

**Gilmar Ferreira Mendes**  
**Inocêncio Mártires Coelho**  
**Paulo Gustavo Gonet Branco**

# **Curso** **de Direito** **Constitucional**

2007

  
**Editora**  
**Saraiva**

  
**idp**  
**INSTITUTO BRASILENSE**  
**DE DIREITO PÚBLICO**

por afirmar, em linguagem rebuscada, que são auto-aplicáveis as normas que não dependem de outras para a sua aplicação<sup>51</sup>.

A título de curiosidade, registre-se que, naquela ocasião, dissemos não ser auto-aplicável o preceito constitucional que instituiria o mandato de injunção (art. 5º, LXXI) porque, a despeito da finalidade que o inspirara, e do que dispõe o § 1º do mesmo artigo da Lei Maior — “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” —, esse dispositivo nos parecia incompleto e desprovido dos elementos mínimos indispensáveis à sua imediata execução.

Mesmo assim, sob aplausos gerais — tanto mais intensos quanto menos avisados —, o STF rejeitou aquele entendimento e, como prevíamos, e até chegamos a varicinar em nosso parecer, o novo instituto veio a morrer de *inaplicação*, por falta de uma regulamentação adequada à sua natureza, de nada valendo para viabilizá-lo a legislação apressadamente tomada de empréstimo ao mandado de segurança.

Aliás, se fosse auto-aplicável ou bastante em si, como afinal e contraditoriamente se afirmou naquela decisão, o mandado de injunção dispensaria a ajuda regulamentadora tomada de empréstimo a outro *remédio* constitucional...

Quanto aos modernos doutrinadores, apesar dos louváveis esforços que têm feito para densificar a eficácia das normas constitucionais não auto-aplicáveis, nomeadamente a das chamadas disposições *programáticas*<sup>52</sup>, apesar desse trabalho, digamos, de *garimpagem*, forçoso é reconhecermos que pouco avançaram nesse árduo empreendimento, dando-nos a impressão de que o filão, tão insistentemente procurado, vai-lhes *fugindo* a cada nível das suas penosas escavações. É o que retrataram, salvo engano, estas conclusões de Jorge Miranda:

“Em suma, a força jurídica das normas programáticas traduz-se (por ordem mais cronológica do que lógica) em:

- 1) elas determinam a cessação da vigência, por inconstitucionalidade superveniente, das normas legais anteriores que disponham em sentido contrário;
- 2) enquanto o seu sentido essencial seja sempre prescritivo, e não proibitivo, elas possuem, complementamente, um duplo sentido proibitivo ou negativo — protegem a emissão de normas legais contrárias e protegem a prática de comportamentos que tendam a impedir a produção de atos por elas impostos — donde inconstitucionalidade material em caso de violação;

<sup>51</sup> Inocêncio Mártires Coelho, Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 104, p. 45, out./dez. 1989.

<sup>52</sup> Cf. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente*, cit.; Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, cit.; Rolando E. Pina, *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*, Buenos Aires: Astrea, 1973; Maria Helena Diniz, *Norma constitucional e seus efeitos*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 103-104; Luis Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 1990; e Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo: Acadêmica, 1994.

3) elas fixam diretrizes ou critérios para o legislador ordinário nos domínios sobre que versam — donde, inconstitucionalidade por omissão em caso de inércia legislativa e ainda inconstitucionalidade material (que é inconstitucionalidade por ação), por desvio de poder, em caso de atassamento desses critérios;

4) elas adquirem eficácia sistemática como elemento de integração dos restantes preceitos constitucionais e, assim, através da analogia que sobre elas se construa, adquirem uma eficácia criadora de novas normas<sup>53</sup>.

O mesmo se poderá dizer sobre o balanço de Gomes Canotilho, essencialmente idêntico, no particular, ao do seu ilustre compatriota, apesar ou por causa da afirmação otimista de que, “...marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da morte das normas constitucionais programáticas”<sup>54</sup>.

## 2.5. Normas de organização e normas definidoras de direitos

Quanto à matéria que disciplinam, e refletindo a clássica dicotomia Estado/indivíduo, as disposições constitucionais podem ser classificadas em normas de *organização*, de *estrutura* ou de *competência*, e normas *definidoras de direitos*, sendo as primeiras aquelas que dispõem sobre a ordenação dos poderes do Estado, sua estrutura, competência, articulação recíproca e o estatuto dos seus titulares; as outras, as que definem os *direitos fundamentais* dos jurisdicionados.

## 2.6. Princípios jurídicos e regras de direito

Das mais relevantes para a prática do Direito, sobretudo em âmbito constitucional, essa distinção tem como base a estrutura normativo-material dos preceitos que integram a parte dogmática das constituições, com enormes reflexos na sua interpretação e aplicação, como se verá adiante.

De início, embora nos desobrigando de apontar uma diferença *ontológica* entre essas espécies normativas, até porque dita ontologia não resistiria ao teste da experiência nos diversos quadrantes do mundo jurídico<sup>55</sup>, dispensando-nos desse esforço *essencialista* afirmaremos, com Marcel Strati, que “aquilo que caracteriza particularmente o princípio — e isto constitui sua diferença com a regra de direito (...) — é, de um lado, a falta de precisão e, de outro, a generalização e abstração lógica...”<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> *Manual de direito constitucional*, cit., p. 219-220.

<sup>54</sup> *Direito constitucional*, cit., p. 1050-1051. Sobre o tema da executoriedade da Constituição, ver o clássico de José Afonso da Silva: *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

<sup>55</sup> Cf., por todos, Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona: Bosch, 1961, especialmente as p. 113-179.

<sup>56</sup> *Le standard juridique*, Paris: L’AM, 1927, p. 56.

Sob perspectiva um tanto diversa, Josef Esser distingue essas duas espécies normativas dizendo que "os princípios jurídicos, diferentemente das normas [regras] de direito, são contéudo em oposição a forma, embora o uso dessas categorias aristotélicas — adverte — não nos deva induzir a pensar que a forma seja o acessório de algo essencial", até porque "histórica e efetivamente, a forma, entendida processualmente como meio de proteção do direito ou materialmente como norma, é sempre o essencial, o único que pode conferir realidade e significação jurídica àquele contéudo fundamental ainda não reconhecido como *ratio*".<sup>57</sup>

Se, por outro lado, adotarmos o critério de Ronald Dworkin, diremos que a diferença entre regras e princípios é de natureza *lógica* e que decorre dos respectivos modos de aplicação<sup>58</sup>.

Com efeito, em razão da sua estrutura normativo-material — se *A deve ser B* —, as regras são aplicadas à maneira de proposições disjuntivas, isto é, se ocorrerem os fatos descritos na sua hipótese de incidência e se elas forem normas válidas, de acordo com a *regra de reconhecimento*<sup>59</sup> do sistema a que pertencem, as suas prescrições incidirão necessariamente sobre esses fatos, regulando-os na exata medida do que estatuírem e afastando — como *inválidas* — outras regras que, eventualmente, possam concorrer ou entrar em conflito com elas.

Noutras palavras, em se tratando de regras de direito, sempre que a sua previsão se verificar numa dada situação de fato concreta, valerá para essa situação exclusivamente a sua consequência jurídica, com o afastamento de quaisquer outras que dispuserem de maneira diversa, porque no sistema não podem coexistir normas *incompatíveis*. Se, ao contrário, aqueles mesmos fatos constituírem hipótese de incidência de outras regras de direito, estas e não as primeiras é que regerão a espécie, também *integralmente e com exclusividade*, afastando-se — por incompatíveis — as consequências jurídicas previstas em quaisquer outras regras pertencentes ao mesmo sistema jurídico.

Dai se dizer que na aplicação aos casos ocorrentes, as regras — disjuntivamente — valem *ou* não valem, incidem *ou* não incidem, umas afastando ou anulando as outras, sempre que para uma mesma situação de fato existam consequências jurídicas *antitômicas* ou reciprocamente excludentes, uma solução que é *lógica* só nas aparências e não revela o intrincado *jogo consigo mesmo* que, em qualquer instância, o aplicador do direito é obrigado a disputar até descobrir

<sup>57</sup> *Principio y norma*, cit., p. 65.

<sup>58</sup> *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1995, p. 74 e s.

<sup>59</sup> Herbert Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 117-118. Ver, também, Juan Ruiz Manero, La regla de reconocimiento y el status normativo de los jueces, in *Jurisdicción y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 97-198, e Manuel Atriaza e Juan Ruiz Manero, La regla de reconocimiento, in *Las piezas del derecho*, Barcelona: Ariel, 1996, p. 143-163.

e/ou eleger as normas que levará em conta para decidir as causas ou controvérsias submeridas à sua apreciação<sup>60</sup>.

Como o Direito, enquanto *ordenamento* ou *sistema*, não tolera *antinomias* ou *contradições*, ao longo dos séculos tanto a legislação quanto a doutrina e a jurisprudência foram elaborando algumas regras, de acetação generalizada, para resolver os conflitos entre normas, pelo menos aqueles simplesmente *aparentes*, já que as *antinomias reais* permanecem insolúveis ou têm a sua resolução confiada ao poder discricionário do intérprete, como assinala Bobbio<sup>61</sup>.

Fruo desse trabalho são os chamados *critérios cronológico, hierárquico e da especialidade*, em verdade simples regras técnicas que, na maioria dos casos, ao serem utilizadas parecem ter resolvido apenas falsos problemas. É que a incidência de uma norma afasta a incidência da outra, de tal sorte que, no mais das vezes, as chamadas regras de *solução de conflitos* são invocadas pelos aplicadores do Direito menos para *resolver* do que para *declarar* inexistentes supostos deteitos lógicos nos ordenamentos em que operam.

Afinal de contas, parece *intuitivo* que aquelas regras, precedendo a promulgação das normas jurídicas, previnam ou evitem o surgimento de *contradições* entre elas, as quais, precisamente por isso, podem ser descartadas como, simplesmente *aparentes*. Essa conclusão, no entanto, seria correta apenas se, contra toda a evidência, existisse de fato o *legislador racional*<sup>62</sup> e se os sistemas jurídicos, fruto do seu trabalho, fossem logicamente consistentes ou imunes à ocorrência de conflitos *reais*, i. e., de situações em que duas ou mais normas (i) pertencentes ao mesmo ordenamento, (ii) dotadas de igual hierarquia, (iii) editadas simultaneamente, e (iv) possuindo âmbitos de validade idênticos,

<sup>60</sup> Ver, a propósito, o que disse Karl Larenz sobre o *vainém dialético* da aplicação do direito: "No começo, está o texto da lei — só aparentemente claro e fácil de aplicar — e no final — se este existe —, entretida em torno do texto, uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua aplicação no caso singular e que transmutou amplamente o seu contéudo, a pontos de em casos extremos quase o tornar irreconhecível. Com efeito, um estranho resultado daquele processo que o jurista se habituou a denominar simplesmente de *aplicação das normas!*" (*Metodologia da ciência do direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 250).

<sup>61</sup> Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília: Polis/Ed. da UnB, 1989, p. 100. Embora formulada em contexto diverso, merece registro esta observação de Manuel Calvo García sobre a racionalidade das leis: "Frente a uno de los postulados más característicos de la concepción metodológica tradicional, las teorías de la argumentación defienden que el legislador real no es racional o, lo que es igual, que no hace leyes perfectas que prevengan soluciones claras y no contradictorias para cualquier caso hipotético que pueda producirse, y que, por lo tanto, quienes tienen que ser racionales son los juristas, quienes interpretan y aplican la ley" (*Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid: Tecnos, 1994, p. 217).

<sup>62</sup> Sobre a ficção do *legislador racional*, ver Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974, p. 85-101.

mesmo assim estabelecem para um mesmo caso soluções que — pelo menos aos olhos do intérprete — são mutuamente incompatíveis.<sup>63</sup>

Por isso, nesses casos modelares de inconsistência *total-total* ou de incompatibilidade absoluta entre normas<sup>64</sup>, não se encontram soluções manejando os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, até porque eles são congenitamente insuficientes, podem entrar em contradição e, afinal, só “resolvem” mesmo os conflitos aparentes de normas.<sup>65</sup>

No campo da aplicação dos princípios, ao contrário, a maioria entende que não se faz necessária a formulação de regras de colisão, porque essas espécies normativas — por sua própria natureza, finalidade e formulação — parece não se prestarem a provocar conflitos, criando apenas momentâneos estados de tensão ou de *mal-estar hermenêutico*, que o operador jurídico *prima facie* verifica serem passageiros e plenamente superáveis no curso do processo de aplicação do Direito.

Daí a observação de Humberto Ávila de que a própria ideia de “conflito” deve ser repensada, pois se o conteúdo normativo de um princípio “depende” da complementação (positiva) e limitação (negativa) decorrentes da relação dialética que mantêm com outros princípios, parece inconcebível a ocorrência de efetivas “colisões” entre eles. Tratar-se-ia, prossegue esse autor, de um conflito aparente e não-uniforme, já que a ideia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas eventualmente contrapostas, o que no caso dos princípios está *previamente* afastado pois eles são definidos justamente em função de não terem uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica abstratamente determinadas. Dessarte, conclui Humberto Ávila, “o problema que surge na aplicação dos princípios reside muito mais em saber qual deles será aplicado e qual a relação que mantêm entre si”<sup>66</sup>. Daí, igualmente, a observação de Juan Cianciando a nos dizer que, a rigor, não se trata da primazia de um princípio sobre outro, mas apenas da *inaplicabilidade* do princípio eventualmente afastado, funcionando como suposto de fato da regra de decisão — que,

então, necessariamente, se formula — as circunstâncias do caso e, como sua consequência jurídica, a que se extrai do princípio de maior peso.<sup>67</sup>

É que, diferentemente das regras de direito, os princípios jurídicos não se apresentam como *imperativos categóricos, mandatos definitivos* nem *ordenações de vigência* diretamente emanados do legislador, antes apenas enunciam motivos para que o seu aplicador se decida neste ou naquele sentido. Noutras palavras, enquanto em relação às regras e sob determinada concepção de justiça, de resto integrada na *consciência jurídica geral*<sup>68</sup>, o legislador *desde logo* e com exclusividade define os respectivos *supostos e disposições*, isto é, cada hipótese de incidência e a respectiva consequência jurídica, já no que se refere aos princípios jurídicos — daí o seu caráter *não conclusivo*, anota Hart<sup>69</sup> — esse mesmo legislador se abstém de fazer isso, ou pelo menos de fazê-lo sozinho e por inteiro, preferindo compartilhar a tarefa com aqueles que irão aplicar esses *standards* normativos, porque sabe de antemão que é somente em face de situações concretas que eles logram atualizar-se e operar como verdadeiros *mandatos de otimização*.

Por isso, lembrando Karl Larenz, diríamos que, em si mesmos, os princípios, não são — ou ainda não são — regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas pontos de partida ou pensamentos diretores, que sinalizam — aí se detém o legislador — para a norma a ser descoberta ou formulada por quem irá aplicá-la conforme as exigências do caso.<sup>70</sup>

Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios jurídicos se produzem necessariamente em dois tempos e a quatro mãos: primeiro são formulados genérica e abstratamente pelo legislador; depois se concretizam, naturalmente, como *normas do caso* ou *normas de decisão*, pelos intérpretes e aplicadores do Direito. Ou, se preferirmos — parafraseando Eduardo Couture<sup>71</sup> —, os princípios são regras *a longo prazo*, porque embora pareçam precedê-las — como enganosamente sugere o seu nome — em verdade é delas que eles vão sendo extraídos e generalizados, pelos juízes e tribunais, ao construírem as *regras de decisão*, que lhes permitem realizar a justiça em sentido material, dando a cada um o que é seu.<sup>72</sup>

<sup>63</sup> El conflictivismo en los derechos fundamentales. Pamplona: EUNSA, 2000, p. 200-201.

<sup>64</sup> Karl Larenz, *Metodología da ciência do direito*, cit., p. 272-274.

<sup>65</sup> Herbert L. A. Hart, *O conceito de direito*, 2. ed., tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 322-323.

<sup>66</sup> *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1993, p. 33. Em perspectiva idêntica, Peter Häberle observa, por exemplo, que todo direito fundamental aspira a ser “regra”, para que a sua normatividade se converta em normalidade ou prática efetiva no âmbito da sociedade em que pretende atuar (*La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997, p. 101 e 197).

<sup>67</sup> Para Eduardo Couture, “a teoria é a prática a longo prazo”, conforme anotado por Sadok Belaid, em seu *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris: LGD, 1974.

<sup>72</sup> Josef Esser, *Princípio y norma*, cit., p. 71.

<sup>66</sup> A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 215:151-179, jan./mar. 1999 (nota 48, à p. 162).

De outra parte, sem impor aos seus operadores uma única decisão correta e justa, eles admitem e até mesmo exigem *convivência* e *conciliação* com outros princípios — igualmente operantes e eventualmente concorrentes — que ofereçam razão para soluções em sentido diverso, tudo isso num complexo *jogo concertado* de complementações e restrições recíprocas; ou, se preferirmos, num processo essencialmente dialético, que se inicia no instante em que o intérprete esboça a aplicação dos princípios às situações da vida, e que se conclui quando, logrando concretizá-los, ele dá fiel cumprimento a esses mandatos de otimização recebidos do legislador.<sup>73</sup>

A sua gênese e o modo como são positivados nos textos constitucionais evidenciam, por outro lado, que os princípios jurídicos possuem, igualmente, uma importante *dimensão institucional*, como fatores de criação e manutenção de uma *unidade política*, à medida que, nos momentos constituintes, por exemplo, graças à amplitude e à indeterminação do seu significado, eles viabilizam acordos ou pactos de convivência sem os quais as disputas ideológicas seriam intermináveis, e os conflitos delas resultantes não permitiriam a promulgação consensual das leis fundamentais.<sup>74</sup>

Em decisão paradigmática sobre o modo como se desenvolve o *jogo da aplicação dos princípios jurídicos*, o STF assentou que, em face da Constituição de 1988, para *conciliar* o fundamento da *livre iniciativa* e o princípio da *livre concorrência* com os princípios da *defesa do consumidor* e da *redução das desigualdades sociais*, em conformidade com os ditames da *justiça social* — valores *inconciliáveis*, se vistos em abstrato ou tomados em sentido absoluto —, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, *abusivo* que é o poder econômico que visa ao aumento *arbitrário* dos lucros.<sup>75</sup>

Trata-se, portanto, convém insistir, de uma espécie de convivência necessariamente *amistosa* — um *jogo concertado* — menos pela natureza, digamos, *pacífica* dos princípios do que pelo fato de as colisões entre eles não serem *antinomias jurídicas* em sentido próprio, embora possam dar lugar a *regras mutuamente incompatíveis*.<sup>76</sup>

Com efeito, nessa decisão o STF mais não fez do que *ponderar* e *relativizar* o peso dos princípios concorrentes e, diante das *circunstâncias* do caso, legitimar a

<sup>73</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 88-99; Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*, cit., ed. de 1989, p. 579): “É decisivo, por outro lado, que o pensamento não proceda aqui ‘linearmente’, só num sentido: o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio”.

<sup>74</sup> Vital Moreira, Revisão constitucional e “princípios fundamentais”, in *Constituição e revisão constitucional*, Coimbra: Caminho, 1980, p. 73.

<sup>75</sup> ADI 319/DF, Rel. Moreira Alves, RTJ, 149/666-692.

<sup>76</sup> Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, Bogotá: Temis, 1987, p. 190; Josef Esser, *Princípio y norma*, cit., p. 55-56.

intervenção legislativa do Estado em determinado setor da atividade econômica, sem que assim decidindo tenha invalidado qualquer dos *standards* normativos em *conflito*, os quais, *abstratamente* considerados, continuaram com a mesma força normativa e a mesma relevância constitucional. Se e quando, à vista de outro caso *concreto*, aqueles princípios voltarem a entrar em estado de *tensão* — e novamente a depender das *circunstâncias* —, o tribunal poderá levar a cabo um *balanceamento* diverso, atribuindo maior peso ao que, na situação anterior, recebeu menor ponderação.

Por isso é que, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, em vez de se sentir obrigado a escolher entre ou aquele princípio, com exclusão de outros que, *prima facie*, repare igualmente utilizáveis como *norma de decisão*, o intérprete fará uma *ponderação* entre os *standards* concorrentes — obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão<sup>77</sup> — optando, afinal, por aquele que, nas *circunstâncias*, lhe pareça mais adequado em termos de *otimização* de justiça.

Em palavras de Alexy, resolve-se esse *conflito* estabelecendo, entre os princípios concorrentes, uma *relação de precedência condicionada*, na qual se diz, sempre diante das peculiaridades do caso, em que *condições* um princípio prevalece sobre o outro, sendo certo que, noutras circunstâncias, a questão da precedência poderá resolver-se de maneira inversa.<sup>78</sup>

Tratando-se de um método de ponderação de bens *à luz do caso concreto*, é intuitivo que *a priori* não exista uma hierarquia fixa e abstrata entre os diversos princípios, ressalvada — porque fora de cotejo axiológico — apenas a *dignidade da pessoa humana* como *valor-fonte* dos demais valores, *valor fundante* da *experiência ética* ou, se preferirmos, *princípio e fim de toda ordem jurídica*.<sup>79</sup>

Considerando, como já acentuado, que em face do contexto a avaliação dos princípios pode *mudar de sinal* — não nos esqueçamos que a precedência entre eles é sempre *condicionada* —, o fato de se dar menor importância a qualqueres deles, em determinada situação, não o invalida ou desqualifica para futuras aplicações, porque sua preterição terá decorrido exclusivamente das *circunstâncias*

<sup>77</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

<sup>78</sup> *Teoría de los derechos*, cit., p. 92.

<sup>79</sup> Cf., sobre a transcendentalidade do valor *pessoa humana*, Bartista Mondin, A metafísica da pessoa como fundamento da bioética, in *Questões atuais de bioética*, coordenação de Stanislaw Ladusãns, São Paulo: Loyola, 1990, p. 147-174, e *Definição filosófica da pessoa humana*, Baur-Ladusãns, 1998; Miguel Reale, *Pluralismo e liberdade*, São Paulo: Saraiva, 1963, p. 70-74, SP; EDUSC, 1998; Miguel Reale, *Pluralismo e liberdade*, São Paulo: Saraiva, 1963, p. 70-74, e *Filosofia do direito*, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 211-214; Gregorio Pece-Barba, *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1986, p. 112 e 121; Joaquín Arce y Pérez-Valdés, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid: Civitas, 1990, p. 144-151. Em sentido contrário, apontando situações em que a dignidade da pessoa humana cederia lugar a outros princípios, ver Robert Alexy, *Teoría de los derechos*, cit., p. 105-109.

do caso, que não se prestam a fomentar precedentes. É que, ao contrário das regras de direito — claras ordenações de *virgência* ou mandatos de *realização* —, os princípios jurídicos são mandatos de *otimização* ou preceitos de intensidade modulável, a serem aplicados na medida do possível e com diferentes graus de efetivação<sup>80</sup>.

Pois bem, é precisamente nessa característica — pelo menos ao ver de Alexy — que residiria o traço fundamental dos princípios jurídicos, a diferença específica que nos permitiria considerá-los *qualitativamente* distintos das regras de direito:

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os princípios são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandatos de otimização*, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As regras, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Por conseguinte, as regras contêm *determinações* no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio”<sup>81</sup>.

A despeito da grande aceitação que mereceu da doutrina, não são poucos os autores de expressão que se opõem a esse critério diferenciador, seja dizendo que não apenas os princípios, mas também as regras, seriam mandatos de otimização, seja afirmando que não só as regras, mas também os princípios, podem entrar em *colisão total*, de sorte que, num caso concreto, a aplicação de determinado princípio afastaria os outros, eventualmente colidentes, como não pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico<sup>82</sup>.

Por isso, a ideia de *mandato de otimização* em vez de servir de fundamento para uma diferença *qualitativa* entre regras e princípios, antes representaria uma simples técnica de argumentação, utilizável não somente na aplicação dos princípios, mas também na concretização de todo e qualquer *standard* normativo<sup>83</sup>. Dignas de registro nesse debate são também as considerações de Gustavo Zagrebelsky, para quem a diferença mais importante entre regras e princípios talvez possa vir sugerida pelo distinto “tratamento” que lhes dispensa a ciência do direito.

<sup>80</sup> Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, México: Fontamara, 1993, p. 12-14.

<sup>81</sup> *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86-87.

<sup>82</sup> Humberto Ávila, *A distinção...*, *Revista de Direito Administrativo*, cit., p. 163-164.

<sup>83</sup> Luis Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 44-50.

Com efeito, anota Zagrebelsky, só se aplicam às regras os variados e virtuosos métodos da interpretação jurídica que tem por objeto a linguagem do legislador; nas formulações dos princípios, ao contrário, há pouco que interpretar, pelo menos desse modo. É que, usualmente, o seu significado linguístico é auto-evidente e nada existe que deva ser esclarecido raciocinando sobre as palavras. Suas fórmulas quase sempre se traduzem em expressões um tanto banais, “produto de uma recepção jurídica de terceira ou quarta mão”, mas nem por isso menos veneráveis, que remetem a tradições históricas e contextos de significado a serem entendidos em seu *ethos* mais do que “interpretados” pela análise da linguagem. Em poucas palavras, às regras “se obedece” e, por isso, é importante determinar com precisão os preceitos que o legislador estabelece por meio das formulações que as contêm; aos princípios, pelo contrário, “se presta adesão” e, por esse motivo, é importante compreendermos o mundo de valores, as grandes opções de cultura jurídica de que fazem parte e às quais as palavras não fazem mais que uma simples alusão. Noutros termos, enquanto as regras nos dizem como devemos, não devemos ou podemos atuar em situações específicas, os princípios a esse respeito nada nos dizem diretamente, embora nos proporcionem critérios para *tomar posição* em circunstâncias só aparentemente indeterminadas. Mais ainda, porque não contêm “suposto de fato”, a eles, diversamente do que ocorre com as regras, só podemos atribuir algum significado operativo fazendo-os “reagir” diante de casos concretos.

Uma outra diferença — prossegue Zagrebelsky — poder-se-ia indicar assinalando que só as regras podem ser observadas e aplicadas mecânica e passivamente e, por isso, se o direito contivesse apenas essa espécie de normas não seria insensato pensar-se em “mecanizar” a sua aplicação, por meio de autômatas pensantes, aos quais indicaríamos o fato e eles prontamente nos dariam a resposta, utilizando, quem sabe, os principais esquemas lógicos de aplicação de preceitos jurídicos — o silogismo judicial e a subsunção do suposto de fato de concreto no suposto abstrato da norma. No caso dos princípios essa “aplicação” é completamente diferente pois quando a realidade nos exige alguma “resposta”, é “tomada de posição” será conforme com esses princípios. Uma máquina capaz de se “comportar” no sentido aqui indicado — conclui Zagrebelsky —, é uma hipótese que sequer pode ser considerada, pelo menos enquanto a máquina continuava a ser máquina<sup>84</sup>.

Finalmente, consolidando as principais diferenças entre regras e princípios, observa Gomes Canotilho tratar-se de uma tarefa particularmente complexa, mas que pode ser cumprida com base nos seguintes critérios:

• grau de *abstração*: os princípios jurídicos são normas com um grau de abstração relativamente mais elevado do que o das regras de direito;

<sup>84</sup> *El derecho ductil: ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 1999, p. 110-111.

• grau de *determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (e.g. do legislador ou do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta;

• caráter de *fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (e.g. os princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (e.g. o princípio do Estado de Direito);

• *proximidade* da ideia de direito: os *princípios* são standards juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de *justiça* (Dworkin) ou na *ideia de direito* (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;

• *natureza normogênica*: os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante<sup>85</sup>.

Fixadas essas noções introdutórias, que mais adiante servirão de base para o estudo da interpretação especificamente constitucional, podemos dizer que, embora existam expressivas diferenças entre os preceitos constitucionais e as demais normas do ordenamento jurídico, a demandarem um tratamento hermenêutico diferenciado, nem por isso deveremos imaginar esses preceitos *fora* do sistema a que igualmente pertencem, até porque a *unidade* desse sistema e a *validade* das suas normas começam e terminam na Constituição.

### 3. DIREITO, ESTADO E ESTADO DE DIREITO. ORIGENS, DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E MODELOS DE ESTADO DE DIREITO

#### 3.1. Colocação do tema

Instado, certa vez, por um jovem estudante, a dizer em poucas palavras o que era um *Estado de Direito*, o saudoso professor Roberto Lyra Filho respondeu de pronto: “é aquele Estado que tem limites e fundamentos definidos pelo Direito”, uma resposta evidentemente correta, mas insuficiente — até mesmo por sua formulação sintética —, para traduzir toda a complexidade de que se reveste o fenômeno conceituado, cuja apreensão depende de prévio “acerto de contas” sobre o que se entende por *Direito* e *Estado*, para só depois nos aventurarmos em descobrir o que significam na expressão composta *Estado de Direito*, sob a qual ainda hoje parece ocultar-se algo enigmático, como sugerem estas palavras do clássico Luis Legaz y Lacambra:

“O Estado de Direito é um dos mistérios da ciência jurídico-política: é, na esfera da ciência do Direito e do Estado, o que na Teologia é o mistério do Deus-Homem, o mistério do Criador da Natureza submerido à Natureza. Deus e Homem

verdadeiro, diz o Credo; legislador, e, não obstante, submerido à lei, afirma a teoria política”<sup>86</sup>.

#### 3.2. Conceito de Estado

Considerando desnecessárias, para os propósitos deste trabalho, incursões mais profundas pelos inúmeros autores que formularam conceitos sobre o *Estado*, relembremos apenas o que dizem os manuais: *Estado é uma nação politicamente organizada*<sup>87</sup>, conceito sintético que demandaria desdobramentos esclarecedores, pelo menos quanto aos chamados elementos constitutivos do Estado — *popo, território e governo*<sup>88</sup> — e, principalmente, sobre o modo como, em seu interior, se exerce a *violência física legítima*, cujo monopólio Max Weber considera necessário à própria existência do Estado Moderno.

Pela sua importância para a compreensão do Estado de Direito como instrumento de *racionalização* ou *institucionalização* do poder<sup>89</sup>, transcrevemos, apesar de sua extensão, estas palavras de Weber, seguramente das mais expressivas dentre quantas já foram ditas sobre o tema:

“O Estado moderno é uma associação de domínio com caráter institucional que tratou, com êxito, de monopolizar, dentro de um território, a violência física legítima como meio de domínio e que, para esse fim, reuniu todos os meios materiais nas mãos do seu dirigente e expropriou todos os funcionários feudais que anteriormente deles dispunham por direito próprio, substituindo-os pelas suas próprias hierarquias supremas. (...)”

Este Estado é sociologicamente definível pela referência a um *meio específico* que ele, como qualquer associação política, possui: a violência física. “Todo o Estado se funda na violência”, disse Trotsky em Brest-Litovsk. Isto está objetivamente certo. Bastaria que tivessem existido configurações sociais que ignorassem o meio da violência e o conceito de ‘Estado’ teria desaparecido, instaurando-se o que, neste sentido específico, chamaríamos ‘anarquia’. Naturalmente que a violência não é nem o meio normal nem o único meio de que o estado se serve, mas é realmente o seu meio específico. Precisamente hoje, é especialmente íntima a relação do Estado com a violência. No passado, a violência foi utilizada pelas mais diversas associações; a começar pela associação familiar (Sippe), como meio inteiramente normal. Hoje, pelo contrário, deveremos dizer que o Estado é a comunidade humana que, dentro de um determinado território (o ‘território’) é

<sup>86</sup> Luis Legaz y Lacambra, *El Estado de Derecho en la actualidad*, Madrid: Reus, 1934, p. 12.

<sup>87</sup> Eurébio de Queiroz Lima, *Teoria do Estado*, Rio de Janeiro: A Casa do Livro, 1951, p. 5.

<sup>88</sup> Para um estudo completo dos temas e problemas da Teoria do Estado, ver, por todos, Georg Jellinek, *Teoria general del Estado*, Mexico: Continental, 1956.

<sup>89</sup> Cf., entre outros, Boris Mirkine-Guetzévitch, *As novas tendências do direito constitucional*, São Paulo: Ed. Nacional, 1933, p. 90-91; Georges Burdeau, *El Estado*, Madrid: Seminarios y Ediciones, 1975, p. 25-28; e Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 53-56.

<sup>85</sup> *Direito constitucional*, cit., p. 1034-1035.