

ENTRE A REGRA E A PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAIS: EXPRESSÕES DA NORMATIVIDADE

*Rogério Magnus Varela Gonçalves**

Resumo: O estudo dos princípios constitucionais tem sido intensificado nomeadamente pelo reconhecimento da sua natureza normativa. Os cânones constitucionais são possuidores de carga axiológica; porquanto, a Constituição compromissária e dirigente, busca refletir as suas escolhas ideológicas e valorativas. Os preceitos constitucionais se consubstanciam em mandamentos de otimização; porquanto, são normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Regras de direito. Teoria constitucional e normatividade. Neoconstitucionalismo.

Abstract: The study of constitutional principles has been intensified by the recognition of their normative nature. The constitutional rules do possess an axiological weight; in that sense, the Constitution, a committed and directive body of legislation, seeks to reflect their choices with regards to ideology and values. The constitutional rules are commandments of optimization; that is so because they command something must be fulfilled to the greater possible extent, within the legal and real possibilities currently present.

Keywords: Constitutional principles. Rules of Law. Constitutional theory and normativity. Neo-constitutionalism.

1 Introdução

Com o passar dos anos, nomeadamente com a superação histórica do jusnaturalismo e o posterior fracasso do positivismo

* Doutorando em direito constitucional pela Universidade de Coimbra. Mestre em direito público pela Universidade Federal da Paraíba. Professor do Centro Universitário de João Pessoa (Unipê).

tradicional (insucesso decorrente do diagnóstico de que o direito não pode ser avalorativo, reduzindo-se a um subsistema de regras legais¹), e a consequente sedimentação do pós-positivismo², a doutrina jurídica, em geral, e a constitucional, em particular, têm dado mais importância e, por conseguinte, dedicam-se, cada vez mais, ao estudo da principiologia.

A superação do positivismo tradicional, segundo o qual bastava a observância cega e acrítica da norma vigente, deu-se, fundamentalmente, após a II Guerra Mundial, como resposta à desconfortável constatação de que as moralmente reprováveis atitudes dos nazistas na II Guerra Mundial estavam acobertadas pelas normas então em vigor na Alemanha, elaboradas com a observância dos requisitos formais para a sua gênese. Em razão disso, ao término da guerra e por ocasião dos julgamentos de Nuremberg, os acusados centravam suas defesas na tese de que teriam agido no estrito cumprimento da lei, bem como na observância de ordens provenientes da autoridade competente. Logo, o positivismo não-reflexivo caiu em descrédito, em razão das atrocidades cometidas na II Grande Guerra e do apego cego ao legalismo (que por vezes vinha desacompanhado de uma mais nobre carga axiológica).

¹ Acerca da queda do positivismo, em consequência das atrocidades cometidas na II Grande Guerra, vide BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 277-279.

² Expressão muito utilizada pela doutrina constitucional brasileira para fazer alusão a um ideário ainda difuso, no qual se insere a definição das relações entre valores, princípios e regras. Em suma, o termo tem correlação com a chamada nova hermenêutica constitucional, e também com a teoria dos direitos fundamentais. Cf., dentre outros, FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2007; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000 e TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

É incontestado que o estudo da principiologia (constitucional e infraconstitucional) tem sido crescente na doutrina. Esse aspecto tem influenciado, fortemente, as decisões judiciais, mormente porque o esgotamento do modelo positivista clássico³ fez emergir a busca pela razão primeira do mundo jurídico, que são os princípios (verdadeiros antecedentes lógicos da regra). Dessa forma, o pós-positivismo⁴ desencadeou uma viragem no pensamento jurídico, principalmente quando superou a clássica distinção entre normas e princípios. Foram, então, sedimentadas dois pressupostos, a partir dos estudos de Josef Esser⁵ (ainda em meados do século XX)⁶: as regras e os princípios são duas espécies de normas; a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.⁷

A consolidação da ideia da normatividade dos princípios mostrou-se essencial para uma maior valia ao aprendizado principiológico. Tal ideia fez repensar o diálogo das fontes do direito, pois não caberia continuar a tratar os princípios como elementos secundários, exercendo mera função auxiliar, servindo, como outrora,

➤
³ Ainda sobre as causas da derrocada do positivismo jurídico clássico e a importância de Rudolf Stammler, como defensor de um direito justo, na renovação da filosofia alemã do direito, vide LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 113-161.

⁴ Atribui-se a W. O. Quine e a Thomas Khun a nascedouro de uma plêiade de teorias designadas genericamente de pós-positivistas. Nesse sentido é de se recordar que Thomas Khun, na sua obra “A estrutura das revoluções científicas”, fortemente influenciada pelas lições de Quine, desferiu o golpe de misericórdia contra a epistemologia do empirismo lógico ao mostrar que as transformações do conhecimento científico não surgem de uma confrontação com os fatos, mas de uma transformação da nossa própria forma de apreensão da realidade. Para Khun, o mundo não é uma realidade independente das nossas teorias e interpretações, e a ciência, por sua vez, não é uma atividade de descoberta, mas de construção. Nesse sentido, vide: RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A normatividade dos fatos**. João Pessoa: Vieira Livros, 2003, p. 51.

⁵ Sem desmerecer a importância de Josef Esser para a aproximação, no gênero normativo, entre as regras e os princípios, é de se destacar também que já na década de 1940 Walter Wilburg, doutrinador austríaco, tinha antecipado maiores

apenas como um meio de integração da ordem jurídica na eventual hipótese de lacunosidade do legislador.

Muitos já estudam a questão da revisão das fontes do direito, de modo que os princípios, tradicionalmente ocupantes de um papel coadjuvante de interpretação, passam a ter maior importância. Tornaram-se protagonistas da hermenêutica jurídica, até porque também são considerados como espécies do gênero normativo. A razão do interesse dos autores em apreciar a questão dos princípios é clara: enquanto a regra, mesmo a constitucional, é efêmera, sendo corriqueiras as mudanças legais e supralegais decorrentes da alteração de comando político do país, o princípio é uma norma mais duradoura.

Uma síntese dessa nova visão do direito é elaborada por Paulo Bonavides, quando assinala que a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da mera especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra, sobretudo, das constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies

desenvolvimentos desta temática em sua teoria de sistemas flexíveis. Para maiores desdobramentos vide: ALEXY, Robert. "On the structure of legal principles". In: **Ratio Juris**. Vol. 13, nº 3, 2000, p. 294-304 (especial interesse p. 294).

⁶ ESSER, Josef. **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts – Rechtsvergleichende Beiträge zur echtsquellen- und Interpretationslehre**. Tübingen, 1956. O registro histórico foi extraído de CANOTILHO, J. J. Gomes. "Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem". In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. nº LXXXII, 2006, p. 3 (nota de rodapé nº 1).

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160.

diversificadas do gênero norma. Finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o citado autor aponta o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Essa posição de supremacia dos princípios se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, tão em voga nos tribunais constitucionais da atualidade. As sentenças dessas cortes marcam e balizam a trajetória de jurisdicação cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios.⁸

É lícito afirmar que o estudo da principiologia constitucional é de grande importância para que se possa bem compreender o estudo do próprio direito (sentido amplo), pois não se pode perder de vista o fato de que, na atualidade, os princípios ocupam um dos lugares cimeiros na interpretação jurídica. Com efeito, os princípios são importantes ferramentas interpretativas, sendo constantemente mobilizados para o deslinde de controvérsias judiciais. Nesse novo contexto, marcado pela viragem jurisprudencial do direito constitucional⁹ (a era da jurisdição constitucional e do *judicial review*), é central o papel da interpretação dada pelo Poder Judiciário aos princípios jurídicos.

O presente trabalho introdutório acredita ser de bom alvitre, mesmo reconhecendo alguma dificuldade conceitual, tem por finalidade

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 294.

⁹ Quando Gomes Canotilho menciona alguns modismos do direito constitucional, faz expressa menção ao pensamento do Juiz Hughes de que “a Constituição é o que os Juizes dizem” e dá conta de que esta também é uma nova tendência no território europeu. Registre-se que a crescente importância dada ao que foi proferido pelas Cortes Constitucionais torna ainda mais necessária uma cuidadosa análise dos princípios (pois sua abertura, dado que são mandados de otimização, pode permitir distorções do que foi desejado pelo legislador ou pelo próprio constituinte). Nesse sentido, vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 26. Outro ponto digno de registro é o de que a doutrina não deve ser doutrinada pelo Poder Judiciário, devendo continuar a fazer o papel que lhe cabe: doutrinara.

conceder breves contornos definitórios do que vêm a ser os princípios jurídicos e quais seriam as suas funções preponderantes.

O fracionamento do estudo é fruto da observação de interessante distinção firmada por Lúcia Amaral, desde já incorporada ao vertente texto, entre os princípios gerais do sistema jurídico e os princípios constitucionais. Para citada a doutrinadora, a diferença está radicada na função a ser desempenhada. Com efeito, os princípios gerais do sistema jurídico possuem uma função aplicativo-integradora, enquanto os preceitos de índole constitucional possuem uma função deôntica própria.¹⁰

2 Princípios gerais do sistema jurídico: aportes conceituais e funções

O princípio tem clara natureza normativa, pois se trata de mandado de otimização, não podendo ser desconsiderado pelo Estado (aí se incluindo o próprio elaborador do texto positivado) e pelos particulares. Sendo assim, convém observar que o texto ora escrito incorpora a tese de que os princípios e as regras são duas espécies de normas.

Anteriormente se acreditava que os princípios possuíam uma função secundária, porquanto não se constituíam em fonte primária de direito, sendo mobilizados como elementos de integração das lacunas jurídicas. Com o passar dos anos, houve uma viragem da metodologia constitucional clássica (que distinguia os princípios das normas) para a moderna (que abandona essa distinção e entende que regras e princípios são duas espécies de normas: as normas-princípio e as normas-regra. Por conseguinte, torna-se indubitável que a diferenciação entre as regras e os princípios se consubstancia na análise da desigualação de duas espécies normativas.¹¹

¹⁰ AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república**: uma introdução ao estudo do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 122-124. No mesmo sentido: BARTOLE, Sergio. "Principi del diritto", In: **Enciclopedia del Diritto**. Vol. XXXV. Milano: Giuffrè Editore, p. 509.

¹¹ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160.

2.1 Conceito de princípio jurídico infraconstitucional

Como já explanado anteriormente, faz-se imperioso um olhar panorâmico sobre a temática geral dos princípios jurídicos, para só então permitir um caminhar específico no mundo da principiologia constitucional.

É nessa perspectiva que se mostra incontornável a mobilização do pensamento de Bandeira de Mello, no sentido de que os princípios se constituem em um mandamento nuclear de um sistema, sendo seu verdadeiro alicerce. Essa disposição fundamental se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Por conseguinte, é o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário, denominado sistema jurídico positivo. Sendo assim, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A transgressão ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.¹²

O pensamento filosófico-científico entende os princípios como a origem, a causa, o começo, a matriz ou a fonte de algo.¹³ Transportando essa argumentação para o objeto central deste estudo, os princípios jurídicos seriam a base, o fundamento e a própria justificação do direito. Para Miguel Reale, os princípios estão presentes em todos os conhecimentos filosóficos ou científicos, enquanto enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem determinado campo do saber. Logo, seriam os princípios verdades fundantes de um sistema de conhecimento, assim admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas. Ou ainda por motivos de ordem prática, de caráter operacional, isto é,

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 882-883.

¹³ Para maiores desdobramentos principiológicos do direito, vide OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 17-28.

como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.¹⁴

Não seria desarrazoado difundir o pensamento de que os princípios apresentam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus interesses sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o sistema que radica. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam.¹⁵

Karl Larenz teorizava que os princípios constituíam-se em verdadeira pauta orientadora da elaboração normativa. E assim poderiam ser tidos como antecedentes lógicos ou *prius* das regras. Ele chegava mesmo a afirmar que os princípios ético-jurídicos são pautas orientadoras da normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar decisões legislativas e judiciais. Registre-se que os princípios ético-jurídicos não podem ser confundidos com os preceitos técnico-jurídicos, pois estes últimos se fundam em razões de oportunidade, pelo seu conteúdo material de justiça.

Sendo assim, é de se destacar que os princípios ético-jurídicos devem ser entendidos como manifestações e especificações especiais da ideia de direito, tal como esta se revela na consciência jurídica geral, neste estágio de evolução histórica. Os princípios ético-jurídicos não são regras imediatamente aplicáveis aos casos concretos, mas diretrizes que podem se transformar em regras que possibilitem uma resolução dos casos concretos. Essa aplicação das regras decorrente dos

¹⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 303.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 42; BERALDO, Leonardo de Faria. “A relativização da coisa julgada que viola a Constituição”. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 188.

princípios tem lugar tanto na legislação como na jurisprudência, segundo o processo anteriormente descrito da concretização e do aperfeiçoamento de princípios mais especiais mediante a formação de grupos de casos.¹⁶

Nos atuais dias, com o advento do pós-positivismo (ou do positivismo reflexivo, como alguns preferem nominar), não mais prepondera o pensamento de que os princípios seriam apenas considerados como a *ratio legis*. Sem dúvida, a sua incidência é mais ampla, revestindo-se de verdadeira *ratio juris*, porque, em torno dos princípios, gravita a integralidade dos direitos e obrigações que formam o sistema jurídico.¹⁷

2.2 Princípios constitucionais: conceituação e funções

Para além dos princípios infraconstitucionais do direito, há uma crescente constitucionalização principiológica. Todavia, não se pode confundir essa assertiva com a existência de dois vagões estanques: um dos princípios legais e outro dos preceitos de natureza supralegal. A divisão possui maior aplicabilidade acadêmica e metodológica, porquanto o conceito de princípio constitucional não pode ser tratado sem correlação com a ideia de princípio no direito, pois aquele, além de princípio jurídico, é um princípio que haure sua força teórica e normativa no direito enquanto ciência e ordem jurídica.¹⁸

Por outro lado, não se pode desconhecer o fato de que há uma certa incorporação constitucional dos preceitos que outrora eram reservados ao subsistema normativo inferior. Essa incorporação de vários preceitos ao texto magno parece seguir uma tendência neoconstitucional, no sentido de constitucionalizar assuntos e princípios

¹⁶ O texto ora escrito se permitiu fazer eco das lições de LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 599.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 253.

¹⁸ ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 44.

que, no passado, ficaram restritos ao patamar legislativo infraconstitucional. Noutras palavras, há uma ampliação do objeto de estudo do direito constitucional, o que também resta evidente no aquilamento do rol dos cânones insertos nas leis fundamentais.

Existe, atualmente, uma tendência para a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, contribuindo também para o alargamento do espectro de princípios albergados pela norma ápice. Surge, na visão de Ricardo Guastini, um ordenamento jurídico constitucionalizado, caracterizado por uma constituição invasora, intrometida, mostrando-se capaz de condicionar a legislação, a doutrina, a jurisprudência, bem como os atos políticos e sociais. O citado autor enfatiza que um ordenamento jurídico pode se considerar impregnado de normas constitucionais, quando estiverem presentes sete elementos: existência da uma constituição rígida; garantia jurisdicional da constituição (deve existir um órgão de cúpula responsável pela análise do primado da supremacia da Carta Magna); força vinculante da constituição; uma interpretação extensiva e não apenas literal da constituição; aplicação direta das normas constitucionais; interpretação conforme a constituição (*Verfassungskonformgesetzauslegung*); influência da constituição sobre as relações políticas.¹⁹ É dentro desse contexto de expansividade normativa e principiológica do direito constitucional que se devem conceituar os preceitos supralegais.

Os princípios constitucionais se expressam em enunciados jurídicos que, sendo mandamentos de otimização, servem de vetores hermenêuticos do texto magno. Nesse contexto, pode-se defender o pensamento de que o princípio constitucional serve de elemento facilitador da unidade e da harmonia do ordenamento jurídico, integrando as diferentes partes da constituição e tendo o condão de atenuar eventuais tensões normativas. Quando examinado com uma visão de conjunto, o princípio constitucional conferirá coerência geral ao sistema, exercendo uma função dinamizadora e prospectiva,

¹⁹ GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. In: CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 49-73.

refletindo sua força sobre as normas constitucionais. Apesar de veicular valores, não possui uma dimensão puramente axiológica porque logra o *status* de norma jurídica.²⁰

Merece ser consignado que o presente escrito acata o pensamento de Robert Alexy, no sentido de que os princípios se consubstanciam em mandamentos de otimização, porquanto são normas que ordenam algo que deve ser realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Como os países possuem realidades políticas, sociais, econômicas e religiosas diferentes, também será diversificada a medida do cumprimento principiológico, evitando-se falar numa uniformização ou numa universalização no grau de efetivação principal.²¹

Os princípios constitucionais, na visão de Roberto Barroso, consubstanciam-se na síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. Parte-se da premissa de que a constituição não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. Logo, a ideia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Para o referido autor, em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que costuram suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos que devem ser percorridos para que

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 384.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91. O doutrinador germânico é literal em afirmar que os princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. No mesmo sentido também caminha a doutrina brasileira. Vide, a respeito, SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 48-49.

se alcance a justiça.²² O doutrinador destaca que no direito contemporâneo, a constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável por valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.²³

Já para Peña de Moraes os princípios constitucionais são extraídos de enunciados normativos, sendo possuidores de elevado grau de abstração e generalidade e que prevêm os valores que informam a ordem jurídica, com o objetivo de auxiliar nas atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das regras.²⁴

Lançado um primeiro olhar sobre os preceitos de índole constitucional, passa-se a analisar os pontos de diferenciação entre os princípios e as regras, enfatizando-se que possuem como ponto de convergência o fato de ambos serem normas.

3 Diferenciações primordiais entre princípios e regras

Parte-se aqui da validade da proposição doutrinária formulada por Joseph Esser, no sentido de que não se pode continuar a considerar diversamente regras e princípios, porquanto ambos constituem-se em normas jurídicas. Esse é o ponto em que convergem. Entretanto, impõe-se estudar os pontos de sua diferenciação, sendo este o aspecto central do presente tópico.

O tema recebe novo fôlego com os escritos de Dworkin e Alexy. E é justamente fazendo uma leitura criteriosa desses dois autores, especialmente no que concerne à interpretação dos princípios, que Gomes Canotilho, além de ressaltar a metanóia principal dos presentes dias, arrimado nas teses de Konrad Hesse, afirma que existem grandes

²² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142-143.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 316.

²⁴ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 90-91.

afinidades entre a teoria da concretização da constituição e as doutrinas da aplicação constitucional dos princípios.²⁵

Com efeito, essas duas teorias assentam numa dogmática normativo-estrutural dos preceitos constitucionais, posto que a exteriorização do sentido, sua aplicação e concretização pressupõem o recorte prévio do tipo de norma constitucional a convocar para a solução dos problemas concretos. Por outro lado, as ideias de “concretização” e de “aplicação dos princípios” parecem aceitar uma visão binária dos tipos normativos, sob o ponto de vista estrutural. As normas ou são regras ou são princípios, expressando-se como preceitos determinados ou princípios indeterminados (indetermináveis). Além disso, estreitamente conexionado com os dois primeiros pressupostos, existe um diferente processo metodológico, consoante se trate de interpretar uma regra ou um princípio. As regras interpretam-se; os princípios concretizam-se. As regras adaptam-se aos modelos tradicionais de interpretação; os princípios apontam para os modelos de concretização e de ponderação.

Não obstante o ponto de partida deste assunto esteja no fato de que tanto os princípios como as regras são normas jurídicas, faz-se imperioso destacar que não são normas jurídicas com idênticas feições. Ao contrário, existem várias diferenciações entre os tipos normativos aqui em confrontação. E é nesse sentido (de uma tipologia das normas) que serão mobilizados os critérios de diferenciação propostos por Gomes Canotilho²⁶, consoante se verifica a seguir:

a) Quanto ao grau de abstração: resta evidente que os princípios são mais abertos e, por conseguinte, possuem um maior grau de abstração (o que, por vezes, dificulta sua aplicação), enquanto as regras possuem pouca margem para a vagueza.

b) Quanto ao grau de determinação na aplicação do caso jurídico concreto: fica patente a necessidade da ação concretizadora

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. “Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem”. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXXII, 2006, p. 12-13.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160 e seguintes.

(ou efetivadora) do legislador ou do magistrado para a incidência principiológica em eventual conflito de interesses (tudo em decorrência de sua vagueza e indeterminação), o que não se verifica quanto às regras, cuja aplicação é, em geral, direta e automática.

c) Quanto ao caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: é inquestionável que os princípios estão acima das regras, uma vez que servem de fonte valorativa para a elaboração destas. Com efeito, os princípios constituem-se em normas de natureza estruturante, tendo um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes, surgindo daí a sua central importância dentro do sistema jurídico.

d) Quanto à proximidade da ideia de direito: os princípios expressam uma maior carga axiomática ou valorativa do que vem a ser justiça, enquanto as regras podem ser normas atreladas a um conteúdo meramente pragmático e funcional, estando, por vezes, desacompanhadas do ideal de justiça ou do direito.

e) Quanto à natureza normogénica: os princípios se consubstanciam no antecedente lógico das regras, ou seja, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma crucial função normogénica.

Não obstante a análise firmada acima, é interessante reproduzir, no âmbito da doutrina jurídico-constitucional brasileira, a proposta de dissociação firmada por Humberto Ávila²⁷ (longe de entrar em rota de colisão com o pensamento já exposto parece ser dele complementar), que será sumariada a seguir:

a) Critério da natureza do comportamento prescrito: as regras são normas imediatamente descritivas posto que estabelecem deveres, permissões ou impossibilidades, por meio do detalhamento da conduta a ser implementada ou proibida. Já os princípios são normas imediatamente finalísticas, pois são pensados para um estado ideal de coisas. Portanto, são normas cujo principal atributo é, justamente,

²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

determinar a realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que a característica primeira das regras é a previsão comportamental.

b) Critério da natureza da justificação exigida: a interpretação e a aplicação das regras exigem avaliações de correspondências entre a edificação conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade em que se baseia. A interpretação e a aplicação dos princípios, por sua vez, levam em consideração um necessário liame entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes do ato havido como necessário.²⁸ Por conseguinte, não seria despropositado afirmar que as regras possuem caráter retrospectivo, porquanto descrevem uma situação fática já conhecida pelos integrantes do Poder Legislativo. Já os princípios possuem caráter prospectivo, pois lançam o seu olhar para o futuro, porquanto determinam um estado de coisas que há de ser construído.

c) Critério da medida de contribuição para a decisão: quanto à pretensão de decidibilidade, resta evidente que os princípios encontram na concorrência e na parcialidade dois de seus mais fortes vetores. Isso acontece porque no mais das vezes, é necessário mobilizar vários princípios (os princípios são normas de complementaridade), nem sempre convergentes. Nessa hipótese, deverá ser feita a ponderação de interesses, abrindo-se espaço para a existência de cedências principiológicas parciais, tudo com a necessária utilização do primado da proporcionalidade. Significa que os princípios não são excludentes entre si, inaplicando-se a lógica do tudo ou nada.

As regras, por seu turno, possuem uma pretensão terminativa, na medida em que pretendem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão. Por via consecutiva, pretendem gerar uma solução específica para a questão deduzida em juízo. Desta forma, pode-se afirmar que as regras são normas preliminarmente decisivas e abarcantes.

²⁸ Observa-se que Humberto Ávila foi influenciado pelas lições de SUMMERS, Robert. “Two types of substantive reasons: the core of a theory of common law justification”. In: **The jurisprudence of Law’s Form and Substance** (Collected Essays in Law). Alderhot: Ashgate, 2000, p. 55-236.

Conclui-se, pois, que as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência. Assim, para sua aplicação, exige-se a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, situando-se entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios, por sua vez, são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade. Em consequência, para sua aplicação, exige-se uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas, posto que estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é ideia que exprime uma orientação prática, de modo que o elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo, conforme foi pretendido.²⁹

Convém frisar que alguns dos posicionamentos de Humberto Ávila acerca da teoria dos princípios têm encontrado certa resistência em parte da doutrina brasileira, mormente em Virgílio da Silva³⁰. As principais críticas são as seguintes: a) quando Ávila fala, em seu livro, sobre ponderação de regras, está na verdade a falar de interpretação, para verificar se, após o texto se transformar em dispositivo (norma), ainda necessitará de sopesamento (ponderação). Sendo assim, para Virgílio da Silva, persiste a ideia de ponderação para os princípios colidentes e de aplicação do tudo ou nada para as regras; b) aduz que, diversamente do entendimento de Humberto Ávila, permanece válido o caráter *prima facie* dos princípios e o dever definitivo próprio das regras; c) afirma, ainda, que não é acertado o posicionamento de Humberto Ávila, no sentido de que os princípios podem ser cumpridos integralmente como as regras. Citando a regra de colisão de Alexy,

²⁹ Apud ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 70.

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". In: **Revista latino-americana de estudos constitucionais**. nº 1, 2003.

Virgílio da Silva lembra que, sob circunstâncias diversas, esse cumprimento integral pode ser parcelado ou até mesmo abandonado em favor de outro princípio mais racionalmente adequado ao caso concreto.³¹

Ressalte, a bem da verdade, que a crítica firmada por Virgílio da Silva não se cinge ao pensamento de Humberto Ávila, alcançando a quase totalidade da doutrina constitucional brasileira e portuguesa. Para ele, o conceito de princípio mobilizado pelos autores brasileiros e portugueses difere, em grande medida, da concepção de autores da Alemanha, mormente a de Robert Alexy. Não se pode olvidar que, tanto no Brasil quanto em Portugal, a doutrina dominante tem entendido que os princípios são mandamentos nucleares, verdadeiros núcleos de condensação do ordenamento jurídico. Já para Robert Alexy, na ótica de Virgílio da Silva, o princípio é um conceito axiologicamente neutro e seu uso não expressa nenhuma opção por essa ou por aquela disposição fundamental, nem por este ou por aquele tipo de constituição.³² Acredita, pois, ser indesculpável que a doutrina luso-brasileira não tenha observado essa compreensão principial de Alexy.

O presente estudo, com as necessárias vênias, entende que o pensamento de Virgílio da Silva ignora a existência de uma força criativa das doutrinas brasileira e portuguesa. O fato de se mobilizar, em alguns pontos, o pensamento de Alexy, em nada parece impedir a mescla de seus ensinamentos com um desejo de maior pertença valorativa ou axiológica do direito. E este entendimento se faz acompanhar de Paulo Bonavides, para quem não deve haver uma omissão ou um silêncio de valores constitucionais, porquanto é impossível desmembrar a disciplina

³¹ Acerca da polêmica entre Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila sobre a teoria dos princípios, vide THEODORO, Marcelo Antônio. “A constituição como um sistema de princípios e regras”. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. Ano 16, n. 65, 2008, p. 179-191.

³² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales** (Theorie Der Grundrechte). Tradução de Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 615.

constitucional de suas raízes valorativas. Seria o mesmo que neutralizar a Constituição perante as correntes de ideias que fazem a eficácia, a vida e o significado de seus preceitos.³³

Feitas estas distinções entre princípios e regras, merece ser retido o pensamento de que existe um crescente olhar principiológico sobre as questões jurídicas, ante a sua maior longevidade em relação às regras. Sendo assim, esperando ter conseguido êxito em introduzir os leitores no complexo e rico *habitat* dos princípios jurídicos, o presente estudo envereda pelas considerações finais.

4 Conclusões

Ao cabo de todas as ponderações doutrinárias firmadas acima, forçoso reconhecer as seguintes conclusões:

a) Existe um crescente interesse, doutrinário e jurisprudencial, pela principilogia do direito. Nesse contexto, os princípios, mormente os de índole constitucional, ocupam posição de destaque no constante diálogo das fontes do direito.

b) Os princípios constitucionais possuem carga axiológica, até porque não podem destoar da existência de uma ordem de valores presente no texto magno. Com efeito, a constituição é um corpo normativo tendencialmente harmônico e axiologicamente orientado, pois se encontra permeada por determinados axiomas que refletem os padrões político-sociais de uma coletividade em um específico contexto histórico. Destarte, diversamente do que defende Virgílio da Silva, os princípios constitucionais não podem ser totalmente neutrais. Ao contrário, existe uma sensibilidade axiológica inerente aos preceitos constitucionais, fruto da interpenetração entre texto e realidade e da imprescindível consideração de base axiológica que lhe dá sustentação.³⁴

³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17.

³⁴ Nesse sentido, vide GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 77 e p. 87.

c) Os princípios e as regras são duas espécies normativas. Não obstante possuam esse ponto de aproximação, também existem pontos de distanciamento. Dentre as diferenças anteriormente apontadas, é de se lembrar que as regras são descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade, enquanto os princípios são normas finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade. Em face das diferenças é que alguma doutrina constitucional brasileira tenha afirmado que os princípios jurídicos se produzem necessariamente em dois tempos e a quatro mãos, uma vez que, primeiramente, são formulados de forma genérica e abstrata pelo legislador e, em segundo momento, são concretizados como normas do caso ou normas de decisão, pelos intérpretes e aplicadores do direito.³⁵

d) Não obstante as diferenças entre princípios e regras jurídicas apontadas acima, essa desigualdade, apesar de ontológica e teleológica, natural, formal e funcional, não infirma a idéia de que ambos integram, na sua juridicidade, o gênero comum das normas jurídicas. Entretanto, não se pode deslembrar o fato de que os princípios ocupam uma posição privilegiada na pirâmide normativa, supremacia que, do ponto de vista material, faz deles a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.³⁶

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales** (Theorie Der Grundrechte). Tradução de Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

³⁵ Nesse sentido, vide MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 27.

³⁶ O presente artigo incorpora os ensinamentos de CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição e direito constitucional positivo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 636.

Direito e Desenvolvimento - ano 1, nº. 1, jan/jun 2010.

_____. On the structure of legal principles. In: **Ratio Juris**. Vol. 13, nº 3, 2000, p. 294-304.

AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república**: uma introdução ao estudo do direito *constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 277-279.

BARTOLE, Sergio. Principi del diritto. In: **Enciclopedia del Diritto**, Vol. XXXV. Milano: Giuffrè Editore, p. 509.

BERALDO, Leonardo de Faria. A relativização da coisa julgada que viola a Constituição. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

Direito e Desenvolvimento - ano 1, nº. 1, jan/jun 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

_____. Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. nº LXXXII, 2006, p. 1-13.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do Estado e da constituição e direito constitucional positivo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ESPÍNOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONEL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 49-73.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

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

Direito e Desenvolvimento - ano 1, nº. 1, jan/jun 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A normatividade dos fatos**. João Pessoa: Vieira Livros, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: **Revista latino-americana de estudos constitucionais**. N. 1, 2003.

SUMMERS, Robert. Two types of substantive reasons: the core of a theory of common law justification. In: **The jurisprudence of Law's Form and Substance** (Collected Essays in Law). Alderhot: Ashgate, 2000, p. 155-236.

Direito e Desenvolvimento - ano 1, nº. 1, jan/jun 2010.

THEODORO, Marcelo Antônio. A constituição como um sistema de princípios e regras. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. Ano 16, nº 65, 2008, p. 179-191.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

