das contribuições nacionais. Em primeiro plano, todos os juristas pesquisados, de maneira lógica e abstrata, retratam concepções de sistema mais ou menos idênticas, sem aprofundá-las até as conseqüências analíticas e estruturantes de Canotilho. Ou seja, apenas mencionam, mais do que explicam e problematizam, a idéia de sistema constitucional como sistema composto e estruturado, funcionalmente, por regras e princípios. Tomam a idéia de sistema como uma categoria apriorística, de cujo enunciado apenas se servem para, superficial e brevemente, desenvolver explicações sobre o conceito de princípios constitucionais. Não retiram desta categoria a força potencializante explicativa (teórica e dogmática) engendrada por Canotilho, para dar operacionalidade ao sistema constitucional. Em outros termos: no discurso dos juristas analisados, o conceito de sistema não é nuclear e fundamental à explicitação do conceito de princípios constitucionais, e sim periférico e incidental.

⁴⁶⁷ *Normatividade mediata e concreta*, nos termos que expõe Canotilho, na p. 229, da ob. cit. Tendo em mira as idéias por ele empreendidas, pode-se concluir o seguinte: o princípio constitucional, enquanto "regra geral e abstrata" (aqui, regra como categoria lógica-deôntica e não proposição normativa) estabelecida, passará da normatividade mediata (assento positivo na constituição) à normatividade concreta, quando o processo concretizador o transformar em *norma de decisão*.

Em termos ainda mais elucidantes, vejam-se as palavras literais de Canotilho:

"Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a 'medida de ordenação' nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar etc.); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, um norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma *normatividade actual e imediata* através da sua 'passagem' a *norma de decisão* que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa (...)." Cf. ob. cit., p. 229.

Não obstante, salienta-se que Galvão e Bastos referem-se, brevemente, sem grandes conseqüências explicativas, à idéia de constituição como "sistema de normas e princípios". Porém, nota-se, fazem-no com base na metodologia tradicional, já superada pelas novas construções do pós-positivismo e mesmo pelos recentes trabalhos de Canotilho. E mais: ao que parece, pelo estudo realizado, o modelo mais conseqüente em termos sistêmicos (se é que se pode assim enquadrá-lo, mesmo *mutatis mutandis*), adotado no Brasil, e um pouco próximo das idéias canotilhianas, é o de Bandeira de Mello, na seara jusadministrativa, como foi visto no capítulo segundo.⁴⁶⁸

02. Teoria e Dogmática dos Princípios Constitucionais

A compreensão do conceito de princípio constitucional, na obra de Canotilho, implica dois níveis de linguagem: um teórico e outro dogmático. Pelo primeiro, pode-se tematizá-lo a partir das idéias, das explicações teóricas e das noções especulativas que constituem uma *summa genera* do pensamento canotilhiano, destinada a explicar os princípios independentemente de uma ordem jurídica dada, ao modo de uma *teoria geral dos princípios constitucionais*⁴⁶⁹; já pelo segundo nível de linguagem, colhe-se de sua interpretação e atividade compreensiva do Direito Constitucional português conceitos

⁴⁶⁸ O que se sobressai nesse autor é a estrutura funcional que o conceito de princípios assume em sua narrativa. Ele deseja, através deles, traçar, em termos metódicos e normativos, o que chama de regime jurídico-administrativo, regime que define as linhas mestras, os conceitos basilares e as normas designantes do Direito Administrativo, com fortes e impostergáveis raízes na constituição. Há, de certa forma, uma salutar preocupação analítica em seu pensamento, tributário, como ele por vezes confessa, da doutrina de Hans Kelsen. Enfim, dos autores pesquisados, é o que melhor ressalta a idéia de princípio para o conjunto de suas preocupações teóricas e dogmáticas.

⁴⁶⁹ Esse trabalho não se aprofundou a ponto de analisar a bondade ou a maldade, ou mesmo da viabilidade teórica ou metodológica, de se pensar uma "teoria geral dos princípios constitucionais". Ao que parece, os princípios, para serem adequadamente compreendidos, exigem tematização ao lado das regras (e até dos valores, para quem os aceita como categoria autônoma). E princípios e regras, como espécies de normas constitucionais, inserem-se, metodologicamente, numa teoria da norma constitucional. Ademais, nenhum dos autores pesquisados e mesmo Canotilho, dispenderam uma linha sequer endereçada a esta preocupação. Somente Bonavides referiu-se a "teoria dos princípios", sem, no entanto, pretender dizê-la como um conjunto de postulados prontos e acabados que pudessem, a modo de uma "teoria geral", explicar todos os meandros da problemática principiológica. Todavia, essa questão parece digna de reflexões.

Para não deixar a questão em termos plenamente incógnitos, traz-se à colação os conceitos de teoria e metateoria de Canotilho:

"I. *Teoria*: sistema de definições, leis, axiomas, com ajuda dos quais se tentam compreender determinados fenómenos (ex.: o fenómeno do Estado através de teorias dos Estado; o fenómeno partidário através de teorias sobre partidos e sistemas eleitorais).

II. *Metateoria*: designa um conjunto de reflexões ou de proposições teóricas (ex.: as 'teorias de constituição' são um conjunto de proposições de natureza teórica sobre o conceito de constituição)." Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., ob. cit., p. 04-05.

fundados sobre essa ordem jurídica concreta, que, não obstante, muito se assemelha a nossa ordem constitucional brasileira.⁴⁷⁰

Todavia, os dois níveis não apresentam nenhuma contra-indicação metódico-constitucional.⁴⁷¹ E mais: além de ambos se entrecruzarem mostrando que a linha limítrofe entre "dogmática" e "teoria" é tênue e variável, apenas as caracterizações conceituais em torno dos *princípios fundamentais* se originam de uma observação peculiar da Constituição portuguesa. Os demais desenvolvimentos são perfeitamente consentâneos para posicionamentos teóricos de cunho genérico⁴⁷², ainda que edificados sobre considerações de Canotilho endereçadas à compreensão do Direito Constitucional português.

Esta parte do presente capítulo objetiva fixar a idéia de normatividade dos princípios constitucionais, no âmago do pensamento canotilhiano. Ou melhor, colima esclarecer como os princípios adquirem operatividade normativa concreta, como chegam a *status* normativo regulatório de situações carecedoras de solução normativa (leis, atos administrativos e sentenças). Para isso, foram desenvolvidos os itens expositivos "força normativa imediata dos princípios", "densidade, abertura e concretização dos princípios constitucionais", bem como o de "antinomias e tensões entre princípios" e "a constituição como sistema interno". E mais: para uma compreensão específica, tipológica e conceitual, da idéia de princípios constitucionais, estabeleceram-se os tópicos "questões em torno do conceito de princípio como norma constitucional" e "tipologia de princípios e de regras". Porém, cumpre esclarecer que todos os tópicos, como seria de se esperar, tanto elucidam a normatividade dos princípios constitucionais como sua conceituação, embora possuam esferas discursivas próprias e objetos peculiares.

No presente trabalho, como se especificou na introdução, parte-se da premissa que a obra de Canotilho, ao menos entre os autores de língua portuguesa, atende deveras a necessidade de clarificação conceitual dos princípios constitucionais e a perspectivação adequada de sua normatividade.

⁴⁷⁰ Cf. Caio TÁCITO, "Radiografia da Constituição", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 196, abr./jun. 1994, p. 01-06, quando afirma que a Constituição de 1988 teve como paradigma, de certa forma, o modelo da Constituição portuguesa de 1976.

⁴⁷¹ Ver, no primeiro capítulo, item 4.6., digressões explicativas sobre teoria, dogmática e metódica constitucionais.

⁴⁷² Para aprofundadas reflexões quanto a "relação teoria e dogmática" - de resto muito importante no que toca ao tema dos princípios constitucionais -, ver o texto de Luiz Alberto WARAT, "Sobre la Dogmatica Juridica", *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, ano I, 2º sem. 1980, nº 02, p. 33-55.

02.1. *Questões prévias em torno do conceito de princípio como norma constitucional*

Para aproximar ainda mais da compreensão da proposta principialista de Canotilho, é preciso indagar sobre o seu *conceito de princípio como norma constitucional*. E a resposta para tal pergunta, nos quadrantes de suas proposições, reenvia-se para a elucidação de algumas categorias e noções que são prévias à inteligibilidade do conceito em questão: (a) a *norma*; (b) a *norma constitucional*; (c) *princípio*; (d) *regra* e (e) a *noção de princípio constitucional como princípio de constituição escrita*.

Para se compreender a primeira categoria (a), é preciso conhecer, preliminarmente, a rigorosa distinção, exposta por Canotilho, entre a *norma* e a *formulação da norma* ("enunciado lingüístico", "disposição", "texto"), para evitar o que chama de confusão lexical. A *formulação da norma* é qualquer disposição ou enunciado que integre um "texto normativo" (o que chama de "fonte de direito"), qualquer parte de um *texto ainda a interpretar*. Nessa perspectiva a disposição ou preceito (*formulação da norma*) é objeto da interpretação, enquanto a *norma* é o produto dessa interpretação, ou seja, é parte de um *texto interpretado*. Assim, *a norma será qualquer enunciado que constitua o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição (fragmento de disposição, combinação de disposições, combinação de fragmentos de disposições)*⁴⁷³.

Dessa afirmação, é importante assinalar, resultam importantes conseqüências práticas, desmitificadoras de concepções literalistas,⁴⁷⁴ que identificam a norma com a disposição inclusa num artigo, inciso ou alínea de lei: uma única disposição pode conter várias normas; várias disposições associadas podem fundar uma única norma; e até, segundo Canotilho, pode haver normas sem enunciados lingüísticos - são as que se podem deduzir da articulação (interpretativa) de várias disposições⁴⁷⁵, ou ainda, como algumas "normas principiais", que não resultam de nenhuma das atitudes metódicas anteriores, e são fruto do "direito", produzido mediante o que chama de *integração/concretização*.⁴⁷⁶

⁴⁷³ Cf. *Direito Constitucional*, 5 ed, ob. cit., p. 209 e *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 47.

⁴⁷⁴ Dedução de uma passagem muito elucidativa: "O recurso ao 'texto' para se averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre *texto* e *norma*. Isto é assim, mesmo em termos lingüísticos: o texto da norma é o 'sinal lingüístico'; a norma é o que se 'revela', 'designa'." Cf. *Direito Constitucional*, 5 ed., p. 225.

⁴⁷⁵ Cf. *Fundamentos...*, p. 48.

⁴⁷⁶ Cf. *Direito Constitucional*, 5 ed., p. 214. Em momento expositivo próprio, serão expostas categorias e conceitos que explicitam a idéia de concretização constitucional.

Quanto à categoria (b) *norma constitucional*, leciona Canotilho:

"Por norma constitucional entender-se-á aqui um modelo de *ordenação* juridicamente vinculante, orientado para uma concretização material e constituído: (1) por uma medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos (*programa normativo*); (2) por uma constelação de dados reais (*sector ou domínio normativo*)."⁴⁷⁷

Para entender-se melhor essa definição, é preciso descodificar alguns de seus elementos:

(b.i.) o termo "concretização" designa o procedimento técnico que faz com que do texto da norma chegue-se até a norma de decisão (a norma jurídica concreta), que haverá de resolver um caso concreto submetido ao juízo do sujeito concretizante (legislador, administração, juiz, particular) - diga-se, ainda, que para Canotilho concretização não é igual a interpretação do texto da norma, ela é, sim, a "*construção da norma jurídica*" concreta⁴⁷⁸;

(b.ii.) "O **programa normativo** não é apenas a soma dos dados linguísticos normativamente relevantes do texto, captados a nível puramente semântico. Outros elementos [de interpretação] a considerar são : (1) a sistemática do texto normativo, o que corresponde tendencialmente à exigência de recurso ao elemento sistemático ; (2) a *genética* do texto; (3) a *história* do texto; (4) a *teleologia* do texto."⁴⁷⁹ (negrito e colchetes acrescentados)

(b.iii.) O *sector ou domínio normativo* aponta para o *referente* do texto constitucional, para um universo material, constituído por uma quantidade de determinados elementos de fato (dados reais), que podem ser de diferentes naturezas (jurídicos, económicos, sociais, psicológicos, sociológicos etc.).⁴⁸⁰

Por sua vez, a (c) categoria "princípio" é assim definida:

"Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de 'tudo ou nada'; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', fáctica ou jurídica."⁴⁸¹

⁴⁷⁷ Idem, p. 209.

⁴⁷⁸ Idem, p. 208.

⁴⁷⁹ Cf. *Direito Constitucional*, 6 ed., p. 220.

⁴⁸⁰ Cf. palavras literais do autor. Idem, p. 221.

⁴⁸¹ Cf. *Direito Constitucional*, 5 ed., p. 545.

Importante, dentro dessa perspectiva, assinalar a (d) idéia de regra, já que integra as teorizações de Canotilho, e é uma categoria operacional do presente trabalho. Assim, "regra" é entendida com a seguinte definição:

"(...). *Regras* - insista-se neste ponto - são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proibem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (*direito definitivo*)."⁴⁸²

A concepção de princípios enquanto normas constitucionais, dentro das elucidacões acima feitas, passa, sem dúvida, pelo "lugar" desses princípio no âmago da constituição escrita: estarão eles assentados somente no texto da constituição ou existirão os chamados princípios constitucionais implícitos ou deduzidos, tão referidos e pouco explicados, pelo discurso jurídico brasileiro? É claro que a resposta a esta indagação foi, de certo modo, já adiantada, quando se explicitou a diferença entre *norma* e *formulação da norma*.

No entanto, para compreender com mais vagar a questão neste momento argüida, é preciso expor uma preocupação de Canotilho, que, pelo que se constatou, é uma constante em seu pensamento, e uma de suas "bandeiras" metodológicas (se é lícito usar dessa figura, para sublinhar seu pensamento). São muitos os momentos em que esse autor revela uma de suas nucleares preocupações metódicas: a constituição deve ser compreendida como um sistema de normas positivas (não numa perspectiva positivística), e não como ordem constitucional reconduzível a valores suprapositivos, apriorísticos e autônomos em relação aos textos constitucionais democraticamente convencionados⁴⁸³.

⁴⁸² Idem, p. 544.

⁴⁸³ Para uma crítica à idéia de sistema constitucional como ordem jurídica de valores, no sentido do texto, ver de Canotilho: *Externalização ou Internalização da Justiça Constitucional. Introversão ou Extroversão da Legitimidade Processual Constitucional*, ob. cit., p. 08-10; *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit., p. 199-200, 267-9; ---. "Teoria da Constituição de 1976: Desenvolvimento ou Revisionismo Constitucional?". *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXV, 1989, p. 497-540, p. 517-8; *Direito Constitucional*, 5 ed., ob. cit., p. 154. Para verificação do sentido não positivista de sua ponderação e para inteligibilidade de sua idéia de constituição como "lei fundamental democraticamente pactuada", ver, em termos aproximados, *Dizer a Norma nas Questões de Trabalho*. Porto Alegre: texto de conferência proferida por ocasião do V CONAMAT - Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho, 15 p, p. 13-5.

Para o constitucionalista português:

"A teoria da ordem ou sistema é um dos muitos argumentos retóricos de natureza holística desenvolvidos pela jurisprudência alemã e com a qual, numa amálgama de componentes românticos, organicistas e hegelianos ('totalidades' ou 'totalizações'), se procura encontrar a estrutura orgânica, totalidade espiritual, universo cultural e unidade, preexistentes aos preceitos isolados da constituição. A partir de uma pré-compreensão (nem sempre confessada: os direitos fundamentais como expressão de um sistema de 'bens', 'valores' ou 'cultura') confere-se valor positivo e suprapositivo a uma 'ordem de valores' que já nem sequer cuida da sua 'restrição semântica' (ex: referência 'positiva' ao sistema positivo dos direitos fundamentais). O 'sistema de valores', a 'ordem de valor geral', a 'decisão valorativa', os 'valores fundamentais' surgem, assim, como uma 'sintaxe' constitucional, pertencente a

Isso implica afirmar que os princípios constitucionais devem ter uma referência positiva, reconduzindo-se ao bojo do sistema de normas postas. Ou seja, como se firmou na nota de rodapé anterior, deve-se partir de um ponto de vista positivo-normativo, do texto da constituição, para chegar aos princípios constitucionais, tanto os expressos como os implicitamente considerados. E a atitude metódica a ser levada em conta, deve ter como limite as disposições do texto constitucional; deve levar em conta possíveis extrações dos enunciados do texto. E para isso, é claro, deve servir-se o intérprete de uma metódica constitucionalmente adequada, como se verá mais adiante. A ressalva para esse ponto deve-se ao fato de que mesmo adotando a procura de princípio no sistema constitucional positivo, se não houver uma postura metódica adequada, o intérprete pode iludir-se ou iludir, no seguinte sentido: o princípio que *encontrar* pode não ser *descoberto* no texto constitucional, mas em instância valorativa fundada em subjetivismos, em posturas axiológicas, ideológicas, ou outras formas de subjetividade *interpretativa*, que frustrem a tendencial objetividade exigível na atividade de *extração* dos princípios da ordem constitucional positiva.

Em outras palavras: não bastará, para o intérprete da constituição, uma *alusão* de que sua postura é corolária de um ponto de vista normativo. É preciso que a metódica que a fundamente também o seja, e que os resultados alcançados a corroborem: princípios expressos ou implícitos, somente os consignados na constituição.

Veja-se o que diz Canotilho sobre isso⁴⁸⁴:

um outro texto que não o da lei fundamental. Neste trabalho [sua tese doutoral], parte-se de uma tendencial rigidez da constituição como texto normativo-positivo, com 'densidade' e 'abertura' variada, aberto a um processo de concretização gradativo, onde podem ser introduzidos factores político-jurídicos e teórico-constitucionais, **mas em que os *topoi* de concretização devem ser primariamente extraídos das normas constitucionais.**" (negrito e colchetes acrescentados) Cf. *Constituição Dirigente...*, p. 267-8.

Em termos mais recentes e complementares a essas colocações, asseverou CANOTILHO:

"A perspectiva metodológica aqui adoptada (...) não é *antipositivista*, antes assenta na normatividade da Constituição (...). Fundamentalmente, adopta-se um ponto de partida normativo, pois é a Constituição (as normas *postas* pela Constituição) que regula e estabelece os princípios jurídicos e os princípios políticos fundamentais, que modela as instituições, que garante direitos e deveres, que impõe fins e tarefas. A ciência do direito constitucional trabalha a partir do direito positivamente normado (não a partir de valores, de decisões, de problemas ou factos independentes das normas). Conseqüentemente, é a partir das normas jurídico-constitucionais que se deve captar a *normatividade*, ou seja, o *processo* (não qualidade de normas) regulativo." Cf. *Direito Constitucional*, 5 ed., p. 154.

⁴⁸⁴ Canotilho fala sobre isso, com todas as letras, somente ao discorrer sobre o sistema de controle de constitucionalidade. No capítulo destinado a tratar de princípios, não especificou essa questão. Os autores brasileiros, no entanto, ao tratarem dos princípios constitucionais, são peremptórios ao afirmarem a positividade dos princípios constitucionais implícitos, sem, porém, abordarem os problemas ou a explicação metodológica procedida pelo mestre de Coimbra. Acredita-se, pela análise de vários textos do mestre português, que sua preocupação com a "ordem de valores" (fragilizadora da ordem constitucional positiva) fora tão grande que, para não ocasionar impressões fáceis e aligeiradas, não tematizou os princípios constitucionais não-escritos da forma como nossos autores o trataram, tendo em mente as ilusões possíveis, decorrentes de posturas semelhantes.

"Mas o que deve entender-se por *princípios consignados* na constituição? Apenas os princípios constitucionais escritos ou também os princípios constitucionais não escritos? A resposta mais aceitável, dentro da perspectiva principialista (...), é a de que a consideração de princípios constitucionais não escritos como elementos integrantes do bloco da constitucionalidade só merece aplauso relativamente a princípios reconduzíveis a uma *densificação ou revelação específica* de princípios constitucionais positivamente plasmados."⁴⁸⁵

Nessa linha, Canotilho aceita a tese de um Direito Constitucional não escrito, que fundamenta, em última instância, as idéias subjacentes no acima afirmado. No entanto, esse direito não escrito é encarado apenas como função de complementação, integração e desenvolvimentos das normas constitucionais escritas⁴⁸⁶. Assim, muitos princípios constitucionais não escritos são produtos da atividade integradora no Direito Constitucional, fruto da colmatação de lacunas, pois ele entende que a integração constitui-se numa explicitação de normas implícitas;⁴⁸⁷ ou ainda, da complementação de várias disposições e idéias consagradas no texto, que permitem entrever princípios constitucionais não-escritos.

Evidencia-se a importância de tais questões pelos seus próprios enunciados de resposta, para a elucidação do princípio como norma constitucional. Pode-se dizer que a ausência dessas colocações torna claudicante uma tentativa de conceituação constitucionalmente adequada de princípio constitucional, já que a pré-compreensão das categorias "norma", "norma constitucional", "princípio", "regra", "princípios escritos e não escritos na constituição" são essenciais a uma apropriada compreensão de princípio como norma constitucional.

Dos autores brasileiros pesquisados, poucos preocuparam-se com essas questões, nos termos em que foram postas por Canotilho. Destacam-se as colocações dos seguintes juristas, convergentes, em parte, com a idéias do autor português: Paulo Bonavides, Eros Grau e Denize Stumm que propuseram, clara e expressamente, definições das idéias de princípio e regra, como espécies normativas do gênero norma constitucional, e os demais autores apenas referiram essas idéias, sem, todavia, precisá-las devidamente (chegando alguns, como se viu, sobrepor norma a princípio); Elival da Silva Ramos, salientou a idéia de

⁴⁸⁵ Cf. *Direito Constitucional*, 6 ed., ob. cit., p. 980-1.

⁴⁸⁶ Cf. *Direito Constitucional*, 5 ed., ob. cit., p. 71. Ver, na mesma obra, p. 361, a idéia de princípios expressos e implícitos, como decorrentes do princípio estruturante "estado de direito". Também, no mesmo sentido, mas em termos alongados, ver a primeira edição de *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1977, 448 p., p. 189-90.

⁴⁸⁷ Cf. deduções de *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 59.

que "... o dispositivo escrito não se confunde com a norma (...)", o que se aproxima da diferença entre "norma" e "formulação da norma".⁴⁸⁸

Quanto ao conceito de norma constitucional, em nenhum dos autores brasileiros aparece com a clareza e a profundidade expostas por Canotilho. Aliás, a própria definição de norma constitucional ou não é realizada, ou apenas é salientada pelo característico da supremacia normativa, que a difere de outras normas de grau hierárquico normativo inferior.

Ainda, há autores, como Luiz Barroso, que chegam a vincular a concepção da norma constitucional ao característico da imperatividade⁴⁸⁹ (característico comum a toda e qualquer norma de direito), dizendo faltar caráter normativo aos preceitos constitucionais que não se esquadriharem nessa idéia. A definição de norma constitucional de Canotilho prescinde desse pensamento normativo-imperativístico, já que seu "modelo de ordenação vinculante" se endereça à concretização material, através da "articulação" interpretativa e concretizadora do "programa normativo" com o "setor normativo": técnica que, de resto, pode ser empregada sobre quaisquer normas da constituição, independentemente da sua formulação, que pode até inexistir, como se expôs. Essa posição prescinde de uma imperatividade manifesta⁴⁹⁰ da norma constitucional, que, se é que se pode assim dizer, resultará, implicitamente, não da formulação da norma, mas do processo concretizador que a retirará do plano da normatividade mediata para o da normatividade imediata: onde a norma constitucional já não será mais mero enunciado linguístico-normativo, mas sim norma jurídica concreta, regulatória de um caso real.

Sobre a existência jurídica dos princípios constitucionais não-escritos (implícitos, deduzidos etc), os autores pesquisados, de modo muito diferente do de Canotilho, são unânimes em afirmar a existência dos princípios constitucionais implícitos; em atribuir-lhes caráter e força normativos idênticos aos dos expressos etc. Porém, admitem essa posição sem questioná-la devidamente; sem tecer considerações a respeito de problemas decorrentes de uma aceitação acrítica dessa idéia. Nenhum de nossos autores se refere ao problema de uma ordem de valores supraconstitucional, como possível instância retórica de fornecimento

⁴⁸⁸ Cf. *A Inconstitucionalidade das Leis - Vício e Sanção*, ob. cit., p. 138.

⁴⁸⁹ No âmbito da Teoria do Direito, sobre a idéia de imperatividade das normas jurídicas, ver Maria Helena Diniz, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, ob. cit., p. 320-35; para uma crítica a essa concepção, ver Arnaldo Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito. Teoria da Norma Jurídica*, ob. cit., p. 139-141.

⁴⁹⁰ Imperatividade manifesta, no sentido de que resulta da própria formulação da norma a sanção que será cominada ao órgão constitucional ou particular que descumprir o mandamento normativo. Singulares exemplos desse tipo de normas, atípicas no âmbito constitucional, são as que constam nos arts. 37, § 1º, 83 e 93, IX, da Constituição da República.

de princípios constitucionais não escritos. Nenhum disserta sobre os riscos autoritários decorrentes dessa concepção, como adverte Canotilho.

Todos, com apenas duas exceções, são unânimes em admitir princípios implícitos, sem explicar o processo metódico de obtenção desses princípios: a primeira exceção, Eros Grau, afirmando que podem os princípios gerais do Direito (que para ele são os implícitos) ser extraídos tanto do Direito Natural quanto descobertos no Direito Positivo, acaba por admitir a tese da não-transcendência dos princípios jurídicos, admitindo-os apenas como descobríveis *na* ordem jurídica positiva; Bonavides afirma que os princípios gerais do Direito, como princípios implícitos, devem constituir-se nos princípios gerais de determinado ordenamento, para que a evocação desses não seja arbitrária e não permita a introdução de normas exóticas, que poderão destruir a ordenação jurídica.

Essas preocupações, de algum modo, apontam para a preocupação pós-positivista de Canotilho: princípios, somente os consignados de forma expressa ou implícita na Constituição. Todavia, o discurso desses dois autores, assim como dos demais, não se fundou sobre duas premissas sólidas e muito elucidativas: (i) diferença entre a formulação da norma e a norma; (ii) e a afirmação da constituição como um conjunto de normas postas, que nega a existência de uma ordem de valores transcendente ao constitucionalmente plasmado.

02.02. Especificações dogmáticas em torno dos princípios fundamentais

Esse tópico, no presente trabalho, é imprescindível para organizar alguns elementos teóricos destinados a iluminar uma formulação dogmática constitucionalmente adequada do conceito de princípios fundamentais, em face dos enunciados normativos integrantes do tít. I, da Constituição.

Assim, em doutrina do Direito Constitucional relativa aos "Princípios Fundamentais", intitulados na Constituição portuguesa, Canotilho traça elucidativas colocações em torno desses princípios constitucionais. Colocações aplicáveis à compreensão de nossa Constituição, que no seu título I tratou dessa categoria normativo-constitucional. Em virtude disso, servindo-se das linhas gerais traçadas pelo autor, será lícito utilizar muitas de suas ponderações para inteligência dos "Princípios Fundamentais", redirecionando-as, quando possível, ao nosso texto constitucional vigente.⁴⁹¹

⁴⁹¹ Atitude própria ao método do Direito Constitucional comparado. Especificamente: doutrina comparada. Essa postura metódica, nesse momento, é inspirada em passagens de Jorge Miranda, especialmente estas: "Mais talvez do que qualquer outro setor de estudos jurídicos, está a ciência do Direito constitucional interessada na comparação." (p. 43-4). "A contribuição da comparação é, em regra, mais forte no Direito

Quando se abordou o ponto "dogmática principialista estruturante", foram adiantados elementos conceituais próprios aos princípios fundamentais. Aqui, cumpre expor outros desenvolvimentos, adequados a uma melhor elucidação de sua problemática.

Primeiramente, Canotilho faz distinção o que chama de *princípios fundamentais iniciais* e *princípios fundamentais dispersos*. Os primeiros são aqueles expressamente consagrados em segmento específico da Constituição⁴⁹². Por sua vez, os *princípios fundamentais dispersos*, embora não integrando o título específico (o "lugar" inicial) próprio aos *princípios fundamentais iniciais*, e estando dispersos ao longo do texto constitucional, identificam-se com os princípios fundamentais, por identidade de natureza jurídica. Ou seja: por definirem e caracterizarem a coletividade política e o Estado e enumerarem as principais opções político-constitucionais, tal como os princípios fundamentais iniciais. A primeira conclusão decorrente dessa classificação é de que a Constituição, muito embora possua um título específico para os chamados princípios fundamentais, nele não esgota a existência jurídica desses princípios⁴⁹³.

Os *princípios fundamentais dispersos* não são novos ou autônomos relativamente aos *princípios fundamentais iniciais*. Ao contrário, estão em íntima conexão aqueles com esses. Muitos *princípios fundamentais dispersos*, freqüentemente, se apresentam como concretização ou *dimensões necessárias* dos *princípios fundamentais iniciais*. Desse modo, os *dispersos* apresentam-se como derivações ou reflexos dos *iniciais*⁴⁹⁴.

constitucional do que em qualquer outro ramo de Direito." (p. 47). Cf. "Sobre o Direito Constitucional Comparado", *Revista de Direito Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, nº 09, p. 34-58.

Para análise específica da Constituição vigente, que aponta os seus muitos pontos similares à Constituição portuguesa, entre eles o Tit. dos "Princípios Fundamentais", ver Ana Lúcia de Lyra Tavares, "A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os Comparatistas.", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, a. 28, nº 109, jan./mar., 1991, p. 71/108.

Na verdade, como assevera Caio Tácito, nossa Constituição teve, de certa forma, como paradigma os modelos da constituição portuguesa de 1976 e a constituição espanhola de 1978, cf. seu texto *Radiografia da Constituição*, ob. cit., p. 02.

⁴⁹² Na Constituição brasileira, como já tantas vezes salientado, encontram-se no tit. I, os princípios fundamentais iniciais.

⁴⁹³ Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 50; e *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 70-1.

⁴⁹⁴ *Ibidem*. Exemplos fornecidos por Canotilho e adaptados ao texto brasileiro: princípio da independência dos Tribunais (arts. 92 a 99, da CR) como derivado do princípio Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*).

Para Canotilho, os "... princípios fundamentais, nas suas múltiplas dimensões e desenvolvimentos, formam o *cerne da Constituição* e consubstanciam a sua *identidade intrínseca*."⁴⁹⁵

Os princípios fundamentais, segundo o constitucionalista, não são homogêneos quanto ao conteúdo e ao objeto, e dividem-se em três grupos:

(1) "- o primeiro é constituído pelas chamadas *opções políticas fundamentais* conformadoras da Constituição (...)", e abrange, por exemplo, o princípio da *independência nacional* (art. 4º, I), o *princípio democrático* (preâmbulo, arts. 1º, § único e 14) e as opções normativo-principiais quanto ao sistema político, econômico e social.⁴⁹⁶

(2) "- o segundo grupo é constituído pelos preceitos que *definem e caracterizam jurídico-constitucionalmente a colectividade política*", ou seja, definem a República e o Estado em que ela se organiza. Nesse grupo se encluem os princípios relativos a cidadania (art. 1º, II), a natureza federativa do Estado (art. 1º, 18, 25, *caput*, 29, *caput*, 32, *caput*), ao sufrágio universal (art. 14), entre outros.⁴⁹⁷

(3) "- o terceiro grupo é constituído pelos preceitos que contêm *princípios fundamentais da ordem jurídico-constitucional*, e abrange normas (...)" como as relativas ao princípio da legalidade (preâmbulo, art. 5º, II, XXXIX, 37, *caput*, 70, *caput*, 150, I) e ao da constitucionalidade, entre outras.⁴⁹⁸

Os princípios fundamentais podem ser considerados de acordo com a *especificidade* e/ou a *conjugação*, ou seja, podem ser tratados de acordo com o conteúdo específico de cada um, conforme a marca distintiva própria a cada um, ou conjugadamente, na inter-relação que se pode estabelecer entre princípios de conteúdos distintos.⁴⁹⁹

Quanto à idéia de *especificidade*, explica, exemplificando com os princípios do "estado de direito", "estado social" e "princípio democrático", dizendo que esses

⁴⁹⁵ Cf. *Constituição da República...*, ob. cit., p. 52.

⁴⁹⁶ Idem, p. 51.

⁴⁹⁷ Ibidem.

⁴⁹⁸ Ibidem.

⁴⁹⁹ Idem, p. 53-4.

princípios fundamentais (assim como os demais) não se confundem entre si⁵⁰⁰, tendo cada um a esfera normativo-material que lhes são inerentes.

Todavia, em termos de conjugação⁵⁰¹, os "... princípios actuam conjugadamente, completando-se, condicionando-se e modificando-se em termos recíprocos. Desde logo, assentam numa *base antropológica comum* - o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador - , o que aponta não apenas para o reconhecimento da dignidade humana e da autonomia individual perante o Estado (dimensão de Estado de direito) mas também para a inserção do homem livre num *processo democraticamente comunicativo* (princípio democrático) e para a garantia existencial do indivíduo nos planos econômico, social e cultural (princípio do Estado social)."⁵⁰²

Em termos de complementariedade, os princípios fundamentais também se articulam. Exemplo: "... o poder político - com domínio do homem sobre o homem - carece de uma *legitimação*, que só pode vir do povo, mas a forma democrática de legitimação exige procedimentos, formas e garantias materiais, de modo a evitar-se quer uma democracia sem Estado de direito quer um Estado de direito sem democracia. Além disso, a 'decisão democrática' e a 'forma de Estado de direito' não dispensam *medidas ou parâmetros materiais* - liberdade, justiça e solidariedade (...) - conducentes a um Estado intrinsecamente justo [Estado social]." (colchetes acrescentados.)⁵⁰³

Os princípios fundamentais, como já dito, *condicionam-se* reciprocamente, ou seja, a força normativa irradiante de um projeta-se sobre a configuração positiva e funções jurídicas de outro, e vice-versa. Exemplo: "... a forma de organização do poder político segundo o padrão da separação de poderes é justificada, em termos de Estado de direito, como uma forma de limite ao domínio estadual. Todavia, esta 'separação de poderes' tem de assentar em bases democráticas, não podendo nenhum dos órgãos do poder político ser concebido à margem da vontade popular e de ser responsável perante ela. [Conjugação entre o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático]"⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ Idem, p. 53.

⁵⁰¹ Toma-se no presente texto, a título de exemplo, para explicitar-se a conjugação e especificidade dos princípios fundamentais, as seguintes normas constitucionais: "Princípio do Estado de Direito", "Princípio Democrático" e "Princípio do Estado Social", que defluem, em primeiras linhas, do art. 1º, *caput*, da Constituição, articulados com outras disposições que densifiquem seus enunciados normativo-principiológicos. Vale lembrar que Canotilho, no plano teórico constitucional (no caso, intimamente imbricado com o plano dogmático), classifica tais princípios como princípios constitucionais estruturantes, como já visto anteriormente.

⁵⁰² Idem, p. 53.

⁵⁰³ Ibidem.

⁵⁰⁴ Ibidem.

Ainda, os princípios fundamentais podem sofrer modificação na compreensão de seus conteúdos, devido à interação recíproca que pode ocorrer entre eles. Essas modificações, no dizer de Canotilho, "... explicam *deslocações compreensivas*, na medida em que modificações relativas à compreensão do conteúdo de um princípio são susceptíveis de produzir reflexos no correto entendimento do outro." Exemplo: "... as modificações das tarefas do Estado provocaram uma mudança na concepção do Estado de direito, passando-se do *Estado liberal de direito* ao *Estado de direito social*. Em sentido idêntico, a democracia exclusivamente representativa haverá de ser completada por uma 'democracia participativa' mediante a participação de grupos sociais na tomada de decisão ou através da adopção de mecanismos ou instrumentos de democracia directa."⁵⁰⁵

Canotilho anota que dos desdobramentos da conjugação dos princípios fundamentais - complementariedade, condicionamento e modificação recíproca - resulta "... a necessidade de estabelecer operações de 'concordância prática.' E acrescenta, finalizando a questão: "A especificidade, conteúdo, extensão e alcance próprios de cada princípio não exigem nem admitem o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes reclamam a *harmonização* dos mesmos, de modo a obter-se a máxima efectividade de todos eles."⁵⁰⁶

Por último, afirma que os princípios fundamentais servem como *padrões de legitimação constitucional*. Explica: esses princípios devem ser "... compreendidos na sua ligação concreta com uma *determinada ordem jurídico-constitucional*⁵⁰⁷, historicamente situada." Assim, se determinada ordem jurídica estiver informada por princípios como o do Estado democrático de direito, pode-se tomar esse princípio fundamental como ponto de partida para "... o seu reconhecimento como ordem *justa* ou *injusta*, como democracia ou ditadura, Estado de direito ou de não-direito." Nesse sentido, segundo Canotilho, os princípios fundamentais de uma constituição "servem (...) de operadores para se aquilatar da *legitimidade ou legitimação* da ordem constitucional positiva."⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ Idem, p. 54.

⁵⁰⁶ Ibidem.

⁵⁰⁷ Essa posição reconfirma a asseveração antes feita, a respeito de uma das bandeiras metodológicas de Canotilho: negação dos princípios como categorias normativas "transcendentes", como "pontos fixos", reconduzíveis a uma ordem suprapositiva (científica, racional ou divina).

⁵⁰⁸ Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 54. A ideia de legitimidade, perspectivada no Direito Constitucional, tem recebido inúmeros enfoques dos estudiosos nacionais. Todavia, sua relação com a temática dos princípios é algo que ainda está para ser feita, ao menos entre nós. O presente trabalho, de forma brevíssima, apenas a refere, sem aprofundar-se.

No pensamento constitucional dos autores brasileiros pesquisados não se encontram desenvolvimentos dogmáticos como os traçados por Canotilho. E mais: os discursos encontrados não são suficientes para uma elucidação que permita incrementar em níveis mais acentuados a operatividade/normatividade dos princípios constitucionais fundamentais.

Apenas Afonso da Silva, Luis Roberto Barroso, Ivo Dantas e Carlos Ayres de Brito dispensaram linhas na tematização específica dos "princípios fundamentais." E diga-se: todos, sem exceção, buscaram na obra de Canotilho uma aproximação conceitual sobre o assunto, ou seja, para produzir seus desenvolvimentos dogmáticos tiveram em conta as opiniões do mestre português. No entanto, as exposições acima feitas não foram, na totalidade, tomadas em conta por esses autores, o que deixou lacunas em suas ponderações e vazios para uma tendencial compreensão mais adequada dos princípios fundamentais.

Afonso da Silva, com base em Vital Moreira e Canotilho, associa esses princípios as decisões políticas fundamentais; trata-os como normas sínteses, destacando a dimensão declarativa dos princípios estruturantes (que é também dimensão dos princípios fundamentais); elaborou classificação, de certo modo mais complexa e ampla do que a do autor português, aos dizê-los da seguinte maneira: "- princípios relativos à existência, forma e estrutura e tipo de Estado: (...); - princípios relativos à forma de governo e à organização dos

No Brasil, já foram produzidos alguns textos correlatos à temática, que poderão render material bibliográfico para trabalhos futuros:

Néviton Guedes, *Para uma crítica à concretização das normas constitucionais a partir de José Joaquim Gomes Canotilho*, ob. cit., no capítulo "Legitimidade como problema de concretização e efetividade constitucional" (p. 18-57); Paulo BONAVIDES, "A Despolitização da Legitimidade", *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, São Paulo, Brasiliense, nº 49, primavera/1988, p. 5-29 - esse texto também foi publicado em recente livro do autor, intitulado *A Constituição Aberta. temas políticos e constitucionais da atualidade*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, 310 p., p. 31-49; José Alfredo de Oliveira BARACHO, "Legitimidade do Poder", *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 70, abr./jun. 1984, p. 59-71; Antônio Carlos WOLKMER, "Uma nova conceituação crítica de legitimidade", *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2, nº 5, out./dez. 1993, p. 25-31; Raymundo FAORO, *Assembléia Constituinte - a legitimidade recuperada*, 4ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1985, 96 p.; José Eduardo FARIA, *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1985, 67 p; Eros Roberto GRAU, *A Constituinte e a Constituição que teremos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, 84 p; especialmente "A Legitimidade da Constituição" (p. 23-7) e "Notas sobre Legalidade e Legitimidade" (p. 53-75); Fábio Konder COMPARATO, "Legitimidade do poder de reforma constitucional", in Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Perspectivas do Direito Público. Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, 503 p. p. 153-74; Figueiredo, *Metodologia Constitucional*, ob. cit., capítulo II, "A Legalidade Constitucional e o Princípio da Legitimidade" (p. 30-47), e cap. III, "O Poder Constituinte Legítimo" (p. 48-60).

Canotilho tematizou a relação "legitimidade" e "constituição" em vários momentos de sua obra. Ver os seguintes textos: *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit., "Constituição e Legitimação" e "Legitimação e Mediação Legislativa" (p. 14-30); *Direito Constitucional*, 6ª ed., ob. cit., "O Problema da Legitimidade da Constituição" (p. 109-19); *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., "Padrões de legitimação constitucional" (p. 71-2).

poderes: (...); princípios relativos ao regime político: (...); - princípios relativos à prestação positiva do Estado: (...); princípios relativos à comunidade internacional (...)."; também, ao destacar a importância dos princípios para a hermenêutica das normas da constituição, salientou a dimensão constitutiva dos princípios fundamentais.⁵⁰⁹

Luiz Roberto Barroso, na mesma senda de Afonso da Silva, mais de forma mais restrita, apenas utilizou da idéia de correspondência as decisões políticas fundamentais e disse constituírem normas sínteses de outras normas que deles se desdobram e a eles se reconduzem.⁵¹⁰

Carlos Ayres de Brito foi o autor que incrementou, sob certo aspecto⁵¹¹, a tematização dos princípios fundamentais entre nós, ao dividi-los em "protfundamentais" e "fundamentais", com vistas à explicitação das cláusulas pétreas como identidade da Constituição, segundo explicou-se linhas atrás.⁵¹²

Ivo Dantas, como já foi destacado no capítulo II, item 08, repisou as seguintes idéias: alguns princípios fundamentais são limites materiais ao poder de reforma; no processo de interpretação da Constituição, esses princípios seriam determinantes. E trouxe duas novas colocações: os princípios fundamentais estariam normativamente hierarquizados em relação aos demais - o que se contesta na presente dissertação, por razões já apontadas; não é preciso títulos específicos, no texto constitucional, para que se considerem existentes os princípios fundamentais.

Tendo-se dissertado, teórica e dogmaticamente, sobre os princípios fundamentais, passar-se-á a desenvolver outras considerações de Canotilho que aplicam-se à totalidade dos princípios constitucionais encontráveis numa constituição, como a "força normativa imediata dos princípios constitucionais".

⁵⁰⁹ Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ob. cit., p. 86-8.

⁵¹⁰ Cf. Luiz Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*, ob. cit., p. 288-9.

⁵¹¹ Aspecto da elevação da normatividade dos princípios fundamentais, ao associá-los, com preciosos desenvolvimentos, aos limites materiais do poder de reforma.

⁵¹² Carlos Ayres de Brito, *As Cláusulas Pétreas e Sua Função de Revelar e Garantir a Identidade da Constituição*, ob. cit., p. 180-5.

02.03. Força normativa imediata dos princípios constitucionais

Este tópico tem por fim situar a posição de Canotilho sobre três aplicações normativas imediatas dos princípios constitucionais: (a) como fundantes de uma pretensão em juízo (administrativo ou judicial); (b) como limites ao poder de reforma constitucional; e (c) como parâmetros no juízo de constitucionalidade por ação.

Essas questões são muito importantes para a fixação da normatividade dos princípios constitucionais, pois elas suscitam, de forma direta, o quanto de força normativa imediata possuem os princípios constitucionais⁵¹³.

Quanto à primeira questão (a), Canotilho a responde nestes termos: reconhece-se, atualmente, que não é possível *fundamentar autonomamente*, através dos princípios constitucionais, "recursos de direito público"⁵¹⁴. Porém, para Canotilho, essa posição é discutível⁵¹⁵, e do conjunto de sua obra pode-se dizer que sua posição inclina-se para essa possibilidade, sem, no entanto, ter ele colocado a questão com as letras necessárias ao seu deslinde⁵¹⁶.

⁵¹³ Fala-se, aqui, de *força normativa imediata dos princípios constitucionais*, no sentido de os princípios servirem de *normas parâmetros* nos juízos de constitucionalidade (por ação e no controle das reformas constitucionais inconstitucionais - tanto pela via processual concentrada como pela via processual difusa) e *normas de decisão* nos juízos que digam o direito sobre controvérsias onde partes postulem a defesa de direitos subjetivos através de procedimentos adequados (tanto administrativo quanto judiciais), e cuja fundamentação jurídica do pedido se alicerce em princípio constitucional próprio. Neste último caso, ainda que de modo provocativo e breve, importa sublinhar a colocação do problema frente às chamadas condições da ação, no que tange ao quesito *possibilidade jurídica do pedido*: pode um princípio fundamentar, juridicamente, uma pretensão em juízo? Pode um princípio supedanear a defesa de um direito subjetivo?

⁵¹⁴ O que se pode traduzir como ações judiciais ou procedimentos administrativos onde haja partes ou interessados, como se poderia dizer segundo o jargão da processualística contemporânea.

⁵¹⁵ Cf. *Direito Constitucional*, 5 ed., ob. cit., p. 178.

⁵¹⁶ Na primeira edição de seu *Direito Constitucional*, de 1977, Canotilho tinha uma posição, ao que parece, menos animadora em relação a normatividade imediata dos princípios, como fundantes de uma pretensão em juízo. Vejamos:

"... os princípios jurídicos fundamentais carecem de uma clara delimitação e determinação de sentido, facto que leva a doutrina e jurisprudência a não assimilar estes princípios aos verdadeiros direitos constitucionais. Enquanto um direito constitucional pode ser directamente invocado em tribunal como justificativo de um recurso de direito público, já a inobservância de um princípio é considerada insusceptível de, por si só, fundamentar autonomamente um recurso contencioso. Seria, por exemplo, difícil fazer valer uma pretensão em tribunal invocando-se tão somente o princípio da proporcionalidade. Os princípios fundamentais, fornecendo embora directivas jurídicas para uma correta análise dos problemas constitucionais, não possuem normatividade individualizadora que os torne suscetíveis de aplicação imediata e autónoma."

Porém, adiante, faz uma importante ressalva como que prevendo seu futuro encontro teórico com as obras de Alexy e Dworkin, entre outros teóricos pós-positivistas que muito contribuíram para a evolução de seu pensamento principialista:

Essa posição, pode-se deduzir, dentre outras passagens significativas, do seguinte excerto de Canotilho: "... qual a função dos *princípios*: têm uma função retórica ou argumentativa ou são normas de conduta?" Para ele, "... os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa permitindo, por exemplo denotar a *ratio legis* de uma disposição (...) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (...)." ⁵¹⁷

Porém, é preciso destacar que a asseveração (descritiva) do constitucionalista diz respeito a uma fundamentação autônoma, ou seja, a idéia de a norma constitucional veiculadora de princípio fundar, pelo seu próprio programa e domínio normativos, soluções jurídicas concretas. Ou ainda, por outras letras: a idéia de a norma princípio fundar, de forma única ou predominante, o juízo de formulação da norma jurídica concreta: a norma de decisão ⁵¹⁸.

Todavia, essa colocação - ou do que dela se pode deduzir - em nada fragiliza a normatividade dos princípios constitucionais, pois como já se asseverou no capítulo primeiro do presente trabalho, o ato de aplicar o Direito é um ato de aplicação da ordem jurídica globalmente considerada (Bobbio e Grau), e não ato aplicativo de uma norma isolada, ilhada em uma disposição, alínea, parágrafo ou artigo legal nos quadrantes do sistema jurídico positivo.

"Esta posição [a acima exposta nesta nota de rodapé] que aponta para a *natureza subsidiária* dos princípios jurídicos fundamentais não deve considerar-se absolutamente peremptória." (colchetes acrescentado) Cf. *Direito Constitucional*, 1ª ed., ob. cit., p. 192.

Do que se deflui da totalidade de sua obra, sua atual posição é muito mais animadora e potencializadora, inclusive de uma fundamentação autônoma, pelos princípios, de recursos de direito público. Vejam suas opiniões sobre o procedimento concretizador dos princípios constitucionais no item 04, do presente capítulo.

⁵¹⁷ Idem, p. 173. Para melhor esclarecer: quanto à idéia de denotar a *ratio legis*, na função argumentativa, Canotilho se refere aos *cânones de interpretação constitucional*, expressos pelo princípio da unidade da constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade, princípio da conformidade funcional e princípio da concordância prática, entre os enumerados pelo mestre português, nas p. 232-5, da ob. cit.

Nesta perspectiva, elucidando a importância dos princípios constitucionais em sua função argumentativa, está o capítulo 2, "A importância da argumentação jurídica na descoberta da norma concreta" (p. 37-60), do livro *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, de Raquel D. Stumm, ob. cit.

Sobre a idéia de desenvolvimento dos princípios constitucionais pela jurisprudência, ver o livro de Luiz A. Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*, ob. cit., especificamente a terceira parte, intitulada "O Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal" (p. 167-261).

⁵¹⁸ Esta parece ser uma lícita conclusão, de acordo com uma visão atenta de sua obra. De outra parte, essa conclusão permite assemelhar, *mutatis mutandis*, essa posição de Canotilho com a de Kelsen, para quem a norma geral - princípio, no caso - se pode deduzir a norma individual, concreta, veiculada pelo ato sentencial ou administrativo que a dita, nas hipóteses da vida.

Ainda no rumo expositivo desta questão, insta esclarecer o que Canotilho chama de *dimensão determinante dos princípios*, que se aproxima da idéia aqui utilizada: *força normativa imediata dos princípios constitucionais*. A idéia de força determinante se traduz no sentido de que os atos jurídicos dos poderes públicos (leis, sentenças e atos administrativos) devem conformar-se a dimensão material dos princípios constitucionais, sob pena de transgressão ao constitucionalmente preceituado na constituição. Para Canotilho a "... força determinante dos princípios constitucionais deve conxionar-se com a sua recepção na lei fundamental."⁵¹⁹ Ou seja, princípios com força determinante serão os consignados, expressa ou implicitamente, na constituição.

Essa dimensão determinante se caracteriza por duas funções: uma negativa e outra positiva, atribuídas aos princípios constitucionais. Isso significa que pela primeira, em termos finalísticos, os princípios estabelecem uma proibição de conduta, e, pela segunda, impõe-se determinada comissão de comportamento, para que a teleologicidade principiológica se verifique em termos prático-jurídicos. Explica-se tal asseveração, deduzida de Canotilho, com o seguinte exemplo: o princípio da impessoalidade, consignado no art. 37, *caput*, da Constituição brasileira, estabelece, em sua vertente negativa, a proibição de "... tratamento arbitrário e desigual dos cidadãos pelos agentes administrativos, mas, ao mesmo tempo [em sua vertente positiva], impõe-se a igualdade de tratamento dos direitos e interesses dos cidadãos através de um critério uniforme da ponderação de interesses públicos."⁵²⁰ (colchetes acrescentados).

Nesse sentido, pode-se concluir que a transgressão a uma dessas dimensões pode levar a invalidação do ato jurídico praticado, seja ele uma sentença, ato administrativo ou lei. E com isso, como já se viu, estão acordes Celso A. Bandeira de Mello e Luiz Barroso, quando afirmam que um princípio constitucional pode ser fonte de direito subjetivo ou pode embasar uma pretensão jurídica anulatória, em que se discute a legitimidade de ato praticado em desacordo com princípio constitucional. E mais. Como já se adiantou em nota de rodapé, constante do segundo capítulo, com base em opiniões de Gilmar Ferreira Mendes e Roque Antonio Carraza, a violação a princípio constitucional pode ensejar, inclusive, a interposição de recurso extraordinário, com base no art. 102, III, "a", da Constituição vigente, pois os princípios, tanto os expressos como os implícitos, enquanto normas, enquadram-se na categoria normativa "dispositivo da constituição".

⁵¹⁹ Cf. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador...*, p. 277.

⁵²⁰ Cf. *Direito Constitucional*, 5 ed., ob. cit., p. 178.

Assim, tendo em conta o posicionamento dos autores aludidos, a posição de Canotilho que entende seja discutível que os princípios não possam fundamentar, autonomamente, recursos de direito público, se pode responder a bem de uma normatividade ótima dos princípios constitucionais. Normatividade que faça os princípios fundamentar pretensões jurídicas em defesa de situações subjetivas prejudicadas, em face da violação de dimensões determinantes dos princípios constitucionais. De outro modo: que os "recursos de direito público", quando possível juridicamente, fundamentem-se na força normativa imediata dos princípios constitucionais.

Outro aspecto concernente à problemática do presente item de exposição diz respeito à possibilidade de os princípios servirem de limites materiais ao poder de reforma da constituição⁵²¹ (b).

⁵²¹ Sobre a teoria do poder de reforma, no que diz que respeito aos limites de seu exercício, indica-se ao leitor, em face da carência de uma compreensão constitucionalmente adequada dessa problemática e de sua atualidade entre nós, as seguintes obras:

Maurício Antônio Ribeiro LOPES, *Poder Constituinte Reformador - limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, 287 p., especialmente "Limitações" (p. 140-50), "Controle de constitucionalidade da reforma constitucional" (p. 152-7) e "Limites e possibilidades da revisão constitucional" (p. 171-85); Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *O Poder Constituinte*, São Paulo, Saraiva, 1985, 158 p., especialmente "Limitações à Revisão Constitucional" (p. 128-32); Nelson de Souza SAMPAIO, *O Poder de Reforma Constitucional*, Bahia, Livraria Progresso, 1954, 117 p., "Limitações do Poder Reformador" (p. 79-112), e também, dentro do capítulo apontado, a seção "controle de constitucionalidade de reforma da constituição" (p. 108-12); José Alfredo de Oliveira BARACHO, "Teoria Geral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição Originária", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, out./dez 1994, n. 198, p. 39-52.

Nesta mesma perspectiva, porém de acordo com meandros dogmáticos da recente discussão constitucional brasileira, ver Inocêncio Mártires Coelho, "Os Limites da Revisão Constitucional", *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, out./dez. 1991, n. 100, p. 62-9; também Pinto FERREIRA, "O Problema da Revisão Constitucional e seus Limites", *in*: - Brasil. Ordem dos Advogados do Brasil. *Estudos Constitucionais: Simpósio Sobre Revisão Constitucional e Plebiscito*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1992, 204 p., p. 185-93.

Na perspectiva mais imediata do presente item de exposição, em tematizações que relacionam os limites do poder de reforma com o controle de constitucionalidade, ver os seguintes textos:

Antônio Gabriel DINIZ JR., "Poder de Reforma Constitucional. Limites - Modo de Expressão - Controle de Constitucionalidade", *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano IX, jul./dez. 1978, n. 47/48, p. 103-124; Gilmar Ferreira MENDES, *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990, 370 p., especialmente "O Controle de Constitucionalidade da Reforma Constitucional e as 'Cláusulas Pétreas'." (p. 95-105); Nelson de Souza SAMPAIO, "Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional", *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano XVI, jul./set. 1983, n. 67, p. 05-19; Carlos Ayres de Britto, "As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da constituição", *ob. cit.*, especialmente "O controle das emendas constitucionais como dever mais alto do Poder Judiciário para com a integridade das cláusulas pétreas e da Constituição" (p. 191-3).

Para finalizar essas indicações, com o ponto chave que oportuniçou esta nota, refere-se o aprofundado estudo de Jorge MIRANDA, que aborda vários desdobramentos desta problemática: "Os limites materiais da revisão constitucional" (p. 151-96), de seu *Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed., Coimbra, 1988, Tomo II, 418 p. (Introdução à Teoria da Constituição), e, também, as digressões de Canotilho, ao tratar "Os Limites da Revisão da Constituição" (p. 1131-9), em seu *Direito Constitucional*, 5ª ed., *ob. cit.*

Quanto a isso, Canotilho considera os princípios fundamentais como *limites materias de revisão*:

"Os princípios fundamentais, nas suas múltiplas dimensões e desenvolvimentos, formam *o cerne da Constituição* e consubstanciam a sua *identidade intrínseca*. Por isso, todos os princípios fundamentais estão, em maior ou menor medida, garantidos contra a revisão constitucional, erigidos em *limites materiais de revisão*, tanto em si mesmos como em várias das suas dimensões mais eminentes (...)." ⁵²²

Em outra passagem, falando sobre os limites materiais, acrescenta:

"Os limites materiais devem considerar-se como garantias de determinados *princípios*, independentemente da sua concreta expressão constitucional, e não como garantias de cada princípio na formulação concreta que tem na Constituição." ⁵²³

As duas passagens citadas conduzem a duas conclusões sobre os princípios constitucionais enquanto limites materiais de revisão: a) não só os princípios constitucionais expressos podem constituir-se em limites materiais, como também os implícitos ⁵²⁴; b) os princípios fundamentais e outros princípios constitucionais que constituem seus desdobramentos normativos estão imantados com a cláusula da imodificabilidade ou *inabolibilidade* ⁵²⁵.

Porém, os princípios constitucionais que constituem limites materiais de revisão devem ser determinados, e, ao que parece, essa determinação deve defluir do próprio texto constitucional, como no caso da Constituição brasileira, ao enumerar os princípios pétreos do art. 60, § 4º.

Assim, o princípio fundamental do federalismo, enquanto limite material expresso, pressupõe os princípios da autonomia estadual e municipal (art. 18 c/c 25 e 29, da CR). Esses princípios podem receber alterações, porém não podem ser modificados a ponto de supressão do seu núcleo essencial, ou seja, a ponto de violar a esfera normativa que

⁵²² Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 50 e *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 71.

⁵²³ Cf. *Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 1138-9.

⁵²⁴ Quanto aos implícitos, as colocações feitas nas p. 1135-6 e 1145-6, da ob. cit., corroboram, literalmente, essa afirmação.

⁵²⁵ O último termo está de acordo com a semântica do texto constitucional vigente, conforme o verbo "abolir", constante do art. 60, § 4º, *caput*, *in fine*.

protege bens e direitos jurídicos constitucionalmente relevantes e que garantem o cerne da decisão político-constitucional que os veiculou. Por outro lado, as regras que densificam tais princípios podem estar imantadas pela imodificabilidade. Exemplo: pelo princípio fundamental da separação de poderes, é assegurada a regra da iniciativa legislativa ao Chefe do Executivo (art. 61 c/c 81, III) bem como a regra do veto (84, V) a projetos de lei. Se essas regras fossem modificadas através de emenda constitucional, a ponto de abolição da competência presidencial para iniciar o processo legislativo ou de supressão de seu dever-poder de veto, essa revisão seria inconstitucional, pois violaria, em última instância, o princípio da separação de poderes tal como encontra-se, na atualidade, plasmado na Constituição vigente.

O que se pode afirmar é que a limitação material não se exaure na literalidade do texto da Constituição, devendo ser compreendida na globalidade das disposições constitucionais que formam o núcleo pétreo da constituição. Dessa forma é que deve-se entender a problemática dos princípios fundamentais e seus corolários principialísticos e regrísticos, enquanto limites materiais de revisão.

Na doutrina nacional, Souto Maior Borges, Ivo Dantas, Sampaio Dória e Carlos Ayres de Brito compartilham da opinião esposada por Canotilho, como já fora demonstrado no capítulo anterior do presente trabalho. Ou seja, consideram os princípios fundamentais como limites materiais de revisão. Todavia, os dois primeiros limitam-se a afirmar tal assertiva, trazendo à colação o dispositivo constitucional que elenca as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), sem maiores desenvolvimentos que justifiquem, teórica ou dogmaticamente, esta assertiva; o terceiro apenas principia esta idéia, sem chegar sequer aos limites dos primeiros; agora, é com o último - Carlos A. de Britto -, que a problemática toma contornos elevados e conseqüentes, chegando-se a desenvolver tipologia, discursos teórico e dogmático que enfrentaram, com profundidade, a questão dos princípios como limites materiais de revisão.⁵²⁶

Os princípios constitucionais também funcionam como parâmetros no juízo de inconstitucionalidade por ação (c)⁵²⁷. Essa posição também é decorrência da força normativa imediata dos princípios constitucionais.

⁵²⁶ Por razões óbvias, não se desenvolveram as assertivas de Britto, que se fundamentam, em muito, em Canotilho. Brito, de maneira original e criativa, apresenta uma proposta constitucionalmente apta a responder aos grandes problemas decorrentes da questão em curso; proposta com largos desenvolvimentos teóricos e dogmáticos, chegando a divisar, como já salientado, entre os princípios fundamentais os chamados profundos, que se confundem com as cláusulas pétreas e que são os princípios fundamentais eternos, caracterizadores dos limites materiais de revisão.

⁵²⁷ Em matéria de controle de constitucionalidade e temas corolários, em abordagens que transcendem os objetivos do presente tópico e trabalho, é importante sublinhar as contribuições de Canotilho. Nessa perspectiva, ver as seguintes obras:

Canotilho assim se pronunciou sobre essa questão:

"A inconstitucionalidade consiste na violação do 'disposto na Constituição' ou dos 'princípios nela consignados' (...). Daqui se deduz que são geradores de inconstitucionalidade, não apenas a violação das normas-disposição [regras] (sejam imediatamente preceptivas, sejam programáticas), mas também a violação dos princípios constitucionais, sejam eles expressos (normas-princípio), sejam eles apenas implícitos (na medida que sejam admissíveis)."⁵²⁸ (colchetes acrescentado).

Em outro lugar, asseverou relativamente a especificação dos princípios como parâmetros no juízo de constitucionalidade material:

"... a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da *conformidade* substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição.

(...) os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando (...) não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas normas [regras] ou princípios constitucionais." (colchetes acrescentados).⁵²⁹

E adiante, no mesmo texto, especificou sobre os princípios constitucionais que integram o bloco de constitucionalidade para os fins de parametricidade material:

"... só são inconstitucionais as normas que infrinjam as *normas e princípios consignados na Constituição* (...).

Mas o que deve entender-se por *princípios consignados* na constituição? Apenas os princípios constitucionais escritos ou também os princípios constitucionais não escritos? A resposta mais aceitável, dentro da perspectiva principialista (...), é a de que a consideração de princípios

Externalização ou Internalização da "Justiça" Constitucional. Introversão ou Extroversão da Legitimidade Processual Constitucional, ob. cit.; *Derecho, Derechos; Tribunal, Tribunales*, ob. cit.; --- "Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos - O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial Contra as Omissões Normativas", in Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, 1993, 391 p., p. 351-67; "O problema das omissões legislativas" (p. 329-357), em *Constituição Dirigente...*, ob. cit.; *Direito Constitucional*, 6ª ed., ob. cit., p. 952-119, onde desenvolve múltiplos aspectos processuais, materiais e até institucionais da problemática; "Garantia da Constituição" (p. 235-88), em *Fundamentos da Constituição*, ob. cit. Canotilho & Jorge LEITE, "A Inconstitucionalidade da Lei dos Despedimentos", *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, número especial, tomo III, 1991, p. 501-580 (estudos em homenagem ao Prof. Dr. António de Arruda Ferrer Correia).

⁵²⁸ Cf. *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 264.

⁵²⁹ Cf. *Direito Constitucional*, 6ª ed., ob. cit., p. 956-7.

constitucionais não escritos como elementos integrantes do bloco de constitucionalidade só merece aplauso relativamente a princípios reconduzíveis a uma *densificação ou revelação específica* de princípios constitucionais positivamente plasmados (...). O parâmetro da constitucionalidade não se reduz positivisticamente às regras e princípios escritos nas leis constitucionais; alarga-se, também, a outros princípios não expressamente consignados na constituição, desde que tais princípios ainda se possam incluir no âmbito normativo-constitucional.⁵³⁰

Como visto, para Canotilho, os princípios constitucionais tanto expressos como implícitos são parâmetros no juízo de incompatibilidade normativo-constitucional.

A opinião de que os princípios são paramétricos é corroborada pelos monografistas brasileiros mais recentes, que tematizaram o controle de constitucionalidade: E. Silva Ramos, Sacha C. N. Coelho, Clèmerson M. Cléve, Ronaldo Poletti, Gilmar F. Mendes, Suzana T. Barros, Luís A. Heck.⁵³¹

E dessa afirmação pode-se concluir, como lícito e necessário, que os princípios constitucionais também servem de parâmetro no juízo de revogabilidade de normas, no âmbito do direito intertemporal. Essa posição é referendada por Carmem Rocha⁵³².

Deste modo tanto as regras como os princípios servem ao juízo de inconstitucionalidade material. Essa fixação, que se pode dizer pós-positivista, supera, ao que parece, antigas posições que recorriam às categorias "direito expresso" e "espírito da lei", para descrever os parâmetros de aferição de inconstitucionalidades. Veja-se passagem de Alfredo Buzaid, que bem retrata a posição já superada:

"... diz-se inconstitucional todo ato que direta ou indiretamente contraria a Constituição. A ofensa resulta da simples inconciliabilidade com a Constituição; ela é *direta* quando viola o direito expresso; e *indireta*, quando a lei é incompatível com o espírito ou sistema da Constituição. Lúcio Bittencourt observou que 'há mister, para se afirmar a inconstitucionalidade, que ocorra

⁵³⁰ Idem, p. 980-1.

⁵³¹ Cf. Silva Ramos, *A Inconstitucionalidade das Leis*, ob. cit., p. 133-8; S. C. N. COELHO, *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*, ob. cit., p. 227-32; C. M. Cléve, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, ob. cit., p. 33-7 e 153-7; R. Poletti, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, ob. cit., p. 181-8; G. F. Mendes, *Jurisdição Constitucional*, ob. cit., p. 112-3; S. T. Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, ob. cit., L. A. Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais - contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*, ob. cit., p. 165-261.

⁵³² Cf. se deduz de seus ensinamentos, em *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, ob. cit., p. 27-8.

conflito com alguma norma ou algum mandamento da Constituição, embora se considere para êsse fim não apenas a letra do texto, mas, também, ou mesmo preponderantemente, o 'espírito' [sic!] do dispositivo invocado."⁵³³

A definição de incompatibilidade constitucional expendida sequer tem como segura uma noção de norma constitucional, pois chega a quase contrapô-la a "mandamento". Não distingue regras ou princípios, e desses, não refere se expressos ou implícitos. Em termos atuais e de forma aproximada, *mutatis mutandis*, podemos dizer que a "letra da constituição" ou o "direito expresso" correspondem às regras e aos princípios expressamente consignados na constituição, enquanto que os princípios implícitos ou deduzidos do texto constitucional podem equivaler à idéia de "espírito da constituição" ou do "espírito do sistema constitucional"⁵³⁴.

Expostas essas considerações, para fazer justiça à obra de Canotilho e aos objetivos do presente trabalho, é preciso dissertar sobre sua tipologia empregada na classificação das regras e dos princípios constitucionais.

02.04. Tipologia de princípios e de regras e a constituição como sistema interno

No plano da contribuição de Canotilho, deveras importante é sua tipologia de princípios e de regras, que serve para a eficiente e clarificadora especificação teórica do conceito de princípios constitucionais. Também, nesta perspectiva de elucidação, deve-se salientar sua concepção dogmática de "sistema interno de regras e princípios", ao cuidar da constituição portuguesa. Assim, esse tópico se prestará a desenvolver essas duas caracterizações teórico-dogmáticas, tendo em conta, *mutatis mutandis*, a Constituição brasileira em vigor.

⁵³³ Cf. Alfredo BUZAID, "Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro", *Revista Forense*, Forense, Rio de Janeiro, n. 179, set./out. 1958, p. 14-37, p. 21-2. Esse texto, sem dúvida, constitui-se num dos clássicos da literatura constitucional brasileira, ao introduzir entre nós, com profundidade, o estudo dos grandes problemas ligados ao tema "controle de constitucionalidade".

⁵³⁴ Essa vacilação metódica anterior poderia conduzir, facilmente, o problema da inconstitucionalidade à busca dogmática de uma ordem de valores supraconstitucional. E aí se teria uma ordem de valores "constitucional" sem assento na constituição, formando o que Canotilho tanto combate em seus escritos: "... uma 'sintaxe' constitucional, pertencente a um outro texto que não o da lei fundamental." Cf. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit., p. 268; também, em "Derecho, Derechos; Tribunal, Tribunales" (trad. de Teresa Quintela), *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, nueva epoca, abr./sep. 1988, n. 60/61, p. 819-29 (número monográfico sobre "El sistema político y constitucional português, 1974-87), p. 822-3.

Na trilha teórica de uma formulação dogmática constitucionalmente adequada dos princípios constitucionais, exige-se uma definição tipológica de princípios e de regras. Essa tipologia deverá iluminar os diferentes tipos de princípios e de regras, fixando as características próprias a cada norma constitucional. Para Canotilho, a articulação desses princípios e regras, de tipos e características próprias, ilumina a compreensão da constituição como um sistema interno. É sob a luz dessas idéias que se resolveu desenvolver esse tópico de exposição.

A tipologia de princípios canotilhiana se funda sobre quatro categorias teórico-taxionômicas: (a) *princípios jurídicos fundamentais*; (b) *princípios políticos constitucionalmente conformadores*; (c) *princípios constitucionais impositivos*; (d) *princípios-garantia*.

Para o autor português, (a) os *princípios jurídicos fundamentais* (ou os princípios jurídicos gerais, como também chama) são "... os *princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional*. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo."⁵³⁵

Como exemplo desses princípios, cita o princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade (arts. 1º, *caput*, 5º, LIV); princípio da publicidade dos atos jurídicos⁵³⁶ (arts. 5º, LX, 37, *caput*,); princípio do acesso à justiça⁵³⁷ (arts. 5º, LXXV); e princípio da impessoalidade da administração pública⁵³⁸ (art. 37, *caput*)

Por sua vez, (b) os *princípios políticos constitucionalmente conformadores* são "... os *princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte*. "⁵³⁹ Esses princípios também são "... designados por 'decisões

⁵³⁵ Cf. *Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 177.

⁵³⁶ Desenvolvimentos doutrinários sobre esse princípio, ver em Cármem L. A. Rocha, no cap. V, "O Princípio Constitucional da Publicidade da Administração Pública" (p. 239-49), *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, ob. cit.

⁵³⁷ Desenvolvimentos doutrinários sobre esse princípio, ver em Carmem L. A. ROCHA, "O direito constitucional à jurisdição", in Sálvio de Figueiredo Teixeira, *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, 1993, 391 p., p. 31-51.

⁵³⁸ Desenvolvimentos doutrinários sobre esse princípio, ver em Cármem L. A. Rocha, no cap. III, "O Princípio Constitucional da Impessoalidade da Administração Pública" (p. 145-71), *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, ob. cit.

⁵³⁹ Cf. *Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 178.

fundamentais', 'princípios estruturantes' ou 'normas da estrutura do Estado (...)'⁵⁴⁰ Através desses princípios se manifestam as opções políticas nucleares do poder constituinte e se reflete a ideologia inspiradora da constituição. "Os princípios político-constitucionais são o *cerne político de uma constituição política*"⁵⁴¹.

Entre esses princípios pode-se enquadrar, tendo em mira o Direito Constitucional brasileiro em vigor, o princípio federativo (art. 1º, *caput*, c/c art. 18), o princípio republicano (art. 1º, parágrafo único), o princípio presidencialista (art. 76), o princípio da separação de poderes (art. 2º), o princípio do regime democrático (preâmbulo, art. 1º, *caput*, c/c com enunciado específico do art. 127) e o princípio do estado de direito (art. 1º, *caput*), entre outros princípios político-constitucionais.

Os (c) *princípios constitucionais impositivos* são "... todos os princípios que, no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas." São princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. São também chamados de "preceitos definidores dos fins do Estado", "princípios diretivos fundamentais", ou "normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas", segundo descrição de Canotilho. Esses princípios "... traçam, sobretudo para o legislador, linhas retrizes da sua atividade política e legislativa."⁵⁴²

Exemplos desses princípios, encontráveis na Constituição brasileira, são os três defluíveis do inciso I, do art. 3º: "princípio da livre organização social", "princípio de convivência justa" e "princípio da solidariedade".⁵⁴³ Também o princípio da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como o princípio da correção das desigualdades, estabelecidos no inciso III, do mesmo dispositivo antes citado, enquadram-se na idéia de princípios constitucionais impositivos.

Na tipologia canotilhiana, existem ainda os chamados (d) *princípios-garantia*. Esses são os "... princípios que visam instituir directa e imediatamente uma *garantia* dos cidadãos." Eles "... traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos". Nas palavras de Canotilho, são-lhes atribuídos densidade de autênticas normas jurídicas e força determinante, negativa e positiva.⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ Cf. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit., p. 283.

⁵⁴¹ Cf. *Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 178.

⁵⁴² Idem, p. 179.

⁵⁴³ Esses três princípios foram colhidos na obra de J. Afonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ob. cit., p. 87.

⁵⁴⁴ Cf. *Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 179.

Exemplos desses princípios-garantia, que guardam bastante proximidade com a teoria e dogmática dos direitos fundamentais, são os princípios de *nullum crimen sine lege* e de *nulla poena sine lege* (art. 5º, XXXIX), princípio do juiz natural (art. 5º, LIII c/c XXXVII), princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), entre outros.

A tipologia de regras de Canotilho se funda sobre a bipartição de (i) *regras constitucionais de organização* e (ii) *regras constitucionais materiais*. As primeiras subdividem-se em (i.i.) *regras de competência*; (i.ii.) *regras de criação de órgãos*; (i.iii.) e *regras de procedimento*. As últimas subdividem-se em (ii.i.) *regras de direitos fundamentais*; (ii.ii.) *regras de garantias institucionais*; (ii.iii.) *regras determinadoras de fins e tarefas do Estado*; (ii.iv.) e *regras constitucionais impositivas*. Canotilho lembra que essa classificação não é exaustiva de todas as regras constitucionais, porém tende a captar os principais elementos caracterizadores dos vários tipos normativo-constitucionais regrísticos.⁵⁴⁵

As (i) *regras constitucionais de organização* se referem, regulativamente, à organização jurídica do estado, como suas competências constitucionais, seus órgãos políticos e administrativos e seus procedimentos de ação estatal; e as (ii) *regras constitucionais materiais* tendem, por outro lado, a regular os interesses, bens e direitos jurídicos dos cidadãos e da comunidade política, como são os direitos fundamentais, as garantias postas à proteção de instituições sociais relevantes, as regras que definem os fins e tarefas prioritárias do estado, e as regras que definem os deveres concretos e permanentes de ação do estado.⁵⁴⁶

As (i.i.) *regras constitucionais de competência* "... são aquelas nas quais se reconhecem certas atribuições a determinados órgãos constitucionais ou são estabelecidas *esferas de competência* entre os vários órgãos constitucionais." Canotilho salienta que "... as normas de competência comportam, muitas vezes, um conteúdo material que diz respeito não só ao dever de garantir a competência constitucionalmente fixada, mas também à própria razão de ser da delimitação de competência."⁵⁴⁷ Do que se pode traduzir, em termos lícitos, que as regras de competência organizam a ação estatal para que esta se dirija à proteção dos interesses e aspirações constituídas, democrático-juridicamente, pela constituição. Interesses e aspirações que se revelam, na maioria das vezes, através das regras materiais constitucionais.

⁵⁴⁵ Idem, p. 181.

⁵⁴⁶ Idem, p. 180-1. Ver, nessas mesmas páginas, as observações críticas de Canotilho sobre essa distinção, que aqui não serão relatadas por extrapolar os objetivos metodológicos da presente exposição.

⁵⁴⁷ Idem, p. 181-2.

Exemplos dessas regras constitucionais de competência são as que fixam as competências das entidades federadas, bem como as que definem as competências federativas da união federal (arts. 20, 21, 22 e 23); as que fixam as atribuições do presidente da República (art. 84); e as que estabelecem as competências institucionais do Congresso Nacional (arts. 48 e 49).

As *regras constitucionais de criação de órgãos ou regras constitucionais orgânicas* (i.ii.) estão estreitamente vinculadas às regras de competência e visam "... disciplinar normalmente a *criação* ou *instituição* constitucional de certos órgãos." Quando ,além de criar órgãos constitucionais, essas regras estabelecem suas respectivas competências ou atribuições, dizem-se *regras orgânicas e de competência*.⁵⁴⁸

Constituem exemplos de regras constitucionais de criação de órgãos as que fixam a existência de um presidente da República (art. 76), do Congresso Nacional (art. 44), do Conselho da República (art. 89), do Poder Judiciário (art. 92) etc.

Por sua vez, (i.iii) *regras constitucionais de procedimentos* são as que regulam os *procedimentos fundamentais para expressão da vontade política dos órgãos constitucionais ou dos membros da coletividade*, e, ainda, as que regulam o *exercício das competências constitucionalmente consagradas*.⁵⁴⁹

Variados exemplos dessas regras encontram-se no texto constitucional brasileiro: as regras sobre os procedimentos que regulam o exercício do poder de reforma da constituição (arts. 59, I, 60); sobre os procedimentos relativos ao exercício judicial do controle de constitucionalidade (arts. 97, 103, 125, § 2º); sobre o procedimento de formação das leis (arts. 59 a 69); e sobre os procedimentos eleitorais da República (arts. 14 e 16), entre outras.

Segundo Canotilho, como se pode constatar, as regras constitucionais organizatórias "... são normas complexas com grande diversidade de funções: (a) *função estruturante* das organizações (esquema organizatório, individualização dos órgãos); (b) *função atributiva* de um poder (competência); (c) *função distributiva* de competências por vários órgãos de um ente público (...) [exemplo: normas que distribuem as competências entre os diferentes órgãos do poder judiciário - arts. 96, 98, 102, 105, 108]; (d) *função procedimental ou processual* (ex.: procedimento de formação das leis, procedimento da

⁵⁴⁸ Idem, p. 182.

⁵⁴⁹ Ibidem.

destituição do presidente da República [art. 86], processo de controle da constitucionalidade das normas).⁵⁵⁰ (colchetes acrescentados).

Por sua vez, (ii.i.) as *regras jurídico-materiais de direitos fundamentais*, "... são todos os preceitos constitucionais que se dirigem ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais". Essas regras asseguram, direta ou indiretamente, um *status* jurídico-material aos cidadãos, segundo Canotilho.⁵⁵¹

São exemplos dessas regras constitucionais o direito de petição aos poderes públicos (art. 5º, XXXIV, "a"); o direito à informação (art. 5º, XXXIII); o direito de propriedade (art. 5º, XXI), entre outros.

As (ii.ii.) *regras jurídico-materiais de garantias institucionais*⁵⁵² são as regras constitucionais "... que se destinam a proteger instituições (públicas ou privadas)." Elas visam "... proteger formas de vida e de organização social indispensáveis à própria proteção de direitos dos cidadãos." Aí a sua associação com as regras de direitos fundamentais, e o seu caráter de meio jurídico que contribui para uma eficácia ótima dos direitos fundamentais, no dizer de Canotilho.⁵⁵³

São exemplos dessas regras: a garantia institucional da família (art. 226) e a garantia de autonomia das universidades (art. 207) etc.

Por (ii.iii.) *regras materiais determinadoras de fins e tarefas do Estado*, Canotilho entende como "... *aqueles preceitos constitucionais que, de forma geral e abstracta fixam essencialmente os fins do Estado e as tarefas prioritárias do mesmo.*"⁵⁵⁴ Muitas destas

⁵⁵⁰ Idem, p. 182-3.

⁵⁵¹ Idem, p. 183.

⁵⁵² Sobre a idéia de "garantias institucionais", ver Bonavides, no capítulo 14, "As Garantias Constitucionais e as Garantias Institucionais na Constituição de 1988" (p. 439-471), em seu *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., ob. cit. Esse indicação, que transcende os objetivos imediatos do presente trabalho, se deve ao fato de que essa categoria é de problematização muito recente entre nós, beirando o ineditismo.

⁵⁵³ Ibidem.

⁵⁵⁴ Cf. *Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 184. Quanto às regras determinadoras dos fins e tarefas do Estado, Canotilho alerta para o seguinte: "Este tipo de normas deve associar-se aos princípios constitucionais impositivos. Aqui vem convergir, na realidade, alguma da principal problemática da distinção entre normas [regras] e princípios e aqui se torna visível que a distinção entre os dois tipos de preceitos é, muitas vezes, gradual, não havendo critério suficientemente seguros para uma determinação rigorosa." (colchetes acrescentados) (p. 184, mesma obra).

regras estão associadas à realização e garantia de direitos dos cidadãos, sobretudo com os direitos sociais, econômicos e culturais, segundo palavras literais do mestre português.⁵⁵⁵

Exemplos desse tipo de regras são os seguintes dispositivos constitucionais brasileiros: proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 6º, XX); as regras constantes do art. 23, da CR, que estabelecem as competências materiais concorrentes entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, são um típico exemplo de fins e tarefas registicamente plasmadas na Constituição.

As (ii.iv.) *regras constitucionais impositivas* exigem preambular digressão, antes de se especificarem os elementos componentes de sua definição. Elas têm estreita conexão com as regras determinadoras de fins e tarefas e com os princípios constitucionais impositivos, porém, diferem desses por algumas razões dogmáticas muito significativas: em sentido amplo, como anota Canotilho, todas as regras que estabelecem tarefas e diretivas materiais ao Estado são regras constitucionais impositivas⁵⁵⁶; mas, em sentido restrito, *regras constitucionais impositivas são as imposições de caráter permanente e concreto*. É esse o sentido que Canotilho quer emprestar ao que chama de "regras constitucionais impositivas".

Este último sentido comporta dois subgrupos classificatórios, para a boa inteligibilidade desta categoria: o primeiro diz respeito ao grupo das *imposições legiferantes* ou *imposições constitucionais*⁵⁵⁷; o segundo se refere ao das *ordens de legislar* ou *imposições constitucionais únicas*.

As imposições constitucionais do primeiro grupo impõem "... constitucionalmente aos órgãos do Estado, de uma forma permanente e concreta, o cumprimento de determinadas tarefas...", fixando, "... *inclusive*, as directivas materiais". Como exemplo desse tipo de normas constitucionais, componente do tipo regras constitucionais impositivas, indicam-se as seguintes disposições da atual constituição brasileira: regra impositiva de organização da seguridade social (art. 194); regras impositivas de serviço público de saúde (arts. 196 e 198); e regras impositivas de diretivas para as políticas de ensino (art. 74).

⁵⁵⁵ Idem, p. 185.

⁵⁵⁶ Neste sentido, os preceitos definidores dos fins do Estado são normas constitucionais impositivas. Todavia, não é esse o sentido que Canotilho quer dar às "regras constitucionais impositivas". Cf. *Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 185.

⁵⁵⁷ Para um estudo aprofundado e detido das chamadas "imposições constitucionais", ver, de Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, no capítulo "As Imposições Constitucionais" (p. 293-324).

As ordens de legislar "... impõem ao legislador a emanção de uma ou várias leis, destinadas, em geral, a possibilitar a instituição e funcionamento dos órgãos constitucionais." Como exemplo desse subtipo, podem ser dados os seguintes: regra constitucional que impõe aos Tribunais de Conta expedirem seus próprios regimentos (art. 73, *caput*, c/c 96, I, "a", segundo enunciado normativo); regra impositiva de expedição de lei para regular a organização e o funcionamento do Conselho da República (art. 90, § 2º); regra impositiva de expedição de lei que regula a criação, estruturação e as atribuições dos ministérios auxiliares do Poder Executivo (art. 88).

Para Canotilho a importância das regras constitucionais impositivas "... deriva do facto de elas imporem um dever concreto e permanente, materialmente determinado, que, no caso de não ser cumprido, dará origem a uma *omissão inconstitucional* (...) [arts. 5º, LXXI e 103, § 3º, da CR]."

Do exposto, percebe-se, de modo evidente, a importância dessa tipologia de princípios e de regras para a compreensão da dimensão principiológica das constituições, mormente da Constituição brasileira vigente. E mais: para a compreensão teórica e dogmática do próprio conceito de princípios constitucionais.

Isso fica claro pelo fato de que não basta acentuarem-se, teoricamente, idéias, noções e conceitos sobre os princípios constitucionais, pois se eles se diferem das regras, necessita-se, para uma adequada compreensão da normatividade constitucional, de uma classificação dogmática que possa, de forma tendencialmente objetiva e abrangente, identificá-los no âmago das constituições e diferenciá-los das regras, ainda que problemas possam decorrer de eventuais imprecisões e incertezas, das quais nenhuma forma taxionômica está imune.⁵⁵⁸

Partindo do pressuposto de que a constituição é formada por princípios e regras de diferentes graus de concretização, e de que essas normas são de diferentes tipos e características, Canotilho afirma que a articulação entre elas ilumina a compreensão da constituição como um "sistema interno de regras e princípios". Sistema que se assenta em *princípios estruturantes*, *subprincípios* e *regras* constitucionais. Os *subprincípios*, subdividem-se ainda, de forma escalonada e sucessiva, em *princípios constitucionais gerais* e *princípios constitucionais especiais*, segundo a nomenclatura de Canotilho⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ Nesse norte crítico, auspiciam a colocação feita acima as palavras do poeta Fernando Pessoa: "Como todas as classificações bem pensadas, é esta útil, e como todas as classificações, é falsa." *Apud* Guedes, *Para Uma Crítica à Concretização das Normas Constitucionais a Partir de José Joaquim Gomes Canotilho*, ob. cit., p. 59.

⁵⁵⁹ Cf. *Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 186-8.

A articulação entre os princípios estruturantes - princípios constitucionais gerais - princípios constitucionais especiais - regras constitucionais, constitui o sistema interno profligado pelo professor da Faculdade de Direito de Coimbra. O esquema lógico desse sistema é o seguinte: os princípios estruturantes assentam sobre os princípios constitucionais gerais, esses sobre os constitucionais especiais, e agora, por sua vez, estes sobre as regras constitucionais.

Explica-se melhor. Em primeiro lugar, situam-se os *princípios estruturantes*, que são princípios constitutivos e indicativos das idéias e diretivas básicas de toda a ordem constitucional positiva. Esses princípios estruturantes são as constantes jurídico-constitucionais do estatuto do político (a constituição), e, por isso, ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios): os princípios constitucionais gerais e os princípios constitucionais especiais. Por sua vez, são esses dois últimos princípios "... que 'densificam' os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno (...)." ⁵⁶⁰

Para dar foros de praticidade e garantir boa inteligibilidade à questão, enumeram-se os princípios constitucionais estruturantes ⁵⁶¹, encontráveis na ordem constitucional brasileira:

- (a) princípio do estado de direito (art. 1º);
- (b) princípio democrático (preâmbulo e arts. 1º, parágrafo único e 14);
- (c) princípio republicano (arts. 1º, 12 e 13);
- (d) princípio federativo (arts. 1º, 18, 25, *caput*, 29, *caput*, 32, *caput*).

Assim, veja-se: o princípio constitucional estruturante Estado de Direito, é densificado pelos seguintes princípios constitucionais gerais: princípio de constitucionalidade dos atos normativos (arts. 5º, LIV, 23, I, 52, X, 66, § 1º, 85, 97, 102, I, "a", "q", III, 103, 129, IV); princípio de legalidade/liberdade (preâmbulo e art. 5º, II). Estes princípios constitucionais gerais podem densificar-se ou concretizar-se ainda mais através dos seguintes princípios constitucionais especiais: o princípio de legalidade/liberdade, pelos princípios da reserva legal penal (art. 5º, XXXIX), princípio da legalidade tributária (art. 150, I) e princípio da legalidade dos atos da administração pública (arts. 37, *caput* c/c 70, *caput*).

⁵⁶⁰ Idem, p. 187.

⁵⁶¹ Para os efeitos do presente trabalho, com base nos ensinamentos e no exemplo do mestre português, os princípios estruturantes nominados são considerados como tais. Todavia, não se nega a possibilidade de que possa haver outros, dependendo do enfoque a ser dado para a questão.

Vale citar a explicação de Canotilho sobre a lógica de movimentação desse sistema:

"Este esquema não se desenvolve apenas numa direcção, de cima para baixo, ou seja dos princípios mais abertos para os princípios e normas [regras] mais densas, ou de baixo para cima, do concreto para o abstrato. A formação do sistema interno consegue-se mediante um processo bi-unívoco de 'esclarecimento recíproco' (LARENZ). Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas forma com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição). Todos estes princípios e regras poderão obter maior grau de concretização e densidade através da *concretização legislativa e jurisprudencial* (...)."⁵⁶²

Tal concepção da constituição como sistema interno, assente nos princípios e regras expostos, é muito importante para compreensão, interpretação e aplicação da constituição. A fixação de que existem diferentes níveis de realizabilidade dos princípios constitucionais comprova, uma vez mais, a força normativa própria a cada um dos princípios encontráveis no âmbito de uma constituição. E mais: a tipologia de princípios e de regras e a concepção de sistema interno permitem uma visão teórica e dogmática adequada da sistemática constitucional e do conceito de princípios constitucionais.

Na doutrina brasileira só ocorreram duas tentativas de classificação dogmática dos princípios constitucionais, como já foi exposto no capítulo II, do presente trabalho: Sampaio Dória, em 1926, e Luiz Roberto Barroso, em 1993. Ou seja, somente dois autores propuseram tipologias endereçadas à compreensão de problemas suscitados pela dimensão principiológica das constituições brasileiras.

Dória preocupou-se apenas com o objeto, com a matéria regulada pelos princípios, e estabeleceu interessante tipologia, na qual dividiu *princípios estruturais*, *princípios privativos* e *princípios liberais*. E, entre os *princípios estruturais*, identificou ainda *princípios estruturais supremos* e *princípios estruturais deduzidos*.⁵⁶³ Essa classificação lembra um pouco a classificação proposta por Canotilho, em três pontos: (i) a identificação, ainda que imprecisa, entre os princípios estruturantes e os princípios estruturais; (ii) a correspondência de sentidos entre os princípios liberais e os princípios-garantia; (iii) a idéia

⁵⁶² Idem, p. 188-9.

⁵⁶³ Por razões de economia narrativa, remete-se o leitor ao item "Tematização dogmática primeira de Sampaio Dória", no capítulo segundo da presente dissertação, onde encontrará desenvolvimentos explicativos dessas categorias.

de densificação dos princípios estruturais por subprincípios, quando Dória fala em princípios estruturais supremos e princípios estruturais deduzidos.

Luiz Barroso firmou seu passo teórico bem mais próximo ao de Canotilho, sem, no entanto, superá-lo na profundidade analítica e na largueza da abordagem explicativa. O constitucionalista carioca traça a sua tipologia de "normas" e de "princípios", tendo em conta duas perspectivas: pela primeira, tendo como base um critério da matéria regulada, divisa "normas constitucionais de organização", "normas constitucionais definidoras de direitos" e "normas constitucionais programáticas", bem assim com os princípios, que os classifica como "princípios constitucionais de organização", "princípios constitucionais definidores de direitos" e "princípios constitucionais programáticos"; pela segunda perspectiva, na qual travejou somente os princípios, tendo em conta o papel e/ou a função que esses desempenham na ordem constitucional, assim os classificou: "princípios fundamentais", "princípios gerais" e "princípios especiais".⁵⁶⁴

A segunda classificação de Barroso, sobre princípios constitucionais, lembra Canotilho, que é citado muitas vezes pelo professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Uma constante nos autores pesquisados, e que está em perfeita consonância com o pensamento canotilhiano, é a idéia de que existem princípios normativamente mais abstratos que se radicam e se especificam através de princípios mais concretos, dando à constituição uma estruturação sistêmico-principlista. Ou seja: consideram os autores que existem princípios constitucionais que se desdobram através de subprincípios. Isso se nota no posicionamento de Sampaio Dória, de Celso A. B. de Mello, de Cármem L. A. Rocha, de Luiz R. Barroso, de Ivo Dantas, de Geraldo Ataliba e de Roque A. Carraza, como já foi exposto no capítulo segundo do presente trabalho.

Como se pode deduzir da exposição feita, a concepção de sistema interno associada à tipologia de princípios e de regras auxiliam, sobremaneira, a compreensão do conceito de princípios constitucionais, tanto em sua configuração dogmática quanto teórica. Porém, para se ter uma idéia mais aproximada da normatividade dos princípios constitucionais, dentro da proposta canotilhiana, é preciso recorrer a outras categorias que se destinam a demonstrar, em termos analíticos, como a normatividade dos princípios constitucionais opera. As categorias de que se cogita são as seguintes: "densidade", "abertura"

⁵⁶⁴ No item "Sistematização dogmático-constitucional de Luís Roberto Barroso" do capítulo segundo da presente dissertação, o leitor encontrará o desenvolvimento explicativo dessas categorias.

e "concretização" dos princípios constitucionais. A elucidação dessas categorias é tarefa que se realizará no próximo item de exposição.

02.05. *Densidade, abertura e concretização dos princípios constitucionais*

Para se entender como opera a *normatividade* dos princípios constitucionais, ou seja, como eles se transformam de normas generalíssimas abstratas em normas concretas de decisão⁵⁶⁵, veiculadas através de procedimentos legislativos, judiciais e administrativos, impende sejam estudadas as categorias *densidade*, *abertura* e *concretização* dos princípios constitucionais. E mais: que se associe a categoria *concretização* a de *metódica constitucional*, para que se possa ter uma adequada visão, tanto numa dimensão material quanto processual, da normatividade dos princípios constitucionais.

Ao se iniciar a exposição dessa parte, é necessário diferenciar "abertura das normas constitucionais" da "abertura da constituição", para que se possa bem entender a idéia de abertura das normas (regras e princípios) constitucionais.

A *abertura da constituição* ou *abertura horizontal* significa "... a incompletude e o carácter 'fragmentário' e 'não codificador' de um texto constitucional". Por sua vez, a *abertura das normas constitucionais* ou *abertura vertical* "... significa o carácter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso mesmo, se 'abrem' à mediação legislativa concretizadora."⁵⁶⁶ E mais: para Canotilho, essa abertura também significa, em

⁵⁶⁵ A idéia de decisão aqui ventilada não está adstrita a concepções reducionistas, próprias as metodologias tradicionais do Direito, que a associam à idéia de decisão judicial. Decisão, para o presente texto, pressupõe toda manifestação de vontade jurídico-política dos órgãos públicos que precisem levar em conta a existência vinculante das regras e princípios constitucionais. Nesse sentido a lei e o ato administrativo, como expressões jurídicas de vontades políticas, são consideradas decisões. Para uma visão aproximada dessas asseverações "processuais", ver o texto de Carlos Ari Sundfeld "O Processo do Exercício do Poder" (p. 88-100), em seu livro *Fundamentos de Direito Público*, ob. cit.

Em termos "materiais", quanto a idéia de decisão, veja o que se pode deduzir de Canotilho, quando disserta sobre "norma de decisão":

"Uma norma jurídica [*in casu*, os princípios constitucionais] adquire verdadeira normatividade quando com a 'medida de ordenação' nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante:

- (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar, etc);
- (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial);
- (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa).

Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma *normatividade actual e imediata* através da sua 'passagem' a *norma de decisão* que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa". Cf. *Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 229.

⁵⁶⁶ Cf. Canotilho, 5ª, ob. cit., p. 194.

termos metódicos de concretização, que a norma constitucional *delega* ao sujeitos concretizantes (legislador, juiz, administrador) um certo espaço de conformação ou discricionariedade normativa.⁵⁶⁷

Nessa linha de raciocínio é muito próprio o que diz Canotilho, em termos que elucidam a categoria *abertura*, ao dissertar sobre o processo de "densificação de normas":

"Densificar uma norma' significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.

As tarefas de concretização e de densificação de normas andam pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível sua concretização e a conseqüente aplicação a um caso concreto."⁵⁶⁸

Em outras palavras: *abertura* da norma constitucional significa que ela possui espaços normativos deixados à concretização do legislador, do juiz e do administrador, que a trarão de seu estado de normatividade potencial para um *status* jurídico de normatividade atual e imediata. Nessa perspectiva relacionam-se as idéias de *densidade* com a de *abertura*. Ou seja, quanto maior abertura tiver uma norma constitucional menor densidade ela terá, e, assim, mais distante ficará de um estado de norma *realizável*⁵⁶⁹ pelos seus próprios efeitos e condições de aplicação.

Por sua vez, "... a *densidade* (...) aponta para a maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação."⁵⁷⁰ Quanto mais densa a norma, segundo Canotilho, menor o espaço de "discricionariedade" ou de "liberdade de conformação" do sujeito concretizante. Veja-se o seguinte exemplo: a norma do inciso XIII, do art. 5º, que regula a liberdade de profissão, é muito mais densa, determinável e

⁵⁶⁷ Idem, p. 195.

⁵⁶⁸ Idem, p. 209.

⁵⁶⁹ *Realizável* no sentido amplo de *realização constitucional*, que, para o mestre português, "... significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais." Para ele, nesta linha de raciocínio, "qualquer constituição só é juridicamente *eficaz* (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma *tarefa* de todos órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta 'tarefa realizadora' participam ainda todos os cidadãos que fundamentam na constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres." Cf. *Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 208. Ainda, para efeito de curiosidade científica que transcenda o objeto central do presente trabalho, indica-se, no sentido desta nota, o interessante trabalho de Castanheira Neves: "O Actual Problema Metodológico da Realização do Direito", ob. cit.

⁵⁷⁰ Idem, p. 195.

exequível que a norma do inciso III, do art. 3º, que regula a tarefa estatal de erradicação da pobreza e redução das desigualdades. Ainda que ambas as normas necessitem da intervenção do legislador para se densificar/concretizar, é claro que a liberdade de conformação legislativa será muito maior na segunda norma do que na primeira, por existir na segunda um espaço normativo muito maior à complementação concretizadora.

Quanto à categoria canotilhiana de *concretização*, o constitucionalista Néviton de Oliveira Batista Guedes bem a explica:

"Dilucidando o termo concretização, explica CANOTILHO, que, por vezes, a ele se refere como se cuidasse de uma 'atualização' do texto constitucional. Para este autor, entretanto, concretização refere-se mais corretamente à 'densificação ou processo de densificação de normas ou regras de grande abertura - princípios, normas constitucionais, cláusulas legais indeterminadas - de forma a possibilitar a solução de um problema. Pode-se falar tanto de uma concretização legislativa, como de uma concretização judicial ou administrativa, no sentido de que tanto o legislador como o Poder Judiciário ou o Executivo poderão ser chamados, pela intermediação de suas atividades (legislação, jurisdição e administração), a densificar os preceitos constitucionais, isto é, tornar as normas da Constituição, de caráter aberto e indeterminado, aplicáveis ao caso concreto.

(...). De maneira global poder-se-ia dizer que a concretização corresponde ao processo de busca de uma *norma de decisão* que sendo inferida de um sistema aberto seja aplicável ao caso concreto. Segundo CANOTILHO, uma norma jurídica só 'adquire verdadeira normatividade quando com a *medida de ordenação* nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir', o que pode se verificar nas seguintes situações:

- '(1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar, etc.);
- (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial);
- (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa)'.⁵⁷¹

Em qualquer dos casos acima, assegura CANOTILHO, a norma jurídica (muitas vezes aberta e indeterminada, como costumam ser as normas constitucionais), *que era apenas potencialmente normativa*, só auferirá uma *normatividade actual e imediata* através da norma de decisão veiculada pela atividade do legislador (ato legislativo), dos tribunais (sentença), ou do administrador (ato administrativo). É essa norma de decisão que irá, como ápice do processo de densificação, regular de forma concreta e vinculativa a situação ou caso necessitado de solução normativa."⁵⁷¹

⁵⁷¹ Cf. Guedes, *Para uma crítica à concretização das normas constitucionais a partir de José Joaquim Gomes Canotilho*, ob. cit., p. 22-3. Esse trabalho, no Brasil, foi o primeiro a abordar a categoria "concretização" em termos monográficos. Aliás, a tematização dessa categoria é algo deveras recente, entre nós. Ao que parece, o primeiro a trabalhá-la com certo vagar, nos quadrantes da doutrina nacional, foi Paulo Bonavides, como bem

Tomando em conta todos os elementos conceituais até aqui expendidos, pode-se situar o pensamento de Canotilho sobre o conceito de *normatividade*:

"Normatividade é o efeito global da norma (com as duas componentes atrás referidas⁵⁷²) num determinado processo de concretização. O efeito normativo pressupõe a realização da norma constitucional através da sua aplicação-concretização aos problemas carecidos de *decisão*. A normatividade não é uma 'qualidade' da norma; é o efeito do procedimento metódico de concretização."⁵⁷³

É necessário explicar, também, a idéia de "procedimento metódico de concretização", até que se possa esclarecer, em termos adequados, como se concretizam e se densificam os princípios constitucionais, ou seja, como passam os princípios dos textos normativo-constitucionais (abstrato) para os contextos jurídico-decisionais (concreto).

Canotilho define metódica jurídico-constitucional como o procedimento destinado a estabelecer modos ou regras de densificação, para que os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administrador, juiz) possam realizar a constituição, ou seja, para que, através de procedimentos válidos e adequados, possam os sujeitos concretizantes bem operar a constituição e suas normas.⁵⁷⁴

demonstram as p. 213-31, de seu *Direito Constitucional*, 4ª ed., ob. cit. Depois dele, com sensível detença, foi Marcelo NEVES, em *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Acadêmica, 1994, 191 p., como especificam as p. 42-6 e 76-86 dessa obra.

Raquel D. Stumm, em *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, ob. cit., p. 29-36, utiliza a categoria, porém de forma breve e não central; Luiz Afonso Heck, em *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*, ob. cit., p. 175-6, 237, utiliza-a também. E o mais interessante dessa última obra é que ela demonstra, especificamente, como ocorreram concretizações judiciais (desenvolvimentos jurisprudenciais) através do Tribunal Constitucional Alemão relativamente aos seguintes princípios constitucionais: Princípio do Estado de Direito (p. 175-235), Princípio do Estado Social (p. 237-44), Princípio Democrático (p. 245-52) e Princípio Federativo (p. 253-61).

⁵⁷² Refere-se aos conceitos de "programa normativo" e "domínio normativo", já especificados no item "Questões prévias em torno do conceito de princípio como norma constitucional" do presente capítulo.

⁵⁷³ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 210.

⁵⁷⁴ Idem, p. 216-7 e 229-30, conforme deduções elaboradas a partir dessas passagens.

Ainda que não seja o objeto imediato deste item e do presente trabalho, é útil expor, aqui, outras colocações de Canotilho sobre "metódica constitucional", dado a situação de quase ineditismo deste conceito entre nós, e em face do caráter extremamente elucidativo para os quadrantes do presente trabalho.

Desse modo, passa-se a expor, literalmente, as opiniões de Canotilho sobre metódica constitucional:

(a) O trabalho metódico de concretização

"Num Estado de direito democrático, o trabalho metódico de concretização é um *trabalho normativamente orientado*. Como corolários subjacentes a esta postura metodológica assinalam-se os seguintes:

(1) O jurista concretizador deve trabalhar a partir do *texto da norma*, editado pelas entidades democrática e juridicamente legitimadas pela ordem constitucional.

(2) A *norma de decisão*, que representa a medida de ordenação imediata e concretamente aplicável a um problema, não é uma 'grandeza autônoma', independente da norma jurídica, nem uma 'decisão' voluntarista do sujeito de concretização; deve, sim, reconduzir-se sempre à norma jurídica geral. A distinção positiva das funções

Como a nota de rodapé anterior explicitou, o trabalho de metódica de concretização realiza-se em três níveis.

O primeiro nível, chamado *nível primário de concretização*, é, consoante a ideia de sistema interno, onde os princípios constitucionais gerais, os princípios constitucionais especiais e as regras constitucionais densificam os princípios constitucionais

concretizadoras destes vários agentes depende, como é óbvio, da própria constituição, mas não raro acontece que no plano constitucional se verifique a convergência concretizadora de várias instâncias:

a) *nível primário de concretização*: os princípios gerais e especiais, bem como as normas [regras] da constituição que 'densificam' outros princípios (...).

b) *nível político-legislativo*: a partir do texto da norma constitucional, os órgãos legiferantes concretizam, através de 'decisões políticas' com densidade normativa - os actos legislativos -, os preceitos da constituição [tanto as regras como os princípios];

c) *nível executivo e jurisdicional*: com base no texto da norma constitucional e das subseqüentes concretizações desta a nível legislativo (também a nível regulamentar, estatutário, etc.), desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos." (colchetes acrescentado) Cf. *Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., p. 230.

(b) *A metódica jurídica normativo-estruturante* (o modelo de metódica adotado por Canotilho):

"Os postulados básicos desta metódica são os seguintes: (1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as *várias funções de realização do direito constitucional* (legislação, administração, jurisdição) (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa 'decisão prática' (a metódica pretende-se ligada a resolução de problemas práticos) (3) a metódica deve preocupar-se com a *estrutura* da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização [sic!], com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria *hermenêutica da norma jurídica* que arranca da não identidade entre *norma e texto normativo*; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. MULLER), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um 'domínio normativo', isto é, um 'pedaço de realidade social' que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) conseqüentemente, a *concretização normativa* deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: com os elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)." Idem, p. 221.

(c) *considerações sobre a metódica no horizonte constitucional de uma constituição dirigente*:

"Impõe-se (...) a necessidade de captar *normativamente* o processo de concretização do complexo normativo-constitucional nos seus vários *momentos funcionais* (legislação, governo, administração), e nos seus diferentes *momentos estruturais* (âmbito normativo, estrutura da norma, tipologia). Isto só se consegue através de uma metódica jurídico-constitucional que, incidindo no 'campo de tensão' entre a teoria e *praxis*, possibilite uma clarificação *racional* do processo concretizador, desde o *momento de regulação legislativa* até ao *momento concretamente decisório*. (...) À metódica constitucional se exigem *instrumentos de trabalho* que permitam abarcar todo o processo de concretização constitucional (*imputação*), regras interpretativas, possibilidades de interpretação, elementos de interpretação), ou seja, o *aqui e agora* do direito constitucional vigente. (...) À metódica constitucional interessa sobretudo clarificar o processo de concretização (aplicação, interpretação, controlo)." (p. 189-90)

"Uma metódica jurídico-constitucional só tem sentido hoje: (1) como metódica pós-positivista; (2) como metódica normativamente orientada." (p. 190).

"Uma metódica normativa exclui três casos de concretização: (1) quando a concretização se revela em manifesta contradição com o texto constitucional; (2) quando na concretização não é possível detectar um sentido conforme o programa normativo-constitucional; (3) quando na solução aplicadora não se vislumbra qualquer possibilidade de referência normativa à constituição." (p. 192). Cf. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit.

Para maiores desenvolvimentos sobre metódica constitucional, nos termos propostos por Canotilho, ver, na doutrina nacional, Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª, ed., ob. cit., p. 213-31.

estruturantes, numa relação escalonada de concretização da normatividade material da constituição⁵⁷⁵.

Já o segundo, chamado *nível político-legislativo* (ou político-normatizador), é onde os órgãos expedidores de leis (legislador), estatutos (partidos políticos, associações de classe), regimentos (tribunais, etc) e/ou regulamentos (poder executivo), a partir do constitucionalmente preceituado, regrística ou principialisticamente, densificam a constituição, através dos atos normativos⁵⁷⁶ infraconstitucionais citados.

O terceiro e último nível, nominado *nível executivo e jurisdicional*, é onde os sujeitos concretizantes do judiciário ou da administração, com base no texto da norma constitucional e das subseqüentes concretizações desta em nível político-normatizador (regimentos, regulamentos, leis, estatutos etc), desenvolvem seus trabalhos de concretização, de forma a obter normas de decisão, solucionadoras de problemas concretos, colocados diante de seus juízos decidentes.⁵⁷⁷

Nessa linha de raciocínio, as palavras de Canotilho são peremptórias e próprias ao problema:

"A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas da sua articulação com outros princípios ou normas [regras] 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 legislativa*) e pelos órgãos de aplicação do direito a problemas concretos, designadamente os tribunais (*concretização judicial*)."⁵⁷⁸

A importância da articulação das categorias "densidade", "abertura", "concretização" e "metódica para a compreensão da normatividade dos princípios constitucionais evidencia-se, por tudo que foi exposto. Sem elas, pode-se dizer, não se

⁵⁷⁵ É claro, como já esclarecido no final do item de exposição anterior, que essa densificação não se dá somente de cima para baixo, ou seja, das normas mais abertas para as normas mais densas. Existe, sim, entre as normas constitucionais de diferentes grau de densidade e abertura, um "processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco", onde as normas constitucionais, quando individuadas para efeitos de um processo concretizador "primário", se esclarecem mutuamente, de forma interpretativa e realizadora.

⁵⁷⁶ Na expressão de Canotilho: "decisões políticas" com densidade normativa.

⁵⁷⁷ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., p. 224.

⁵⁷⁸ Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 197. Num sentido metódico semelhante ao exposto por Canotilho, porém através de categorias e noções um pouco diferentes, ver "La Proyección Normativa de los Valores y los Principios y la Distinción entre 'Impredictibilidad' e 'Indeterminación'" (p. 91-7), de Miguel Aragon, em seu *Constitución y Democracia*, ob. cit.

conseguirá, dentro dos quadrantes do discurso nacional, dar-se conseqüências normativas ótimas ao conceito de princípios constitucionais. Elas, associadas a tantas outras elaborações teóricas de Canotilho, traçam um seguro e eficaz caminho, uma linha metódica de realização dos princípios com assento na Constituição.

Os autores brasileiros pesquisados não se referiram a essas categorias como iluminantes do conceito de princípios constitucionais. Como se disse em nota de rodapé anterior, a discussão que poderia suscitá-las é muito recente, no Brasil. Entre os autores pesquisados com o fito de colher elementos sobre os princípios constitucionais, somente Bonavides e Stumm tangiram a idéia de concretização e metódica. No entanto, não as relacionaram aos princípios constitucionais, da maneira como foi feito neste item de exposição.

Só o trabalho de Luiz A. Heck, em termos dogmático-jurisprudenciais, demonstrou a concretização dos princípios por desenvolvimentos do judiciário, segundo seus estudos sobre a Corte Constitucional alemã. Todavia, de seus estudos não se defluem explicações teóricas sistematizadas sobre o processo metódico de realização dos princípios constitucionais. O que decorre de suas explicações constitui-se numa grande iluminação praxiológica sobre desenvolvimentos concretizadores jurisprudenciais. Para idéia aproximada de sua contribuição, citam-se suas conclusões sobre o princípio constitucional "Estado de Direito":

"O Princípio do Estado de Direito, em vista de sua latitude e indeterminação, não encerra - na medida em que não está moldado e especificado para uma determinada matéria em frases isoladas na Constituição escrita -, em todos os detalhes, mandamentos ou proibições univocamente determinados, de categoria constitucional, senão é um preceito constitucional que carece da concretização, consoante com os dados objetivos. Fundamentalmente, é assunto do legislador considerar o Princípio do Estado de Direito na legiferação e escolher, entre as alternativas possíveis, na concretização normativa de um preceito constitucional. Na concretização, todavia, precisam ficar mantidos, em suma, elementos fundamentais do Estado de Direito e a propriedade do Estado de Direito. Há uma série de determinações constitucionais, que, para o seu âmbito de aplicação, apresentam uma concretização do Princípio do Estado de Direito, cuja validade não está limitada a determinados sectores jurídicos.

Do Princípio do Estado de Direito mesmo deixam-se desenvolver preceitos jurídicos, como, v. g., a proibição de leis retroativas onerosas, o preceito da proporcionalidade, a solução da relação tensa entre certeza jurídica e Justiça no caso concreto e o preceito da mais completa proteção jurídica possível. Isso se deve ao Tribunal Constitucional Federal."

E, ao falar do "preceito da proporcionalidade", dele esclarece: "Porque enraizado no Princípio do Estado de Direito, o preceito da

proporcionalidade é dele derivado. Em consequência, configura-se como preceito constitucional. Da mesma forma, o preceito da proibição de excesso, que, em consonância com a situação concreta, é conjugado com o preceito da proporcionalidade."⁵⁷⁹

Esse excerto dá uma idéia das proveitosas sugestões, quanto ao assunto, colhíveis no texto de Heck.

Para concluir, deve-se dizer que só a obra de Heck, em termos específicos, entre nós, preocupou-se em dar uma idéia do processo de concretização dos princípios constitucionais. Os demais autores não tangiram o assunto na perspectiva aqui exposta.

Todavia, no processo de concretização, devido a abertura e densidade diferenciadas de muitas normas constitucionais, e devido aos bens, direitos e interesses que essas regulam, pode ocorrer antinomias e tensões entre princípios constitucionais. E se não houver posturas adequadas à sua resolução, a normatividade dos princípios em conflito poderá frustrar-se. Essa questão será desenvolvida no último tópico do presente capítulo.

2.06. *Antinomias e tensões entre princípios constitucionais*

A temática do *conflito entre princípios* constitui-se num dos elementos de cognição que integram o conceito de princípios constitucionais, como se demonstrou nos capítulos anteriores. Canotilho não fugiu a sua tematização, muito embora não a tenha feito de modo a satisfazer, plenamente, a curiosidade que o tema suscita. Ou melhor, não elaborou um discurso abrangente e sistematizado para essa problemática, deixando aos estudiosos e operadores do Direito a tarefa de colher em sua obra - de alguns momentos narrativos - as idéias tendentes à elucidação da questão. O que se encontra nos textos do mestre português, feitas de modo detido, são referências à colisão entre direitos fundamentais e entre esses direitos e outros bens e valores constitucionais⁵⁸⁰.

Para Canotilho, "o fato de a constituição constituir um sistema aberto de princípios já insinua que podem existir *fenômenos de tensão* entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais."⁵⁸¹ E no seu

⁵⁷⁹ Cf. Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*, ob. cit., p. 175-6.

⁵⁸⁰ Cf. *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 135-8 e *Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 654-61.

⁵⁸¹ Cf. *Direito Constitucional*, 5ª ed., p. 196.

entendimento, como os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários níveis de concretização, conforme as condições fáticas e jurídicas de realização constitucional, isso permite o "balanceamento de valores e interesses", consoante o *peso* e a ponderação prática dos princípios eventualmente conflitantes. Nesse particular, destaca, os princípios não obedecem, como as regras, à "lógica do tudo ou nada"⁵⁸².

Assim, para o autor português, "...em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (*prima facie*), devem ser realizados." Nessa linha, conclui que os "princípios suscitam problemas de *validade e peso*", ao contrário das regras, que colocam apenas questões de validade. Com base em Zagrebelsky, afirma que a convivência dos princípios é conflitual.⁵⁸³

Esse posicionamento se justifica porque "... a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria..." o reconhecimento, inadequado⁵⁸⁴, de princípios reciprocamente incompatíveis, antinômicos, com o que se destruiria a "... tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental." Daí, para Canotilho, "... o reconhecimento de momentos de *tensão* ou *antagonismo* entre os vários princípios e a necessidade (...) de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma 'lógica do tudo ou nada', antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu 'peso' e as circunstâncias do caso."⁵⁸⁵

Nesse norte de exposição, muito esclarecem os exemplos de Canotilho:

"Assim, por ex., se o princípio democrático obtém concretização através do princípio maioritário, isso não significa desprezo da proteção das minorias (...); se o princípio democrático, na sua dimensão económica, exige a intervenção conformadora do Estado através de expropriações e nacionalizações, isso não significa que se posterguem os requisitos de

⁵⁸² Idem, p. 173-4.

⁵⁸³ Idem, p. 174.

⁵⁸⁴ Inadequado, segundo o *princípio da unidade da constituição*, que é, para Canotilho, não só um elemento de interpretação, mas, também, "... expressão da própria *positividade normativo-constitucional*." Esse princípio "... significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infraordenação dentro da lei constitucional)." Cf. *Direito Constitucional*, ob. cit., p. 197 e 232-3.

Ver maiores desenvolvimentos sobre esse princípio, em Canotilho, *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 44-5. Ver, igualmente, entre nós, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, ob. cit., p. 181-98; Raquel D. Stumm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional*, ob. cit., p. 56-8; Paulo A. T. Boechele, "Hermenêutica Constitucional...", ob. cit., p. 119-21

⁵⁸⁵ Idem, p. 196.

segurança inerentes ao princípio do Estado de direito (princípio de legalidade, princípio de justa indenização, princípio de acesso aos tribunais para discutir a medida da intervenção)."⁵⁸⁶

Para solver os conflitos entre princípios constitucionais, Canotilho advoga a idéia de uma "concordância prática" ou uma "ponderação prática de bens" entre os princípios em conflito⁵⁸⁷. Para ele, o peso dos princípios e as circunstâncias do caso concorrem para ditar a forma de concretização (e harmonização) dos princípios em conflito.

⁵⁸⁶ Ibidem.

⁵⁸⁷ Canotilho parece preferir a concordância prática à ponderação de bens, como metódica de resolução de conflitos entre princípios constitucionais. Vejam-se suas observações críticas, ao discorrer sobre regras e princípios, em seu *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, ob. cit., que permitem concluir nesse sentido:

"Muitas das consequências que se pretendem extrair da separação lógica entre normas [regras] e princípios, com base na ideia de 'peso' ou 'espessura' dos princípios (especialmente relevante em caso de colisão de princípios) também ficam, substancialmente esbatidas. A *dimension of weights* [em vernáculo: a dimensão do peso], que permitiria gradação valorativa e a solução de conflitos sem afectar a validade de princípios eventualmente colidentes, aponta para o conhecido modelo de ponderação de bens, que não é acolhido aqui [tese de doutorado de Canotilho] por várias razões.

A primeira é a de que, ao utilizar-se o modelo de ponderação de bens constitucionais na tarefa de interpretação dos princípios e normas, o sentido que se lhe dá não é o de medida e comparação do 'peso' dos princípios (com os conhecidos resquícios da 'hierarquia de valores' e da 'ordem de valores') mas o de discussão das valorações de bens constitucionais igualmente valiosos. É um problema de meios e fins, de ponderação de resultados, de necessidade da adequabilidade de soluções, de garantia de posições constitucionais.

Em segundo lugar, não se acolhe a ideia dos 'princípios' como justo superior' que, em caso de necessidade, justificará a invalidade de normas constitucionais em conflito irremediável com os princípios axiológico-normativos superiores ('normas constitucionais inconstitucionais'). A eventual tarefa de *otimização constitucional* alicerça-se mais racionalmente num princípio da concordância prática do que numa escala ordinal ou cardinal de 'valores' constitucionais."(colchetes acrescentado) (p. 281-2).

Na mesma obra, encontra-se outra afirmação elucidante do objeto desta nota, ao discorrer sobre a "pragmática da ponderação dos resultados":

"Em confronto surgem-nos duas posições metódicas: a pragmática da *ponderação de bens* considera que, no caso de conflito e concorrência de bens constitucionais, ao legislador pertencerá estabelecer a hierarquia de valores e interesses e uma *intensidade de preferências*, conducente à referida *otimização constitucional*; a *teoria da concordância prática* exige, em vez da unilateral valoração de um bem [leia-se, aqui, princípios, para os efeitos desta nota] constitucional em desfavor de outro, que se proceda a uma *otimização equilibrada e equalizante*, de modo a assegurar a eficácia de ambos os bens em conflito." (colchetes acrescentado) (p. 199).

E no seu *Direito Constitucional*, 5ª ed., ob. cit., ao falar de direitos fundamentais em conflito, Canotilho, ao que parece, deixa ainda mais clara sua preferência metódica:

"... as normas dos direitos fundamentais são entendidas como *exigências ou imperativos de otimização* que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fáctica. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstractos. A 'ponderação' e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas (F. MULLER), uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos abstractos que orientem, precisamente, a tarefa de ponderação e/ou harmonização concretas: 'princípio da concordância prática' (HESSE); 'ideia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes' (LERCHE)." (p. 661).

Sobre a idéia de concordância prática, ver Raquel D. Stumm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, ob. cit., "Princípio da Concordância Prática" (p. 58-60). Relativamente à noção de ponderação de bens, ver Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, ob. cit., "A solução de colisões de princípios e normas mediante a 'ponderação de bens'" (p. 490-502).

Respeitante a posição de um critério geral e abstrato, válido para solução de conflitos de direitos, no sentido contrário à afirmação de Canotilho, ver Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, ob. cit., p. 80-115, ao discorrer sobre a tese do meta-critério "princípio da hierarquização axiológica".

Para prestigiar a normatividade dos princípios constitucionais, como princípios juridicamente realizáveis mesmo em casos de tensão, antagonismos e/ou conflitos, nota-se a importância evidente da concordância prática e da ponderação de bens (prática ou abstrata).

Essas idéias todas constituem-se em elementos muito úteis para se chegar a uma formulação dogmática, constitucionalmente adequada, do conceito de princípios constitucionais.

O tema do conflito entre princípios, entre nós, recebeu atenção de Paulo Bonavides, Eros Grau, Flávio Galvão e Raquel D. Stumm. Todos, de maneira semelhantes e aproximadas das conclusões de Canotilho, referem os critérios da ponderação de bens e/ou concordância prática para solução das tensões e antagonismos de caráter principiológico.⁵⁸⁸

Na conclusão do presente capítulo, pode-se afirmar que a obra do autor português, em termos teóricos, dogmáticos e metódicos, constitui o norte constitucional mais aproximado e seguro para a compreensão constitucionalmente adequada do conceito de princípios constitucionais e sua normatividade, não havendo estudos no Brasil - no atual estágio de desenvolvimento do assunto - que possam superar a profundidade e agudeza de sua obra, que, de resto, como se viu, em muitíssimos pontos, se aproxima de diversas pontificações de nossos juristas, no entanto, possui mais largueza, abrangência e profundidade que todos os trabalhos aqui pesquisados.

⁵⁸⁸ Posição, ao que parece, diversa no caminho e semelhante no ponto de chegada, relativamente à posição desses autores e à de Canotilho, é a esposada por Juarez Freitas, em seu *A Interpretação Sistemática do Direito*, ob. cit., p. 57-91. Nessas páginas, considera o autor, em síntese, a confrontação de princípios como questão de antinomia, ainda que apenas aparente, reconhecendo a possibilidade de afastamento de princípios (p. 176-8).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste último momento discursivo, procurar-se-á, a título de considerações finais: (a) sistematizar os acordos teóricos e dogmáticos entre os autores nacionais, bem como posições isoladas, sobre o conceito de princípios constitucionais; (b) especificar, de forma sintética, as insuficiências e os desajustes encontrados no discurso brasileiro, sobre o conceito problematizado; (c) sumariar as contribuições de Canotilho para a compreensão da problemática contemporânea dos princípios constitucionais e os possíveis pontos de auxílio metódico e teórico, colhíveis em sua obra, para o pensamento constitucional brasileiro; (d) assinalar questões potencialmente exploráveis a partir da investigação empreendida, que ficaram entreabertas para pesquisas futuras.

(a) Pode-se asseverar - do que é lícito concluir da globalidade dos textos brasileiros ocupados no presente trabalho - como suma de idéias essenciais para o objeto da pesquisa realizada, em forma de pontos teóricos acordes entre os autores ou de posições firmadas de maneira isolada, o seguinte:

(a.i.) Os princípios constitucionais são normas jurídicas; normas que integram a Constituição, com a mesma dignidade de direito que as regras constitucionais ou quaisquer outras normas constitucionais. É quase pacífica, entre os autores, a distinção entre regra e princípios como espécies do gênero norma jurídica. Todavia, existem alguns publicistas que titubeiam na utilização de norma como sinônimo de regra, e mesmo o que insistem em sobrepor norma a princípio, trabalhando com a antiga posição positivista que difere princípio de normas.

(a.ii.) Os princípios constitucionais implícitos, ao lado dos princípios constitucionais expressos, são normas constitucionais de existência e eficácia pacificamente reconhecidas.

(a.iii.) Os princípios constitucionais além de servirem como parâmetro para solução de problemas jurídicos que exijam a sua aplicação normativa, ainda funcionam como critérios interpretativos para solução de outros casos, que não lhes solicitem, diretamente, aplicação jurídica. Esses casos podem ter em mira tanto normas constitucionais quanto infraconstitucionais. Ou seja, os princípios constitucionais, além de desempenharem a função

de normas com diferentes graus de concretização, ainda funcionam como critério para interpretação de outras normas, não importando o nível hierárquico-normativo dessas.

(a.iv.) No juízo de inconstitucionalidade por ação e no juízo de revogabilidade, os princípios constitucionais, tanto os expressos quanto os implícitos, servem de normas parâmetros para aferição da incompatibilidade da norma objeto com a constituição.

(a.v.) Os princípios constitucionais servem como limites materiais ao poder de reforma constitucional, e a transgressão a seus comandos generalíssimos, pelo órgão legislativo encarregado de rever a constituição, enseja sanções de inconstitucionalidade, através do órgão judiciário competente.

(a.vi.) A violação a princípio constitucional por decisão judiciária, no transcurso de um processo judicial, enseja, em tese, a interposição de recurso extraordinário, pois os princípios constitucionais enquadram-se no conceito de dispositivo constitucional e são normas integrantes do bloco normativo material da constituição.

(a.vii.) Os princípios constitucionais têm força normativa imediata, para supedanear a possibilidade jurídica do pedido em ação judicial, desde que essa ação ou tenha como objeto a discussão de um princípio-garantia, imantada pela auto-aplicabilidade e/ou postule a invalidação de ato jurídico, firmado com desrespeito aos comandos normativos dos princípios, sejam eles princípios-garantia ou não.

(a.viii.) O conflito entre princípios se resolve na dimensão do peso e não da validade, ou melhor, princípios colidentes não se excluem de maneira antinômica, perdendo um deles a existência jurídica, a validade e/ou a vigência; apenas se afastam diante da hipótese colocada ao juízo decidente. Assim, pelo procedimento da ponderação de princípios em conflito afasta-se, no caso, o princípio cujo peso foi sobrepujado pelo outro, que recebeu aplicação, ou, ainda, pela metódica de harmonização ou concordância prática aplicam-se ambos os colidentes, até o limite das possibilidades que o peso de cada um comporta.

(a.ix.) As regras constitucionais são especificações dos princípios constitucionais. Ou seja: ao lado de outros princípios (menores) de maior densidade semântica, elas especificam a esfera normativo-aplicativa dos princípios (maiores) de menor densidade. Assim, entende-se a estrutura constitucional como um escalonamento normativo-material entre princípios e regras que podem mutuamente se especificar e explicar-se, *de cima para baixo ou de baixo para cima*, na seguinte disposição: princípios maiores - princípios menores - regras constitucionais.

(a.x.) Muitas vezes, para se ter a plenitude do conhecimento de dado princípio constitucional, é necessário perscrutar-lhe a inteireza positiva não só no enunciado normativo que o consagra expressamente, mas também em todos os seus desdobramentos e segmentos, tanto regrísticos quanto principiológicos, ao longo do texto constitucional. Essa posição, como pode ver-se, é corolária da anterior.

(a.xi.) Os princípios constitucionais fundamentais não se esgotam no título I, da Constituição vigente, mas estão estabelecidos ao longo do texto constitucional. Existem alguns corolários lógico-dogmáticos desse entendimento. Vejam-se: *primeiro*, no juízo de aferição de constitucionalidade das reformas constitucionais, não se deve ater, o intérprete, aos limites materiais encartados no título específico da constituição, mas, sim, deverá, quando necessário, buscar os *princípios fundamentais dispersos* que são desdobramentos ou segmentos dos *princípios fundamentais iniciais*, e, como tais, não devem sofrer violação por reformas inconstitucionais; *segundo*, não se pode querer afirmar que os princípios fundamentais iniciais sejam mais *fundamentais*, em termos de força normativa e dignidade jurídica, do que quaisquer outros princípios constitucionais, sejam eles princípios fundamentais dispersos ou não; *terceiro*, não se deve antepor o tit. I, da Constituição, como bloco normativo de *infra e supra-ordenação* (Kelsen) das demais normas constitucionais, chegando-se ao juízo *lógico* (diga-se: juridicamente inadequado) de normas constitucionais inconstitucionais, por força da parametricidade deste título.

(b) As insuficiências e desajustes encontrados no discurso dos autores brasileiros, sobre o conceito de princípios constitucionais, podem receber as seguintes descrições :

(b.i.) Uma tendencial conceptualização imperativística - de acordo com algumas posições, expressas ou implícitas - das normas constitucionais, prepondera em alguns autores, como Barroso e Borges, entre outros. Essa tendência, tributária de concepções do positivismo jurídico, relativiza e mesmo enfraquece a idéia de normatividade dos princípios constitucionais, ao exigir-lhes a estrutura de normas que, de par com o mandamento expreso, fixem a sanção explícita para o seu descumprimento. Essa postura, como se viu, é imprópria para se *compreender* qualquer norma constitucional, não só os princípios.

(b.ii.) Poucos autores se lançaram a tarefa de classificar as normas integrantes do bloco normativo principialista de nossa constituição. Aliás, pode-se dizer, apenas dois o fizeram (Dória e Barroso). Porém, muito está para se fazer a bem de uma classificação segura e metodologicamente adequada, que possa dar conta do universo principial positivo brasileiro.

(b.iii.) A intertextualidade dos autores brasileiros carece da utilização dos clássicos principialistas da Teoria Jurídica e do Direito Constitucional. Boulanger, Dworkin, Alexy, Canaris, Esser, Luhmann, Larenz, Müller, Krawietz, Zagrebelsky, Crisafulli, Enterria, Scheuner, Grau, Engisch, Scheuner, Ross, embora não sejam todos *principialistas*, fornecem avantajados subsídios para o incremento teórico e metodológico da concepção principialista do Direito Constitucional, segundo se deflui de Canotilho. Os textos brasileiros pesquisados, muito pouco a eles se referiram, à exceção de Bonavides, Eros Grau, Denise Stumm, entre os particularmente analisados no presente trabalho. Em sua maioria, os autores analisados nada disseram sobre os autores estrangeiros apontados, e a quase totalidade dos publicistas nacionais sequer citam as obras brasileiras anteriores aos seus escritos. Exemplo marcante é o silêncio em torno do texto de Sampaio Dória. A fonte primária, de quase todos, é a obra de Canotilho.

(b.iv.) Não existem monografias teóricas ou dogmáticas gerais, sobre o conceito de princípios constitucionais, no Brasil. Como se viu, as monografias existentes, que são em número considerável, tematizaram princípios constitucionais positivos específicos. Assim, faltam monografias teóricas que problematizem, sob diversos aspectos conceituais, a idéia de princípios constitucionais, e também faltam monografias que forneçam visão dogmática ampla sobre a dimensão normativo-principial da atual Constituição.

(b.v.) Nota-se uma tendência (Ivo Dantas e Souto Maior Borges, entre outros) para hierarquizar, *normativamente*, os princípios constitucionais, no interior da Constituição. Ou seja, deseja-se estabelecer, ainda que não confessadamente, uma relação de infra e supra-ordenação entre os princípios constitucionais em busca de normas constitucionais inconstitucionais. Essa concepção contraria o princípio da unidade de constituição.

(b.vi.) Tendem alguns autores (Barroso e Ivo Dantas, entre outros) a buscar princípios constitucionais implícitos em dimensão suprapositiva, *fora* do texto constitucional. Essa postura ou segue para posições jusnaturalistas racionalistas, entre outros possíveis jusnaturalismos, ou se dirige para positivismos sociologistas ou psicologistas, que acabam por advogar a existência de uma instância léxico-constitucional não assentada na constituição, com a conseqüente perda de força normativa (Hesse) desta e a possível *invasão* da ordem jurídica por "normas exóticas" (Clemente de Diego).

(b.vii.) Não se constatou a preocupação com o procedimento metódico de concretização dos princípios constitucionais, ou seja, não houve preocupação com o procedimento global de aplicação dos princípios. Conseqüentemente, como é lícito aduzir, no

Brasil, não se pode dizer que a normatividade dos princípios constitucionais, em termos teóricos e metódicos, esteja seguramente resguardada.

(b.viii.) Todos os autores brasileiros partem de uma concepção hermenêutica que confunde norma com o texto da norma (enunciado lingüístico, disposição). Essa posição, principalmente quanto aos princípios constitucionais implícitos, impede sejam potencializadas todas as possíveis conseqüências normativas defluíveis do léxico-constitucional positivo.

(b.ix.) O conceito de sistema, entre os autores problematizados, não é nuclear e/ou fundamental para a explicitação do conceito de princípios constitucionais, mas sim periférico e incidental. Essa posição do conceito de sistema, no discurso principialista brasileiro, impede uma ótima potencialização normativa não só dos princípios, mas de todas as normas constitucionais e da própria constituição como norma. Apenas Flávio Galvão e Celso Bastos dedicaram referências ao conceito de sistema, sem, no entanto, realizá-las de modo adaptado, de todo, aos postulados do pós-positivismo, pois trabalharam, muito brevemente, com a concepção de constituição como sistema integrado *por princípios e normas*, sem maiores desenvolvimentos teórico-explicativos.

(c) A contribuição de Canotilho para a compreensão da problemática contemporânea dos princípios constitucionais (ao menos para o Direito Constitucional de língua portuguesa) e os possíveis pontos de auxílio metódico e teórico, colhíveis em sua obra, para o pensamento constitucional brasileiro, podem ser sumariados da seguinte maneira:

(c.i.) A concepção de uma *dogmática principialista estruturante*, ou seja, de uma dogmática fundada em *princípios constitucionalmente estruturantes*, é deveras esclarecedora do conceito de princípios constitucionais e muito auxilia na compreensão de sua correta normatividade, como visto. Nos quadrantes dessa concepção, os princípios constitucionalmente estruturantes, no plano normativo-constitucional, traduzem-se pelos princípios fundamentais, que, para tanto, apresentam dupla dimensão dogmático-normativa: uma declarativa e outra constitutiva. Pela primeira, a declarativa, esses princípios assumem a natureza de "superconceitos", de "vocábulos designantes", utilizados para exprimir a soma de outros "subprincípios" e/ou de regras constitucionais. Através da segunda, a constitutiva, os princípios estruturantes exprimem, indiciam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional.

(c.ii.) A sua concepção de *constituição como sistema aberto de regras e princípios* permite decodificar o texto constitucional como estrutura sistêmica, composta por regras e princípios constitucionais. Essa concepção possibilita desvendar a dimensão

processual da constituição (constituição como processo público) e esclarecer como os princípios constitucionais se realizam através dessa dimensão, ou seja, permite demonstrar o processo de concretização dos princípios constitucionais dentro do processo maior de realização/concretização da própria constituição.

(c.iii.) A sua distinção entre *formulação da norma* e *norma*, onde a primeira categoria designa um *texto ainda a interpretar*, e a segunda, a parte de um *texto interpretado*, é muito importante para a compreensão, interpretação e aplicação dos princípios constitucionais, principalmente dos princípios "implícitos" na constituição. Essa posição permite superar concepções hermenêuticas positivistas que identificam *norma* e *texto da norma*, ou seja, transcende posições metodológicas que confundem norma jurídica com o artigo, parágrafo, inciso ou alínea legais que a consignam literal ou potencialmente.

(c.iv.) As suas definições de norma constitucional⁵⁸⁹ e de princípio jurídico⁵⁹⁰ permitem reavaliar e superar a concepção imperativística de norma constitucional que, entre nós, enfraquece a potencialização normativa dos princípios constitucionais. Também, essas definições (e o universo teórico onde se encontram inseridas) fornecem elementos para se transcender, no discurso jurídico brasileiro, a postura que insiste em definir princípios em termos metafóricos, com insuficientes demarcações analíticas e precária sustentação metodológica.

(c.v.) Sua perspectiva metodológica - que adota um *ponto de partida normativo*, assenta na normatividade da Constituição, compreende o Direito Constitucional como uma ciência que trabalha a partir do direito positivamente normado e a lei fundamental como texto democraticamente pactuado (em termos materiais e processuais) - recusa as idéias que conduzem o discurso da Ciência Constitucional a buscar num "sistema de valores", numa "ordem de valor geral", em "decisões valorativas" (à moda de Carl Schmitt) e/ou em "valores fundamentais", o seu objeto de especulação e as normas jurídico-constitucionais que regulam a vida de uma comunidade política. Nessa perspectiva, os princípios constitucionais são aquelas normas *postas* pela Constituição, são o direito escrito e não-escrito dela derivável, ou seja, os princípios constitucionais são os consignados, de forma escrita ou não-escrita, *na constituição*, e não são "normas" integrantes de uma *sintaxe* constitucional que assentam

⁵⁸⁹ Relembrando: "Norma constitucional" define-se como *modelo de ordenação* juridicamente vinculante, orientado para uma concretização material e constituído, analiticamente, por uma *medida de ordenação* expressa através de um *programa normativo* (enunciado linguístico) e por uma constelação de dados reais (psicológicos, econômicos, sociais, sociológicos etc) - designada de *setor ou domínio normativo*.

⁵⁹⁰ Relembrando: "Princípio jurídico" traduz-se pela idéia de que os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas, ou seja, normas que não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de "tudo ou nada", porém impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a "reserva do possível", fáctica ou jurídica.

sobre outro *texto*, que não o da lei fundamental. Esse posicionamento reafirma, sobretudo, a *força normativa da constituição* e a idéia de *constituição como norma*, e permite uma postura metodologicamente segura quanto à existência dos princípios constitucionais, principalmente sobre os princípios não-escritos.

(c.vi.) Seu discurso, sobre os *princípios fundamentais*, divide-os, analiticamente, em *fundamentais iniciais* e *fundamentais dispersos*, afirmando constituir os *dispersos* concreções e desdobramentos dos *iniciais*; afirma que esses princípios constituem o *cerne da Constituição* e consubstanciam sua *identidade intrínseca*; afirma a heterogeneidade dos princípios fundamentais, com base na diversidade de conteúdo normativo e assevera que podem ser considerados de acordo com a *especificidade* e/ou a *conjugação*, ou seja, podem ser tratados de acordo com o conteúdo específico de cada um, conforme a respectiva marca distintiva, ou, ainda, *conjugadamente*, na inter-relação que se pode estabelecer entre princípios com conteúdos normativos distintos. Essas colocações, entre outras, a respeito dos princípios fundamentais, contribuem para uma compreensão mais aproximada desses princípios enquanto conceito teórico e categoria normativa.

(c.vii.) Sua tipologia de princípios e de regras enquadra os princípios constitucionais em quatro tipos básicos (*princípios jurídicos fundamentais*, *princípios políticos constitucionalmente conformadores*, *princípios constitucionais impositivos* e *princípios-garantia*) e esquadrinha as regras constitucionais em taxionomia mais complexa (*regras constitucionais de organização*, que se dividem em *regras de competência*, *regras de criação de órgãos* e *regras de procedimento*, e *regras materiais*, que se dividem em *regras de direito fundamentais*, *regras de garantias institucionais*, *regras determinadoras de fins e tarefas* e *regras constitucionais impositivas*), viabiliza uma compreensão mais dilargada da normatividade da constituição, permitindo a fixação de elementos teóricos mais adequados à boa compreensão, interpretação e aplicação do conceito de princípios constitucionais.

(c.viii.) Sua idéia de que a articulação entre os vários tipos de princípios e de regras constitucionais permite iluminar a compreensão da constituição como *sistema interno de regras e princípios*, ou melhor, permite compreender a constituição como um sistema *em si*, que se assenta em *princípios constitucionais estruturantes*, *princípios constitucionais gerais*, *princípios constitucionais especiais* e *regras constitucionais*, no qual a primeira categoria de princípio é densificada/concretizada pelas outras três categorias de normas constitucionais. Essa idéia oportuniza uma visão mais próxima da normatividade dos princípios constitucionais, pois tende a explicar como ocorre o processo de densificação/concretização desses princípios no plano da compreensão da constituição, ou seja, no seu nível primário de concretização (que difere, como visto, do nível político-legislativo e do nível executivo e jurisdicional).

(c.ix.) Sua concepção sobre o processo global de aplicação dos princípios constitucionais, que para ser explicada exige a articulação entre os conceitos de *metódica constitucional* com as categorias *densidade*, *abertura*, *concretização*, potencializa e implementa, em níveis ótimos, a idéia de normatividade dos princípios constitucionais. Nessa perspectiva, a força normativa dos princípios não resulta da imperatividade da norma principal em si, à maneira de posturas positivistas, mas do procedimento metódico, normativamente orientado, de sua aplicação.

(c.x.) Sua crítica teórica e advertência metodológica sobre o uso do procedimento de ponderação dos princípios constitucionais (procedimento que difere dos de concordância e de harmonização práticas), no caso de conflito entre eles, é muito elucidativa para a garantia e compreensão da normatividade desses princípios, pois alerta para o perigo de possíveis posturas decisionísticas ancoradas em metapreferências, reconduzíveis a uma ordem de valores supraconstitucional. Essas metapreferências fragilizam ou anulam a normatividade dos princípios constitucionais, preteridos através de critérios não embasados na ordenação jurídico-constitucional positiva.

(c.xi.) Sua definição de normatividade se explica como o efeito global da norma constitucional num determinado processo de concretização, não se cingindo ao significado de qualidade de norma. O efeito normativo pressupõe a realização de *qualquer* norma constitucional, através de aplicação-concretização aos problemas carecidos de decisão jurídica. Essa definição, de *per si*, aplicada à compreensão da normatividade dos princípios constitucionais, demonstra a sua "bondade" teórica e utilidade metódica para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada do conceito de princípios constitucionais.

(d) Ainda, é lícito assinalar algumas questões potencialmente exploráveis, a partir (direta ou indiretamente) da investigação empreendida, que ficaram entreabertas para pesquisas futuras. Estas questões podem receber a seguinte descrição:

(d.i.) Aplicação do método e da teoria de Canotilho à compreensão dogmática da Constituição vigente, explorando suas virtualidades normativas. Poder-se-ia, por exemplo, dissertar sobre a configuração normativa dos seguintes princípios constitucionais estruturantes: princípio democrático, princípio do Estado de direito, princípio federativo e princípio republicano.

(d.ii.) A relação político-constitucional entre princípios constitucionais e legitimação/legitimidade constitucional, problematizada a partir da Teoria da Constituição.

(d.iii.) A problematização do processo de concretização dos *princípios constitucionais estabelecidos*⁵⁹¹, através dos poderes constituintes decorrentes, no âmbito dos estados e dos municípios, ao produzirem suas constituições e leis orgânicas.

(d.iv.) Colocar em questão a relação conceitual entre a idéia de preceito fundamental, estabelecida no art. 102, § 1º, da CR, e a noção de princípios fundamentais estatuída no tít. I, da mesma lei fundamental.

(d.v.) Pesquisar, principalmente nos arestos da Suprema Corte brasileira, o desenvolvimento jurisprudencial dos princípios constitucionais, analisando, por exemplo, as tendências doutrinárias e as posições metodológicas que potencializam, estabelecem ou nulificam a normatividade desses princípios.

(d.vi.) Questionar, com detença, a tese dos princípios constitucionais como limites materiais ao poder de reforma constitucional, questionando na doutrina brasileira, na jurisprudência, na teoria e na positividade constitucional sua consistência normativa e seu processo concretizador.

(d.vii.) Questionar, com detença, a tese dos princípios constitucionais como paramétricos no juízo de inconstitucionalidade por ação e por omissão, questionando, na doutrina brasileira, na jurisprudência, na teoria e na positividade constitucional, sua consistência normativa e seu processo concretizador.

(d.viii.) Problematizar, com detença, a tese dos princípios constitucionais como supedâneo à possibilidade jurídica do pedido, em ações judiciais que postulem a defesa de direitos subjetivos, questionando, na doutrina brasileira, na jurisprudência, na teoria e na positividade constitucional, sua consistência normativa e seu processo concretizador. Nessa perspectiva, também examinar a consistência da tese dos princípios constitucionais como fundamento jurídico de recurso extraordinário.

(d.ix.) Examinar a função interpretativa dos princípios constitucionais *normativos* e a relação desta com a função dos princípios de interpretação da constituição. Ainda, numa perspectiva mais ampla, a partir da Teoria da Constituição, questionar a relação possível entre princípios constitucionais e interpretação constitucional.

⁵⁹¹ Para uma visão precisa desta categoria, ver J. Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, 818 p., p. 565-9.

(d.x.) Realizar estudos de Direito Constitucional comparado, com as seguintes perspectivas: comparar a dimensão principial de nossa Constituição com constituições contemporâneas (exemplo: a alemã, a espanhola e a portuguesa, entre outras); comparar a vigente constituição brasileira com as constituições que lhe antecederam; com as constituições estaduais, poder-se-á aplicar a mesma perspectiva.

(d.xi.) Estudar os reflexos e possíveis configurações peculiares, resultantes do processo de constitucionalização de princípios antes situados em esferas normativas infraconstitucionais.

(d.xii.) Selecionar áreas do Direito Privado ou do Direito Público e averiguar o papel dos princípios constitucionais para elaboração dos discursos jurídicos próprios a cada um desses ramos da Ciência Jurídica⁵⁹². Por exemplo: sabe-se que no Direito Tributário e no Direito Administrativo, principalmente na doutrina das últimas décadas, o discurso principialista tem ocupado uma função de extrema relevância. Porém, o que dizer dessa questão perspectivada no Direito das Coisas? Em outros termos: qual o lugar, teórico e metodológico, que ocupam os princípios constitucionais nos artigos, nos manuais e nas monografias especializadas sobre Direito das Coisas? Como os princípios constitucionais hetero-determinam a produção normativa no âmbito do Direito das Coisas?

Em face dessas conclusões finais, pode-se dizer que a hipótese central deste trabalho negou-se e confirmou-se parcialmente, pois os discursos brasileiros analisados não estão de todo desatualizados. Ao contrário. Muitas teses nacionais bem se afinam com posturas do pós-positivismo no Direito Constitucional. Não obstante a constatação de consonâncias discursivas ao hodiernamente versado no Direito Constitucional de matiz principialista, insuficiências e desajustes foram encontrados, como se viu.

Todavia, a hipótese de uma impossibilidade de concretização ótima da normatividade dos princípios constitucionais por ausência de elementos teóricos que a viabilizassem, metodicamente, no plano da dogmática, parece ter-se confirmado, visto que o discurso sobre a normatividade desses princípios formulou-se, entre nós, sobre fragmentos conceptuais que não foram suficientes sequer para suscitar a discussão sobre uma metódica que a realizasse em termos satisfatórios.

⁵⁹² Reflexões com essa finalidade, no âmbito do Direito Privado, foram realizadas pelo jurista argentino Julio César RIVERA, em seu "El Derecho Privado Constitucional", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 85, v. 725, mar. 1996, p. 11-28, especialmente no seu item "Los Principios Constitucionales Informadores del Ordenamiento y La Relectura del Derecho Privado", p. 27-8. Esse texto indica substancial literatura para exploração científica desta natureza

Quanto à contribuição de Canotilho, pode-se dizer que apenas Celso Antônio Bandeira de Mello e Sampaio Dória, não obstante a semelhança de algumas posições entre eles, deixaram de ocupar as teorizações do mestre português. Os demais demonstraram, uns mais outros menos, direta ou indiretamente, a utilização do pensamento canotilhiano na composição de seus escritos. Isso evidencia a propriedade e a utilidade da contribuição do constitucionalista de Coimbra para o pensamento constitucional brasileiro, e essa dissertação, dentro de seus limites, de forma e de conteúdo, salientou alguns pontos que ainda não haviam sido explorados pela doutrina nacional.

Desse modo, alguns elementos teóricos sobre o conceito de princípios constitucionais foram analisados e postos em questão. Por sua vez, a formulação *dogmática* constitucionalmente adequada desse conceito é tarefa para outros trabalhos que vierem a se ocupar dessa problemática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGON, Manuel. *Constitución y Democracia*. Madrid: Tecnicos, 1990. 138 p.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. 164 p.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Considerações em Torno de Princípios Hermenêuticos". *Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, vol. 21, jul./set. de 1972, p. 141-7.
- . "O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico". *Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, ano I, vol. 2, out./dez de 1967, p. 44-61.
- . "Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social". *Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, ano XIV, vol. 57/58, jan./jun. de 1981, p. 233-56.
- . *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 527 p.
- . *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 48 p.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Teoria da Constituição". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, UFMG, jul./1978, n. 47, p. 07-47.
- . "Teoria Geral das Constituições Escritas". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, UFMG, jan./jul. 1985, n. 60/61, p. 25-98.
- . "Teoria Geral da Revisão Constitucional e Teoria da Constituição Originária". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Revonar, out./dez 1994, n. 198, p. 39-52.
- . "Legitimidade do Poder". *Revista de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 70, abr./jun. 1984, p. 59-71.
- . *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 406 p.

- . "Processo e Constituição: o devido processo legal". *Revista de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 68, out./dez. 1983, p. 55-78.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. 221 p.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. 429 p.
- . "Princípios Constitucionais Brasileiros". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 01, 1993, p. 168-85.
- . "A Efetividade das Normas Constitucionais Revisitada", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 197, jul./set. 1994, p. 30-60.
- . *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. 300 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 400 p.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. [Teoria dell'ordinamento giuridico] trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo/Brasília: Polis/UnB, 1989. 184 p.
- . *Liberalismo e Democracia*. [Liberalismo e Democrazia] trad. Marco Aurélio Nogueira. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. 100 p.
- . *Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política*. [Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica] trad. Marco Aurélio Nogueira. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. 173 p.
- . *O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito*. trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos R. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

- BOECHELE, Paulo Armínio Tavares. "Hermenêutica Constitucional - Breve ensaio sobre tema de futura dissertação." *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.*, São Paulo, RT, ano. 2, n. 5, out./dez. 1993, p. 114-25.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 510 p.
- . *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- . *Política e Constituição: os Caminhos da Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 524 p.
- . "Inconstitucionalidade de Preceito Constitucional - Poder Constituinte originário e derivado - Cláusula pétrea - Preceito imodificável por emenda." *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, n. 07, 1994, p. 58-81.
- . "A Despolitização da Legitimidade". *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. São Paulo, Brasiliense, nº 49, primavera/1988, p. 5-29.
- . *A Constituição Aberta. temas políticos e constitucionais da atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. 310 p.
- BORGES, José Souto Maior. "Pró-dogmática: Por uma hierarquização dos princípios constitucionais". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 01, 1993, p. 140-6.
- BRITTO, Carlos Ayres. "As Cláusulas Pétreas e sua Função de Revelar e Garantir a Identidade da Constituição". in: - ROCHA, Cármem Lúcia Antunes *Perspectivas do Direito Público. Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. 503 p. p. 175-95.
- BUZAID, Alfredo. "Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro". *Revista Forense*. Forense, Rio de Janeiro, n. 179, set./out. 1958, p. 14-37.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. [Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzenz]. trad. A. Mendes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 311 p.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992. 1214 p.
- . *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. 1228 p.
- . *Direito Constitucional*. 1 ed. Coimbra: Almedina, 1977. 447 p.
- . *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 1982. 539 p.
- . "Relatório Sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação". *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXIII, 1987, p. 404-94.
- . *Externalização ou Internalização da "Justiça" Constitucional. Introversão ou Extroversão da Legitimidade Processual Constitucional*. Texto inédito, 1994. 14 p. (preparado para conferência que seria ministrada no Brasil, em Porto Alegre, em maio de 1994).
- . "Fidelidade à República ou Fidelidade à Nato?" . *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial - estudos em homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró (tomo I), 1984, p. 131-207.
- . "Derecho, Derechos; Tribunal, Tribunales" (trad. de Teresa Quintela). *Revista de Estudios Politicos*. . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, nueva epoca, abr./sep. 1988, n. 60/61, p. 819-29 (número monográfico sobre "El sistema político y constitucional portugués, 1974-87).
- . "Teoria da Constituição de 1976: Desenvolvimento ou Revisionismo Constitucional?". *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXV, 1989, p. 497-540.
- . "Tópicos de um Curso de Mestrado Sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização." *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXVI, 1990, p. 151-201.

- . "Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais." *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial, tomo III, 1991, p. 461-500 (estudos em homenagem ao Prof. Dr. Antonio de Arruda Ferrer Correia).
- . "Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos - O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial Contra as Omissões Normativas". *in*: - TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo, 1993. 391 p. p. 351-67.
- . *Dizer a Norma nas Questões de Trabalho*. Porto Alegre: texto de conferência proferida por ocasião do V CONAMAT - Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho, no dia 12 de maio de 1994, as 09h00, no Centro de Eventos São José. 15 p.
- . "Rever a ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo." *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.*, São Paulo, RT, ano. 4, n. 15, abr./jun. 1996, p. 07-17.
- . "Discurso na sala dos capelos por ocasião do doutoramento 'honoris causa' do Presidente da República do Brasil José Sarney." *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXII, 1986, p. 493-505.
- . "Discurso Moral' ou 'Discurso Constitucional'; 'Reserva de Lei' ou 'Reserva de Governo?'". *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXIX, 1993, p. 699-717.
- . "Direito de Organização e Direito de Função Pública." *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXVIII, 1992, p. 359-80.
- . "Estilo e Norma Constitucional (A propósito do 'direito constitucional técnico')". *in*: - TUBENCHLAK, James. *Doutrina I*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito - ID, 1996. 535 p., p. 527-35.
- . & LEITE, Jorge. "A Inconstitucionalidade da Lei dos Despedimentos". *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial, tomo III, 1991, p. 501-580 (estudos em homenagem ao Prof. Dr. Antônio de Arruda Ferrer Correia).

---. & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1991. 310 p.

---. & ---. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

---. & ---. *Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. 117 p.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 471 p.

---. "Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial". *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, jan./mar. 1993, p. 103-9.

CARRIO, Genaro R. *Principios Jurídicos Y Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. 75 p.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. 464 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 374 p.

---. "Sobre os Princípios Constitucionais Tributários". *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, RT, n. 55, p. 143-55.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. "Por um ensino crítico do Direito Constitucional". in: - PLASTINO, Carlos Alberto. *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984. 160 p. p. 135-43.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 297 p.

---. "A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma Dogmática Constitucional Emancipatória)". in: - INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. *Seminário*

- Nacional Sobre Direito Alternativo*, Rio de Janeiro, Seleções Jurídicas, Adv, junho/93, p. 45-51.
- . *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 269 p.
- COELHO, Inocêncio Mártires. "Constituição: conceito, objeto e elementos". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 29, n. 116, out./dez. 92, p. 05-20.
- . "Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição". *Revista de Direito Público*, São Paulo, RT, ano 24, n. 96, out./dez. 1990, ps. 167-77.
- . "Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição". *Revista do Tribunal Regional do Trabalho - 8ª Região*. Belém, 24 (46): 43-58, jan./jun./1991.
- . "Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: o Estado Democrático de Direito." *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 30, n. 118, 1993, p. 05-18.
- . "Os Limites da Revisão Constitucional". *Revista de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, out./dez. 1991, n. 100, p. 62-9.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. 472 p.
- COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Trad. Alcidez Cruz. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. 304 p.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Legitimidade do poder de reforma constitucional". in: - ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Perspectivas do Direito Público. Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, 503 p. p. 153-74.
- COSTA, Eduardo Silva. "Os Valores e a Constituição de 1988". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, a. 28, n. 109, jan./mar. 1991. p. 61-70.

- . "Ética Democrática: a Constituição de 1988". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, 1994, n. 04, p. 234-41.
- DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações Exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994. 220 p.
- DANTAS, Ivo. *Constituição Federal - Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. Vol. I, 412p.
- . *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. 119 p.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 535 p.
- DINIZ JR., Antônio Gabriel. "Poder de Reforma Constitucional. Limites - Modo de Expressão - Controle de Constitucionalidade". *Revista de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano IX, jul./dez. 1978, n. 47/48, p. 103-124.
- DÓRIA, A. Sampaio de. *Princípios Constitucionales*. São Paulo: Ed. São Paulo, 1926. 351 p.
- DROMI, José Roberto. "Constitucionalismo y Humanismo". *Revista de Direito Público*, São Paulo, RT, a. XVII, abr./jun. 1984, n. 70, p. 28-32.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. [Como se fa una tesi di laurea]. trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza, rev. Plinio Martins Filho. 10ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1993. 170 p
- ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La Constitución Como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1981. 264 p.
- . "Constituição como norma". *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. XIX, n. 78, abr./jun. de 1986, ps. 05-17
- . & FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Curso de Direito Administrativo* [Curso de Derecho Administrativo] trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 957 p.

- ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. [Grundsatz und Norm...] Barcelona: Bosch, 1961. 498 p.
- FAORO, Raymundo. *Assembléia Constituinte - a legitimidade recuperada*. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. 96 p.
- FARIA, José Eduardo. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987. 88 p.
- . *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1985. 67 p.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos. a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1996. 168 p.
- FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais*. *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, ano 2, n. 5, out./dez. de 1993, ps. 05-24.
- . *Conflito entre Poderes - o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 224 p.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O Conceito de Sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. 187 p.
- . "Princípios Condicionantes do Poder Constituinte Estadual em Face da Constituição Federal". *Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, ano 22, out./dez. de 1989, n. 92, p. 34-42.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 1838 p.
- FERREIRA, Pinto. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. V. I (506 p.) e V. II (519 p.).

---. "O Problema da Revisão Constitucional e seus Limites". in: - Brasil. Ordem dos Advogados do Brasil. *Estudos Constitucionais: Simpósio Sobre Revisão Constitucional e Plebiscito*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1992, 204 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985. 158 p.

---. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

---. *Direito Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996. 189 p.

FIGUEIREDO, Fran. *Metodologia Constitucional*. Brasília: Itamarati, 1987. 272 p.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. 196 p.

---. "Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios." *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, junho/95, nº 06, ano XII, p. 324-7.

---. "A anulação dos atos administrativos em face do princípio da boa-fé". *Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, abril/1995, nº 04, ano XI, p. 173-8.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Princípios Gerais de Direito*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. 260 p.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*. 2ª ed. Curitiba: Genesis, 1993. 173 p.

GALVÃO, Flávio Alberto Gonçalves. "Sistema, Hierarquia de Normas e Princípios Constitucionais no Direito". *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, RT, ano. 3, n. 13, out./dez. 1995, p. 80-95.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 336 p.

---. "Despesa Pública - Conflito de Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas - O Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da

- Despesa Pública". *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 02, 1993, ps. 130-48.
- . *A Constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. 84 p.
- GUEDES, Néviton de Oliveira Batista. *Para Uma Crítica à Concretização das Normas Constitucionais a partir de José Joaquim Gomes Canotilho*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1995, 189 p.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: Ed. UFC, 1989. 111 p.
- . "Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade". *Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, n. 719, setembro de 1995, p. 57-63.
- . "Direitos Fundamentais: Teoria e Realidade Normativa". *Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, n. 713, março de 1995, p. 44-52.
- HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. [The concept of law] trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. 306 p.
- HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais (Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã)*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995. 336 p.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*. trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. 112 p.
- . *Força Normativa da Constituição*. [Die normative Kraft der Verfassung] trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. 34 p.
- HORTA, Raul Machado. "Estrutura, Natureza e Expansividade das Normas Constitucionais". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, 1993, n. 04, ps. 40-54.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. [Reine Rechtslehre] trad. João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. 371 p.

---. "La Función de la Constitución". in: - MARI, Enrique E. *et alii. Derecho y Psicoanálisis: teoría de las ficciones y función dogmática*. Buenos Aires: Hachette, 1987. 168 p. p. 81-88.

---. *Teoria Geral das Normas* [Allgemeine Theorie der Normen]. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. 509 p.

KONDER, Leandro. *O Futuro da Filosofia da Práxis - o pensamento de Marx no século XXI*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. 141 p.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2 ed. [Methodenlehre der Rechtswissenschaft] trad. de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 620 p

LEITE, Jorge Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris Editor, 1987. 285 p.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. 132 p.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador - limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 287 p.

LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico Y Dogmática Jurídica*. [Rechtssystem und Rechtsdogmatik] trad. Ignácio de Otto Pardo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. 147 p.

---. *Sociologia do Direito I*. [Rechtssoziologie I] trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 252 p.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 86 p.

MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. "O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para uma solução." *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, RT, ano. 3, n. 10, jan./mar. 1995, p. 40-5.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. 326 p.

---. "Contrariedade à Constituição e Recurso Extraordinário: Aspectos Inexplorados". *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2, n. 08, jul./set. 1994, p. 48-54.

---. "Questões de Técnica Legislativa". *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 01, 1993, p. 255-81.

---. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. 370 p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2 ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988. 418 p. Tomo II (Introdução à Teoria da Constituição).

---. "Sobre o Direito Constitucional Comparado". *Revista de Direito Luso-Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, nº 09, p. 34-58.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Princípios da Licitação". *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, julho/95, nº 07, ano XI, p. 369-81.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem, Violência, elementos de uma teoria constitucional, I*. [Recht - Sprache - Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I]. trad. de Peter Naumam e revisão de Paulo Bonavides e Willis Guerra Santiago Filho. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. 48 p.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 214 p.

- NEVES, A. Castanheira . "O Actual Problema Metodológico da Realização do Direito". *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial, tomo III, 1991, p. 12-58 (estudos em homenagem ao Prof. Dr. Antônio de Arruda Ferrer Correia).
- NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. 178 p.
- . *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. 191 p.
- NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994. 263 p.
- . *Direito e Sistemas Sociais - A jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis: UFSC, 1988. 208 p.
- ORTEGA Y GASSET, José. *La idea de Principio en Leibniz*. 2 ed. Madrid: Revista de Occidente, 1967. Vol. I, 264 p. (Colección "El Arquero").
- PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal [Valori Costituzionali e Diritto Penale (Un Contributo Comparatistico allo Studio del Tema)]*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris Editor, 1989. 120 p.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 2 ed. Florianópolis: Estudantil, 1988. 103 p.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 293 p.
- RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis. Vício e Sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994. 255 p.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos (Noções Gerais. Direito Positivo. Direito Objetivo)*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 476 p. Vol. I.
- RIVERA, Julio César. El Derecho Privado Constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, RT, ano 85, v. 725, mar. 1996, p. 11-28.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. 308 p.

---. "O direito constitucional à jurisdição". *in*: - TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: 1993. 391 p. p. 31-51.

ROCHA, Leonel Severo. "Direito, Complexidade e Risco". *Seqüência - estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis, UFSC/CPGD, junho de 1994, p. 01-14 (número monográfico sobre "Complexidade, Direito e Sociedade").

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. 396 p.

RUIZ, João Álvaro. *Metodologia Científica: guia para eficiência nos estudos*. São Paulo: Atlas, 1986. 170 p.

RUSSOMANO, Rosah. *O Princípio do Federalismo na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. 168 p.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 203 p.

---. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987. 124 p.

---. *Teoria do Direito e Crítica Histórica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. 162 p.

---. "Sobre a Renovação do Direito Constitucional." *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, Forense, ano III, nº 05, jul./dez. 1985, p. 95-100.

---. *Sociologia do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. 270 p.

---. "A Sociedade e a Constituição". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, UFMG, jan. 1959, n. 05, p. 220-65.

---. *Estado de Direito, Liberdades e Garantias (Estudos de Direito Público e Teoria Política)*. São Paulo, 1980. 147 p.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. Bahia: Livraria Progresso. 1954. 117 p.

---. "Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional". *Revista de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano XVI, jul./set. 1983, n. 67, p. 05-19.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 19ª ed. São Paulo: Cortez, 1993. 252 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992. 768 p.

---. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. 258 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992. 183 p.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. 181 p.

TÁCITO, Caio. "Radiografia da Constituição." *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 196, abr./jun. 1994, p. 01-06.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. "A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os Comparatistas." *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Brasília, a. 28, nº 109, jan./mar., 1991, p. 71/108.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. 395 p.

TUCCI, Rogério Lauria. *Princípios e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 249 p.

UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. Trad. de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. 122 p.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Geral do Direito. Teoria da Norma Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 292 p.

VERDÚ, Pablo Lucas. "El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La 'ideología constitucional' del Professor García de Enterría)". *Revista de Derecho Político*, Madrid, n. 13, primavera de 1982, p. 07-51.

---. "Reflexiones en torno y dentro del concepto de constitución. La Constitucional como norma y como integración política". *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 83, enero-marzo 1994, p. 09-28.

VIEIRA, José Ribas. "O Ensino do Direito Constitucional e a Ciência Política: Uma Reflexão.", *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, Forense, ano III, nº 05, jul./dez. 1985, p. 03-10.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. 259 p.

XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. 106 p.

WARAT, Luiz Alberto. "Sobre la Dogmatica Juridica". *Revista Seqüencia: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, ano I, 2º sem. 1980, nº 02, p. 33-55.

WOLKMER, Antônio Carlos. "Para um Paradigma do Constitucionalismo Ocidental." *Revista de Direito Público*. São Paulo, RT, a. XVIII, n. 76, out./dez. 1985, p. 83-87.

---. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1990. 64 p.

---. "Uma nova conceituação crítica de legitimidade". *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2, nº 5, out./dez. 1993, p. 25-31.