

NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS QUESTÕES DIFERENCIADORAS NO SISTEMA JURÍDICO ABERTO

DOGIVAL OLIVEIRA

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo apresentar o sistema jurídico aberto de regras e princípios. Procura em primeiro momento distingui-lo do sistema fechado, mostrando suas principais características. Pretende-se evidenciar, também, de maneira sucinta, as diferenças de normas, regras e princípios dentro do atual sistema normativo. Enfatiza-se o caráter genérico das normas e as diversas definições e aplicações de suas duas espécies.

Palavras-chave: Sistema Jurídico Aberto. Normas. Regras. Princípios.

1. INTRODUÇÃO

Como obra da doutrina contemporânea, a temática do sistema jurídico aberto é constituída por um conjunto de normas ordenativas que valorizam o convívio social dos indivíduos e instituições. Esse sistema tem disponibilidade de acompanhar as evoluções sociais utilizando-se de subsídios interpretativos oferecidos pela hermenêutica. O que torna possível a revelação de normas não explícitas no dispositivo legal, mas que advém delas. Sendo imprescindíveis ao caráter mutável do sistema jurídico aberto.

O estudo do sistema normativo é complementado pelo aprofundamento da generalidade das normas e definições, características e aplicações de suas duas espécies: regras e princípios jurídicos. Os princípios jurídicos são tratados com maior aprofundamento, ressaltando suas principais características.

Com relação às regras, mostra-se sua natureza objetiva e impositiva, o que lhes garante aplicação imediata. Outra questão posta em análise expõe as principais diferenças das duas espécies normativas, tomando como referência os aprofundamentos teóricos dos renomados doutrinadores Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gomes Canotilho.

2. O SISTEMA JURÍDICO ABERTO

O conceito de sistema jurídico continua sendo alvo de muitas discussões doutrinárias na Ciência do Direito. O professor Claus Wilhelm Canaris (2002, p.77), da cátedra Universidade de Munique define “como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais de direito”.

Nos ensinamentos do tributarista Luis Felipe Silveira Difini (2008, p. 70), sistema normativo é “(...) um conjunto organizado de princípios e regras, entre si harmônicos e independentes, de sorte que eventual alteração de um implique modificação do próprio sistema”.

No magistério de Gomes Canotilho (2003, p.1159), tal sistema deve ser visto como um organismo normativo aberto de regras e princípios, que assim se dispõe:

(1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na

disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'; (3) **é um sistema normativo** porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) **é um sistema de regras e de princípios**, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras. (grifo nosso)

A moderna sistemática proposta pelo notável constitucionalista português surge em contraposição ao sistema jurídico fechado. Este possui limitação prática, estando a estrutura normativa baseada em uma regra geral. Essa concepção não permite a adição de novos elementos e impede que os fatos advindos da evolução social recebam a devida apreciação jurídica. Pois, deixam de estar legalmente previstos, inexistindo assim o diálogo entre o Direito e a realidade social.

É um sistema limitado em si mesmo, o que o torna ineficaz na resolução dos conflitos. Segundo Silveira Difini (2008, p.69), "esta conceituação, própria de um sistema fechado, suficiente em si mesmo, está hoje superada".

Hodiernamente, a ideia aceita é a de um sistema normativo aberto de regras e princípios, que no dizer Silveira Difini (2008, p.69) "a presença de princípios e cláusulas gerais levam o sistema normativo a ser preenchido com valorações extralegais e mutáveis". Nesse sentido devemos dizer que possui capacidade de assimilar elementos extrínsecos de acordo com critérios próprios e limites de tolerância, necessários à garantia da sua não descaracterização e segurança jurídica.

Diferencia-se do sistema jurídico fechado na disponibilidade de abarcar novas situações, de modo a adaptar-se ao dinamismo social e a interação entre realidade social e realidade normativa. Seu compromisso central deve manter-se orientado nas concepções da verdade e da justiça, no âmbito fático e de valores, durante a aplicação às situações concretas.

3. AS NORMAS JURÍDICAS

O termo norma é utilizado em diferentes contextos e com vários significados. No Direito e em outras ciências como, por exemplo, Sociologia, Filosofia moral e Linguística utilizam o vocábulo, cada qual sob sua visão. O jusfilósofo alemão Robert Alexy (2003, p.49), admite a dificuldade de conceituação discorrendo que

la utilización de la expresión 'norma' em todos estos ámbitos está caracterizada por el hecho de que que es usada con diferentes significados, en casi todos ellos es vaga y cuando es sacada de su uso obvio, se produce siempre una polémica interminable.¹

O dicionarista De Plácido e Silva (2001, p.558), fornece-nos a origem da palavra norma – "derivado do latim norma, oriundo do grego gnormus (esquadria, esquadro), dentro de seu sentido literal".

Engisch (apud BARROSO, 2009, p. 189) ensina-nos que as "normas jurídicas são

¹ Numa tradução livre temos: "o uso do termo 'norma' em todas estas áreas é caracterizada pelo fato de que ele é usado com significados diferentes, em quase todas elas é vago e quando ele é removido de seu uso óbvio, há sempre um debate sem fim".

prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social” ou segundo Giorgio Del Vecchio (apud VILAS-BÔAS, 2005, p.54), “a norma jurídica é a coluna vertebral do corpo social”.

Podemos considerar a norma jurídica como conjunto de ideias que disciplinam a conduta humana em busca da paz e harmonia social e da garantia aos direitos protegidos constitucionalmente. Situa-se na doutrina contemporânea como um elemento prescritivo e genérico que engloba as espécies formadoras do conjunto normativo. O professor Canotilho (2003, p.1160) sugere a seguinte classificação: “(1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”.

Nesse sentido podemos classificar as normas como um conjunto e dentro desse conjunto teremos as duas espécies normativas que terão aplicação em cada caso concreto no Direito. Por isso podemos concluir que toda norma ou é regra ou é princípio.

4. AS REGRAS JURÍDICAS

As regras jurídicas estão situadas no universo das normas. Segundo Luís Roberto Barroso (2009, p.206), “regras jurídicas, são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão”. Sejam elas comandos ou meras prescrições e serem providas de alto grau de objetividade, sua aplicação está condicionada à produção do fato que caracteriza sua previsão legal, visando sempre à harmonia jurídico-social.

Em Canotilho (2003, p. 1168-1173), encontramos uma tipologia das regras jurídico – constitucionais, e mesmo não sendo exaustiva, fornece-nos uma compreensão suficiente sobre a matéria em análise. Tem como base a bipartição das normas em organizatórias e materiais, evidenciando-se também, as suas subdivisões, que assim elencou:

- (1) Regras jurídicas – organizatória – (...) regulam o estatuto da organização do Estado e a ordem de domínio (são normas de ‘acção’ na terminologia italiana);
 - (a) Regras 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;
 - (b) Regras de criação de órgãos (normas orgânicas) (...) visam disciplinar normalmente a criação ou instituição constitucional de certos órgãos. Quando, além da criação de órgãos, as normas fixam as atribuições e competência dos mesmos, diz-se que são normas orgânicas e de competência;
 - (c) Regras de procedimento: uma das técnicas de legiferação constitucional (de legislação constituinte) é a de estabelecer normas procedimentais apenas nos casos em que o **procedimento** (grifo do autor) é um elemento fundamental da formação da vontade política e do exercício das competências constitucionalmente consagradas.
- (2) Regras jurídicas – materiais – (...) referem-se aos limites e programas da acção estadual em relação aos cidadãos (são ‘normas de relação’).
 - (a) Regras de direitos fundamentais: designam-se por **normas de direitos fundamentais** todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais;
 - (b) Regras de garantias institucionais: as normas que se destinam a proteger instituições (públicas ou particulares) são designadas, pela doutrina, por normas de **garantias institucionais**;
 - (c) Regras de determinadoras de fins e tarefas do Estado: (...) entendem-se aqueles preceitos constitucionais que, de uma de forma global e abstrata, fixam essencialmente os fins e tarefas prioritárias do Estado;
 - (d) Regras constitucionais impositivas: (...) apresentam-se em estreita conexão com as normas de fins e tarefas e com os princípios constitucionalmente impositivos (...). (grifo do autor)

Outra classificação de extrema importância para o entendimento generalizado de regras é a de Hart. Ele as divide em regras primárias e secundárias. Baseado-se nessa divisão o jurista norte-americano Ronald Dworkin (2002, p.31) aponta:

(1) **As regras primárias** são aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade. As regras de direito penal que nos impedem de roubar, assassinar, dirigir em velocidade excessiva são bons exemplos de regras primárias. (2) **As regras secundárias** são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas. As regras que determinam como o Congresso é composto e como ele promulga leis são exemplos de regras secundárias. Regras sobre a constituição de contratos e a execução de testamentos são também regras secundárias. (grifo nosso)

5. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Segundo o constitucionalista José Afonso da Silva (2009, p.91), “a palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos”. Podemos afirmar que é utilizada na ideia de início, começo, parte mais importante de um organismo. Nesse sentido já dizia Aristóteles (1997, p.169) “(...) o princípio, como se costuma dizer, é a metade do todo”.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2001, p.557) define os vocábulos princípio e princípios. No primeiro ensina ser “sm.1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem. 2. Causa primária; origem. 3. Preceito, regra”, enquanto que no segundo significam “sm.pl.2. Filosofias. Proposições diretoras duma ciência”.

Juridicamente, o princípio é a base do sistema jurídico, o seu conhecimento orienta a interpretação harmoniosa das normas. Vejamos abaixo algumas acepções sobre o seu conceito:

- a) Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira (apud, SILVA, 2009, p.92), os princípios são “núcleos de condensações” “nos quais confluem valores e bens constitucionais”.
- b) Para José A. Silva (2009, p.92) “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”.

No magistério do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p.882-883),

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 realidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Baseando-se nas diversas definições supracitadas, podemos considerar que o vocábulo princípio, tem significado de ponto de partida, lugar de onde surgem as diretrizes

fundamentais do sistema normativo. Ocupando, portanto posição de maior importância em relação às demais espécies de normas jurídicas no constitucionalismo contemporâneo.

6. CARACTERÍSTICAS DOS PRINCÍPIOS

Concluídas as definições de princípios, faz-se mister assinalar suas características basilares proposto por Canaris (2002, p.88), que assim se dispõe:

- a) os princípios não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição; b) eles não têm pretensão da exclusividade; c) eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; d) e eles precisam, para sua realização, de uma concretização através de subprincípios e valorações singulares, com conteúdo material próprio.

Vistas as proposições acima citadas podemos inferir que os princípios revelam as ideias doutrinárias do sistema constitucional. Não são exclusivos, podem apresentar características em comum e assumir conectividade organizada. Necessitam da avaliação ponderada do jurista, diante de fatos que podem levá-lo a decisões opostas ao princípio singular que tenha lhe servido como base.

Por sua generalidade e carga axiológica, os princípios precisam sofrer limitações, ou seja, interagir com os outros princípios de forma complementar, com o objetivo de adquirir significação própria e serem aplicados adequadamente ao fato concreto. Sendo necessária a normatização (atribuir o fato ao texto normativo) e adição de conteúdo material compatível, de modo a garantir que sua aplicação seja provida de adequação valorativa.

7. DISTINÇÕES ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A distinção entre regras e princípios é sempre causadora de muitas discussões no estudo do Direito. Apesar da antiguidade e da sua frequente utilização, esses termos imperam confusão e polêmica. Sendo vários os critérios utilizados para distinguir uma categoria normativa da outra.

Canotilho (2003, p.1160-1161) expõe de forma sintética os critérios sugeridos pela doutrina para tal distinção. A síntese tem fundamentação inicial nos estudos clássicos de Esser e Larenz, e ulteriormente vieram os trabalhos teóricos de Dworkin e Alexy, que assim se dispõe:

- a) **Grau de abstracção:** os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso; as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) **Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto:** os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa; c) **Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito:** os princípios são normas de natureza estruturante 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 vinculativas com um conteúdo meramente funcional; 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 normogenética fundamentante. (grifo nosso)

Conforme os ensinamentos doutrinários de Alexy (2003, p.86), a diferença entre as duas espécies normativas não é somente gradual, é também qualitativa. O critério utilizado pelo autor para tal discernimento é bastante perspicaz, que aqui peço venia para transcrevê-lo:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.²

Segundo Dworkin (2002, p.39), “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. (...) As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”. Ou seja, ao contrário dos princípios, os quais são dotados de elementos interpretativos, as regras apresentam natureza ordenativa, onde impõem, proíbem ou permitem uma conduta.

Outro padrão sustentado tem como referência a importância do princípio frente ao caso concreto. Para o abalizado Dworkin (2002, p.42), “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm-a dimensão do peso ou importância”. Surge dessa ideia uma questão bastante pertinente de ser aqui exposta: a do conflito de princípios.

Dois princípios não assumem natureza conflituosa apenas em tese. Precisam estar sendo avaliados em um caso concreto. A possibilidade de conflito é gerada pela relação de coexistência que assumem dentro do sistema normativo. Na resolução de tal problemática, o juiz deverá perscrutar o peso de cada um, prevalecendo aquele que tiver mais peso no caso em análise. Sendo importante frisar que a escolha de um princípio em detrimento do outro, não causará invalidez do que foi deixado de lado. Ambos mantêm-se válidos.

Ao contrário dos princípios, na ocorrência do conflito de regras observa-se uma atitude excludente na resolução da incompatibilidade. No dizer de Alexy (apud, BONAVIDES, 2001, p.251), “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 for declarada nula”.

A ideia defendida pelo autor pode ser relacionada ao fato de que dentro do sistema normativo não existe distinção de regras quanto ao grau de importância. Não há hierarquia, apresentam-se com natureza antinômica, excluem-se. Sendo assim, diante de uma incompatibilidade entre elas, alguma terá que ser considerada nula para que a outra se torne válida.

² Numa tradução livre temos: “o ponto decisivo para a distinção entre regra e princípios é que os princípios são normas e exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandamentos de otimização*, são caracterizados pelo fato de serem cumpridos em diferentes níveis e a medida adequada para seu cumprimento não depende somente das possibilidades reais e sim também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras contrários”.

8. CONCLUSÕES

De todo o exposto no referido trabalho, podemos concluir que a evolução do sistema jurídico adveio do papel deste em manter-se eficaz na condução da verdade e da justiça na sociedade. Para Barroso (2009, p.189), “as normas jurídicas são o objeto do direito, a forma pela qual ele se expressa”. Sendo assim ressaltamos a generalidade das normas dentro do sistema normativo aberto, e sua função prescritiva, disciplinadora da conduta humana.

É importante considerarmos regras e princípios como elementos estruturantes do gênero norma. Ambos possuem características relevantes à adequada aplicação do direito em cada caso concreto e aos valores protegidos na Constituição, sejam eles individuais ou coletivos. As regras dentro do contexto são normas de menor importância, sendo utilizadas no tudo-ou-nada. Na presença de conflitos entre elas, se excluem, é a chamada antinomia jurídica.

Os princípios são vistos como a base formadora do sistema jurídico e elemento fundamentador das normas. Por isso, dentro da conjuntura normativa revelam um grau de maior importância em relação às regras. Observamos que na evolução do sistema eles ultrapassaram fronteiras, fato este que se tornou possível após sua normatização e positivação. Dois princípios podem apresentar-se de forma conflituosa, sendo necessária para resolução de tal colisão, a ponderação do aplicador em cada caso em análise. Mantendo-se a validade de ambos, independente da escolha.

Em última instância, concluímos que as questões diferenciadoras dos três elementos constituintes do contemporâneo sistema jurídico, encontram-se engendradas em pontos específicos que englobam: grau de abstração, de determinabilidade no caso concreto, caráter de fundamentalidade, proximidade da ideia de direito e natureza normogénica. A finalidade do sistema jurídico aberto de regras e princípios é a manutenção do Estado Democrático de Direito, que garanta a proteção aos valores moralizadores e edificantes da conduta humana, por meio da sua capacidade de acompanhar a evolução social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Ronald. **Teoría de los derechos fundamentales**; Trad. Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ARISTÓTELES, **Política**; tradução de Mário da Gama Kury. – 3. ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**/1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ARTIGO

DE PLACIDO E SILVA: Silva, De Plácido e; **Vocabulário Jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo:Saraiva,2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; tradução e notas Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Minidicionário Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa**; coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos... [ET AL]. 4. ed.rev.ampliada.- Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

VILAS. BÔAS, Renata Malta. **Introdução ao estudo do direito**. 1. ed. Brasília:Fortium, 2005.