

O SER DAS REGRAS, DAS NORMAS E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

JOSÉ AFONSO DA SILVA *

Palavras-chave: Regras. Normas. Princípios constitucionais. Direito constitucional.

Sumário: I O confronto entre regras e normas - 1 Premissa - 2 Regra e norma - 3 Pós-positivismo - II Regras dos jogos e regras constitucionais - 4 Introdução - 5 Regras dos jogos: Gregorio Robles - 6 Os três tipos de regras - 7 Regras de direito constitucional - 8 Três tipos de regras constitucionais - 9 Os princípios - 10 Conclusão

I O confronto entre regras e normas

1 Premissa

1 Robert Alexy, na sua prestigiada teoria dos direitos fundamentais, sob a influência de Ronald Dworkin, cunhou a tese de que *princípios* e *regras* são espécies de *normas*.

Essa teoria já tem sido criticada; não é nossa intenção criticá-la, mas apresentar outro paradigma, outro modo de entender a questão, ou seja, queremos mostrar que há bases filosóficas e doutrinárias, para concluir que, ao contrário, o termo *regra* é que tem abrangência maior, sendo que “norma” não é senão uma espécie de regra.

2 Regra e norma

2 Essa afirmativa tem uma fundamentação histórica e uma fundamentação onto-deontológica.

2.1 A *fundamentação histórica* mostra que o termo *regra* é que, desde o direito romano, exprime as disposições jurídicas de qualquer natureza, prescritivas ou não prescritivas. A palavra *norma* não tinha nenhuma função no direito

* Professor Titular aposentado da FADUSP.

romano, nem seu significado de “esquadro”, “esquadria” se prestava a isso. Só mais tarde, o termo “norma” aparece na literatura latina, no sentido figurado de *modelo*. É uma constatação interessante, porque daí é que pode ter vindo o seu sentido jurídico como regra ou modelo de conduta.

A palavra latina que exprimia disposições jurídicas, no direito romano, era *regula*, de onde *regra*.¹

A fundamentação histórica mostra que *regra* sempre foi o termo usado para exprimir uma disposição jurídica. Mesmo quando, tardiamente, o termo *norma* perdeu seu primitivo sentido e passou a ser usado no sentido jurídico, o termo *regra* continuou a ser empregado na ciência jurídica com aquela mesma acepção, e os dois vocábulos eram empregados como sinônimos, até que Kelsen deu ao termo *norma* uma conotação diversa, ao conceber o direito como “sistema de normas que regulam a conduta humana”.² “O termo ‘norma’ exprime a ideia de que algo *deve ser* ou acontecer”. “A norma é um *dever-ser*”,³ “a norma constitui uma prescrição”.⁴ O *dever ser* kelseniano vem de Kant, com a terminologia trocada. Onde Kant fala de *regra*, Kelsen fala de *norma*.

“A regra prática [diz Kant] é sempre um produto da razão, porque ela prescreve como visada a ação enquanto meio para um efeito. Mas para um ente, cuja razão não é total e exclusivamente o fundamento determinante da vontade, essa regra constitui um *imperativo*, isto é, uma regra que é caracterizada por um *dever ser*...”.⁵ Na sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen não costuma usar a palavra “regra”,⁶ mas ele o faz propositadamente na *Teoria*

1 Cf. *Digesto* Livro 50, Capô XVII, 1. Paulus. “Regulae est, quae REM, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula Fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et (ut ait Sabinus) quae causae conectio est: quae, simul cum in aliquo vitiata est. perdit officium suum” que se pode traduzir como: “Regra é a proposição que elucida o objeto tal qual é, de modo breve. Não é da regra que promana o direito, senão com base no direito existente mas é do direito. tal como é. que se faz a regra. Por meio da regra, pois, se faz uma breve narração das coisas, e, como diz Sabino, é como uma réplica da causa, que, ao mesmo tempo que se torna viciada, perde a sua eficácia” (versão baseada na tradução de Rubem Limongi França [*Brocardos jurídicos. as regras de Justiniano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 51]).

2 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio. 1962. V. 1, p. 7 e 140. Na versão francesa: *Théorie Pure du Droit*. Trad. de Charles Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962. p. 6 e 104.

3 Cf. *Teoria pura do direito*, *op. cit.*, p. 7 e 9.

4 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 1-3.

5 KANT, Emanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 69. Edição bilíngue; Ou ainda, *Crítica da razão prática*. Trad. de Afonso Bertagnoli. 2. ed. São Paulo: Brasil Ed.. 1959. p. 40. No original: “Die praktische Regel ist jederzeit ein Produkt der Vernunft, weil sie Handlung, als Mittel sur Verkung, als Absicht vorschreibt. Diese Regel ist aber für ein Wesen, bei dem Vernunft nicht ganz allein bestimmungsgrund des Willens ist, ein imperium, d. i. eine Regel, die durch ein Sollen...” (d. KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft*. Frankfurt am Main, Werkausgabe Band VII, Herausgegeben Von Wilherlm Eischedel, Surkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1974. p. 126).

6 Na verdade, usa uma vez.

Geral do Direito e do Estado, quando discorre sobre o *dever ser*. E aí a norma aparece como espécie de regra. “Uma ‘norma’ é uma regra que expressa o fato de que alguém deve proceder de certa maneira, sem que isto implique que outro realmente ‘queira’ que o primeiro se comporte de tal modo”.⁷ Mais adiante admite que a designação do direito como “regra” se presta a confusão, porque a palavra “regra” tem uma conotação de algo geral.⁸ Abre, em seguida, um tópico sobre *norma jurídica* e *regra de direito*, de que se destaca a conclusão nestes termos: “É tarefa da ciência jurídica apresentar o direito de uma comunidade, isto é, o material produzido pela autoridade legal, através do processo legislativo, na forma de juízos que estabelecem que ‘se tais ou quais condições se cumprem, então tal ou qual sanção haverá que aplicar-se’. Esses juízos, por meio dos quais a ciência jurídica expressa o direito, não devem ser confundidos com as normas criadas pelas autoridades encarregadas de legislar. É preferível não dar a esses juízos o nome de normas, mas o de regras jurídicas. As normas jurídicas formuladas pelos órgãos legislativos são prescritivas; as regras do direito que a ciência jurídica estabelece são puramente descritivas. Importa ter em conta que o termo ‘regra jurídica’ ou ‘regra de direito’ é empregado por nós em sentido descritivo”.⁹

2.2 Essas fórmulas de Kelsen nos encaminham para aquela *fundamentação* que chamamos ontodeontológica. Quando declara que uma “norma” é uma regra que expressa o fato de que alguém deve proceder de certa maneira, está indicando duas coisas: 1) a norma é uma espécie de regra com a característica indicada, o que, por outro lado, indica a existência de regras com características diferentes; 2) a regra que expressa o fato de que alguém deve proceder de certa maneira é uma regra prescritiva, uma regra que exprime um *dever ser*, o mesmo é “dizer: é uma regra jurídica deontica; do que se conclui que existem regras jurídicas não deonticas, o que, aliás, Kelsen reconhece expressamente, quando declara, ao final, que o termo “regra jurídica” é empregado por ele em sentido descritivo.

Kelsen ficou limitado por seu positivo formalista que o impediu de construir um sistema de regras jurídicas que seria de enorme importância para o conhecimento constitucional. A sua radical separação entre “ser” e “dever ser” não permitiu um manancial de possibilidades no mundo da cultura,

7 Cf. KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Trad. Eduardo Garcia Maynez. 2. ed. México: Imprenta Universitaria, 1958. p. 41: “Una ‘norma’ es una regla que expresa el hecho de que alguien debe proceder de cierta manera, sin que esto implique que otro realmente ‘quiera’ que el primero se comporte de tal modo”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoría Generale del Diritto e dello Stato*. Trad. do inglês de Sergio Cotta e Giuseppino Treves 5a ed. 1. reimp. Milano: Etas Libri, 1974: “Una ‘norma’ e una regola che esprime il fatto che taluno deve agire in una determinata maniera, senza implicare che qualcuno ‘voglia’ realmente che tale persona agisca in quella maniera” (p. 35).

8 Cf. *Op. cit.*, na versão espanhola, p. 44 e 53; *idem* na versão italiana, p. 36 e 45.

9 Cf. *Teoría General del Derecho y del Estado*, *op. cit.*, p. 53; *idem* na versão italiana, p. 45.

onde precisamente se dá o encontro e a compenetração entre valor e realidade, dever ser e ser.

2.3 Não devemos deixar escapar este momento para fazer a observação de que a parte conclusiva da manifestação de Kelsen sobre “regras jurídicas” não é muito clara, mormente quando parece dar essa denominação à tarefa da ciência jurídica do material produzido pelo processo legislativo. Acontece que a ciência jurídica não produz regra; quem o faz é o poder legislativo. Na sua obra fundamental, Kelsen chamou de “proposição jurídica” o meio pelo qual a ciência do direito descreve o direito.¹⁰ Então fica a questão de saber se ele passou a usar outra terminologia ou se, ao contrário, passou a usar o termo regra para exprimir disposições jurídicas não prescritivas. Esta é hipótese plausível.

3 Essas passagens de Kelsen sobre “regras jurídicas” quebram a concepção unitária de “norma jurídica”, mas também realçam o fato de que esse termo tem, na teoria pura do direito, uma conotação especial, não abrangente de todos os tipos de disposições jurídicas, mas apenas daqueles que constituem prescrição e dever ser. É verdade que ele percebeu hipóteses em que a “norma” não é prescritiva: “as normas não só prescrevem (ou proíbem) determinada conduta como também podem conferir autorização (competência) para uma determinada conduta, não é supérfluo realçar que, quando a um indivíduo é conferida competência para um determinada conduta, ele não tem de ser, por tal motivo, obrigado a essa conduta”.¹¹ Ora, uma situação dessas não pode ser chamada de “norma”, pois se não se trata de *prescrição*, também não é uma disposição de *dever ser*, que são elementos essenciais ao conceito de norma jurídica. Isso é da própria concepção kelseniana de norma: *com o dever ser exprime-se o ser-prescritivo*.¹² Percebeu também que as “normas” constitucionais que regulam atribuição de poderes como as do processo legislativo são diferentes; não obstante isso, continuou chamando-as de normas.¹³

3 Pós-positivismo

4 A teoria de Kelsen prestou enorme serviço à ciência jurídica, incluindo a ciência do direito constitucional. Mas sua purificação do direito, que expurgou

10 Cf. *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 142.

11 Cf. *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 230.

12 Cf. op. cit., p. 152.

13 *Idem*, *ibidem*, p. 107; a versão francesa até usa a palavra regra: “Les règles du droit constitutionnel offrent un exemple typique de cette catégorie de normes, qui sont invoquées comme argument contre l’inclusion de l’élément de contrainte dans la notion de droit” (op. cit., p. 69); *idem*, p. 320: “(ette formulation de la proposition de droit fait ressortir la position qu’occupe à l’intérieur d’un ordre juridique le droit dit constitutionnel- c’est-à-dire les normes qui régissent la création des normes juridiques générales”. *Idem* na versão portuguesa (p. 90).

dele certo ranço naturalista, psicologista e sociológico, desnudou a norma jurídica de tal modo que ela ficou reduzida a um tipo de *lógica jurídica* estritamente formal, num processo de formalização absoluta, bem descrito por Carlos Cossio:

“Kelsen desenvolve o tema da pureza metódica sobre a base de duas purificações. A primeira contrapõe o ser da Natureza ao dever ser em sentido amplo, sem mais apoio do que a tradição kantiana [...]. Esta purificação tende a eliminar todo naturalismo da ciência jurídica. A Biologia, a Psicologia, a Sociologia ficam expulsas; Kelsen fica com o dever ser. Mas logo vem uma segunda purificação; agora, dentro do próprio dever ser, que contrapõe o dever ser lógico ao dever ser axiológico. Essa outra purificação tende a eliminar toda axiologia da ciência jurídica. A Religião, a Moral, a Política ficam expulsas. Kelsen busca uma categoria vazia, um conceito puro em sentido kantiano [...]. Kelsen fica com o dever ser lógico: a imputação é a verdadeira categoria do conhecimento jurídico”.¹⁴

5 A famosa obra de Ronald Dworkin (*Tomando o Direito a Sério*) foi escrita contra qualquer positivismo, ainda que dirigida especialmente ao positivismo de Hart.¹⁵ Sua estratégia para atacar o positivismo foi precisamente o estabelecimento da teoria dos princípios como categoria diversa das regras e das “Policies”.¹⁶ A partir daí é que Robert Alexy formulou a sua teoria dos princípios como parte de sua teoria dos direitos fundamentais. Essas duas estratégias antipositivistas aliaram-se a duas outras de fundamental importância: a *teoria material da Constituição* e o *culturalismo jurídico*. Tais movimentos é que constituíram aquilo que se passou a denominar de *pós-positivismo* de que o tempo não nos permite tratar aqui.¹⁷

II Regras dos jogos e regras constitucionais

4 Introdução

6 A teoria do direito não raro se refere às *regras dos jogos* como um processo auxiliar da compreensão das regras jurídicas, assim, p. ex., John R. Searle (não jurista), Alf Ross e Joseph Raz. Não temos espaço para expor aqui suas concepções. Limitar-nos-emos à concepção de Gregorio Robles.

14 *Idem, ibidem*, p. 99 e 100.

15 Cf. *Taking Rights Seriously, op. cit.*, “Introdução”, p. IX: “The most powerful contemporary version of positivism is that proposed by H. L. A. Hart, and it is Hart’s version which is criticized in this book”.

16 Cf. *op. cit.*, p. 22 *et seq.*

17 Cf. “A nova interpretação constitucional”, em George Salomão Leite (*Dos princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 66; na Conclusão n. III, p. 87 e 88) os autores oferecem o conceito com bastante diferença.

5 Regras dos jogos: Gregorio Robles

7 Gregorio Robles resolveu as dúvidas e as ambiguidades de Raz no seu livro instigante sobre as *regras do direito e as regras dos jogos*.¹⁸ Utiliza o exemplo do jogo para definir os vários tipos de regras. O jogo é o resultado de uma *convenção*; só existe porque, em alguma época, determinados homens se puseram de acordo em torno de como haveriam de comportar-se, se queriam jogar determinado jogo. Surgiram, assim, as regras do jogo. A formação do Estado, de uma sociedade constitucionalmente organizada, parece-se com isso. Quer dizer, a formação do jogo recorda a maneira de conduzir-se do legislador constituente dentro de um Estado. A Constituição é o resultado de uma *convenção*, existe porque certos homens, ditos representantes do povo, se puseram de acordo para a sua formação. E assim surgem as *regras constitucionais*.

6 Os três tipos de regras

8 No futebol, há três tipos de regras: a) as *regras de organização do espaço*; b) as *regras de procedimento*; c) as *regras de condutas*, que são aquelas que definem a conduta dos jogadores durante o jogo. As primeiras são regras de criação do *ser*, de organização do espaço onde o jogo se dá, sem elas o espaço não existirá e assim nem existirá o jogo, são *regras ônticas*. As segundas são regras de produção do jogo, são regras disciplinadoras do processo de jogar; sem elas o jogo também não se produz, são *regras de procedimento*. Vale dizer, ambas são *regras necessárias*, porque sem elas o jogo não existirá. As terceiras são *regras de conduta*, que, mesmo sendo infringidas, não interferem com a existência do jogo, porque apenas provocam sanções. São regras que proíbem ou obrigam modos de conduzir; assim, são regras que exprimem modalidades deônticas e, pois, regras prescritivas; portanto, *regras deônticas*, por isso são chamadas *normas de conduta*.

9 Há aí dois tipos de regras que orientam diretamente a ação de jogar, porque exigem determinada forma de ação: as *regras de procedimento* e as *regras de conduta*. O outro tipo não se dirige diretamente à ação, porque apenas disciplina o âmbito do jogo. O jogo é uma *convenção*, ou seja, algo que só existe porque em certo momento determinadas pessoas se puseram de acordo em torno de como haveriam de comportar-se daí por diante se quisessem jogar determinado jogo. Uma *convenção* pode ser definida como “um acordo entre dois ou mais homens em virtude do qual a partir de determinado momento algo é ou deverá ser de determinada maneira”. Vale dizer, o jogo é um ser, mas

18 Cf. *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*. México: UNAM, 1988.

diferentemente de um ser natural ou de um ser lógico, é um *ser convencional*, pois tem sua origem em uma convenção. Antes disso, o jogo não existia. A convenção criadora do jogo é uma convenção criadora de um ser, posto que o jogo é um ser, uma coisa. Por isso, fala-se em convenção *ôntica*. “Ôntico” é um adjetivo de origem grega que se refere à estrutura do ser. *Convenção ôntica* é aquela que dá origem a um ser. Aqui, o ser é o jogo. Agora se entende; as regras que dão a organização do jogo, as regras que dão estrutura à convenção para que o jogo exista são *regras ônticas*, porque definem a própria existência do ser, como as que definem a estrutura, a forma do tabuleiro do xadrez ou a estrutura, forma do campo de futebol, são regras que exprimem uma necessidade, no sentido de que são necessárias para que o jogo exista, porque criam o espaço em que o jogo deve realizar-se; por isso, como foi dito, são regras ônticas, regras que se expressam mediante o verbo *ser*. Bem, mas o jogo não existe apenas com a criação do espaço (tabuleiro, campo, mesa de tênis, mesa de bilhar etc.) em que se vai jogar. O jogo existe para ser jogado, e a ação de jogar é regulamentada também por regras que definem como jogar corretamente, regras que definem como proceder na ação de jogar; são, por isso, *regras técnicas*; regras que definem o procedimento, por isso, *regras de procedimento*. Veja-se que, aqui, as regras se dirigem diretamente à ação de jogar, porque definem a forma da ação dos jogadores durante o jogo. Também essas regras são regras de necessidade, regras necessárias, porque sem elas o jogo não existirá, porque não pode ser jogado. Os jogadores *têm que* atender a essas regras técnicas, para que o jogo exista corretamente. Quer dizer, é *necessário* que se atenda às regras técnicas, que se proceda de acordo com elas, para que o jogo seja jogado. Isso significa que as regras técnicas se expressam pelo núcleo do verbo *ter que*. “Ter que” supõe uma necessidade não uma simples possibilidade.

10 Ora, vimos que há um terceiro grupo de regras que são regras de comportamento, mas que não dizem respeito à existência do jogo, que são regras que definem a conduta dos jogadores na ação de jogar. São *regras de conduta*. São, por isso, regras passíveis de serem desrespeitadas, sem que isso interfira com a existência do jogo, porque são aquelas que disciplinam possíveis faltas dos jogadores. São regras que dizem que os jogadores *devem ser leais*, *devem jogar* o futebol com os pés, salvo o goleiro etc. São regras que supõem a *possibilidade* de os jogadores cometerem faltas e assim ficarem sujeitos a uma sanção. São, por isso, regras que expressam um *dever ser*. Por isso são chamadas *regras deônticas*. “Deôntico” é um adjetivo de origem grega que se refere ao *comportamento ético*. Não ao comportamento técnico. Por isso as *regras deônticas* são *normas de conduta* cuja infração pode gerar sanção.

7 Regras de direito constitucional

11 Cabe agora a indagação quanto a saber se as *regras do direito constitucional* se enquadram no sistema que acaba de ser descrito. Começemos pela observação conhecida de que as regras de direito constitucional integram

uma Constituição, e essa é o produto da atuação do poder constituinte. Se observarmos bem, podemos verificar que as formas de criação do jogo recordam a maneira de conduzir-se do legislador constituinte dentro de um Estado. Um grupo de pessoas, representando o povo, convém na organização do Estado e seus poderes de uma determinada forma, por meio de regras que introduzem na Constituição. Se convêm, concordam, ajustam-se é porque estão convencionando alguma coisa, estão fazendo uma *convenção*. Aliás, uma das formas de atuar do constituinte é a Convenção. A Convenção de Filadélfia que produziu a Constituição dos Estados Unidos. “Convenção” é o conjunto de pessoas reunidas para determinado fim, mas também se chama “convenção” ao produto dessa reunião, que, para diferenciar, se fala em *convenção convencionada*, como será a Constituição.

12 Regras de direito constitucional são as que integram a Constituição formal, rígida e dotada de supremacia. Duguit dissera sobre as regras de direito no capítulo inicial de seu justamente famoso *Traité de Droit Constitutionnel*, e aí introduziu uma distinção entre *regras de direito normativas* (ou *normas jurídicas*) e *regras de direito construtivas* (ou *regras técnicas*), que não merecera tratamento científico posterior, e só agora mais recentemente se vem retomando essa distinção. Essa passagem de León Duguit mostra que regra é termo genérico, de que norma é uma espécie.

8 Três tipos de regras constitucionais

13 Voltemos às regras do jogo. Vimos que, no futebol, encontramos três tipos de regras: *regras ónticas*, *regras técnicas de procedimento* e *regras deonticas ou normas*. O que queremos mostrar é que, no direito constitucional, também esses três tipos de regras são encontradas. Começemos por uma pequena discordância em relação a Luís Roberto Barroso, quando diz que as regras de organização não se destinam a disciplinar comportamentos de indivíduos ou grupos. Pois, todas as regras jurídicas se destinam a disciplinar o comportamento humano. A diferença está em que umas disciplinam diretamente a ação humana, enquanto outras só o fazem de modo indireto, porque não são regras que estabelecem exigências de conduta. Por isso, é certo que não são regras de conduta, mas são regras que criam os pressupostos necessários ao desenvolvimento de condutas queridas juridicamente, porque a ação requerida, como conduta juridicamente prevista, só é possível mercê da preexistência dessas regras que estabelecem a organização do âmbito em que se realiza a conduta juridicamente ordenada. Por exemplo, a regra constitucional, segundo a qual a *República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal* não disciplina conduta humana, por si. Trata-se de uma regra de organização do *Estado brasileiro*, que é o tabuleiro em que se movem as peças da vida brasileira, é o campo onde os membros da sociedade brasileira jogam, porque é o espaço

dentro do qual o poder de império atua sobre bens e pessoas, é o âmbito, enfim, de validade do ordenamento jurídico do Brasil. É uma regra de organização do Estado, em forma de federação, e do governo, em forma de República. Se não regula a conduta, estabelecendo direitos e obrigações para as pessoas, cria os pressupostos e princípios que definem limites à ação de entidades e pessoas. Ela é uma *regra ôntica*, porque atua sobre uma realidade existente: um território estatal, organiza esse território. Cria ou recria o Estado brasileiro; define sua forma e a forma de seu governo. Constitui a Federação e a República.

14 Como já ficou dito antes, as *regras técnicas* são aquelas que assinalam os meios necessários para se conseguirem os fins propostos, são regras que definem os procedimentos mediante os quais se elaboram as decisões. Regras que regulam as atividades daqueles que têm que tomar decisões, dentro de sua competência, e de acordo com regras de procedimento. O direito constitucional – a Constituição – está repleto de regras de procedimento, merecendo destaque as que definem o procedimento de intervenção nos Estados e Municípios (art. 36), as referentes à decretação do estado de defesa e do estado de sítio (arts. 136 a 141), especialmente as que definem o processo legislativo, o processo de formação de emendas constitucionais e das leis (arts. 59 a 69) e as que dispõem sobre o procedimento de fiscalização e controle pelo Tribunal de Contas (art. 71). Não são, porém, regras que prescrevem, diretamente, ao povo, às pessoas, modos de conduta, que lhe impõem obrigações ou proibições, portanto não são regras prescritivas da ação humana, logo não são normas.

15 Além desses dois tipos de regras constitucionais, temos as *regras deônticas*, regras de conduta pelas quais são prescritos direitos, proibições e obrigações das pessoas e entidades. São, como vimos, regras que contêm um *dever ser*, porque dizem que a conduta *deve ser* deste ou daquele modo. Não dizem que ela é deste ou daquele modo. Por isso é que as *regras deônticas* são as típicas *normas jurídicas*. Assim são as regras integrantes da declaração constitucional dos direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana, ou seja: *direitos individuais* (art. 5º); *direitos coletivos* (art. 5º), *direitos sociais* (arts. 6º e 193 ss), *direitos à nacionalidade* (art. 12) e *direitos políticos* (arts. 14 a 17). Estas são as típicas normas constitucionais porque exprimem modalidades deônticas; exprimem *dever ser*, prescrevem condutas como devidas.

9 Os princípios

16 A questão é: onde estão os princípios nesse esquema? Antes de mais nada tentemos desmistificar o termo *princípio*, sem necessidade de recorrer a Aristóteles. Toda ciência se fundamenta em uns quantos princípios. Mas ela não os inventa. *Princípios* são matérias de fato no sentido de que não são

invenções teóricas, mas fatos reais.¹⁹ Aí está o mal do principialismo constitucional que nos avassala, porque construído sobre “princípios inventados pela teoria”, criação artificial que falseia o conhecimento constitucional. Vale, pois, dizer que os princípios jurídicos não são criações artificiais, como pensam os positivistas. Cumpre-nos fundamentar esse entendimento com algo insofismável, qual seja, o de que toda sociedade humana possui certa bagagem cultural que se traduz em ideais comunitários e símbolos de consciência grupal. Aí, no jogo das relações humanas, no entrelaço dos interesses, formam certos ideais particulares de justiça dotados de incipiente normatividade, ainda como simples sentimento jurídico ou representações jurídicas, “que se formam em virtude de valores que se projetam sobre fenômenos sociais variáveis, e precedem a *regra de direito objetivo*, são o antecedente natural das normas jurídicas promulgadas pelo legislador”.²⁰ Essas representações, em verdade, são os princípios em formação a serem descobertos pelo legislador ou pela doutrina. “A descoberta final do princípio tem relevante importância para a ciência [*diz Jhering*], não somente por já se encontrar concentrada e unida toda à matéria jurídica existente, anteriormente dispersa, mas, também, porque uma vez encontrado e reconhecido, tornar-se-á fonte de novas regras de direito”.²¹ E aí um dado relevante: o *princípio como fonte das regras do direito*.

17 Podemos avançar um pouco mais. O direito se constitui de instituições: as *instituições jurídicas*. Toda instituição, assim também as jurídicas, se organizam em torno de uma ideia. E “as idéias em torno das quais se configuram as instituições são princípios jurídicos”. Ou seja: “A instituição se cria como consequência de que existe um valor na comunidade que determina que um tipo de problemas concretos se resolvem outorgando a solução mais acorde com o mesmo. Isto é, porque existe já um princípio jurídico que exige esta solução”.²²

18 A experiência histórica mostra que primeiramente surge a “representação jurídica”, a ideia de uma instituição jurídica e, se essa representação, essa ideia, se amplia, começam os doutrinadores a preocupar-se com ela, especulando a seu respeito, ou o próprio legislador a intuí e cria regras pertinentes, e, assim, legisladores e doutrinadores oferecem as soluções possíveis para os diversos problemas que se apresentam.

19 Cf. NICOL, Eduardo. *Los Principios de la Ciencia*. 1. ed. 4. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 97 e 425.

20 Cf. REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo: Livraria Martins Ed., 1940. p. 80. O autor mudou um pouco o texto em edições posteriores (cf. 5. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95). Cf. também SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 11 *et seq.*

21 Cf. *op. cit.*, v. 3, p.97.

22 Cf. BELDIEZ ROJO, Margarita, *op. cit.*, p. 51.

O que é importante é ressaltar que o caráter comum de todos os princípios é o de ser fonte, de onde derivam o ser, a geração, ou o conhecimento, entre os quais uns são imanentes, outros, exteriores.

19 O ser dos princípios constitucionais, como de qualquer princípio jurídico, se apresenta no *plano ontológico* e no *plano da linguagem*. No plano ontológico se trata de descobrir o princípio em sua estrutura material. No plano da linguagem se trata de apreender o princípio no seu enunciado formal.

20 O termo *princípio*, no plano ontológico, se refere a algo só captável intuitivamente, qual seja, aquela *ideia-germe* e *ideia-força* das instituições jurídicas, *ideia-geratriz* das regras jurídicas que formam determinada instituição jurídica. Ideia que só se revela, concretamente, depois da formação da respectiva instituição jurídica (plano da linguagem), razão por que, não raro, se pensa que ela não é precedente, mas consequente, ou seja, que não é dessa ideia que vêm as regras institucionais, mas destas é que se induz aquela. Há aqui uma inversão de planos. O plano da linguagem pode até explicitar o ser dos princípios que está no plano ontológico. A experiência jurídica, no entanto, prova que a ideia da instituição é precedente.

21 A dificuldade de captar o sentido da palavra “princípio” está na circunstância de que é uma palavra que *conota propriedades universais*, tal como as palavras “ser”, “ente”, “entidade” e outras semelhantes, que, por serem dotadas de propriedades simples e irredutíveis, não se encaixam em gêneros, não podem ser espécies de nenhum gênero; por isso, são indefiníveis pelo método gênero/diferença específica.²³ Quer isso dizer que os princípios não podem ser espécies de outro gênero, porque constituem aquilo que se chama de *summum genus*.²⁴ A dificuldade que a doutrina tem encontrado para distinguir princípios de regras decorre do fato de ter-se posto princípio como espécie de normas no mesmo plano das regras. Por isso, as definições de princípios e regras de Robert Alexy só aparentemente se subordinam à relação espécies/ gêneros, porque, em verdade, têm natureza de *definições operacionais*. Aliás, isso fica evidente quando ele reduz a definição de princípio a “*mandamentos de otimização*”,²⁵ destacando o resultado, não a diferença específica.

22 Vejamos: “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”; “*as regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não

23 “*Definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*”.

24 Cf. COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 127.

25 Cf. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 90.

satisfeitas”.²⁶ Quando se diz: “os *princípios* são normas”, “as *regras* são normas”, está-se incluindo os dois termos no gênero mais próximo: *norma*, como a dizer “o homem é animal”, mas na definição de homem se acrescenta o elemento que o distingue dos outros animais, isto é: o *racional* (o homem é um animal racional). É essa diferença que falta nas definições de *princípios* e *regras*. Na verdade, naquelas definições a distinção está sendo buscada nos resultados: os *princípios* como “algo [que] seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”; essa cláusula final, por outro lado, desvia o resultado para circunstâncias aleatórias; ou seja, a definição de princípios fica na dependência de algo indefinido. Também as regras são definidas pelo resultado: satisfação ou insatisfação. Isso denota *definição operacional*. A definição de um termo é operacional quando estabelece que o termo é aplicável a um determinado caso, se somente a realização de operações específicas e apropriadas a esse caso, produzir um resultado específico.²⁷ Isso demonstra que princípio não é espécie de norma.

23 Como os princípios fundamentam a existência das regras, é fácil concluir que sua natureza é a mesma das regras, por isso, aos três tipos de regras, correspondem três tipos de princípios, ou seja: a) *princípios constitucionais ônticos*, começo, fontes e fundamentos das regras ônticas; b) *princípios constitucionais de procedimento*, começo, fontes e fundamentos das regras técnicas de procedimento; c) *princípios constitucionais deônticos*, começo, fonte e fundamentos das regras deônticas. Nessa teoria, a distinção entre princípios e regras não aquele cavalo de batalha da teoria de Alexy, porque a distinção sai tranquila da relação entre o fundamento e o ser fundamentado.

10 Conclusão

24 Para concluir, só queremos informar que essa exposição foi elaborada com passagens de vários capítulos de obra que o autor pretende publicar nos próximos três ou quatro anos.

26 *Idem, ibidem*, p. 90-91.

27 Cf. COPI, *op. cit.*, p. 127.