

PRINCÍPIOS E SOBREPRINCÍPIOS NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Paulo de Barros Carvalho

Professor Emérito e Titular de Direito Tributário da PUC-SP e USP
Membro Titular da Academia Brasileira de Filosofia

RESUMO: O dado jurídico, tomado pela perspectiva de objeto cultural revela o emprego do valor para a obtenção de um fim como característica que lhe é fundamental. Os chamados princípios podem ser definidos como normas de forte cunho axiológico e que irradiam sua influência por vastos setores do ordenamento jurídico. Um estudo sobre o tema proposto implica, assim a investigação sobre os valores para poder melhor entender como os princípios são empregados na compreensão do fenômeno do direito. A pesquisa investigará o plano sintático dos princípios e também como o dado axiológico aparece em seu plano semântico. Além disso, um estudo sobre a interpretação dos princípios não estaria completo se não contemplado também o aspecto pragmático dos princípios jurídicos, especialmente quanto a possibilidade de violação destes.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios; Sobreprincípios; Interpretação do Direito; Norma jurídica; Violação de princípios.

1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O MÉTODO

Antes de ingressar, propriamente, no assunto posto aos meus cuidados, entendo que seriam oportunas algumas palavras sobre a metodologia deste estudo, isto é, de que modo e por quais caminhos pretendo aproximar-me do objeto, para que seja possível articular suas complexidades, refletir sobre elas e poder, ao fim, construir conclusões consistentes.

De fato, todo trabalho com aspirações mais sérias há de ter seu método, assim entendido o conjunto de técnicas utilizadas pelo analista para demarcar o objeto, colocando-o como foco temático para, em seguida, ingressar no seu conteúdo. Ainda que essa matéria encontre desdobramento no item subsequente, parece oportuno dizer duas palavras sobre o itinerário do pensamento, no sentido de abrir caminho para que o leitor possa percorrê-lo com desenvoltura, consciente do plano esboçado pelo autor. A informação, que é de grande utilidade até para ensejar a iterativa conferência do rigor expositivo, rendendo espaço a observações críticas, volta-se, fundamentalmente, para esclarecer o trajeto que vai ser trilhado, facilitando, sobremaneira, o entendimento das proposições apresentadas.

Desse modo, penso ser oportuno reafirmar algumas características do modo de ser próprio do direito positivo, reconhecendo-o como objeto de cultura e apontando aí algumas consequências da escolha deste enfoque. Em seguida, passo a discorrer sobre a amplitude semântica do vocábulo jurídico, mostrando seu emprego em várias linguagens, da natural às jurídicas, delineando os contornos que o termo assume quer no direito positivo, quer na ciência que o descreve. O dado jurídico, tomado pela perspectiva de objeto cultural faz necessário tecer ainda umas tantas palavras sobre os valores para poder melhor entender como os princípios são empregados na compreensão do fenômeno do direito e, logo se verá, que os comandos normativos tecem uma rede complexa de dados axiomáticos que se sobrepõe dando razão a verdadeiros “sobreprincípios”. Finalmente, cabem algumas palavras sobre o aspecto pragmático dos princípios jurídicos, especialmente quanto a possibilidade de violação destes.

Penso que, seguindo este itinerário, estará bem pavimentado o caminho para a construção de ideias úteis a qualquer um que trave contato com o plexo de normas denominado princípios jurídicos.

2. DIREITO POSITIVO COMO OBJETO CULTURAL E A FORMA DE INTERPRETÁ-LO

Na teoria dos objetos, de Husserl, o direito está na região ôntica dos entes culturais, como algo produzido pelo homem, que, modificando a natureza circunstante, visa à realização de um fim (estético, de segurança, utilitário etc.). Caracteriza-se, portanto, como os demais objetos culturais, por submeter-se à experiência, estando no tempo e no espaço, e por ser sempre valioso, positiva ou negativamente. Ali onde houver objeto cultural haverá valores que o ser humano implanta para concretizá-lo. Por isso, o ato gnosiológico correspondente é distinto daquele dos objetos naturais (explicação) e dos ideais (demonstração): é a compreensão, que pressupõe a análise experimental de fenômenos reais e o plus axiológico, razão pela qual o método que lhe convém seja o empírico-dialético, que implica o confronto inevitável do resultado da experiência com os valores do sujeito do conhecimento. Nessas idas e venidas, o ser cognoscente vai compreendendo o objeto que pretende conhecer.

Mas, dentre os muitos traços que lhe são peculiares, o direito oferece ainda o dado da linguagem como seu integrante constitutivo. A linguagem não só fala do objeto (Ciência do Direito), como participa de sua constituição (direito positivo). Se é verdade que não há fenômeno jurídico onde não encontrarmos normas, escritas ou não escritas, também é certo

não poder-se cogitar de normas sem uma linguagem, idiomática ou não, que lhe sirva de veículo de expressão. E esse elemento entitativo vem trazer nova sorte de problemas à compreensão do direito, pois enquanto nos fenômenos naturais a linguagem comparece para simplesmente descrever o objeto do conhecimento, neutro em termos axiológicos, aqui, diante do jurídico, temos a linguagem em dois níveis: integrando o direito posto, como instrumento da comunicação normativa, e descrevendo, crítico-explicativamente, as regras positivas válidas em certas condições de espaço e em determinado intervalo de tempo. É a linguagem descritiva da Ciência falando da linguagem prescritiva do direito em vigor: sobrelinguagem, a primeira; linguagem-objeto, a segunda.

A linguagem, como conjunto de signos utilizados para a comunicação entre os homens, é também um objeto cultural, entrando na composição ontológica daquel'outro objeto cultural, que é o direito. Dessa confluência de aspectos deriva a complexidade na compreensão do jurídico, que a despeito de movimentar valores, apresenta-se também como fenômeno de linguagem, reivindicando uma específica forma de aproximação cognoscitiva.

São grandes as vicissitudes de quem se propõe à aventura do conhecimento na área do social (objetos culturais). Se acrescentarmos a elas toda sorte de dificuldades que acompanham o emprego da linguagem, poderemos antever o enorme desafio que representa a interpretação do direito, se empreendida, claro, com assomos de seriedade científica.

Quem se dispuser a conhecer o direito positivo não pode aproximar-se dele na condição de sujeito puro, despojado de atitudes axiológicas, como se estivesse perante um objeto da natureza. A neutralidade ideológica impediria, desde o início, a compreensão do sentido das normas, tolhendo a investigação. Magistral, a propósito, a lição de Lourival Vilanova¹: “o homem é demasiado humano para contemplar as realidades humanas, sem tomar posição, sem decidir-se positiva ou negativamente, num estado de adífora purificação e neutralidade ante o dever-ser de um dado ser que é inseparável do homem”.

Dessa maneira, o procedimento de quem se põe diante do direito com pretensões cognoscitivas há de ser orientado pela compreensão e, numa atividade dialética, deve perceber a compostura material do fato, recoberta com os conteúdos de significação dos textos normativos, tudo inspirado pelos valores que o legislador depositou em sua linguagem prescritiva.

¹ *O problema do objeto da Teoria Geral do Estado*, Recife, 1953.

Se retivermos a observação segundo a qual o direito, por ser objeto cultural, carrega sempre valores, e se pensarmos que todo nosso empenho se dirige para construir as significações a partir de um extrato de linguagem, não será difícil concluir que para conhecer o direito e, em última análise, compreendê-lo, interpretá-lo, conferindo conteúdo, sentido e alcance à mensagem legislada, é necessário o envolvimento do exegeta com as proporções inteiras do todo sistemático, incursionando pelos escalões mais altos e de lá regressando com os vetores axiológicos ditados por certas normas, como é o caso dos chamados “princípios fundamentais”.

Tomado o direito positivo como camada de linguagem prescritiva que se projeta sobre a região material das condutas intersubjetivas para discipliná-las e orientá-las na direção de certos valores que a sociedade quer ver implantados, ele, direito posto, aparece como construção do ser humano. Não está entre os “dados”, mas, sim, entre os “construídos”. Nesse sentido, dista de ser algo simplesmente ideal, não lhe sendo aplicável, também, as técnicas de investigação do mundo natural.

Lembremo-nos de que o direito é algo extremamente complexo, abrangendo, a um só tempo, (i) uma linguagem prescritiva, (ii) um substrato sociológico expresso pela vida comunitária que manifesta seu consentimento em relação àquela linguagem e (iii) um aspecto axiológico, sua dimensão de idealidade, imanente à natureza de objeto cultural. Nem sempre, todavia, se mantém o isolamento metódico entre esses três lados do problema do direito. Ora se misturam conceito e valor, como no jusnaturalismo clássico; ora se suprime o dado axiológico e se focaliza apenas a existencialidade, como no empirismo positivista (positivismo jurídico, positivismo sociológico etc.); ora, enfim, se cortam o valor e a base sociológico-histórica, o que dá em consequência um formalismo exacerbado, do tipo kelseniano ou um logicismo formalista, à moda de Schreier.

Repetimos. O direito é fato da cultura, sendo, como todo objeto cultural, uma síntese entre valor e mundo natural, admitindo, por esse modo, uma investigação jurídica voltada para os valores e uma investigação do direito como realidade positivada. Sobremais, tem ele uma forma de ser específica, o que justifica plenamente um estudo ontológico dessa entidade.

3. AMPLITUDE SEMÂNTICA DO VOCÁBULO “PRINCÍPIO”

No campo das significações, o uso do signo “princípio” oferece farta variedade conotativa, de tal sorte que alcança todas as circunscrições de objetos, atuando nas quatro regiões ônticas. É uma palavra que frequenta com intensidade o discurso filosófico, expressando o “início”, o “ponto de origem”, o “ponto de partida”, a “hipótese-limite” escolhida como proposta de trabalho. Exprime também as formas de síntese com que se movimentam as meditações filosóficas (“ser”, “não-ser”, “vir-a-ser” e “dever-ser”), além do que tem presença obrigatória ali onde qualquer teoria nutrir pretensões científicas, pois toda a ciência repousa em um ou mais axiomas (postulados). Cada “princípio”, seja ele um simples termo ou um enunciado mais complexo, é sempre passível de expressão em forma proposicional, descritiva ou prescritiva. Agora, o símbolo lingüístico que mais se aproxima desse vocábulo, na ordem das significações, é “lei”. Dizemos, por isso, que há uma lei, em Física, segundo a qual “o calor dilata os corpos”, “os metais são bons condutores de eletricidade”, “a matéria atrai a matéria na razão direta das massas e na razão inversa do quadrado das distâncias”; na Metafísica, apanhando como exemplo a filosofia de Schopenhauer, que a “vontade se constitui naquele ímpeto cego e irresistível que consubstancia o querer-viver universal”: entre os objetos ideais, que a “transitividade” é uma lei lógica: $[(p \rightarrow q).(q \rightarrow r)] \rightarrow (p \rightarrow r)$, assim como a “reflexividade” também o é $(xRy) \rightarrow (yRx)$; em Economia, falamos em “lei da oferta e da procura”, ao mesmo tempo em que afirmamos que a “História fundamentalmente diacrônica”, para ingressarmos nos domínios dos objetos culturais, onde ao lado de “leis” ou “princípios” descritivos, vamos encontrar as prescrições éticas, religiosas, morais etc., que ostentam o porte de autênticos “princípios”. Como desdobramento dessa descritividade e prescritividade, lidamos com “princípios gerais” e “específicos”, “explícitos” ou “implícitos”, classificando-os como “empíricos”, “lógicos”, “ontológicos”, “epistemológicos” e “axiológicos”. Tudo isso é índice da riqueza significativa que a palavra exhibe, compelindo-nos a um esforço de elucidação para demarcar o sentido próprio que desejamos imprimir ao vocábulo, dentro de seu plano de irradiação semântica. Impõe-se uma decisão para cada caso concreto, principalmente se a proposta discursiva pretender foros de seriedade científica.

4. OS PRINCÍPIOS NAS VÁRIAS LINGUAGENS JURÍDICAS

Empregamos “linguagem jurídica” para referir os sistemas de comunicação que se prestam a realizar ou a mencionar o fenômeno jurídico. Por essa locução designaremos o chamado “direito positivo”, a Dogmática Jurídica ou Ciência do Direito em sentido estrito, bem como todos aqueles setores do conhecimento que toam o sistema do direito positivo como objeto de suas indagações, ainda que não o façam em termos exclusivos. Nessa linha de pensamento, é linguagem jurídica a da Filosofia do Direito e, dentro dela, a da Lógica Jurídica, a da Epistemologia do Direito, a da Axiologia do Direito e a da Ontologia Jurídica. Mas serão também “linguagem jurídica” a Sociologia do Direito, a Antropologia Cultural do Direito, a História do Direito e tantas mais que levem em conta de objeto o sistema das normas positivadas.

De um lado, como linguagem-objeto, temos determinada ordem jurídico-normativa, operando num ponto do tempo histórico e sobre dado espaço territorial; de outro, como metalinguagem descritiva, a Ciência do Direito em sentido estrito ou Dogmática Jurídica, voltada somente a compreender e relatar sua linguagem-objeto. A Filosofia do Direito comparece aqui na condição de metalinguagem se suas reflexões incidirem sobre a linguagem do direito positivo. As meditações filosóficas, entretanto, trabalham muitas vezes sobre construções científicas, momento em que assumem a hierarquia de uma metalinguagem. Outro tanto vale para os demais segmentos contidos no âmbito das “ciências jurídicas em sentido amplo”.

Firmados nessas ponderações, é lícito assertar a existência de “princípios jurídicos” em todos os setores da investigação do Direito. E é com tal dimensão significativa que enunciamos os princípios ou leis ditas ontológicas: “tudo que não estiver juridicamente proibido, estará juridicamente permitido” e “tudo que não estiver juridicamente permitido, estará juridicamente proibido”; os princípios jurídicos empiricamente verificáveis, como, por exemplo: “de acordo com a Constituição vigente, o Brasil é uma república federativa” (princípios federativo e republicano). Há o princípio lógico jurídico segundo o qual “toda conduta obrigatória está necessariamente permitida” (e linguagem formalizada, diremos: $(Op \rightarrow Pp)$, em que “O” é o modal “obrigatório”, “P”, o “permitido” e “p” uma conduta qualquer). Esse “princípio” ou “lei” da Lógica Deontico-Jurídica, aliás, é o fundamento da conhecida “ação de consignação em pagamento”. Ao lado dele, por oportuno, podemos indicar a lei lógica da “idempotência do conjuntor”, aplicada ao Direito: “Se duas ou mais

normas servirem-se do mesmo antecedente e prescreverem a mesma regulação da conduta, então todas elas equívalem a uma só”. Expliquemos o princípio, formalizando-o e, depois, mediante um exemplo prático e objetivo. A “lei” da idempotência do conjuntor (utilizada para o universo jurídico) assim se exprime, em linguagem formal: $(Vp.Vp.Vp.Vp.Vp)=Vp$, onde “V” é a notação simbólica da “proibição”; “p”, uma conduta qualquer; “.”, o conectivo da conjunção lógica; e “=”, a equivalência. No sistema da Constituição de 1967, havia três preceitos consagrando a “legalidade tributária”: um genérico e dois específicos. Quer significar, por outro giro, que o legislador constitucional prescrevia: “só é permitido exigir tributo novo ou aumentar os existentes por meio de lei”. Tal era o conteúdo de três normas constitucionais. Pelo princípio da idempotência do conjuntor, os três equívalem a apenas um.

Bem, até aqui vimos princípios empíricos, ontológicos e lógicos. Examinemos outros. A “norma fundamental” kelseniana é um princípio epistemológico-jurídico, colocado na condição de pressuposto da atividade cognoscitiva do direito. Sem a “norma fundamental”, ou regressaríamos ao infinito, jamais começando a tarefa cognoscente, ou sacrificaríamos o cânone do isolamento do objeto, sem o que o estudo não atingiria a dignidade de ciência. Outros princípios epistemológico-jurídicos são os da “homogeneidade sintática” e da “heterogeneidade semântica” das unidades normativas. Já nos domínios axiológicos mencionemos o “princípio da Justiça”, da “igualdade”, da “segurança”, da “racionalidade”, entre muitos outros.

Vistos por outro prisma, os “princípios” seriam gerais (a legalidade referida no art. 5º, II, da Constituição de 1988) ou específicos (a legalidade tributária instituída no art. 150, I, do mesmo Estatuto). Além disso, há os explícitos (art. 150, III – princípio da anterioridade tributária) e os implícitos (princípio da isonomia das pessoas políticas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Cumpre observar que os princípios mencionados estão distribuídos entre a linguagem-objeto (direito positivo) e as metalinguagens jurídicas acima indicadas. Pois bem. Demos exemplos, tecemos considerações, elucidamos algum conteúdo, mas permaneceu aberta a questão principal: que é princípio?

5. PRINCÍPIOS E A COMPREENSÃO DO DIREITO

Tomaremos como hipótese de trabalho o estudo do Direito sob o ponto de vista dogmático, a partir das estruturas normativas existentes aqui e agora, que se projetam sobre a realidade social para ordená-la, no que tange às relações interpessoais que nela se

estabelecem, canalizando o fluxo das condutas em direção a certos valores que a sociedade anela e quer implantados. Reconhecemos no fenômeno jurídico algo extremamente complexo, em que interferem fatores de naturezas distintas, num intensivo processo de miscigenação. Afigura-se-nos um trabalho difícilíssimo ingressar em sua ontologia, para extrair dados de sua intimidade existencial, caso isto, porventura, seja possível, premissa que não pretendemos discutir. Nossa concepção há de caminhar predominantemente no padrão analítico da linguagem, respeitando aquela complexidade que salientamos como ínsita ao dado jurídico, mas ao mesmo tempo refletindo na consideração de que ali onde houver regulação jurídica haverá, inexoravelmente, proposições normativas que, escritas ou não escritas, hão de manifestar-se em linguagem. Ora, se isolarmos o universo normativo, naquilo que ele tem de fenômeno lingüístico, aparecerá diante de nós um objeto uniforme (somente normas jurídicas), todas compostas na mesma organização sintática, vale dizer, mediante um juízo hipotético em que o legislador (sentido amplo) imputa, ao acontecimento de um fato previsto no antecedente, uma relação deontica entre dois ou mais sujeitos, como conseqüente. A previsão fáctica ou “descriptor”, como suposto, implica a disciplina da conduta intersubjetiva, contida no “prescritor”, para usar as palavras de Lourival Vilanova. Nunca será demasiado insistir que tanto a ocorrência factual, como o comportamento regulado, têm de ser possíveis, para ser a regra aplicada, tornando-se individualmente eficaz.

Sobressai à evidência a homogeneidade sintática suso referida, porquanto todas as unidades do sistema terão idêntica estrutura lógica, a despeito da multiplicidade extensiva de seus vectores semânticos. O direito positivo, então, apresentar-se-á aos olhos da Dogmática como um conjunto finito, mas indeterminado, de normas jurídicas, nas quais surpreenderemos fatos jurídicos e relações jurídicas, associados por um ato de vontade de quem pôs as regras no sistema, ato psicológico este que o cientista coloca entre parênteses metódico, para não imitar-se em territórios alheios, como, por exemplo, a Psicologia e outras ciências que poderiam explicar aspectos parciais do fenômeno. Todavia, se os fatos são jurídicos porque previstos em antecedentes normativos, remanesceria apenas um, o mais importante porque fundador do próprio sistema, sem a qualificação de jurídico, circunstância que viria a comprometer a uniformidade objetal: trata-se do acontecimento que dá origem à Constituição. É precisamente neste tópico que Kelsen trouxe a singela, porém genial contribuição da “norma fundamental”, não posta, mas pressuposta, juridicizando aquele fato que ficara de fora, por imprimir-lhe o timbre de normatividade que lhe faltava. Fecha-se assim o conjunto, isolado na especificidade de seu objeto, uniforme porque composto tão-somente de normas

jurídicas, de tal modo que nele, conjunto, não encontraremos senão descritores e prescritores, bem como suas contrapartes factuais: fatos jurídicos e relações jurídicas.

O corolário natural de tudo quanto se expôs é que o direito positivo, formado unicamente por normas jurídicas, não comportaria a presença de outras entidades, como, por exemplo, princípios. Estes não existem ao lado de normas, co-participando da integridade do ordenamento. Não estão ao lado das unidades normativas, justapondo-se ou contrapondo-se a elas. Acaso estivessem, seriam formações lingüísticas portadoras de uma estrutura sintática diversa. E qual é esta configuração lógica? Ninguém, certamente, saberá responder a tal pergunta, porque “princípios” são normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica.

A tipificação dos fatos que ingressam pela porta aberta das hipóteses normativas se dá mediante conceitos que o legislador formula: conceitos sobre os acontecimentos do mundo e conceitos sobre a condutas inter-humanas. Todo o conceito tem como correlato expressional o termo, assim como o juízo o tem na proposição. E ocorre que todo o conceito, repetimos, é seletor de propriedades não só no Direito, como em qualquer região do conhecimento. Conceituar importa selecionar caracteres, escolher traços, separar aspectos, desprezando os demais. As singularidades irrelevantes, o legislador as deixa de lado, mesmo porque são em tal quantidade que o trabalho ganharia proporções infinitas. E surge o conceito, após a aplicação do critério seletivo adotado pelo legislador, este traço definidor nada mais é que um juízo de valor expedido em consonância com sua ideologia, tomada a palavra, neste ensejo, como pauta de valores, tábua de referências axiológicas. Assim, valora o legislador fatos e condutas, tecendo o conteúdo de significação das normas jurídicas ou, em outras palavras, saturando as variáveis lógicas daquela estrutura sintática que é comum a todas as unidades do sistema. E, ao enfatizar esse ângulo da construção jurídico-normativa, estamos apenas reconhecendo ao direito positivo a condição de objeto cultural, anteriormente consignada. Mantenhamos na retentiva que os objetos do mundo cultural são, invariavelmente, portadores, de valores, como também os metafísicos, o que não se verifica com os objetos da natureza e com os da região ôntica dos ideais, ambos axiologicamente neutros.

Até esta parte, firmamos duas proposições que aceitamos por verdadeiras: a) o direito positivo é formado, única e exclusivamente, por normas jurídicas (para efeitos

dogmáticos), apresentando todas o mesmo esquema sintático (implicação), ainda que saturadas com enunciados semânticos diversos (heterogeneidade semântica); e b) por outro lado, como construção do ser humano, sempre imerso em sua circunstância (Gasset), é um produto cultural e, desse modo, portador de valores, significa dizer, carrega consigo uma porção axiológica que há de ser compreendida pelo sujeito cognoscente – o sentido normativo, indicativo dos fins (thelos) que com ela se pretende alcançar.

Tal é a conclusão a que chegou Genaro Carrió, percorrendo caminhos um pouco distintos, em seu opúsculo sobre *Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico*²: “De lo expuesto se sigue que no existe la pretendida ‘diferencia lógica’ entre las reglas jurídicas y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión”.

O autor argentino não chega a esse resultado partindo das premissas que adotamos. Seu objetivo foi, antes de mais nada, questionar a procedência de crítica ao positivismo jurídico, que o Professor Ronald M. Dworkin, da Universidade de Oxford, apresentou com o trabalho *The model of rules*³, e segundo o qual a análise e consideração adequada dos princípios ficaria prejudicada pela concepção positivista do fenômeno jurídico, já que tal concepção do Direito não deixa ver o papel central que na prática os princípios desempenham. É nesse sentido que parte do sistema de Hart⁴, para dele extrair argumentos que demonstrem a plena compatibilidade entre as normas jurídicas, examinadas pelo ângulo de sua positivação e os princípios que com elas combinam para formar o sistema do direito positivo.

Tendo seu pensamento mais próximo de Hart, em virtude das ligações que sempre manteve com a Universidade de Oxford, Carrió entende que o positivismo de Kelsen ofereceria menos recursos à sustentação de sua tese, não lhe permitindo dar os passos de que necessitava para alojar os princípios dentro da ordem jurídica, consoante os critérios que lhe pareciam justos. Nossa posição contudo, é bem diversa, ainda que tenhamos de intuir certos desdobramentos que o mestre de Viena não empreendeu. Que não seja isso motivo de censuras, porquanto Carlos Cossio proclamou ter ido além de Kelsen sem haver transbordado os limites do próprio sistema kelseniano (foi além de Kelsen sem sair de Kelsen). E, de fato,

² Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

³ 35 *University of Chicago Law Review* 14, 1967.

⁴ *El concepto del derecho*, Buenos Aires, 1963.

há desdobramentos que se afiguram como corolários de uma teoria, não extraídos por aquele que a concebeu, mas que podem perfeitamente ser sacados por quem se dispuser a segui-la.

O que importa é que Genaro Carrió chega aos mesmos resultados, não só admitindo a existência de “princípios” dentro da ordem jurídica positiva, como reconhecendo que não há qualquer desencontro entre o esquema lógico das normas e o daqueles primados. Ainda que não ingresse na análise dos “valores”, fala, insistentemente, no “peso” dos princípios, o que basta para identificar a referida concordância.

6. PRINCÍPIOS E VALORES

Recortemos determinado ambiente social. Os indivíduos da comunidade tendem a ter um núcleo consciente de valores básicos, advindos da contingência de viverem no mesmo território e no mesmo tempo histórico. Em derredor desse núcleo, contudo, a trajetória existencial de cada um vai depositando outros valores, recolhidos individualmente de tal arte que os padrões axiológicos das pessoas acabam apresentando variações muitas vezes sensíveis, repercutindo em fontes inesgotáveis de divergências, sempre que o homem se manifesta acerca de objetos de índole metafísica ou cultural. Seja uma obra literária, uma película cinematográfica, uma peça de mobiliário, uma crença religiosa, seja a interpretação de norma de direito positivo, os valores aparecem como centros significativos que expressam uma preferibilidade (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados num sentido consistente. Esses símbolos de preferência por ações indeterminadas permanentes, como alude Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁵, consistindo em núcleos significativos muito abstratos, requerem outro mecanismo integrador, credenciado a imprimir-lhes um mínimo de consistência: é a função das ideologias, conjuntos de avaliação dos próprios valores. Atuam para avaliar os valores, já que estes, por sua abstração, se mostram abertos e flexíveis. As ideologias, por isso mesmo, operam como sistemas rígidos e limitados, que hierarquizam os valores, organizando-os e permitindo que os identifiquemos.

Muito bem. Toda vez que houver acordo, ou que um número expressivo de pessoas reconhecerem que a norma “N” conduz um vector axiológico forte, cumprindo papel de relevo para a compreensão de segmentos importantes do sistema de proposições prescritivas, estaremos diante de um “princípio”. Quer isto significar, por outros torneios, que

⁵ *Introdução ao Estudo do Direito*, Editora Atlas, 1988, p. 109.

“princípio” é uma regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação para outras regras do sistema positivo. Advirta-se, entretanto, que ao aludirmos a “valores” estamos indicando somente aqueles depositados pelo legislador (consciente ou inconscientemente) na linguagem do direito posto. Não cremos existir uma “região de valores”, existente em si, como o topos uranos de Platão ou qualquer tipo de sistema suprapositivo de valores, ao modo de algumas vertentes jusnaturalistas. Aqueles de que nos ocupamos são os postos, centros significativos abstratos, mas positivados no ordenamento.

Se tais observações forem procedentes, cabe cogitar de uma hierarquia de valores jurídicos ou, de outra maneira, de uma classificação hierárquica das normas do direito positivo, elegendo-se como critério a intensidade axiológica nelas presente. Todavia, plantadas essas premissas, aquilo que se não pode admitir consoante assentamos linhas atrás, é a coalescência de “normas” e “princípios”, como se fossem entidades diferentes, convivendo pacificamente no sistema das proposições prescritivas do direito. Os princípios são normas, com todas as implicações que esta proposição apodítica venha a suscitar.

A resistência de Kelsen em compor uma teoria da interpretação fundou-se, certamente, nesse profundo subjetivismo que acompanha o processo dialético de compreensão dos conteúdos normativos. Os radicais desconcertos entre as teorias doutrinárias, tendo em vista preceitos jurídicos, são exemplos eloquentes do cabimento dessa tese. Sabemos que as mensagens prescritivas dos arts. 29 a 31, da Constituição do Brasil, realizam o “princípio da autonomia dos municípios”, confirmado pela análise do sistema vigente. Nada obstante, juristas de renome, menos inclinados ao “municipalismo”, conquanto não neguem a indigitada autonomia, reduzem drasticamente a relevância dessas pessoas políticas, em suas interpretações, chegando ao ponto de designá-las por “entes menores”. Esforçados nessa mesma inspiração, compreendem, ao pé da letra, o que preceitua o art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, chegando ao resultado deplorável de admitir a “ordem” que o dispositivo estabelece, com o que relegam os Municípios a uma condição de flagrante inferioridade em face dos Estado, do Distrito Federal e da União, sobre violarem de maneira frontal o princípio implícito da isonomia das pessoas políticas de Direito Constitucional interno.

Desloquemos o foco da análise para o reino específico das imposições tributárias e encontraremos, desde logo, a discussão a propósito da existência ou não do “princípio da anualidade”. Já expressamos nosso entendimento segundo o qual o velho primado desaparecera com o advento da Constituição de 1967⁶. Em sentido contrário, porém, autores de prestígio não se cansam de invocá-lo, atribuindo-lhe lugar preeminente no quadro dos mais elevados princípios constitucionais tributários.

Já podemos extrair mais duas conclusões: a) o próprio saber se u’a norma, explícita ou implícita, consubstancia um “princípio”, é uma decisão inteiramente subjetiva, de cunho ideológico; e b) no que concerne ao conjunto dos princípios existentes em dado sistema, a distribuição hierárquica é função da estrutura axiológica daquele que interpreta, equivale a reconhecer, é função da sua ideologia.

7. PRINCÍPIOS E SOBREPRINCÍPIOS

Coloquemos entre parênteses as corriqueiras dissenções ideológicas que separam os juristas em múltiplas direções e meditemos na organização de um conjunto qualquer de valores jurídicos. Há “princípios” e “sobreprincípios”, isto é, normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras. Vejamos logo um exemplo: a isonomia das pessoas políticas de Direito Constitucional interno tem importante repercussão no setor das imposições tributárias. Não há, contudo, formulação expressa que lhe corresponda no texto do direito positivo. Emerge pelo reconhecimento de outras normas que, tendo a dignidade de princípios, pelo quantum de valor que carregam consigo, fazem dele um “sobreprincípio”. Realiza-se pela atuação de outros princípios. Assim também ocorre com o primado da justiça. Agora, há um princípio que sempre estará presente, ali onde houver direito: trata-se do cânone da certeza jurídica, entendido o termo não como garantia de previsibilidade da regulação da conduta (que é uma de suas acepções), mas como algo que se situa nos fundamentos do dever-ser, ínsita que é ao domínio do deôntico. Na sentença de um magistrado, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declarasse, como exemplifica Lourival Vilanova, que “A” possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu. Não é sentenciar, diz o mestre, ou estatuir, com pretensão de validade, o certum no conflito de condutas. E, ainda que consideremos as obrigações alternativas, em que o devedor pode optar pela prestação “A”,

⁶ *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

“B” ou “C”, sobre uma dela há de recair, enfaticamente, sua escolha, como imperativo inafastável da certeza jurídica. Eis outro sobre princípio, mas de feição independente, pois querendo ou não querendo o legislador, havendo ou não havendo justiça, segurança ou qualquer valor jurídico que se colha para a experiência, as normas do sistema hão de consagrá-lo, para poder aspirar ao sentido deôntico. Regra do direito que não discipline comportamentos intersubjetivos com observância do princípio da certeza expressará um sem-sentido na linguagem do dever-ser. Torna-se evidente que a certeza jurídica é também um sobreprincípio, mas dotado de aspectos lógicos peculiares, que lhe atribuem preeminência sintática com relação a todos os demais.

É preciso asseverar que as organizações normativas, estruturadas na forma superior de sistema, para além das relações sintáticas e semânticas que necessariamente se estabelecem, encontram-se distribuídas em escalões axiológicos montados segundo a ideologia de que se aproxima do direito em atitude cognoscente. E muitas dificuldades fazem parte deste ponto seu foco de irradiação, sem comentarmos os problemas por assim dizer normais que a face objetiva do direito nos oferece, principalmente para aqueles que não crêem em “verdades absolutas” no campo do conhecimento.

8. PRINCÍPIOS E CLASSIFICAÇÃO EM RAZÃO DE SEU GRAU DE OBJETIVIDADE

É sedutora, ao menos no exame do primeiro instante, a classificação dos princípios levando-se em conta o grau de objetividade que se verifica no momento de sua efetiva aplicação. Há princípios que são postos em termos vagos e excessivamente genéricos, ao lado de outros, enunciados de modo tão preciso, que passam a ser escassas as dissensões a respeito de sua incidência numa situação concreta. Vamos aos exemplos. A Lei Fundamental, no art. 37, caput, expressa-se de maneira vaga ao impor que a administração pública obedeça ao princípio da “moralidade”, tornando-se no mínimo duvidosa e discutível sua indicação numa faixa enorme de eventos reais. A “função social da propriedade” (art. 5º, XXIII, da Constituição) acha-se também envolvida por forte teor de indeterminação. E o mesmo se diga da “liberdade”, da “segurança”, da “racionalidade”, do “bem comum”, da “finalidade pública” etc. bem certo que toda a palavra encerra alguma vaguidade. Mas queremos insistir que existem fórmulas expressionais onde predomina densamente a indeterminação, ao lado de outras de fácil e intuitivo reconhecimento, em que a ocorrência do mundo exterior está visivelmente demarcada, sobrando pouco espaço para os desacordos de opinião. É o caso da

irretroatividade tributária (art. 150, inciso III, a, da Lei Magna). Basta saber o momento em que se deu o fato jurídico tributário e confrontá-lo com aquele que marcou o início da vigência da lei instituidora ou majoradora do tributo. Temos para nós que o princípio que prestigia a casa como asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI, da Constituição), bem como o que protege o sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e das telecomunicações telefônicas, todos eles, em maior ou menor amplitude, podem acomodar-se rigorosamente no plano da aplicação factual.

Apesar da aparente simplicidade operativa, o critério que anima essa classificação procura transmitir uma objetividade que os valores não têm nem podem ter. A natureza eminentemente subjetiva desse núcleo significativos jamais poderá ser aprisionada, como se fora um mero fato cosmológico insularmente levado à análise. Fiquemos com sua operacionalidade, mas desde que reconheçamos a impossibilidade de fixar diretrizes objetivas e, portanto, com validade intersubjetiva, para delimitar valores. O que distrai nossa atenção entre as duas classes de princípios é que o legislador injeta valores (sempre subjetivos) em situações diferentes: incertas, indecisas, indeterminadas, as primeiras; limitadas e rigidamente delineadas, as últimas. Reflitamos sobre este tópico e estaremos autorizados a utilizar a classificação. Caso contrário seremos surpreendidos quando o legislador empregar o mesmo valor em hipóteses abertas, sem fronteiras onde o desenho recortado do suporte fáctico, como denominava Pontes de Miranda, não corresponda aos traços que a realidade material sugerir aos nossos sentidos. Eis o princípio da “igualdade” que pode ser tomado como exemplo. Ao projetar-se num dado acontecimento do mundo, essa diretriz experimenta curiosas configurações. Sabemos quanto difícil seria sustentar a discriminação entre homens e mulheres, no processo de seleção para ingresso na carreira do Ministério Público. A singela invocação do art. 5º, I, da Carta Constitucional vigente, seria o bastante para tolher qualquer entendimento discriminatório. Ao mesmo tempo, em matéria publicada na Folha de São Paulo, em janeiro de 1992, Flávia Piovesan discutiu a interessante tese de benefícios pleiteados por pessoas do mesmo sexo vivendo “maritalmente”. Tudo sobre o fundamento daquela norma que sobranceira, estaria impregnando o sentido das demais regras do ordenamento. Num caso, o primeiro, a mera alusão ao primado da igualdade tem a força suficiente para decidir o problema. No segundo, em que a complexidade do desenho típico se vê agravada pela presença de outros valores, numa combinatória que suscita considerações mais profundas, o mesmo princípio perde seu aparente conteúdo de objetividade não se prestando mais para, sem outros torneios retóricos, encaminhar a solução exegética.

Recobremos a lembrança de que as expressões lingüísticas conservam sempre um mínimo de vaguidade em sua integridade compositiva, inafastável por maior que seja o esforço de argumentação para efeito de convencimento. Não há como escapar dessa porção movediça que se aloja nos termos e nos enunciados proposicionais, alimentando, incessantemente, os estudos semânticos. Admitir esse traço, porém, longe de trazer a insegurança que desde logo imaginamos, significa reconhecer que há uma matéria-prima própria para o discursos persuasivo, tecendo a linguagem jurídica que antecede a decisão normativa.

9. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS E SOBREPRINCÍPIOS

Quando o comando emergente de um princípio é transgredido, nem por isso estaremos autorizados a declarar que a diretriz não tem eficácia, que é “letra morta”. Os sistemas de direito positivo prevêm a conduta infringente de suas prescrições, montando dinanismos de controle que se voltam à recomposição dos interesses violados. E sempre que esses dispositivos funcionam, restabelecendo a situação anterior, confirma-se a efetividade daqueles valores. Diante desse quadro, a desconsideração de princípios, como o da igualdade, anterioridade, legalidade estrita, entre outros, é o meio juridicamente próprio para testarmos sua eficácia. Se, quantas vezes atacados, tantas vezes reafirmado na sua força axiológica, confortavelmente poderemos afirmá-lo como vetor relevantíssimo do sistema.

Agora, se a agressão prospera, surte efeitos que se consolidam na ordem jurídica; se o Poder Judiciário a absorve, então se opera uma modificação no sistema, simplesmente porque a norma que hospedava certo sentido, adquire outra interpretação, passando a abrigar novos valores. E como esses valores são muito significativos, já que influenciam importantes porções de outras regras do conjunto, o antigo princípio já não se apresenta com eficácia, substituído que foi por vetores que atuam em outra direção semântica.

Fixemo-nos, porém, num ponto: a substituição de um princípio por outro, construído por alterações que se realizam no plano pragmático, é algo natural e perfeitamente compreensível, mesmo porque a sociedade humana vive em constante mutação e os conteúdos axiológicos exercem um papel histórico, portanto delimitado no tempo. A distorção significativa a que aludimos, contudo, manifesta-se de maneira um pouco diversa: em determinado preceito do sistema se reconhece a presença de um valor, que todos apontam. Mas, no percurso da sua implantação para disciplinar as condutas em interferência

intersubjetiva, ocorrem desvios, de tal sorte que ao chegar no seu destino a norma não traz a mesma orientação valorativa. Acaso se consolide a situação final, diremos que o princípio foi violado. Entretanto, se funcionarem os dispositivos de recomposição, o princípio será reafirmado, saindo fortalecido.

Transportando-se a reflexão para o domínio dos sobreprincípios, em particular o da “segurança jurídica”, é possível dizermos que não existirá, efetivamente, aquele valor, sempre que os princípios que o realizem forem violados. Tratando-se de entidades axiológicas, onde, como vimos, o teor de subjetividade é decisivo para identificar resultados, não cabe atinarmos a dados quantitativos, motivo pelo qual não se cogita de saber se uma única transgressão consolidada é suficiente ou se o juízo de reconhecimento requer uma sucessão delas.

10. CONCLUSÕES

Em termos de direito positivo, princípios são normas jurídicas portadoras de intensa carga axiológica, de tal forma que a compreensão de outras unidades do sistema fica na dependência da boa aplicação daqueles vetores. Acatando-se o enunciado assim formulado, preserva-se a uniformidade do objeto, permanecendo o sistema do direito posto como um conjunto de normas jurídicas: todas com a mesma estrutura sintática (homogeneidade sintática), porém diversas semanticamente (heterogeneidade semântica).

De outra parte, assim como existe uma hierarquia sintática, podemos falar numa distribuição hierárquica dos valores jurídicos, dispostos também de maneira escalonada. Os princípios estariam ocupando posições privilegiadas nos patamares do ordenamento. E, mesmo que haja, em muitas circunstâncias, coincidência entre supremacia sintática e superioridade axiológica, a relação de correspondência não é necessária. Importa salientar, contudo, que ao mencionarmos a locução “valores jurídicos” queremos aludir àqueles plasmados na linguagem do direito positivo e não a outros. Temos presente que as discrepâncias axiológicas conduzem a interpretações diferentes da mesma unidade normativa. Tais dissonâncias, porém, se instalam em face de valores que o exegeta contrói a partir do texto, porquanto rejeitamos a tese da existência de um reino de valores suprapositivos, pairando sobre o sistema vigente. Esses núcleos significativos que revelam a preferência do legislador são depositados, consciente ou inconscientemente, na linguagem

prescritiva do direito, presidindo a seleção de aspectos factuais e orientando a regulação das condutas intersubjetivas.

Como decorrência de tudo quanto foi dito, o saber se u' a norma consubstancia ou não determinado princípio é uma decisão eminentemente subjetiva, de cunho ideológico. Mas entendemos que descabe um segundo juízo de valor que, incidente sobre o primeiro, opine a respeito das proposições teóricas do conhecimento científico, manifestando-se o jurista dogmático a respeito da justiça, da racionalidade, da segurança ou da operacionalidade que certa ordem jurídica apresenta ou não apresenta. A aplicação, pela segunda vez, de uma inclinação ideológica, desvirtuaria os objetivos da Ciência, deslocando a atenção do objeto.

Refutamos, igualmente, qualquer tentativa de aprisionar tais núcleos de significação, que chamamos de valores, por meio de esquemas objetivos, adrede preparados. Peleja contra eles o subjetivismo ínsito ao domínio do axiológico, que não admite esquemas dessa ordem. Tudo se dá, repetimos, pela combinação dos valores do sistema. Não é de estranhar-se, por conseguinte, que ninguém tenha inventado uma fórmula adequada para indicar a presença e orientar a aplicação de princípios como o da capacidade contributiva, o da proibição de confisco, o da estrita legalidade, o da anterioridade, o da igualdade tributária, para nos cingirmos tão-só a alguns exemplos, tirados do campo tributário. A interpretação dos princípios, como normas que verdadeiramente são, depende de uma análise sistemática capaz de levar em consideração o universo das regras jurídicas, enquanto organização sintática (hierarquia sintática) e enquanto organização axiológica (hierarquia dos valores jurídicos), pois assim como uma proposição prescritiva do direito não pode ser apreciada independentemente do sistema a que pertence, outro tanto acontece com os valores jurídicos injetados nas estruturas normativas. Desse processo de integração resultará o entendimento da mensagem prescritiva, em sua integridade semântica, sempre elástica e mutável.

Todo princípio atua para implantar valores. Há, contudo, conjuntos de princípios que operam para realizar, além dos respectivos conteúdos axiológicos, primados de maior hierarquia, aos quais chamaremos de “sobrepontos”. Entre esses exemplifica o postulado da “segurança jurídica”, em que se verifica a coalescência de diretrizes como a da legalidade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição, da anterioridade etc., dele diremos que abriga o sobreprincípio da segurança jurídica em matéria tributária.

Seguindo o exemplo da segurança jurídica, é possível afirmar que a ilação anterior comporta duas verificações: uma, dada no plano sintático-semântico; outra, no plano

pragmático da linguagem jurídico-normativa. A certificação sintático-semântica da existência daqueles princípios, em dado ordenamento, não garante o reconhecimento do sobreprimado da segurança jurídica, pois uma linguagem não pode prescindir de sua dimensão pragmática, e o direito positivo, como tal, é concebido para projetar-se sobre a região material das condutas intersubjetivas, disciplinando-as para a obtenção de certos valores. E é justamente pelo seu modo de ser valor que de nada adiantam direitos e garantias individuais, placidamente inscritos na Lei Magna, se os órgãos a quem compete efetivá-los não o fizerem das maneiras que o bom uso jurídico requer, isto é, fazendo prevalecer em seus comandos jurídicos os conteúdos axiológicos proclamados no corpo do direito positivo. A circunstância de que um princípio seja transgredido, uma ou mais vezes, pouco diz sobre sua eficácia. Impende saber se os mecanismos de recomposição, previstos pelo sistema, funcionam a ponto de restabelecer os valores ofendidos. Em caso afirmativo, teremos a manifestação de sua efetividade.