

# O LUGAR DOS PRINCÍPIOS EM UMA CONCEPÇÃO DO DIREITO COMO SISTEMA \*

Marco Antônio Ribeiro Tura \*\*

## I – INTRODUÇÃO

1.



retendo, neste trabalho, apresentar algumas notas sobre os princípios tendo em vista a concepção de sistema. Falarei, por isso, da idéia de sistema. Em seguida, cuidarei da manifestação da idéia de sistema no direito: o ordenamento. Depois, abordarei as partes mais destacadas do sistema jurídico: as normas. E, por fim, da espécie de normas objeto deste trabalho: os princípios. Trata-se, como se vê, de um projeto que envolve um certo discurso sobre os princípios. Como tal, este meu discurso segue a sorte de todos os discursos sobre os princípios. Especialmente, no entanto, em um aspecto, este meu discurso enfrenta sorte não tão feliz. É que os discursos sobre os princípios têm-se apresentado como discursos pós-positivistas, como discursos de superação e de contestação do positivismo jurídico. Também o meu discurso se apresenta como tal. Mas por razões talvez menos pretensiosas.

2. Pretendo afastar-me de um positivismo científico. O positivismo científico só admite como ciência aquela atividade fundada em fatos (LARENZ, 1997, p. 45 e seguintes). Tais

---

\* Publicado em Separata da Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, 2004, número 163. Republicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça, volume 218, 2007.

\*\* Membro do Ministério Público da República Federativa do Brasil. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Ex-professor visitante da Universidade de São Paulo. Ex-conselheiro de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade Federal de Santa Catarina.

fatos podem ser fatos do mundo exterior ou fatos do mundo interior (*Idem*, p. 47). Importa, todavia, que sejam fatos, e fatos indubitáveis. Exceções admitidas pelo positivismo são a matemática e a lógica, que se referem a puras conexões mentais, mas ainda assim são tidas como ciências (*Idem, ibidem*). A tarefa da ciência, segundo uma tal concepção, é descrever os fatos como se apresentarem. O cientista cumpre sua missão ao descrever, objetivamente, os fatos como se apresentarem. O cientista o é enquanto imparcial for. A imparcialidade, no entanto, é algo impossível de se obter (MÉSZÁROS, 1996, p. 311 e seguintes; MARX & ENGELS, 1973, pp. 187-188; VÁSQUEZ, 1990, p. 9). Ao menos no sentido subjetivo, de isenção do intérprete quanto aos acontecimentos. Somos sempre parciais ao menos em dois sentidos. Parciais porque somos parte dos acontecimentos e parciais porque tomamos partido nos acontecimentos. Nunca descrevemos, por isso, a totalidade dos acontecimentos, mas apenas parcela deles. Assim como nunca descrevemos os acontecimentos sem que seja de um certo viés, sem tomarmos partido em favor desta ou daquela situação. Somos, por isso, duplamente parciais, sempre (GRAU, 1997, p. 280; GRAU, 1998, pp. 15-16).

3. Pretendo, igualmente, afastar-me de um positivismo jurídico. Como disse, o positivismo só admite como ciência aquela atividade que se fundamenta em fatos, do mundo exterior ou do mundo interior, mas sempre fatos e indubitáveis, exceção feita da matemática e da lógica, apesar de não operarem com fatos. A ciência do direito o é, então, na medida em que se refira aos fatos do mundo exterior ou aos fatos do mundo interior ou a conexões puramente mentais (LARENZ, 1997, p. 48). E daqui surgem as três concepções fundamentais do positivismo jurídico acerca da ciência do direito: a) a ciência do direito como teoria sociológica do direito; b) a ciência do direito como teoria psicológica do direito; c) a ciência do direito como teoria lógica do direito. As concepções positivistas do direito têm em

comum a inadmissibilidade da discussão dos valores na esfera da ciência do direito por irracionais (*Idem, ibidem*). As concepções positivistas do direito, por isso, findam por defender posturas formalistas (da justiça, do direito e da ciência do direito), reduzindo o direito a um conjunto formado exclusivamente por normas (positivismo como método), a um conjunto composto exclusivamente por normas estatais predominantemente de origem legislativa (positivismo como teoria), a um conjunto formado exclusivamente de normas estatais por definição justas (positivismo como ideologia) (BOBBIO, 1994, *passim*; ALEXY, 1994, p. 13 e seguintes e p. 21 e seguintes).

4. Pretendo, por fim, e especialmente, contestar a validade de uma postura normativista do direito e no direito. E por dois motivos. Primeiro porque o normativismo jurídico baseia-se em uma incorreção: a afirmação de que o direito seja formado por normas apenas. O direito é composto por normas, mas não só. À esta postura unidimensional contrapõem-se posturas bidimensionais, que afirmam ser o direito composto por normas e valores, e posturas tridimensionais, que afirmam ser o direito composto por normas, fatos e valores (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 166; FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 173). Segundo porque também não é correto dizer que o conhecimento do direito deve-se dar pela ótica das normas. Ora, mesmo que admitamos que o direito é essencialmente normativo, embora não exclusivamente, disso não deriva, de maneira alguma, uma forçosa aceitação de que o conhecimento das normas que o compõem deva se dar através de seus próprios elementos e parâmetros. As normas não são portadoras de todos os elementos e parâmetros necessários para que sejam explicadas. Assim, ainda que aceitasse uma visão do direito como composto apenas por normas, ainda assim não aceitaria, como não aceito, a idéia de que a visão do direito seja possível apenas a partir e através das normas. O conhecimento das normas é possível apenas a partir e através dos valores em que se pretendem fun-

damentar e dos fatos a que pretendem regulamentar (REALE, 1994, *passim*; GUERRA FILHO, 2001, p. 140).

5. Feitos tais esclarecimentos, ingresso na análise da idéia de sistema.

## II – SISTEMA

6. Para falar de princípios conforme uma concepção do direito como sistema, necessário que se defina o que entender com o vocábulo sistema (CRUZ, 2001; CANARIS, 1989; FERRAZ JÚNIOR, 1976). Em todo sistema comparecem, ao menos, dois elementos: unidade e ordem (CANARIS, 1989, p. 12 e seguintes). Não há sistema que não apresente uma certa ordenação de suas partes. Mas a ordenação de suas partes só se mostra possível, em um sistema, tendo em vista uma certa unidade. Um sistema, por isso, pode ser definido como uma totalidade ordenada segundo uma unidade de sentido. Tal definição abrange os sistemas em geral. Mas a especificação dos sistemas pode fazer com que elementos da definição embora seja substancialmente os mesmos, variem adjetivamente. Assim é que os sistemas podem ser sistemas cognitivos, isto é, sistemas de conhecimento, ou sistemas objetivos, isto é, sistemas de objetos de conhecimento (*Idem*, p. 13). Segundo uma tal classificação, o direito pode ser um sistema cognitivo e, também, um sistema objetivo. Como sistema cognitivo, o direito pode ser uma ciência, a ciência do direito. Como sistema objetivo, o direito pode ser objeto de uma ciência, o objeto da ciência do direito.

7. Como sistema objetivo, o direito é um sistema teleológico-axiológico. Sistema teleológico-axiológico, o direito apresenta-se como totalidade ordenada segundo unidade de sentido dada por valores, ao contrário de sistemas lógico-axiomáticos que encontram tal unidade em conceitos (*Idem*, p. 66 e seguintes). Tais valores se apresentam como elementos sem caráter

normativo imediato, como princípios gerais de direito (*Idem*, p. 76 e seguintes). Assim, o direito se mostra um sistema na medida em que se apresenta como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais (*Idem*, p. 85).

8. Dizer que o direito se apresenta como um sistema axiológico-teleológico implica em dizer que, ao contrário de um sistema lógico-axiomático, o sistema jurídico é aberto e móvel (*Idem*, p. 107 e seguintes e p. 134 e seguintes). Sistemas lógico-axiomáticos apresentam-se como fechados e imóveis porque a partir de uns poucos axiomas, fórmulas tidas como verdades auto-evidentes, podem ser resolvidos todos os problemas que surjam. Ora, o direito não se mostra como um sistema dessa última espécie. Não se pode conceber que as soluções para todos os problemas que venham a surgir estejam contidas no sistema jurídico. A própria idéia de que o sistema jurídico prevê mecanismos de solução de antinomias e de preenchimento de lacunas infirma uma concepção lógico-axiomática do sistema jurídico. Assim, o sistema jurídico está em permanente interconexão e intercâmbio com o mundo vital (CRUZ, 2001, p. 111 e seguintes; FERRAZ JÚNIOR, 1976, p. 148 e seguintes). O sistema jurídico, por isso, só se concebe como sistema aberto porque permanentemente suscetível às influências das forças atuantes no mundo objetivo (natural), no mundo intersubjetivo (social) e no mundo subjetivo (individual). E, por isso mesmo, o sistema jurídico está em permanente estado de adaptação às circunstâncias que constituem e em que são constituídas tais forças nos mundos natural, social e individual (HABERMAS, 1997, volume I, p. 17 e seguintes e p. 48 e seguintes; HABERMAS, 1997, volume II, p. 222 e seguintes; HABERMAS, 1988, p. 243 e seguintes, p. 261 e seguintes e p. 509 e seguintes).

9. Se o sistema jurídico só se concebe como sistema aberto porque suscetível às influências do mundo objetivo, do mundo intersubjetivo e do mundo subjetivo e, por isso mesmo,

móvel por ser adaptável aos referidos mundos, o sistema jurídico só se concebe enquanto sistema teleológico-axiológico; porque incompleto, necessariamente. O sistema jurídico, em não se mostrando um sistema lógico-axiomático, e, portanto, sendo incompleto, está predisposto ao contato com o mundo vital para configurar-se e conformar-se. Sem contato com o mundo vital, o sistema jurídico é sistema potencial e não atual. A atualidade do sistema jurídico depende do seu contato com o mundo vital, de sua inserção no mundo vital, porque é no mundo vital que se constituem os problemas para os quais o sistema jurídico terá de apresentar soluções (GRAU, 2002, p. 64 e seguintes; MÜLLER, 1996, p. 186 e seguintes e p. 204 e seguintes). O sistema jurídico, portanto, na medida em que se atualiza com sua inserção no mundo vital, só se completa com vistas à solução dos problemas jurídicos (GRAU, 2002, p. 66 e seguintes). Mas os problemas só são problemas jurídicos na medida em que se refiram a sistemas que se reputeem jurídicos. Por isso, pode-se dizer que sistemas jurídicos são aqueles que contêm soluções para problemas jurídicos e que problemas jurídicos são aqueles que busquem soluções em sistemas jurídicos. Desse modo, evita-se a idéia de uma dicotomia insuperável entre o pensamento sistemático e o pensamento problemático (CANARIS, 1989, p. 273 e seguintes; FREITAS, 1998, p. 130 e seguintes). O sistema jurídico reformula-se constantemente na formulação das soluções mais adequadas para os problemas jurídicos que são permanentemente reformulados e reapresentados pelas forças atuantes e nas circunstâncias delineadas no mundo vital (FERRAZ JÚNIOR, 1976, p. 138 e seguintes).

10. Sistemas jurídicos, por isso, abertos, móveis, incompletos, em permanente contato com o mundo vital e em constante adaptação aos problemas jurídicos, não são lineares e planos. Sistemas jurídicos formam-se a partir de um repertório e através de uma estrutura (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 165; FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 172). O repertório contém ele-

mentos normativos, isto é, elementos com caráter prescritivo explícito; mas o repertório contém, também, elementos não-normativos, isto é, elementos sem caráter prescritivo explícito ou com caráter prescritivo implícito (*Idem, ibidem*). Os elementos, prescritivos ou não, do repertório não esgotam os sistemas jurídicos. Pois os elementos do repertório não se ordenam a si mesmos. A ordenação dos elementos do repertório e sua adequação à totalidade do sistema só são possíveis tendo em vista a unidade de sentido. E a unidade de sentido, responsável pela ordenação e pela adequação dos elementos do repertório, deve-se a regras de relacionamento que se encontram na estrutura (*Idem, ibidem*). É através do repertório que os sistemas estabelecem soluções para os problemas jurídicos. Mas é a partir da estrutura que os sistemas jurídicos estabelecem seus contatos com o mundo vital em que se constituem tais problemas. O mundo vital, então, envolve os sistemas jurídicos tanto em sua dimensão estrutural quando em sua dimensão repertorial.

11. Os sistemas jurídicos estão imersos na totalidade do mundo vital. Mas ao lado da espontaneidade do mundo vital segue, com passos largos, a mecânica dos sistemas sociais. A formação dos sistemas sociais tem a clara tarefa de ordenar a explosão de espontaneidade em que se traduz o mundo vital. Submetendo os mundos natural e individual aos imperativos do mundo social e, depois, subordinando o mundo social aos seus imperativos, os sistemas sociais reduzem a complexidade das manifestações do mundo social e as conformam aos limites dos ditames do sistema político, do sistema econômico e do sistema cultural (HABERMAS, 1988, p. 243 e seguintes, p. 261 e seguintes e p. 280). Segue-se daí que os sistemas jurídicos estão imersos na totalidade do mundo vital reduzido e colonizado pelos imperativos dos sistemas sociais. Desse modo, as demandas do mundo vital, os problemas jurídicos são tão jurídicos quanto sejam capazes os sistemas jurídicos de oferecerem solu-

ções admissíveis pelos sistemas sociais em que se inserem (GUERRA FILHO, 2001, p. 186 e seguintes). Incapazes de solucionar os problemas jurídicos com a menor perturbação possível, os sistemas jurídicos não os reconhecem como problemas jurídicos ou, até mesmo, não os reconhecem como problemas.

12. Sistemas jurídicos são, por isso mesmo, sistemas normativos, evidentemente. Neles minimamente se deve esperar encontrar parâmetros para a solução dos problemas jurídicos. Mas os sistemas jurídicos são sistemas potenciais que só se atualizam na medida em que se insiram no mundo vital, na medida em que tomem contato com os problemas jurídicos que no mundo vital se formam. Portanto, os sistemas jurídicos são sistemas normativos. Mas os sistemas jurídicos são sistemas normativos abertos e móveis, porque incompletos. A atualidade dos sistemas jurídicos depende de sua inserção no mundo vital. A atualidade dos sistemas jurídicos depende, por isso, de uma mobilidade de seus repertórios e de uma certa flexibilidade de suas estruturas. Os sistemas jurídicos como sistemas normativos flexíveis não têm repertórios com conteúdos normativos totalmente pré-fixados e pré-determinados. Mas também não têm repertórios com conteúdos normativos completamente abertos a qualquer fixação ou determinação.

13. Os sistemas jurídicos são sistemas normativos na medida em que se compõem de normas, embora não só. E como sistemas normativos os sistemas jurídicos predis põem-se a regular as competências e comportamentos, as organizações e funções. Da regulação das competências e dos comportamentos, das organizações e das funções, um sistema jurídico, como sistema normativo que é, não pode abdicar. Entretanto, um sistema jurídico, como sistema social que também é, não pode prescindir de abrir-se às situações e aos sujeitos regulados. E é por isso que um sistema jurídico, como sistema normativo, é formado por dois tipos fundamentais de normas: princípios e



regras (CANOTILHO, 1999, p. 1088 e seguintes).

14. O modelo de sistema normativo de princípios favorece a adaptabilidade dos sistemas jurídicos às circunstâncias do mundo vital; mas prejudica a previsibilidade das forças atuantes no mundo vital; e, paradoxalmente, contribui para a controlabilidade dos sistemas sociais (*Idem, ibidem*). Já o modelo de sistema normativo de regras favorece a previsibilidade das forças atuantes no mundo vital; mas dificulta a adaptabilidade dos sistemas jurídicos às circunstâncias do mundo vital e, sem paradoxo, incrementa a controlabilidade dos sistemas sociais (*Idem, ibidem*). O modelo, assim, de um sistema normativo composto por princípios e por regras tem mais conveniências do que inconveniências (ALEXY, 1994, p. 174 e seguintes; CANOTILHO, 1999, p. 1089). Ele permite a tensão contínua entre os valores da permanência e da mudança, da previsão e da surpresa, do controle e da resistência, sem se quebrar, com seria o certo com um modelo de sistema normativo formado apenas por regras, fazendo-nos mergulhar na bruta faticidade, e sem se esgarçar, como seria o certo com um modelo de sistema normativo formado apenas por princípios, fazendo-nos voar para a pura validade (CANOTILHO, 1999, p. 1088 e seguintes).

15. A continuidade dos sistemas jurídicos, entretanto, não se deve a serem compostos seus repertórios de normas caracterizadas como princípios e normas caracterizadas como regras. A continuidade dos sistemas jurídicos, portanto, não se deve a serem sistemas normativos modelados como sistemas normativos de princípios e de regras. A continuidade dos sistemas jurídicos modelados como sistemas normativos de princípios e de regras, que se formam e põem em constante tensão de valores e de metas, deve-se a serem, não sistemas normativos, mas não apenas sistemas normativos. Os sistemas jurídicos continuam, mesmo e apesar da tensão constante entre valores contraditórios, porque são, também, sistemas procedimentais. Os siste-

mas jurídicos são, assim, sistemas de normas e sistemas de procedimentos (ALEXY, 1994, p. 172 e seguintes). E, por isso, a continuidade e a adaptabilidade dos sistemas jurídicos devem-se a serem sistemas de normas produzidas e reproduzidas segundo procedimentos. Continuam, os sistemas jurídicos, adaptando-se, apesar da tensão dos valores que neles se integram, por serem sistemas de normas elaboradas e implementadas segundo procedimentos. O sistema jurídico é, portanto, um sistema normativo-procedimental, um sistema que se constitui a partir do modelo princípios/regras/procedimentos, cujo sentido potencial contido em suas prescrições se atualiza e se concretiza através do contato dialógico com as forças e nas circunstâncias do mundo vital inseridas nos determinados problemas jurídicos.

16. Os sistemas jurídicos têm, como se vê, funções importantes e destacadas. Os sistemas jurídicos têm funções políticas e têm funções jurídicas. As funções políticas dos sistemas jurídicos consistem na busca de racionalização e em propiciar legitimação para os sistemas sociais. As funções jurídicas dos sistemas jurídicos consistem nas tarefas de limitação (função negativa) e de determinação (função positiva) dos conteúdos normativos (LUHMANN, 1980, *passim*).

### III – ORDENAMENTO E SISTEMA

17. É comum, ao falar de sistemas jurídicos, surgir logo a idéia de que ordenamento é um sistema (BOBBIO, 1994, p. 71 e seguintes). Em sua origem, a idéia de ordenamento está vinculada à noção de que a soma das partes constitui o todo e de que o todo constitui a soma das partes. Entretanto, o ordenamento, entendido como sistema jurídico, não pode ser devidamente compreendido senão como mais do que a mera soma de suas partes, mais do que o mero ajuntamento de normas (GUERRA FILHO, 2000, p. 133). Como disse, um sistema

jurídico é um sistema normativo, mas não só. É, também, um sistema procedimental. E o sistema jurídico é repertório, mas também é estrutura. O ordenamento, como sistema jurídico, é composto por elementos normativos e não-normativos e por regras de relacionamento entre eles. Esse o ordenamento potencial. Das relações estabelecidas entre suas múltiplas parcelas e do permanente contato com os conflitos jurídicos surge o ordenamento atual. E, assim, a passagem de uma concepção do direito como norma para uma concepção do direito como ordenamento representa mais do que uma troca de nomes. Representa uma mudança de perspectiva do microcosmo para o macrocosmo (*Idem, ibidem*). Representa, também, uma mudança de substância, das partes para o todo, que não se resume à mera soma delas.

18. Tudo isso remete, forçosamente, à consideração do ordenamento como parcialmente constituído enquanto não em contato com os conflitos jurídicos. O ordenamento, abstratamente considerado, sem contato com os conflitos jurídicos, é ordenamento em potência, nunca em ato (GRAU, 2002, p. 72). O ordenamento jurídico potencial representa a possibilidade de vir a se concretizar como ordem jurídica. Uma possibilidade não assegurada de antemão. Sem a interpretação dos elementos do ordenamento em potência, seu sentido não se fixa. E sem a fixação dos sentidos possíveis do ordenamento, ele não ordena nada. Mas a interpretação é, também, aplicação, na medida em que se refere aos conflitos jurídicos. E a aplicação é interpretação na medida em que se refere ao ordenamento jurídico (GADAMER, 1998, p. 460 e seguintes e p. 482 e seguintes). A concretização do ordenamento jurídico, portanto, passa pela interpretação do ordenamento em potência e dos conflitos em latência. Só se constitui o ordenamento como ordenamento atual, só atua o ordenamento, com a constituição dos conflitos como conflitos atuais, como conflitos ocorrentes. E a atualidade, ou não, de ordenamentos e de conflitos depende de um juí-

zo de conformidade. Os conflitos são lidos através das lentes do ordenamento assim como o ordenamento é lido a partir da perspectiva dos conflitos (LARENZ, 1997, p. 293 e seguintes; GRAU, 2002, p. 79 e seguintes; MÜLLER, 1996, *passim*). Daí afirmar que o ordenamento abstrato é ordenamento apenas potencial, parcialmente constituído. O ordenamento atual, totalmente constituído, é sempre ordenamento concreto, porque atua atingindo os conflitos, porque se traduz em ordenação material das competências e dos comportamentos (GRAU, 2002, p. 73 e seguintes e p. 76 e seguintes).

19. O ordenamento, compreendido como sistema, compreendido como sistema aberto aos conflitos advindos das relações entre as forças e nas circunstâncias do mundo vital e, pois, em constante mutação e adaptação, é mais do que a mera soma de suas partes, é mais do que o mero ajuntamento de normas. Mas é também a soma de normas. O ordenamento em potência, portanto, o ordenamento parcialmente constituído, é também formado por normas e, por isso, também é conjunto de normas. Assim, se o ordenamento não é a mera soma de suas partes, não é mero ajuntamento de normas, nem por isso é menos do que a soma de suas partes, nem por isso é menos do que o conjunto de suas normas. O ordenamento abstrato concebe-se como ordenamento em potência precisamente porque contém ao menos normas e não porque contém apenas normas. É ordenamento porque predisposto a ordenar materialmente os conflitos jurídicos. E sem normas inexistente normatividade. O ordenamento em potência, assim, é o ponto a partir do qual se ruma para a constituição do ordenamento em ato, para a atualização do ordenamento, para a sua concretização. Por isso, o ordenamento potencial é limite (*Idem, ibidem*). Para além dele se constitui o ordenamento atual. Aquém dele se nega a normatividade.

20. O ordenamento concebido, todavia, apenas como conjunto de normas e mesmo de não-normas, como a mera soma de suas partes, é apenas ordenamento em potência, orde-

namento potencial, como possibilidade de ordenação e não efetiva ordenação material dos conflitos jurídicos. As normas em seu conjunto não trazem em si mesmas qualquer elemento que permita vinculá-las umas às outras. Não são as normas que estabelecem as relações entre si, mas outros elementos que, embora não pertencendo ao repertório do ordenamento, nem por isso deixam de pertencer ao ordenamento propriamente, porque residentes em sua estrutura. São os elementos da estrutura do ordenamento que organizam e põem em funcionamento os elementos normativos do repertório do ordenamento. E isso só o fazem através de elementos presentes no repertório que não possuem caráter normativo. A organização e funcionamento do repertório do ordenamento devem-se aos elementos da estrutura do ordenamento, às regras de relacionamento. Mas as regras de relacionamento presentes na estrutura do ordenamento só incidem sobre o repertório e unificam os elementos normativos através de outros elementos do repertório que não possuem caráter normativo explícito, cuja função é exatamente pôr os elementos normativos em contato. Por isso, mesmo em potência, o ordenamento é mais do que a mera soma de normas, porquanto tais normas não se relacionam entre si a partir e através de si mesmas.

21. O ordenamento é mais do que a mera soma de suas partes, ainda que apenas considerado como ordenamento em potência. O ordenamento, ainda que potencialmente considerado, como possibilidade de vir a ser ordenação material dos conflitos jurídicos, é mais do que um mero conjunto de normas, e mesmo de normas e não-normas. O ordenamento é mais do que a soma dos elementos de seu repertório. Mas também é mais do que a soma dos elementos de seu repertório e dos elementos de sua estrutura. O ordenamento em ato, o ordenamento atual, para além de simples possibilidade de vir a ser ordenação material dos conflitos, o ordenamento como efetiva ordenação material dos conflitos, é, também, composto por decisões (GRAU,

2002, p. 84 e seguintes; MÜLLER, 1996, p. 186 e seguintes). É só através de decisões que a abstrata previsão normativa encontra o ponto de contato a ser estabelecido com as concretas situações da vida. É a decisão que põe em movimento o ordenamento abstrato, o ordenamento em potência, fazendo-o atuar, concretizando-o para solucionar os problemas surgidos no mundo vital (*Idem, ibidem*). Por isso, também, que o ordenamento, como sistema, não pode ser concebido apenas como sistema normativo.

22. O ordenamento não pode ser concebido apenas como sistema normativo porque não composto apenas por normas. Também o compõem não-normas. Mas, além disso, normas e não-normas são postas em relação entre si, são organizadas, por elementos outros. A organização dos elementos normativos e não-normativos dá-se por meio de um procedimento (GUERRA FILHO, 2001, p. 199 e seguintes). E também por meio de um procedimento dá-se a colocação de tais elementos em funcionamento (*Idem, ibidem*). Por isso, também, que o ordenamento, como sistema, não pode ser concebido como sistema normativo, pois é, também, um sistema procedimental, um sistema de procedimentos de organização e de funcionamento dos elementos normativos e não-normativos, responsáveis pela passagem do abstrato ao concreto, do potencial ao atual, da possibilidade à efetividade.

#### IV – NORMA, ORDENAMENTO E SISTEMA

23. O ordenamento é mais do que a mera soma de suas partes. O ordenamento é mais que um mero ajuntamento de normas. O ordenamento, em seu conjunto, é, também, composto por não-normas e por relações. Mas, ainda assim considerado, não passa de um ordenamento em potência. O ordenamento abstrato é promessa de ordenação material dos conflitos. Não é a efetiva ordenação. O ordenamento, para converter-se em or-

denação material de conflitos jurídicos, para converter-se em ordenamento em ato, para atualizar-se, tem de ser posto em contato com os conflitos jurídicos para, a partir deles, ser compreendido. Por isso que, antes de interpretado e aplicado, o ordenamento não passa de promessa, de possibilidade, de potência. Pois as normas não são o que ali se encontra, mas o que resulta da interpretação e da aplicação, o que resulta da concretização.

24. Diferem, portanto, normas e disposições (CANOTILHO, 1999, p. 1129 e seguintes; GRAU, 2002, p. 71 e seguintes; ALEXY, 1993, p. 50 e seguintes; ÁVILA, 2003, p. 22 e seguintes). Há disposições que contêm normas e outras que não as contêm. Assim como há normas que se encontram em disposições e normas que não se encontram em quaisquer disposições. Certa disposição pode conter uma norma ou algumas normas. Como pode não conter nenhuma norma. Certa norma pode se conter em uma disposição ou em algumas disposições. Como pode não se conter em nenhuma. (*Idem, ibidem*) Se, para ser atual, para ser uma efetiva ordenação material de conflitos jurídicos, o ordenamento tem de possuir normatividade, o ordenamento não pode ser visto, nem mesmo em potência, só como uma soma de disposições desprovidas de normatividade. Igualmente, não pode ser visto como soma apenas de disposições providas de normatividade. A transformação ou não de disposições em normas, isto é, a normatividade, depende do procedimento, da decisão. E a decisão só é tomada tendo em vista o conflito jurídico. Por isso, a normatividade, não se esgotando nas possibilidades das disposições, depende de decisões que se tomam a partir de elementos do ordenamento em potência, parcela do ordenamento efetivo, e do ordenamento em ato, parcialmente constituído. Assim, a norma em ato, elemento do ordenamento efetivo, é a norma de decisão, a norma formulada tendo em vista os conflitos jurídicos e a partir de elementos do sistema jurídico e do mundo vital (MÜLLER, 1996, p. 186 e

seguintes e p. 204 e seguintes).

25. Concebida como interpretação e aplicação, como concretização, de e a partir de disposições, providas ou não de normatividade, a norma, parcela do ordenamento, potencial e parcialmente contida em seu repertório, atualizando-se e completando-se no contato com os problemas jurídicos do mundo vital, a norma se apresenta ora como dotada do caráter de regra ora dotada do caráter de princípio (CANOTILHO, 1999, p. 1086 e seguintes; GRAU, 2002, pp. 151-167; ALEXY, 1993, p. 81 e seguintes; ÁVILA, 2003, p. 26 e seguintes). A distinção de regras e princípios pode ser feita tendo em vista elementos materiais e elementos formais, segundo abordagens fracas e segundo abordagens fortes (ROTHENBURG, 1999, p. 15 e seguintes; FARIAS, 2000, p. 25 e seguintes). Pode-se conceber um princípio como sendo uma disposição relativa, isto é, como sendo uma disposição cuja aplicação não é absoluta, cuja incidência pode ser parcial, total ou pode nem ser, tudo de acordo com as circunstâncias (DWORKIN, 1978, p. 24 e seguintes; GRAU, 2002, pp. 151-155; ÁVILA, 2003, pp. 28, 35, 36 e 43; FARIAS, 2000, p. 27 e seguintes). Pode-se, por outro lado, definir princípio como mandado de otimização, como norma que manda otimizar os seus conteúdos (ALEXY, 1993, pp. 86 e 87; GRAU, 2002, pp. 161-164; ÁVILA, 2003, pp. 28-30, 36 e 43; ROTHENBURG, 1999, pp. 16, 24, 32 e seguintes e p. 39 e seguintes; FARIAS, 2000, pp. 29-32). Pode-se, também, definir o princípio como um juízo de concorrência, como uma norma que admite a concorrência das demais de mesma espécie para as mesmas situações (SANCHIS, 1992, p. 51 e seguintes; GRAU, 2002, pp. 165 e 166; FARIAS, 2000, pp. 33 e 34). De outra parte, pode-se dizer que o princípio comporta uma série indefinida de aplicações (GRAU, 2002, pp. 158-160; ROTHENBURG, 1999, p. 19). E, por fim, pode-se dizer que princípio é a norma dotada de capacidade expansiva e convivência conflitual (CANOTILHO, 1999, p. 1087; GRAU, 2002.



pp. 160 e 161).

26. À concepção do ordenamento como contendo princípios e que tais princípios sejam normas são levantadas sérias objeções (GRAU, 2002, p. 150 e seguintes). A objeção fundamental é que os princípios são exigíveis não por serem eles mesmos dotados de capacidade normativa, mas porque são aplicados pelo juiz e, assim, se respaldam em uma decisão fundada na força da coisa julgada (*Idem*, p. 150). À concepção de que há normas, os princípios, que possuem uma tal especificidade que mereçam uma qualificação diversa de outras, as regras, opõem-se fortes objeções (*Idem*, p. 155 e seguintes). Segundo os críticos, a textura aberta não é característica só dos princípios, mas de todas as normas. Além disso, todas as normas têm a dimensão do peso, não apenas os princípios (*Idem*, p. 156). À primeira objeção responde-se com a afirmação de que os princípios são encontrados, descobertos, no interior do ordenamento, e, portanto, são normas postas. Não valem por força da coisa julgada, que, em si mesma, consubstancia um princípio de direito, mas porque são normas, integram o ordenamento e em seu interior são descobertos. A decisão, portanto, ao aplicar os princípios, é declaratória e não constitutiva (*Idem*, p. 151). Responde-se, à segunda objeção, admitindo que a textura aberta não é característica apenas dos princípios e aceitando que todas as normas são dotadas da dimensão do peso. Entretanto, a abertura apresentada pelo texto de um princípio é completamente diversa da abertura apresentada pelo texto de uma regra. Os textos de um e de outra são abertos, como de resto têm de ser todos os textos normativos porque almejam a generalidade e a abstração. Porém, a generalidade e abstração de um princípio são inconfundíveis com a generalidade e abstração de uma regra. Os princípios contêm séries indefinidas de aplicações. As regras, ao contrário, contêm séries definidas (*Idem*, p. 156 e seguintes). Aqui, também, extrai-se a correção à objeção de que todas as normas são dotadas da dimensão do

peso. Aceita tal afirmação, entretanto tal não implica que, em caso de conflito, em certos casos, entre regras, uma prevaleça porque mais importante do que a outra. Uma prevalecerá ou porque a outra não incide, e, assim, permanecerá no ordenamento para os casos em que incida, ou porque é inválida, e assim será afastada do ordenamento em definitivo. Com princípios isso não acontece. Princípios são sempre válidos e permanecem sempre válidos no ordenamento, ainda que afastados daquele caso (*Idem*, pp. 153, 154 e 156).

27. Outras objeções são, contudo, levantadas. Desta vez, ao próprio conceito de princípio como substancialmente diverso do conceito de regra, as objeções levantadas são de três ordens (ALEXY, 1993, p. 104 e seguintes). Uns objetam que há princípios inválidos e que, portanto, não teria sentido diferenciá-los das regras a partir do dizer que os conflitos entre regras se resolvem no plano da validade e entre princípios no plano do valor, pois haveria princípios inválidos (*Idem*, p. 105). Outros objetam que não se pode dizer que os princípios sejam relativos, pois há princípios absolutos e que, portanto, não ingressariam em qualquer jogo de ponderação, pois teriam de ser forçosamente aplicados (*Idem*, pp. 105-109). Outros ainda, por fim, objetam que o conceito de princípio possui tal amplitude que termina por se mostrar inútil, abarcando tanto que perderia a operacionalidade (*Idem*, pp. 109-111). As respostas a tais objeções reafirmam o que no último parágrafo foi dito. Não há princípios que não sejam válidos. Na medida em que integrados ao ordenamento valem todos sem distinção (*Idem*, p. 105). Incidem ou não, conforme as circunstâncias de cada caso, e precisamente por isso que não há princípio que não seja relativo, relativo aos demais princípios e às regras e às circunstâncias do caso (*Idem*, p. 106). Por fim, a amplitude de um tal conceito é, exatamente, o que atribui a ele seus méritos. O conceito amplo de princípio, envolvendo tanto direitos individuais quanto bens coletivos, demonstra ser conveniente porque as

propriedades lógicas existentes tanto naqueles quanto nestes, mormente no que tange à colisão, justificam um tratamento conjunto (*Idem*, p. 111).

28. Ao lado de tais objeções quanto à própria idéia de normas que sejam princípios, situam-se críticas quanto às muitas definições de princípios elaboradas ao longo dos anos (ÁVILA, 2003, pp. 31-55). Não procede a afirmação de que o caráter hipotético-condicional das regras não se faz presente nos princípios. Em verdade, a prescrição de comportamentos e a prescrição de conseqüências estão presentes nos princípios assim como nas regras, mas de maneira diversa (*Idem*, pp. 33-35). Improcedente, também, a afirmação de que, quanto ao modo de aplicação, divirjam os princípios das regras. Nem mesmo as regras têm caráter absoluto e os princípios não desconsideram, de maneira alguma, o concreto e o individual (*Idem*, pp. 36-42). Quanto à definição de princípio a partir da caracterização e da solução do conflito normativo, a crítica afirma que a ponderação não é método privativo dos princípios e o peso não é dimensão dos princípios, mas das situações; o mandado de otimização e o juízo de concorrência não constituem o núcleo dos princípios, mas se referem ao uso dos princípios (*Idem*, pp. 43-55). Por isso, conclui-se com o afirmar os princípios como normas diretamente referidas a fins e indiretamente a condutas (*Idem*, p. 70).

29. Tendo em vista a tríade valor, norma e fato, o princípio estaria imediatamente referido ao valor e mediamente referido ao fato, enquanto a regra estaria imediatamente referida ao fato e mediamente referida ao valor. Diferenças, portanto, existem entre princípios e valores, do contrário não se refeririam aqueles a estes (*Idem*, p. 72). Ocorre que princípios têm um caráter deontológico e valores um caráter axiológico (ALEXY, 1993, p. 147) ou teleológico (HABERMAS, 1997, volume I, pp. 316-317). Os princípios são observados por serem devidos enquanto os valores são observados por serem

melhores (ALEXY, 1993, p. 147). Princípios são, portanto, dotados de caráter normativo, dizem o que deve ser feito e não o que seria o melhor a ser feito. Diferenças também existem entre princípios e axiomas, entre princípios e postulados e entre princípios e critérios (ÁVILA, 1999). Como disse, axiomas são fórmulas tidas como verdades auto-evidentes. Princípios, para serem utilizados, dependem da comprovação de sua existência. Assim, não se confundem princípios e axiomas (*Idem, ibidem*). Também não se confundem princípios e postulados. Postulados são condições de possibilidade de conhecimento de determinado objeto. Ora, nesse sentido, os postulados estão para a ciência do direito, como as normas estão para o direito. Inconfundíveis, pois, princípios com postulados (*Idem, ibidem*). Também, enfim, princípios não se confundem com critérios. Os critérios não são normas, mas dizem como devem ser aplicadas as normas. Os critérios são, portanto, meta-regras de aplicação de normas; critérios não são as próprias normas. Como princípios são normas, inconfundíveis são, portanto, com os critérios (*Idem, ibidem*).

## V – PRINCÍPIO E SISTEMA

30. A afirmação do ordenamento como sistema e do sistema jurídico como um sistema teleológico-axiológico, isto é, como uma ordem axiológica de princípios gerais, implica na aceitação de que o ordenamento é aberto e móvel, em constante contato com as forças atuantes e nas circunstâncias delineadas no mundo vital e em permanente adaptação aos problemas jurídicos advindos da dinâmica da totalidade da vida. Com tal concepção, francamente contrária à noção de um ordenamento caracterizado como um sistema fechado e imóvel, como um sistema lógico-axiomático, constituído de e a partir de uns poucos axiomas, torna-se fácil a aceitação da contradição entre normas como algo inerente. É só a partir da abertura e do mo-

vimento que caracterizam os sistemas jurídicos que se pode conceber a possibilidade de contradição entre normas.

31. Um sistema fechado, ainda que se movimente, movimentando-se segundo seus próprios mecanismos que, por definição, são limitados. Sistemas fechados são, bem por isso, também, sistemas imóveis no limite. Um sistema fechado e imóvel tem de ser, também por definição, tido como completo, pois nada poderá ser utilizado de fora para oferecer as soluções que nele são buscadas. E nada nele se criará, porque não se transforma, imobilizado que está, para oferecer as soluções que de fora não podem ser trazidas. E, assim, além de completo, por definição, um sistema fechado e imóvel, também por definição, tem de ser visto como coeso e coerente. A presença de uma dimensão normativa e de outra procedimental, de elementos normativos e de elementos não-normativos, de elementos normativos caracterizados como princípios e de elementos normativos caracterizados como regras, que só adquirem significação ao passo que sejam concretizados, isto é, interpretados e aplicados, conforme as necessidades e as exigências dos problemas jurídicos, fazem dos ordenamentos o terreno fértil para que a contradição inerente ao mundo vital seja recebida e tratada com mínima perturbação.

32. A contradição nos ordenamentos vistos como sistemas teleológico-axiológicos, abertos e móveis, incompletos, sem coerência e coesão prévias, torna a tarefa de solução de conflitos algo mais do que uma tarefa jurídica propriamente dita. A tarefa de superar conflitos, assim, começa no interior do próprio sistema jurídico para depois se traduzir na busca de superação dos conflitos conforme configurados e desenvolvidos no mundo vital. A contradição inerente ao mundo vital invade o sistema jurídico e se mostra sob a forma de contradição entre normas. Ocorre que as normas variam de espécie e, assim, variam as possibilidades de contradição entre elas (CANOTILHO, 1999, p. 1107; GRAU, 2002, p. 171 e seguintes;

ALEXY, 1993, p. 87 e seguintes; SARMENTO, 2002, p. 40). Surgem, assim, duas espécies de contradição: a) conflito entre regras; b) colisão entre princípios (GRAU, 2002, p. 171; ALEXY, 1993, p. 86). A superação dos conflitos entre regras se dá pelo método da exclusão, pois não podem conviver duas regras de igual campo de incidência com concomitante e idêntica validade. São aplicados, para superar ditos conflitos, critérios baseados em razões formais: a) lógicas (âmbito); b) cronológicas (tempo) e c) topológicas (hierarquia) (BOBBIO, 1994, p. 91 e seguintes). A superação das colisões entre princípios se dá pelo método da ponderação, pois não só podem conviver, como, a rigor, convivem, princípios de igual campo de incidência, e que nem por isso deixam de ser válidos. São utilizados, para superar ditas colisões, postulados fundados em razões materiais: a) jurídicas; b) fáticas. (GRAU, 2002, p. 172 e seguintes; ALEXY, 1993, p. 111 e seguintes; SARMENTO, 2002, pp 87-90; FARIAS, 2000, pp. 31 e 32; GUERRA FILHO, 2000, pp. 182 e 183; ÁVILA, 2003, pp. 108-117). A ponderação há de ser feita conforme possibilidades jurídicas e segundo possibilidades fáticas. O postulado fundado em razões materiais de caráter jurídico determina que seja tomado o conjunto de normas e feito um juízo de proporcionalidade para otimizar os conteúdos normativos concorrentes dentro do possível segundo o sistema jurídico (CANOTILHO, 1999, pp. 264 e 265; ALEXY, 1993, p. 112 e seguintes; SARMENTO, 2002, pp 89 e 90; ÁVILA, 2003, pp. 116 e 117). Os postulados fundados em razões materiais de caráter fático determinam que seja tomado o conjunto de fatos e feitos juízos de adequação e de necessidade para maximizar os comandos normativos dentro do possível segundo o mundo vital (CANOTILHO, 1999, p. 265; ALEXY, 1993, p. 113 e seguintes; SARMENTO, 2002, pp. 87-89; ÁVILA, 2003, p. 108 e seguintes e p. 114 e seguintes).

33. À ponderação como método para a superação de con-

tradições entre princípios levantam-se algumas objeções (SARMENTO, 2002, p. 141 e seguintes). A primeira objeção é a de que o método da ponderação, mormente porque utilizado para superação de contradições entre direitos e outros bens, interesses e valores fundamentais, implica em um esvaziamento de referidos direitos, bens, interesses e valores fundamentais (*Idem*, p. 143 e seguintes). A segunda objeção é a de que o método da ponderação conduz a uma irracionalidade da decisão porque torna o procedimento decisório imprevisível, dependente do arbítrio do juiz (*Idem*, p. 145 e seguintes). A terceira objeção é a de que a própria utilização do método da ponderação é eivada de ilegitimidade porque transforma o juiz em legislador sem que tenha passado, como este último, pelo crivo democrático (*Idem*, p. 148 e seguintes). Responde-se à primeira objeção com a afirmação de que o método da ponderação só se formula, precisamente, para evitar que direitos e outros bens, interesses e valores fundamentais sejam, no confronto com outras normas, preteridos e, assim, negados e/ou esvaziados (*Idem*, p. 145). À segunda objeção responde-se com a afirmação de que o método da ponderação não veta a possibilidade de controle objetivo do procedimento decisório e permite, com o passar do tempo, uma cristalização de certas orientações formadas de acordo com as decisões emitidas (*Idem*, pp. 146 e 148). E, por fim, para responder à terceira objeção tem-se de aceitar que o método da ponderação é, antes de tudo, imprescindível diante da complexidade dos sistemas sociais contemporâneos (*Idem*, pp. 150 e 151). E mesmo aceitando que ele possa conduzir à formação de órgãos judicantes autoritários, impermeáveis à legitimação democrática, porque não eleitos, a opção contrária, a opção de defender um completo afastamento das questões constitucionais, essencialmente políticas, das questões jurídicas só faz com que perca o direito, que se fechará nos limites de um sistema aristocrático de uma casta magistral, e perca a política, que mergulhará de vez no caos da inse-

gurança e da imprevisão do mundo vital.

## VI – CONCLUSÃO

34. Apresentei, ao longo destas páginas, notas que tenho tomado a partir de estudos realizados sobre a teoria dos princípios e sobre a teoria dos sistemas.

35. Em um primeiro momento, tentei esclarecer os motivos que me levam a afastar-me de uma perspectiva positivista, na ciência em geral e na ciência do direito em especial.

36. Impossível ser imparcial, como quer o positivismo científico, pois impossível que não sejamos parte dos acontecimentos e não tomemos partido nos acontecimentos. Nunca descrevemos, por isso, a totalidade dos acontecimentos, mas apenas parcela deles. Assim como nunca descrevemos os acontecimentos sem que seja de um certo viés, sem tomarmos partido em favor desta ou daquela situação. Sempre somos parciais, portanto, e duplamente.

37. Impossível, também, adotar a perspectiva do positivismo jurídico, porque fragmenta o conhecimento. Não se pode pretender fazer ciência do direito abordando apenas sua dimensão sociológica, ou apenas sua dimensão psicológica ou apenas sua dimensão lógica. E, além disso, impossível imaginar uma ciência do direito que não se preocupe com a discussão dos valores e não busque apontar-lhes fundamentos racionais. Uma tal ciência não é do direito, porque retira o direito da vida e aborta a vida existente no direito.

38. Evidentemente, portanto, as variantes positivistas, sempre formalistas, são, também, inaceitáveis. Especialmente inaceitável a postura do positivismo jurídico de variante normativista, seja porque reduz o direito todo à norma, seja porque reduz o conhecimento do direito à perspectiva das normas. O direito não esgota em normas e nem se compreende a partir e através, simplesmente, das normas.



39. Em um segundo momento, tentei apontar a concepção que adoto para explicar os sistemas jurídicos e seu relacionamento com os demais sistemas sociais e com o mundo vital e, também, como não poderia deixar de ser, com os problemas jurídicos. Sistemas são totalidades ordenadas segundo certa unidade de sentido; totalidade ordenada tanto em sentido cognitivo (de conhecimentos) quanto em sentido objetivo (de objetos de conhecimentos).

40. Os sistemas jurídicos podem ser cognitivos (da ciência do direito) e objetivos (do direito propriamente). Como sistemas objetivos, os sistemas jurídicos são sistemas teleológico-co-axiológicos, isto é, totalidades ordenadas segundo unidade de sentido dada por valores, que se apresentam como princípios gerais.

41. Os sistemas jurídicos, como sistemas axiológico-teleológicos, são abertos, móveis, incompletos, porque permanentemente suscetíveis e adaptáveis ao mundo vital, confrontados que são pelos problemas jurídicos, assim entendidos se os sistemas jurídicos, reformulados constante e permanentemente, a eles oferecerem soluções suportáveis pelo mundo vital.

42. Os sistemas jurídicos formam-se por repertórios, compostos por normas e por não-normas, em que se focam os problemas jurídicos na busca de soluções, e por estruturas, compostas por relações, pelas quais se colocam em contato com o mundo vital.

43. Os sistemas jurídicos são sistemas normativos na medida em que se compõem de normas, embora não só. Os sistemas jurídicos são compostos por dois tipos fundamentais de normas: princípios e regras. Este o modelo que, comparado com outros, apresenta mais conveniências do que inconveniências, por permitir a tensão sem quebrar-se e sem esgarçar-se.

44. Os sistemas jurídicos são, também, sistemas procedimentais. Os sistemas jurídicos são sistemas de normas e sistemas de procedimentos. As normas são produzidas e são re-

produzidas segundo procedimentos. Os sistemas jurídicos nascem com regras e princípios, mas as regras e os princípios apenas se impõem por força dos procedimentos que as atualizam e as concretizam através do contato dialógico com o mundo vital, conforme os problemas jurídicos.

45. Os sistemas jurídicos têm importantes e destacadas funções políticas, consistentes na racionalização e na legitimação dos sistemas sociais, e funções jurídicas, consistentes na limitação e na determinação dos conteúdos normativos.

46. Em um terceiro momento, tentei transportar esses elementos da teoria dos sistemas jurídicos e sociais para a análise dos ordenamentos, pois à idéia de ordenamento é comum vincular a idéia de sistema.

47. Como sistemas jurídicos, os ordenamentos são mais do que meros conjuntos de normas. Os ordenamentos concretos são compostos por normas e por não-normas relacionadas entre si e em relação com os conflitos jurídicos. Enquanto não se põem em contato com os conflitos jurídicos, os ordenamentos são apenas parte, apenas potência, apenas possibilidade.

49. Como sistemas jurídicos, os ordenamentos são mais do que meros conjuntos de normas, mas também são conjuntos de normas. Os ordenamentos são mais, e não menos, do que conjuntos de normas. Os ordenamentos, ainda que em potência, são sempre limites, dentro dos quais se estabelece e normatividade.

50. Como sistemas jurídicos, os ordenamentos são mais do que conjunto de normas e, também, são mais do que conjuntos de normas e de não-normas. Como sistemas jurídicos, os ordenamentos são, também, mais do que conjuntos de relações. Como sistemas jurídicos, os ordenamentos são, também, compostos por decisões. Como sistemas jurídicos, portanto, os ordenamentos são sistemas compostos por normas e não-normas relacionadas entre si e com os problemas jurídicos, com os conflitos jurídicos.

51. Em um quarto momento, por fim, tentei transportar esses elementos da teoria dos sistemas jurídicos e dos ordenamentos jurídicos para a análise das normas, muito especialmente, dos princípios.

52. A concretização dos ordenamentos passa pela interpretação dos ordenamentos em potência e dos conflitos em latência. Os ordenamentos atuais, em ato, totalmente constituídos, ordenamentos concretos, se traduzem em ordenações materiais das competências e dos comportamentos. Antes de interpretados e aplicados, os ordenamentos não passam de promessas, de possibilidades, de potências.

53. As normas resultam da interpretação e da aplicação, resultam da concretização. As normas são diferentes das disposições. Uma disposição pode conter uma ou nenhuma norma, uma ou algumas normas. Uma norma pode se conter em uma ou em nenhuma disposição, em uma ou em algumas disposições. Normas efetivas, que compõem ordenamentos concretos, atuais, são as normas de decisão, formuladas tendo em vista os conflitos.

54. As normas, em abstrato e em concreto, se apresentam como regras ou como princípios, que se distinguem conforme elementos materiais e formais e segundo abordagens fracas e fortes.

55. Os princípios podem ser concebidos como disposições relativas, como mandados de otimização, como juízos de concorrência, como normas que comportam uma série indefinida de aplicações, por fim, como normas dotadas de capacidade expansiva e convivência conflitual.

56. Improcedentes as objeções à normatividade e especificidade dos princípios. Eles integram o ordenamento, mais exatamente seu repertório, recebendo dele sua normatividade. Os princípios são normas, sem diferença de essência com as regras, mas apenas de forma e de grau.

57. Improcedentes, também, as objeções ao próprio con-

ceito, envolvendo sua validade, sua relatividade e sua amplitude. Integrados ao ordenamento, os princípios são válidos, ou não são princípios. Incidentes, ou não, os princípios são sempre relativos, sempre estão em relação. Por fim, a amplitude do conceito é seu mérito.

58. Interessantes as críticas às definições de princípios. O caráter hipotético-condicional das regras se faz presente nos princípios, também. O modo de aplicação de princípios não é substancialmente diferente do modo de aplicação das regras. A ponderação não é método privativo dos princípios e o peso não é dimensão dos princípios propriamente ditos, mas das situações.

59. Uma definição adequada de princípios aponta para a circunstância de serem normas direta e imediatamente referidas a fins (valores) e indireta e mediatamente a condutas (fatos), enquanto que regras são normas indireta e mediatamente referidas a fins (valores) e direta e imediatamente referidas a condutas (fatos).

60. Os princípios diferem de valores, de axiomas, de postulados e de critérios. Princípios são normas; valores não. Axiomas são auto-evidentes; princípios exigem demonstração. Postulados são condições para o conhecimento; princípios são objeto de conhecimento. Critérios se referem a normas, mas não são normas; princípios são normas.

61. Como sistemas jurídicos, os ordenamentos são sistemas teleológico-axiológicos, inerentemente abertos, móveis, adaptáveis, flexíveis, incompletos e contraditórios, que só significam algo quando concretizados, conforme as necessidades e as exigências dos problemas jurídicos, essencialmente conflitos.

62. A solução de conflitos é tarefa jurídica e política ao mesmo tempo, caracterizando-se pela busca de superação de conflitos interiores e exteriores aos sistemas jurídicos.

63. As contradições entre normas são ou conflitos entre

regras ou colisões entre princípios. Supera-se a contradição de regras pela exclusão de uma delas, conforme critérios formais. Supera-se a contradição entre princípios pela ponderação entre eles, conforme postulados materiais.

64. Improcedentes as objeções à ponderação como método para a superação de contradições entre princípios. A ponderação não esvazia direitos e outros valores fundamentais. É a ponderação que impede o esvaziamento. A ponderação não implica em irracionalidade e arbitrariedade da decisão, porque permite o controle objetivo do procedimento. A ponderação, por fim, não implica em ilegitimidade, porque não eleitos os órgãos e agentes judicantes. Ela se dá por outros meios. E nos sistemas contemporâneo, de altíssima complexidade, é inafastável.

65. Em conclusão posso formular as seguintes observações.

66. As perspectivas do positivismo científico e do positivismo jurídico são absolutamente inadequadas à compreensão dos princípios em um sistema jurídico.

67. Os sistemas jurídicos não podem ser vistos senão em sua inserção com a totalidade da vida e, portanto, indesejáveis abordagens sociológicas, psicológicas e lógicas, mera e simplesmente. Os sistemas jurídicos só podem ser devidamente compreendidos em sua relação com os demais sistemas sociais e com o mundo vital, em sua dimensão fática e valorativa.

68. Os ordenamentos, como sistemas jurídicos, só adquirem sentido e só possuem alcance na medida em que se convertem em ordenamentos concretos, em ordenações materiais efetivas das competências e dos comportamentos e, assim, os ordenamentos, como sistemas jurídicos, só significam algo se, e somente se, participem da totalidade das relações do mundo vital como mais uma dimensão, prospectiva, dinâmica.

69. As normas, como integrantes de ordenamentos concretos, inconfundíveis com meras disposições, têm, necessari-

amente, de ser concretizadas segundo os parâmetros dos valores e dos fatos incidentes e ocorrentes nas situações em que se formarem conflitos jurídicos. E por isso que um modelo de ordenamento das competências e dos comportamentos que seja apenas e tão-somente constituído e pautado por regras é inaceitável. Assim como um modelo constituído e pautado apenas por princípios é inútil. A aceitabilidade e utilidade de um modelo de ordenamento das competências e dos comportamentos que se pretenda de carácter dinâmico e de natureza prospectiva depende de sua capacidade de manter seu contato com o mundo vital, estimulando sua espontaneidade, sem mergulhar em um caos da imprevisão. E, por igual, de manter-se como sistema sem fechar-se em um mecanismo de burocratização das demandas e de dominação das personalidades. E isso, já ficou demonstrado, só é possível em se tratando de um ordenamento modelado segundo princípios e regras, produzidos e reproduzidos segundo procedimentos conformados e informados pelo diálogo.



## VII – REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Madrid: Gedisa, 1.<sup>a</sup> edição, 1994.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ÁVILA, Humberto (Bergmann). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*.

- Revista de Direito Administrativo, 215, pp. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara, 1994, 3.<sup>a</sup> edição.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 5.<sup>a</sup> edição, 1994.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 3.<sup>a</sup> edição, reimpressão, 1999.
- CRUZ, Valéria Álvares. *Direito, complexidade e sistemas*. São Paulo: Fiúza Editores, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1978
- 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: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.<sup>a</sup> edição, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: EDUSP/RT, 1976.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1.<sup>a</sup> edição, 2.<sup>a</sup> tiragem, 1989.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 3.<sup>a</sup> edição, 2001.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2.<sup>a</sup> edição, 1998.

- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 1997, 3.<sup>a</sup> edição.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998, 2.<sup>a</sup> edição.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Volume I.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Volume II.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa. Tomo II: Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus, 1988, 1.<sup>a</sup> edição, reimpressão.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3.<sup>a</sup> edição, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Unb, 1980.
- MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. *Opere Scelte*. Roma: Riuniti, 1973, 2.<sup>a</sup> edição, 2.<sup>a</sup> reimpressão.
- MÉSZÁROS, István. *O poder da ideologia*. São Paulo: Ensaio, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1.<sup>a</sup> edição, 1996.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, 5.<sup>a</sup> edição, revista e reestruturada.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.



- SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas: problemas de razonamiento juridico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.ª edição, 2.ª tiragem, 2002.
- VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Filosofia da Praxis*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, 4ª edição.