

A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Marcelo Novelino Camargo¹

1. Introdução; 2. O direito e os valores; 3. O problema da normatividade dos princípios; 4. Dos princípios; 5. dos princípios e das regras; 6. conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O foco deste estudo está voltado para os princípios jurídicos, sobretudo os constitucionais. Iremos abordar a importância da função desempenhada por eles no interior do ordenamento jurídico e ressaltar a imprescindibilidade de sua colocação no âmbito de todo e qualquer discurso normativo, em razão de sua proximidade com os valores que o Direito visa a realizar, o que os torna instrumentos jurídicos de grande valia na busca de uma justiça material.

O mote central é a demonstração de que, ao contrário do que alguns autores sustentam, princípios e normas não se contrapõem e que a distinção a ser feita é entre os *princípios* e as *regras*, ambas espécies do gênero *norma*. A partir dessa idéia, far-se-á a análise dos critérios distintivos para, em seguida, tratar-se dos modos de solução de conflitos entre as normas.

2. O DIREITO E OS VALORES

Toda ação humana consciente tem por objetivo alcançar determinados fins. Esses fins são escolhidos pelo homem de acordo com os valores que ele considera importantes à sua vida. Em função desses fins e inspirado por eles, o homem cria a cultura numa tentativa de aproximação a esses valores; todo processo cultural é estruturado visando à realização de um valor que, todavia, em si mesmo, é inatingível. O Direito, como fato cultural, é criado pelo homem como um meio para a realização de determinados valores considerados importantes por uma dada sociedade, tais como a segurança, a harmonia, a paz social e aquele que, encerrando toda a grandeza do Direito, é o *leitmotiv* da formação dos institutos jurídicos: a justiça.

¹ O autor é Procurador Federal, Mestre em Direito pela UGF/RJ, Professor de Introdução ao Estudo do Direito e Direito Constitucional da F.C.J.S. Vianna Junior e Professor de Direito Constitucional do Curso A. Carvalho.

Como bem observado por BOSON, “o homem não realiza idéias, mas sim valores na forma das idéias que o espírito lhe oferece como direção e meio dessa realização”.²

Assim, o aspecto axiológico é extremamente relevante para o Direito, na medida em que qualquer atitude de um operador jurídico “implica uma tomada de posição perante os fatos, perante aquilo que na conduta humana se refere a valores”.³

É válido frisar que os valores, sejam eles de que tipo for, ao serem jurisdicizados pelo legislador, passam a se caracterizar também como valores jurídicos específicos, ou seja, todo e qualquer tipo de valor, seja ele ético ou até mesmo lógico, ao ingressar em um ordenamento jurídico, assume o *status* de valor jurídico. Assim, valores originalmente éticos ou morais - como a honra, a honestidade e a dignidade -, quando contemplados por um sistema jurídico, transformam-se em valores jurídicos típicos.⁴

Nas palavras precisas do ilustre mestre italiano Emilio BETTI, “as finalidades genéricas do ordenamento jurídico tocam os mais profundos problemas éticos e políticos da vida social; e uma legislação *brilhante* é aquela que sabe encontrar e estimar os verdadeiros valores da civilização no momento histórico no qual entra em vigor”.⁵

A concretização dos valores é feita através das normas, em etapas gradativas, sendo que a densidade semântica das normas que os concretizam é, em geral, inversamente proporcional ao seu conteúdo axiológico. Assim, os *princípios* representam o primeiro estágio de concretização dos valores jurídicos a que se vinculam, seguidos dos *subprincípios*, que se vinculam diretamente aos princípios, e das *regras*, que ocupam o lugar seguinte no processo de concretização e subordinam-se sucessivamente ao subprincípio, ao princípio e ao valor. O grau máximo de concretidade surge - ensina Ricardo Lobo TORRES - “quando o juiz, pela sentença, reconhece e fixa os direitos e as obrigações das partes, com o que realiza a justiça e garante a paz”.⁶

Além de os princípios serem a primeira etapa na concretização dos valores – o que demonstra o seu elevado conteúdo axiológico e, por conseqüência, sua

² BOSON, Gerson, *Filosofia do direito*, p. 123.

³ REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, p. 193.

⁴ MACEDO, Sílvio de, *Curso de axiologia jurídica: os valores jurídicos em novas perspectivas*, p. 101.

⁵ BETTI, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, p. 208.

⁶ TORRES, Ricardo Lobo, *Curso de Direito financeiro e tributário*, p. 79.

importância como critério de decisão – não se pode olvidar que a teoria dos princípios se acha subjacente à teoria dos valores, sendo que a estrutura dos dois modelos - de princípios e de valores - são essencialmente iguais. A diferença é que enquanto os princípios estão situados no âmbito deontológico (campo do dever-ser; conceitos de ordem, permissão, proibição...), os valores se situam no âmbito axiológico (âmbito do bom). Assim, aquilo que é considerado o “melhor” no modelo dos valores corresponde, no modelo dos princípios, àquilo que é o “devido”.⁷

Se os princípios, em geral, já possuem um elevado conteúdo valorativo, o que dizer então dos princípios constitucionais?

É cediço que a constituição não é apenas a norma suprema de um Estado, mas também aquela que consagra os valores supremos e fundamentais de uma dada sociedade.

Indispensável para que uma Constituição possa ser considerada legítima, é que ela consagre uma justa ordenação dos interesses e das forças sociais das quais ela se originou, não bastando que se revista apenas sob o manto da legalidade. Segundo CANOTILHO, o critério da legitimidade do poder constituinte não é a mera posse do poder, mas a concordância ou conformidade do ato constituinte com as idéias de justiça radicadas na comunidade.⁸

É curial destacar, ainda, que toda Constituição deve ser uma reserva de justiça. Segundo o eminente constitucionalista português, essa responsabilidade decorre da verificação de uma tendência cada vez mais acentuada de “standardização” e “tecnização” das normas legais, “com a conseqüente subvaloração, por parte dos cidadãos e dos órgãos aplicadores, do conteúdo justo das mesmas”. A aplicação rotineira do Direito - explica - desloca, de forma progressiva, o controle do conteúdo das normas jurídicas para o plano constitucional, tornando a constituição uma reserva de justiça.⁹

Essas considerações, ainda que sucintas, espargem luz sobre a idéia da íntima relação, da grande proximidade, entre os valores supremos consagrados pela ordem jurídica e os princípios constitucionais, através dos quais aqueles se corporificam. É lícito dizer, tomando como pano de fundo as considerações acima, que

⁷ ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 147.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, p. 115.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, p. 114.

os princípios consagrados pela Constituição, por exprimirem os valores fundamentais de uma determinada sociedade, constituem-se nos mais valiosos instrumentos jurídicos a serem utilizados na construção de uma justiça material.

Em síntese conclusiva podemos dizer que, sendo o Direito criado com a finalidade de realizar determinados valores e sendo os princípios constitucionais as normas de maior conteúdo valorativo, é imprescindível considerá-los em todo discurso normativo, seja este qual for, pois somente dessa maneira a função do Direito estará sendo plenamente realizada no sentido de se buscar uma verdadeira justiça material.

3. O PROBLEMA DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Apesar de inquestionável a importância do papel desempenhado pelos princípios dentro de um ordenamento jurídico, há muito se discute acerca de sua natureza. Poderiam ser eles utilizados como argumentos capazes de criar direitos e impor obrigações? A resposta a essa questão é essencial, pois, no caso de tratar-se os princípios jurídicos como meras diretivas teóricas, ter-se-á de admitir, por conseguinte, que nas decisões em que eles são utilizados como fundamento, “a norma é posta pelo juiz e não, ao contrário, somente aplicada ao caso específico”.¹⁰

Para a fundamentação da relevância do papel dos princípios jurídicos é deveras importante - explica DWORKIN - a análise da obrigação jurídica, sendo que, para isso, pode-se adotar dois pontos de vista distintos que são:

1º) dar aos princípios o mesmo tratamento dado às normas, ou seja, destacar sua obrigatoriedade como Direito, assim como a necessidade de sua apreciação por parte de seus aplicadores ao tomarem decisões judiciais; ou

2º) negar a obrigatoriedade dos princípios, o que levaria à conclusão de que o juiz busca algo além das normas que o vinculam, como, por exemplo, os “princípios extrajurídicos”, que seriam seguidos ou não a seu critério.¹¹

A escolha de um dos dois pontos de vista é relevante por existir uma diferença fundamental entre aceitar uma norma como obrigatória e ter o costume de fazer alguma coisa como norma. Se se adotar o primeiro enfoque, pode-se argumentar que os juízes, ao aplicarem um princípio, estariam aplicando normas e, portanto, impondo o cumprimento de direitos e deveres jurídicos preexistentes. Porém, se se

¹⁰ CRISAFULLI, Vezio, *La costituzione e le sue disposizione di principio*, pp. 15-16.

¹¹ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, p. 29.

adotar o segundo, esse argumento torna-se inaceitável, sendo que o juiz estaria aplicando um ato discricionário *ex post facto*.¹²

Por outro lado, as conseqüências são distintas no caso de um aplicador do direito deixar de infligir um princípio tratado como “norma obrigatória” ou, simplesmente, deixar de aplicar um princípio que tem como costume seguir, ficando ao seu alvedrio fazê-lo quando assim o desejar.

4. DOS PRINCÍPIOS

Em sua evolução histórica, até serem inseridos e consagrados nas Constituições, os chamados *princípios gerais de direito* passaram por fases diversas, relatadas de modo preciso por Paulo BONAVIDES.

Na primeira – a fase *jusnaturalista* –, os princípios encontravam-se situados em uma esfera inteiramente abstrata e sua normatividade era praticamente nula, apesar do reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa inspiradora dos postulados de justiça¹³.

Na fase *positivista*, os princípios gerais de direito, apesar de ingressarem nos códigos, continuaram carentes de normatividade, sendo concebidos apenas como informadores do direito positivo. Contraditoriamente, apesar de extraídos da lei, eram tratados como meras pautas programáticas supraleais¹⁴.

Nesse sentido, o italiano Emilio BETTI sustentava que os princípios gerais possuem um excesso de conteúdo deontológico (ou axiológico), motivo de sua “repugnância a uma formulação em termos preceptivos” que, se ocorresse, “terminaria por reduzi-los ao mesmo grau de outra norma qualquer”.¹⁵

Em uma das obras mais importantes acerca dos princípios jurídicos, Joseph ESSER tratou o tema sob a ótica do Direito Privado fornecendo consideráveis subsídios para uma evolução das posições positivistas. Sem embargo de reconhecer a atuação normativa dos princípios, ESSER considerava os princípios apenas como o “perfil de uma solução e não a solução em si mesma”.¹⁶ “Um princípio jurídico” - afirmava - “não é um preceito jurídico, nem uma norma jurídica em sentido

¹² Idem, p. 31.

¹³ BONAVIDES, Paulo, Curso de direito constitucional, p. 232.

¹⁴ Idem, pp. 235-236.

¹⁵ BETTI, Emilio, Interpretazione della legge e degli atti giuridici, p. 212.

¹⁶ ESSER, Joseph, Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado, p. 102.

técnico, por não conter nenhuma instrução vinculante de tipo imediato para um determinado campo de questões, pois requer ou pressupõe a concretização judicial ou legislativa destas instruções”.¹⁷

Segundo este autor, haveria duas espécies de princípios: normativos e informativos. Os primeiros não necessitariam de uma concretização ou mesmo de uma posterior precisão de seu sentido, por serem deduzidos de pormenores reconhecidos positivamente ou por serem indispensáveis para o funcionamento de uma instituição positiva. Os segundos, por sua vez, seriam apenas postulados de natureza ética ou política, carentes de uma transposição do campo “ideal” para o campo jurídico, onde passariam a se constituir em um princípio de Direito. Tais princípios, devido à ausência de positivação, seriam meras diretrizes e não direito substancial, por faltar-lhes a precisão indispensável a uma instrução objetiva.¹⁸

Apesar de sustentar que os princípios, em si mesmos, não configuram mandamentos, mas tão-somente o critério e a justificação das normas, ESSER reconhecia que os princípios constituem direito positivo.

Na terceira fase, com o advento do *pós-positivismo*, finalmente os princípios atingem o seu auge normativo, apesar de não raro ainda serem contrapostos às normas como se fossem espécies distintas.

Muitos autores insistem em negar aos princípios um caráter normativo, atribuindo-lhes tão somente um *valor ético-político* que deve ser considerado apenas como um dado interpretativo. Para alguns, os princípios seriam *meras diretivas* para o legislador, não possuindo um caráter vinculante, sendo passíveis de aplicação somente por meio de normas (aplicação indireta).

O autor italiano Caetano Azzariti distingue as normas constitucionais em diretivas e preceptivas, incluindo, entre as primeiras, as *disposições de princípio* que, segundo ele, não são verdadeiramente normas jurídicas devido a ausência de um comando que, mesmo se existisse, seria de um gênero particular, pois estaria voltado exclusivamente ao legislador que não poderia ser constrangido a segui-lo. Portanto - conclui -, os princípios têm um valor político ou ético mais que jurídico.¹⁹

¹⁷ Idem, p. 65.

¹⁸ Idem, pp. 93-95.

¹⁹ Apud MUSSO, Enrico Spagna, *Diritto Costituzionale*, p. 249.

Karl LARENZ afirma que os princípios, mesmo servindo de base para o nascimento de regras, carecem de positivação. Segundo o notável jurista alemão, eles são apenas pensamentos diretores que possibilitam a interpretação e o desenvolvimento de uma regulação determinada por eles (função positiva) e que excluem normas cujos valores lhes sejam contrários (função negativa).²⁰

A divisão entre normas e princípios vem sendo refutada por importantes jurisfilósofos que caracterizam os princípios como uma espécie, ao lado da regras, do gênero norma jurídica. Essa construção doutrinária surgiu do empenho de filósofos do Direito na busca de uma superação da clássica antinomia existente entre o Direito Natural e o Direito Positivo.

A seguir intentaremos demonstrar que os diversos óbices criados ao reconhecimento dessa normatividade podem (e devem) ser superados, sobretudo após os princípios terem deixado a seara exclusivamente privatística para ingressarem, com toda a sua força, nos domínios das Constituições, onde se tornaram a “chave de todo o sistema normativo”²¹.

4.1. PRINCÍPIOS E REGRAS COMO ESPÉCIES DO GÊNERO NORMA

A afirmação de que os princípios são espécies de normas jurídicas aptas a criar direitos subjetivos, impor obrigações e fundamentar decisões judiciais, suscita a análise comparativa da natureza e estrutura lógica de ambos.

Tradicionalmente, a norma jurídica é concebida como um comando, manifestando, assim, “a obrigatoriedade de um comportamento, a exigência de uma ação ou omissão”.²²

Na concepção kelseniana, as normas jurídicas também são, “de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos”. No entanto, acrescenta o mestre de Viena, não apenas comandos, vez que são também permissões e atribuições de poder ou competência. Ao contrário do que comumente se afirma, KELSEN não concebe a norma jurídica como um juízo hipotético, isto é, como um enunciado sobre um objeto dado ao conhecimento. Este equívoco é freqüente pelo fato de a distinção entre norma jurídica e proposição jurídica, feita por ele e inexistente em

²⁰ LARENZ, Karl, *Derecho justo: fundamentos de etica juridica*, p. 54.

²¹ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 231.

²² REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, p. 287.

seus primeiros escritos, ter amadurecido progressivamente, sendo que somente após a edição lançada em 1960 de seu livro *Teoria Pura do Direito*, as imprecisões acerca deste *discrimen* foram totalmente eliminadas.²³

A proposição jurídica, esta sim - observa KELSEN -, é considerada um juízo hipotético, pois enuncia que sob certos pressupostos fixados pelo ordenamento jurídico, devem intervir certas conseqüências também por ele determinadas.²⁴

A característica fundamental de uma norma jurídica, independentemente de sua espécie, é, na lição de Miguel REALE, “o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”.²⁵

A partir desta definição, faremos a análise dos dois pontos essenciais para a caracterização de uma norma jurídica: a *estrutura lógica* (“estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta”) e a *natureza* (“deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”).

4.1.1. *Estrutura lógica das normas jurídicas*

As normas jurídicas possuem uma estrutura lógica que se caracteriza pela conexão entre uma ou várias situações hipotéticas e determinadas conseqüências juridicamente prescritas. A essa(s) situação(ões) hipotética(s) prevista(s) pelo legislador, que, de um modo geral, representa uma espécie (ou espécies) de fato à qual poderão corresponder diversos fatos concretos, dá-se o nome de *pressuposto de fato*, *hipótese* ou *fato-tipo*, ao passo que as conseqüências jurídicas (ou efeitos) previstas denominam-se *estatuição* ou *injunção*.

Vale ressaltar - com supedâneo nas lições de Lourival VILANOVA - que o revestimento verbal não é fundamental para a caracterização de um enunciado como sendo normativo, pois este “não obedece a uma forma padrão”, podendo variar segundo as peculiaridades de cada idioma e as diversas estruturas gramaticais.²⁶

Através do exame da estrutura dos princípios, pode-se verificar que também eles possuem um *pressuposto de fato* suficiente para sua caracterização como norma. O que os difere de outros tipos de normas (as chamadas regras), é o fato de que

²³ COELHO, Fábio Ulhoa, *Para entender Kelsen*, p. 25.

²⁴ KELSEN, Hans, *Teoria pura do Direito*, p.80.

²⁵ REALE, Miguel, *Lições preliminares de Direito*, p. 95.

²⁶ VILANOVA, Lourival, *As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo*, p. 51.

estas prevêm uma espécie homogênea e determinada de fatos, ao passo que aqueles enunciam uma série indeterminada e heterogênea de hipóteses.

Para ilustrar esta afirmação, podemos utilizar duas normas consagradas em nossa atual Constituição, o inciso XLII, do art. 5º, que enuncia uma regra, e o inciso III, do art. 1º que estabelece um princípio.

A regra supracitada estabelece que “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível*”. Aqui se observa a existência de uma espécie determinada de hipótese, qual seja, a de *racismo*. Ainda que este possa ocorrer de diversas maneiras - afinal a regra, como espécie de norma, também é geral e abstrata – percebe-se claramente que tipo de situação está sendo regulada pela norma.

No caso dos princípios, o mesmo já não ocorre. Quando a Constituição preceitua que a *República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana*, não é possível a determinação de apenas uma espécie de hipótese para tal. Por certo, a *dignidade* pode estar relacionada a questões diversas e heterogêneas como, por exemplo, saúde, educação, moradia, alimentação, aborto e até mesmo o próprio racismo. Todavia, isso não significa a inexistência de um fato-tipo, mas, ao contrário, revela a existência de vários deles, ainda que não determináveis *a priori*.

Com referência à *estatuição*, pode-se dizer o mesmo. A desobediência ou não observância de um determinado princípio constitucional, seja ele qual for, faz surgir uma consequência jurídica que, embora não prevista de forma específica no dispositivo do princípio, encontra-se presente em outros dispositivos. Isso porque, da mesma maneira que um dispositivo pode conter mais de uma norma (“conjunção de normas”)²⁷, uma norma não precisa necessariamente estar contida em um só dispositivo.

Os dispositivos dos princípios constitucionais, via de regra, necessitam de outros dispositivos para complementar seu comando. As consequências jurídicas mais comuns resultantes da inobservância ou desobediência de um princípio constitucional são a anulação do ato (declaração de sua inconstitucionalidade) ou a obrigação de indenizar os danos causados.

²⁷ Segundo a definição de CANOTILHO, na *conjunção de normas* uma disposição (enunciado) exprime várias normas conjuntamente, ao passo que na *sobreposição de normas* duas disposições exprimem normas que se sobrepõem parcialmente. In Direito constitucional e teoria da constituição, pp. 1168-1169.

Acerca da estatuição dos princípios, Eros Roberto GRAU faz a seguinte observação:

neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras normas jurídicas incompletas. Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto de fato ou a estatuição de outras normas jurídicas, não obstante configurando norma jurídica na medida em que, como anota Larenz, existem em conexão com outras normas jurídicas, participando do sentido de validade delas.²⁸

Poder-se-ia argumentar ainda que os princípios são normas incompletas por necessitarem de outras normas jurídicas. Isso porém não é verdadeiro, pois o que é incompleto não é o princípio, mas sim o seu dispositivo.

- Os princípios implícitos

Alguns princípios normativos existem sobre o plano jurídico, ainda que não estejam expressamente sancionados, pois podem ser deduzidos das normas particulares vigentes por via indireta. Consagrados implicitamente pelo ordenamento jurídico, esses princípios funcionam como o denominador comum de toda uma legislação.²⁹

Sua identificação torna-se possível em virtude da unidade do ordenamento jurídico e da ligação lógico-sistemática de seus preceitos, que permitem ao intérprete, através da abstração de normas menos genéricas, descobri-los no ordenamento, onde já se encontravam em estado de latência.

Pode-se dizer que os princípios implícitos, por serem resultantes da interpretação de vários dispositivos, representam a manifestação do espírito da legislação.

Conveniente observar que os princípios implícitos não são criados pela doutrina ou pela jurisprudência, mas tão-somente descobertos e declarados por elas, sobretudo- mas não apenas - para a solução daqueles casos em que não exista uma norma particular e específica regulando a matéria.

A Constituição Federal de 1988, no § 2º do art. 5º, reconhece a existência e autoriza a aplicação de direitos e garantias não expressamente previstos em seu texto, desde que compatíveis com os princípios e com o regime por ela adotados.

²⁸ GRAU, Eros Roberto, A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica, p. 110.

²⁹ MUSSO, Enrico Spagna, *op. cit.*, p. 88.

No texto constitucional não é rara a identificação de princípios implícitos que, apesar de não estarem formulados linguisticamente, isto é, de não possuírem um dispositivo, são espécie de norma jurídica.

CRISAFULLI observa que “um princípio, seja expresso em uma apropriada formulação legislativa, seja, ao contrário, implícito ou latente no ordenamento constitui, pois, uma norma, aplicável como regra de determinados comportamentos públicos ou privados”.³⁰

Outro exemplo de *normas sem disposição* são aquelas que apesar de não estarem formulados em qualquer enunciado, nem resultarem da combinação de vários dispositivos, consideram-se ***princípios jurídicos gerais normativamente vinculantes***. Trata-se de normas que não são fruto da atividade interpretativa, mas sim de uma produção do direito mediante integração/concretização.³¹ CANOTILHO cita como exemplo o *princípio da densidade e clareza das leis*, ínsito no princípio da proteção da confiança.

4.1.2. Natureza jurídica dos princípios constitucionais

Superado o exame de sua estrutura lógica, passemos à etapa seguinte.

Uma das objeções geralmente levantadas para combater a natureza normativa dos princípios constitucionais é a de que eles seriam disposições dirigidas ao legislador.

De fato, não há como negar esta característica. Entretanto, isso não afasta seu caráter normativo, pois, se de um lado eles têm a força decorrente da rigidez e supremacia constitucionais para invalidar qualquer legislação que lhes seja contrastante (via ação de inconstitucionalidade); de outro, caracterizada a inércia do legislador que impossibilite o exercício de algum direito constitucionalmente protegido, poder-se-á suprir a eventual lacuna através do Mandado de Injunção.

Tendo em vista a rigidez e a supremacia da Constituição - que vincula não só a atuação do legislador ordinário, mas de todos os órgãos e funções do Estado -, como seria possível negar um caráter jurídico aos princípios constitucionais?

³⁰ CRISAFULLI, Vezio, op. cit., p. 15.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito constitucional e teoria da constituição, pp. 1169-1170.

Por certo, no quadro de um ordenamento com uma Constituição rígida, por ser ela uma fonte superior à lei ordinária, o vínculo que deriva dos princípios não é apenas diretivo, mas sim obrigatório.³²

Outro aspecto suscitado é o de que os princípios são apenas o primeiro passo de uma regulação possível e que em virtude de sua elevada dose de indeterminação (“fórmula vazia”) necessitariam de uma concreção por parte dos órgãos legislativos.

Esse argumento, outrossim, por si só não é suficiente para privá-los de juridicidade, uma vez que as regras, apesar de possuírem maior densidade semântica, também necessitam de concretização - seja legislativa, seja jurisprudencial -, precipuamente no caso de normas preceptivas e de normas programáticas propriamente ditas.³³

Por certo, mesmo a possível carência de concretização posterior, através da edição de uma regra jurídica, não retira dos princípios sua a qualidade de norma jurídica, haja vista que, assim como eles, as regras também necessitam, mesmo que em menor grau, de concretização.

Tanto os princípios quanto as regras, explica CANOTILHO, para que possam operar ativamente, carecem de *procedimentos* (legislativo e administrativo) e *processos* (judiciais) que lhes confirmam operacionalidade prática, passando assim de uma “*law in the books* para uma *law in action* para uma ‘*living constitution*’”.³⁴

Cumpr-se observar ainda que a falta de um comando dirigido a regular uma conduta específica, não significa, *a priori*, indeterminação, menos ainda carência de idoneidade para sua aplicação a casos concretos.³⁵

Referindo-se aos princípios gerais de Direito que, segundo dispositivo legal, estão sujeitos à aplicação judiciária em caso de lacuna, CRISAFULLI sustenta que com muito mais razão devem-se aplicar os princípios que se encontram presentes no texto legal. Segundo ele, “seria um verdadeiro absurdo [...] que a formulação explícita de um princípio, tanto mais se feita na Carta constitucional, tivesse o singular

³² CRISAFULLI, Vezio, op. cit., p. 18.

³³ GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 110.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 1127.

³⁵ MUSSO, Enrico Spagna, op. cit., p. 252.

efeito de diminuir a sua eficácia, degradando-o da norma a qualquer coisa não melhor especificada, mas de qualquer modo de diversa e misteriosa insegurança”.³⁶

Norberto BOBBIO, após frisar que, no seu modo de ver, não há dúvida de que os princípios gerais são normas como todas as outras, destaca, com muita propriedade, dois argumentos para sustentar essa afirmação:

antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?³⁷

Por sua vez, DWORKIN sustenta não haver nada no caráter lógico dos princípios que os torne incapaz de obrigar um aplicador do direito. Uma norma é obrigatória – observa o sucessor de Hart na cátedra da Universidade de Oxford - quando deve ser seguida pelo juiz nas hipóteses cabíveis, pois, do contrário, estaria cometendo um erro. É irrelevante o argumento de que os aplicadores do direito só estão moralmente, institucionalmente ou em razão de seu ofício, obrigados a seguir os princípios, pois a questão é saber não só qual a diferença entre esse tipo de obrigação e aquela imposta pelas regras, mas também o que nos autoriza dizer que os princípios não fazem parte do Direito.³⁸

Ao classificar princípios e regras como espécies de norma, ALEXY explicita os caracteres em comum, a saber: 1º) Ambos dizem o que deve ser; 2º) Ambos podem ser formulados com a ajuda de expressões deônticas básicas (ordem, permissão, proibição); e 3º) Ambos são razões para juízos concretos de dever-ser (ainda que de tipo diferente).³⁹

Feitas essas considerações, pode-se concluir que, seja sob o aspecto estrutural, seja no que se refere à sua essência, não há, do ponto de vista lógico,

³⁶ CRISAFULLI, Vezio, op. cit., p. 17.

³⁷ BOBBIO, Norberto, Teoria do ordenamento jurídico, pp. 158-159.

³⁸ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 35.

³⁹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 83

nenhuma razão plausível capaz de afastar a classificação dos princípios constitucionais como norma jurídica.

5. DOS PRINCÍPIOS E DAS REGRAS

5.1. *DISTINÇÃO*

As considerações acima apontam que o *discrímen* entre princípio e norma deve ser abandonado para dar lugar à distinção entre princípios e regras, ambos espécies do gênero norma.

Vários critérios são propostos para tal distinção. Iremos abordar alguns deles.

O mais utilizado é o da *generalidade* (ou *abstratividade*). Como característica das normas jurídicas em geral, ela está presente tanto nos princípios como nas regras, posto que de maneira estruturalmente diversa. A generalidade das regras jurídicas caracteriza-se pela possibilidade de abrangência, por seu *pressuposto de fato* (ou *hipótese*), de inúmeros casos *homogêneos*. Com relação aos princípios jurídicos, a generalidade se refere à *heterogeneidade* de casos potencialmente suscetíveis de entrar na esfera de previsão de seu *pressuposto fático*. Por isso, costuma-se dizer que os princípios são normas “generalíssimas”.

ALEXY critica a utilização deste critério argumentando que existem normas com um alto grau de generalidade que não são princípios. Como exemplo ele cita a norma do Código Penal alemão correspondente ao art. 1º do CP brasileiro (prevista também em nossa constituição atual - “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”). Segundo ele, este enunciado formula uma regra, tendo em vista que o que se exige é algo que sempre pode apenas ser ou não ser cumprido⁴⁰, isto é, algo que nunca poderá ser objeto de ponderação diante de um caso concreto. Este é um dos casos em que a teoria elaborada por Alexy se afasta do uso habitual.

Outro critério é o que se refere ao *grau de determinação* que, apesar de usado por ESSER para diferenciar princípio de norma, pode ser aplicado também na distinção aqui proposta. Segundo este autor - que se revela contrário ao critério da generalidade - o que os diferencia não é a *abstração* ou o *caráter geral*, mas sim a

⁴⁰ ALEXY, Robert, op. cit., p. 104.

“possibilidade de precisar os casos de aplicação”.⁴¹ Assim, enquanto as regras seriam aplicadas de forma direta e imediata aos casos previstos em seu preceito, os princípios não seriam em si mesmos um “mandamento”, mas apenas a causa, critério ou justificação deste⁴².

No mesmo sentido, LARENZ afirma que os princípios são apenas o primeiro passo para uma regulação e que necessitam, para sua condensação em normas e em decisões, de uma concretização posterior.⁴³ Segundo este autor, “os ‘princípios jurídicos’ não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à idéia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar ‘fundamentos justificativos’ delas”.⁴⁴

A proximidade dos princípios com a *idéia de justiça* é outro fator discriminativo apontado por DWORKIN. Segundo este autor, os princípios seriam *standards* que devem ser observados, não por assegurarem situações consideradas desejáveis, mas por serem uma exigência da justiça.⁴⁵

A nosso ver, o critério mais completo e adequado é o baseado na *dimensão*, pois a diferença entre princípios e regras não é apenas gradual, mas também qualitativa. Enquanto as regras possuem somente a *dimensão da validade*, os princípios possuem ainda a dimensão da *importância*, do *peso* ou *valor*. Com isso, quer-se dizer que as regras suscitam apenas problemas de validade, ou seja, na hipótese de conflito entre elas, uma não será válida e, portanto, deverá ser excluída ou abandonada. Esta exclusão dar-se-á segundo os critérios para a solução de antinomias estabelecidos por outras normas existentes no próprio ordenamento jurídico, como, *e.g.*, *lex posterior derogat priori*, *lex specialis derogat generalis* ou *lex superior derogat inferiori*.

Quanto aos princípios, *além da validade*, eles levantam ainda a questão da *importância* ou *valor*; vale dizer, caso ocorra um conflito entre dois ou mais princípios, deve-se levar em conta para a solução do problema o peso relativo de cada um mediante a ponderação e o balanceamento dos valores e interesses envolvidos.

⁴¹ ESSER, Joseph, op. cit., p. 66.

⁴² Idem, pp. 66-67

⁴³ LARENZ, Karl, *Derecho justo: fundamentos de etica juridica*, pp. 33-36.

⁴⁴ LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, p. 316.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 22.

Calcado neste critério, ALEXY define os princípios como “mandamentos de otimização”, isto é, como “normas que ordenam que algo seja realizado na *maior medida possível*, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.⁴⁶ Ao contrário, as regras, quando válidas, devem ser cumpridas na *exata medida* de suas prescrições.⁴⁷

Semelhante é a distinção feita por DWORKIN. Segundo ele, a diferença está no caráter da orientação dada (“distinção lógica”). No caso das regras, a aplicação seria segundo a lógica do tudo-ou-nada (“rules are applicable in all-or-nothing fashion”), ou seja, verificados os fatos previstos por uma regra válida, a resposta dada por ela deve ser aceita.⁴⁸

Essa diferença qualitativa entre os princípios e as regras faz com que sua aplicação, assim como a solução de seus conflitos, se proceda de modo diverso, conforme veremos a seguir.

5.2. ATUAÇÃO PRÁTICA

Os princípios se caracterizam pelo fato de possibilitarem que a medida de seu cumprimento se dê em diferentes graus, conforme as possibilidades reais e jurídicas, cujo âmbito é determinado por princípios e regras opostos.⁴⁹

Assim, diversamente das regras, os princípios não estabelecem conseqüências automáticas. Eles atuam como uma espécie de vetor que aponta a direção a ser seguida na decisão, sendo que um determinado princípio pode prevalecer em alguns casos e ser preterido em outros, o que não significa sua exclusão.

Os princípios permitem, assim, a ponderação de valores conforme o caso dado. A análise e a opção por determinados princípios em detrimento de outros, não ocorre abstratamente, um vez que eles não possuem um valor absoluto. Essa escolha só pode ocorrer em face de uma situação concreta, na qual será avaliado qual princípio envolvido possui um “peso relativo” - ou seja, relacionado àquele caso específico – maior.

Ao contrário das regras que, quando válidas, devem ser cumpridas na medida exata de suas prescrições, os princípios, ensina CANOTILHO, “permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à *lógica do tudo*

⁴⁶ ALEXY, Robert, op. cit., p. 86.

⁴⁷ Idem, p. 87.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 24.

⁴⁹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 86.

ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”.⁵⁰

Cumpra-se ressaltar que, apesar da necessidade de serem levados em conta qualquer que seja a situação em análise, é sobretudo nos *casos difíceis* que os princípios atuam com maior peso e com toda a sua força, servindo como base para a argumentação que fundamenta as sentenças.⁵¹

No que se refere à sua aplicação no caso concreto, DWORKIN assinala que ela se difere da aplicação das regras, pois, enquanto estas impõem resultados, os princípios atuam na orientação do sentido de uma decisão. Quando se chega a um resultado contrário ao apontado pela regra – ensina - é porque ela foi mudada ou abandonada, já os princípios, ainda que não prevaleçam, sobrevivem intactos. Isso, porém, – esclarece - não justifica a conclusão de que os juízes tenham discricção ao tratarem com princípios, pois, assim como devem seguir uma regra que considerem como obrigatória, devem também decidir de acordo com os princípios que considerem de maior peso, caso existam outros (de peso menor) apontando em sentido contrário.⁵²

Com relação à aplicação de uma regra jurídica válida, pode-se afirmar que verificados, em uma determinada situação concreta, os pressupostos de fato abstratamente previstos, ela deverá ser aplicada automaticamente, de forma absoluta. Portanto, pode-se dizer que as regras, aos prescreverem determinações, impõem resultados.

Nesse sentido, DWORKIN sustenta que as regras são aplicáveis na forma de juízos disjuntivos (*in all-or-nothing fashion*), ou seja, se os fatos estipulados por uma regra válida se dão, a resposta dada deve ser aceita. Por essa razão – argumenta -, distintamente do que se dá com os princípios, um enunciado preciso de uma regra deve levar em conta todas as exceções que ela contém.⁵³

Rebatendo o modelo apresentado por Dworkin - segundo o qual os princípios teriam o mesmo caráter *prima facie*, ao passo que as regras teriam o mesmo caráter definitivo - ALEXY afirma ser ele muito simplório. Segundo o autor alemão, as regras necessitam de um modelo diferenciado, devido à possibilidade de introduzir-lhes uma cláusula de exceção. Quando isso ocorre – observa ele – a regra perde seu caráter

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 1125.

⁵¹ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 29.

⁵² Idem, p. 35.

⁵³ DWORKIN, Ronald, op. cit., pp. 24-25.

definitivo para solucionar o caso. Essas cláusulas de exceção, ao contrário do que defende Dworkin, não poderiam ser enumeradas sequer teoricamente, uma vez que um novo caso pode introduzir uma nova cláusula.⁵⁴

No tocante à possibilidade de enumeração dessas cláusulas de exceção, ousamos discordar de Alexy. Por certo, se um novo caso apresentar uma nova cláusula, isso não significa a impossibilidade de sua enumeração teórica, mas simplesmente que o enunciado anterior era incompleto e impreciso. Ou seja, a afirmação de que um enunciado completo deve levar em conta todas as exceções que ele contém, não impede que o surgimento de novos casos acrescentem novas exceções àquele enunciado anterior de forma a completá-lo.

O modelo apresentado por ALEXY traz a conclusão no sentido de que as regras e os princípios, por serem argumentos (razões) distintos, possuem um diferente caráter *prima facie*. Enquanto os princípios **sempre** são razões *prima facie* (aceitas em um primeiro momento e posteriormente verificadas) as regras, quando aplicáveis sem qualquer exceção, são *argumentos definitivos* para um juízo concreto de dever-ser.⁵⁵ Isso significa que os princípios, por apresentarem argumentos que podem ser desprezados por razões opostas, não contêm nunca um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Já as regras válidas, de modo diverso, exigem que se faça exatamente o que elas determinam. Portanto, mesmo o caráter *prima facie* das regras que não possuem um caráter estritamente definitivo por comportarem exceções é algo basicamente diferente e essencialmente mais forte que o dos princípios.

Por terem esse caráter *prima facie*, pode ocorrer que, em alguns casos, um determinado princípio não prevaleça. Todavia, nesse caso, não se pode inferir a sua exclusão do ordenamento jurídico, vez que, em um outro caso distinto, esse princípio pode ser fundamental, por inexistentes as considerações em contrário ou mesmo por não terem estas o mesmo peso. Quando se afirma que um princípio faz parte de um ordenamento jurídico, o que se quer dizer é que os aplicadores do direito devem levá-lo em consideração, se for o caso, como critério determinante na escolha de um ou outro sentido.⁵⁶

⁵⁴ ALEXY, Robert, op. cit., pp. 99-100.

⁵⁵ ALEXY, Robert, op. cit., p. 101.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 26.

Em síntese derradeira, podemos dizer que os princípios são normas jurídicas aptas a gerar direitos subjetivos e a fundamentar toda e qualquer decisão que, seja qual for, deve sempre levar em consideração os princípios do ordenamento, dentre eles e com maior razão, os princípios constitucionais, em virtude de sua supremacia hierárquica. Não obstante, é certamente nos casos mais controvertidos e difíceis, ou seja, naqueles em que a decisão é patentemente injusta ou que não exista a regulação de uma regra específica, que a atuação dos princípios se dá com maior força e clareza, o que não significa, porém, que nos outros casos os princípios não devam ser considerados.

5.2.1 *Formas de solução do conflito de normas*

Não poderíamos falar satisfatoriamente acerca da atuação prática dos princípios sem tratarmos da questão dos conflitos entre as normas jurídicas.

Por ser a constituição um sistema aberto de regras e princípios, podem ocorrer *fenômenos de tensão* entre eles. A Constituição, como se sabe, é resultante de um compromisso entre setores diferenciados e, por vezes, antagônicos existentes na sociedade. O *consenso fundamental* responsável pelas regras e princípios positivados não impede e nem apaga “o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador”⁵⁷, o que pode suscitar o conflito entre os diversos princípios inseridos na lei fundamental.

O método utilizado para a solução desse tipo de conflito, como já deixamos transparecer em outras passagens do texto, é diferente daquele usado para a solução de antinomias entre normas.

Como é cediço, as regras contraditórias de um ordenamento jurídico não podem ter validade simultânea. Nesse caso, há apenas duas soluções possíveis: ou se introduz a chamada cláusula de exceção; ou, se isto não for possível, exclui-se uma delas com base em critérios estabelecidos por outras normas existentes no próprio ordenamento (declaração de invalidade).

Um exemplo de cláusula de exceção seriam as causas de exclusão de antijuridicidade. A regra geral contida no Código Penal preceitua que é proibido matar outrem. Todavia, em alguns casos, permitem-se exceções a essa regra, como ocorre, *e.g.*, na legítima defesa ou no estado de necessidade.

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, pp. 1145-1146.

Todavia, quando não é possível introduzir essa cláusula de exceção, havendo a incompatibilidade entre duas regras elaboradas dentro de um mesmo ordenamento jurídico, uma delas necessariamente deverá ser excluída do sistema (*antinomia jurídica própria*).

Este tipo de contradição, ainda que seja algo raro, também pode ocorrer com os princípios. Nesse caso, por estar em jogo a dimensão da validade, deve-se analisar sua pertinência ou não ao ordenamento jurídico. Trata-se de saber o que deverá ser colocado dentro e o que deverá ser excluído deste. Como exemplo, ALEXY cita o *princípio da discriminação racial* que, se consagrado em alguma lei, estaria em contradição com a constituição.⁵⁸

Não obstante, pode ocorrer um outro tipo de conflito dentro do ordenamento jurídico. Aqui, não se trata de avaliar a pertinência de uma das normas ao ordenamento, uma vez que neste sua validade já é pressuposta, mas sim de se analisar qual delas deverá prevalecer na solução daquele caso. Essa espécie de conflito - chamado por Alexy de *colisão* - só poderá ocorrer entre princípios.

Isso ocorre, porque eles possuem, além da dimensão da validade, a *dimensão da importância*, do *peso* ou do *valor*. Assim, na análise da solução para o caso concreto os princípios permitem o balanceamento de seu peso relativo de acordo com as circunstâncias, podendo ser “objeto de ponderação e concordância prática”.⁵⁹

O ponto em comum entre os dois conflitos é que se as duas normas forem aplicadas de forma independente, irão conduzir a resultados diversos. A diferença é a forma como o conflito será solucionado.

Portanto, vale repetir, o conflito entre dois princípios não conduz, obrigatoriamente, à exclusão de um deles e tampouco a opção por um implica a desobediência do outro (*antinomia de princípio*).

Por certo, nem sempre é fácil a escolha de um determinado princípio (ou grupo de princípios), por não existir uma medida exata sobre sua maior ou menor importância. Essa escolha só poderá ser feita mediante a análise das peculiaridades do caso concreto, o que poderá ser objeto de controvérsias, algo aliás, não raro no âmbito jurídico, afinal, como bem assinalado por Eros GRAU, “o fenômeno jurídico não é uma

⁵⁸ ALEXY, Robert, op. cit., p. 105.

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 1146.

questão científica, porém uma *questão política* e, de outra parte, a aplicação do direito é uma *prudência* e não uma ciência”.⁶⁰

ALEXY procura estabelecer alguns critérios a serem utilizados na solução das colisões entre princípios. Um dos mais importantes é a *lei de colisão*, assim formulada: “as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro constituem o *pressuposto fático* de uma regra que expressa a *conseqüência jurídica* do princípio precedente”.⁶¹

Desse modo, através da ponderação de interesses opostos é estabelecida uma *relação de precedência condicionada* que diz sob quais condições um princípio precede ao outro. Deve-se salientar que abstratamente os princípios possuem o mesmo grau. Somente mediante um caso concreto é possível verificar qual o interesse possui um maior peso e, por conseqüência, deverá prevalecer sobre outro. Essa relação de precedência é condicionada, justamente porque, sob outras condições, o resultado pode ser diferente. Isso se dá em razão do próprio caráter dos princípios (“mandamentos de otimização), entre os quais inexistente uma relação absoluta de precedência e cujas ações e situação às quais se referem não são passíveis de quantificação”.⁶²

Na tentativa de afastar a objeção de irracionalidade, o autor alemão fala também de uma *lei de ponderação*, a qual estabelece que “quanto maior é o grau da não satisfação ou da afetação de um princípio, maior tem que ser a importância da satisfação do outro.”⁶³ Segundo ele, esta lei diz o que é que deve ser fundamentado racionalmente.

Contra a objeção de que o conceito de ponderação poderia dar margens a um subjetivismo exacerbado, ALEXY apresenta o que ele chama de *modelo de fundamentação*, desenvolvido nos seguintes termos:

uma ponderação é racional se o enunciado de preferência ao qual conduz pode ser fundamentado racionalmente. Desta maneira, o problema da racionalidade da ponderação conduz à questão da possibilidade da fundamentação racional de enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre valores ou princípios opostos.⁶⁴

⁶⁰ GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 99.

⁶¹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 94.

⁶² Idem, p. 95.

⁶³ Ibidem, p. 161.

⁶⁴ Ibidem, p. 159.

O *modelo de fundamentação* tem como objetivo proporcionar um **critério objetivo** através da vinculação entre a *lei de ponderação* e a *teoria da argumentação jurídica racional*.

Em resumo: na hipótese de conflito entre dois princípios (ou dos valores expressos por eles), deve-se levar em consideração, para a solução do problema, o *peso relativo* (ou *importância*) de cada um segundo as circunstâncias fáticas do caso em concreto.

Pode ocorrer, outrossim, um conflito aparente entre princípios e regras do ordenamento jurídico. Nessa situação, duas hipóteses devem ser consideradas.

Muitas das vezes, apesar de aparentemente estarem em contradição, as regras *refletem* os princípios, isto é, algumas vezes as regras só ganham vida naqueles moldes em razão da existência de um determinado princípio. Quando isso ocorre, elas conferem a forma e determinam a amplitude de alguns princípios, dando-lhes concreção.

Para facilitar o entendimento, vale trazer à lume o exemplo formulado por DWORKIN. Segundo ele, o fato de existirem regras como a do usucapião comprova que o princípio de que “ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza” é realmente um princípio e não uma regra. As “regras que tratam do usucapião” - ensina - “*refletem* este princípio em vez de entrar em conflito com ele”, haja vista que se não existisse o mencionado princípio, estas regras teriam uma forma diferente, ou seja, o longo tempo exigido para esse tipo de aquisição seria muito menor. “Com frequência”, observa o autor, “as regras representam uma espécie de compromisso entre princípios”.⁶⁵

Nessa primeira hipótese, portanto, não é correto falar em conflito para descrever a relação entre essas espécies de norma.

Pode ocorrer, todavia, como *resultado* de uma atividade interpretativa levada a efeito para a solução de um caso concreto, que uma regra específica seja ignorada ou afastada por colidir com um determinado princípio ou conjunto de princípios. Nesse caso, teremos a chamada *interpretação ab-rogante*⁶⁶, aquela que, “diante de uma incompatibilidade absoluta e irredutível entre dois preceitos legais ou entre um dispositivo de lei e um princípio geral do ordenamento jurídico, conclui pela

⁶⁵ DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 77.

⁶⁶ A rigor, trata-se de ab-rogação em sentido impróprio, uma vez que o operador jurídico não tem o poder de expelir a norma do sistema.

inaplicabilidade da lei interpretada”.⁶⁷ Isso não significa, porém, que as regras também possuem a dimensão do peso ou valor. O que ocorre nesses casos é que o operador jurídico decide que o conjunto de princípios que requerem o abandono da norma estabelecida - entre eles o *princípio de justiça* - tem um peso maior, nas circunstâncias daquele caso em particular, que o conjunto de princípios - dentre eles o *princípio de ater-se ao estabelecido* - que requerem a manutenção daquela norma. Ou seja, para decidir, o operador jurídico compara o peso de dois conjuntos de princípios, e não o peso de uma regra e de um princípio.⁶⁸

Nessa segunda hipótese, portanto, como se pode observar, o método utilizado para a solução de um conflito entre regra e princípio é o mesmo apontado para o conflito entre princípios, ou seja, em ambos os casos deve-se considerar o peso relativo (ou importância) de cada grupo em face das particularidades do caso concreto.

Em relação a este aspecto, faz-se oportuno observar que não há desobediência à lei quando um operador jurídico se pauta em critérios estabelecidos pelo próprio Direito, para adaptá-la a uma situação concreta.

6. CONCLUSÃO

O objetivo principal deste trabalho foi salientar a importância normativa e axiológica dos princípios constitucionais como instrumentos jurídicos legítimos para a construção de uma verdadeira justiça material, demonstrando que a idéia de serem eles meras diretrizes sem caráter vinculante é algo inaceitável e incompatível com a concepção atual do direito, na qual os valores ocupam uma posição cada vez mais destacada.

Tentou-se, ainda, estabelecer alguns critérios de distinção entre princípios e regras, o modo de aplicação desses princípios em situações concretas e, por fim, de que forma devem ser resolvidos os conflitos que não raro poderão ocorrer entre os diversos princípios, demonstrando que a exigência de fundamentação é suficiente para afastar a idéia de irracionalidade e subjetivismo na escolha de determinados princípios - uma das principais críticas feitas à sua teoria.

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.*, Teoria geral do processo, p. 100.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp. 77-78.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução por Maria Celeste Cordeiro L. dos Santos. 8. ed. Brasília: UnB, 1996. Tradução de: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BOSON, Gerson de Brito Mello. *Filosofia do Direito: interpretação antropológica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 1992.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizione di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard, 1977.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*. Tradução por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. Tradução de: *Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts*.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* *Teoria geral do processo*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.
-

LARENZ, Karl. Derecho justo: fundamentos de etica juridica. Tradução por Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993. Tradução de: *Richtiges recht. grundzüge einer rechtsethik*.

_____. Metodologia da ciência do direito. Tradução por José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Tradução de: *Methodenlehre der rechtswissenschaft*.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução por João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Tradução de: *Reine rechtslehre*.

MACEDO, Sílvio de. Curso de axiologia jurídica: os valores jurídicos em novas perspectivas. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MUSSO, Enrico Spagna. Diritto Costituzionale. 4. ed. Padova: Cedan, 1992.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Lições preliminares de Direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito financeiro e tributário. 3. ed. atual. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

Fonte:

http://www.acarvalho.com.br/site/internas/automacao/Arquivos/artigos/a_aplicacao_dos_principios_constitucionais.doc

Acesso em 07/07/2009
