

A feição principiológica da Constituição Brasileira

A Constituição, depositária dos ideários políticos, sociais e econômicos da sociedade, não pode mais ser vista, no dizer de Ruy S. Espíndola (2003), “como um mero documento de belas e boas intenções políticas; carta de exortações morais aos poderes públicos”, mas, como um grande “código de vida comunitária de uma nação”, onde são estabelecidos “os principais valores da vida em sociedade”, e onde são fixadas “as formas e meios de defesa dos direitos e interesses tuteláveis dos cidadãos”.

O artigo 1º da Constituição de 1988 afirma que a República Federativa do Brasil se constitui por um Estado Democrático de Direito. Nesta concepção, é pressuposta uma sociedade livre, participativa, pluralista e não opressiva. Nesse modelo, não existe uma visão homogênea das coisas, mas, ao contrário, a diversidade é a marca expressiva da sociedade democrática e plural. Aduz Gisele Cittadino (1999, p. 77) que o pluralismo, aquilo que se entende por “multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna” permite uma tal configuração à sociedade, que não há outra alternativa senão a de buscar o consenso em meio da heterogeneidade do conflito e da diferença.

Nas sociedades democráticas, como a brasileira, a busca desse referido consenso é realizada através de uma Constituição precedida por um amplo debate na sociedade, com estrutura aberta, plasticamente dinâmica, cujo critério mediador reside no reconhecimento do valor da dignidade humana como inerente a todo indivíduo.

Tratando dos pressupostos que permitem desenvolver a força normativa constitucional, ao se referir ao seu conteúdo, Konrad Hesse (1991, p. 20-21) afirma que a Constituição deve levar em conta “não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes”, mas deve, também, incorporar “o estado espiritual de seu tempo”, mostrando-se em “condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes”. Em outra obra, o mesmo autor reafirma que deve a Constituição permanecer imperfeita e incompleta, porque a vida que ela ordena é histórica e, em razão disso, sujeita-se às alterações históricas. Deve,

ainda, o seu conteúdo permanecer “aberto para dentro do tempo”, a fim de possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas, sujeitas às transformações históricas (HESSE, 1983, p. 40).

A abertura sistêmica constitucional referida por Hesse torna-se possível com a existência de princípios normo-positivados que, ao lado das regras, propiciam a sua contemporaneidade, diante do dinamismo da vida social.

A convivência entre a norma-regra e a norma-princípio decorre da unidade sistemática do texto constitucional. A noção de sistema pressupõe coerência entre os elementos, na forma sugerida por Paulo de Barros Carvalho (1991, p. 83), para quem há sistema onde são encontrados elementos relacionados entre si, pois, um grupo de unidades reunidas de forma caótica não se torna sistema apenas pela somatória de seus componentes. Deve haver um vínculo, enlaçando os integrantes e unificando-os numa coerente organização.

Por outro lado, a harmônica convivência entre as existentes espécies normativas não significa que não haja tensões entre elas. Assim, para compreender melhor os efeitos da posição que o princípio da dignidade humana ocupa perante todo o sistema constitucional, o seu papel diante das aludidas tensões e as formas de sua efetivação, vale ressaltar os pontos principais que distinguem a norma-regra e a norma-princípio.

3.1.

Princípio como norma

No constitucionalismo atual, a regra e o princípio são considerados espécies do gênero/normas e, portanto, ambos detêm normatividade suficiente para celebrar os valores acampados pela Constituição.

No campo da Ciência Jurídica, na visão de Espíndola (2002, p. 55), o termo princípio é usado, em um momento, para designar a formulação dogmática e estrutural de conceitos sobre o direito positivo; em outro momento, para definir determinada modalidade de normas jurídicas; e, ainda, para o estabelecimento dos postulados teóricos, ou as proposições jurídicas construídas, sem se valerem de institutos jurídicos ou de normas legais em vigor. Essa “polissemia” não beneficia o Direito, pois a confusão de conceitos nesse campo do saber pode levar à frustração da práxis jurídica.

Não obstante, qualquer que seja a roupagem doutrinária dada aos princípios, em razão daquela polissemia criticada por Espíndola, o certo é, que já está abandonada a concepção de que são eles meras disposições subsidiárias das normas.

O reconhecimento da normatividade dos princípios surgiu após muitas reflexões e debates engendrados entre os jusnaturalistas e os positivistas, o que levou a uma concepção contemporânea, conhecida como pós-positivista, valendo lembrar, em poucas linhas, como se empreendeu a evolução do tema até a atualidade.

Para quem adere ao jusnaturalismo clássico, a ordem jurídica está condicionada a uma outra, transcendental, supralegal, a um direito superior, baseado nos postulados de justiça, derivados da lei divina e na crença de que o direito natural é que dá inspiração às leis humanas. Acredita-se, assim, na existência de uma razão humana que não deriva da norma advinda do Estado.

Conforme explica Paulo Bonavides (2001, p. 232), na fase jusnaturalista, os princípios ocupavam ainda uma esfera inteiramente abstrata e sua normatividade era basicamente nula e duvidosa, contrastando com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça.

Lembra ainda Bonavides que Floréz-Valdés assinalava que os princípios gerais de direito eram concebidos, pela corrente jusnaturalista, como “axiomas jurídicos”, normas advindas pela “reta razão”, normas universais constitutivas de um Direito ideal, “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana” (FLORÉZ-VALDÉZ *apud* BONAVIDES, 2001, p. 234). Nesta concepção, são os princípios metajurídicos, em posição hierárquica-superior às leis, que lhe devem correspondência.

A corrente positivista surgiu dando uma resposta imediata à concepção jusnaturalista, esta entendida como anticientífica e irracional. A nova concepção do Direito como norma emanada do Estado e apartada de juízos de valor não permite a hegemonia principiológica, mas, ao contrário, relega aos princípios o papel subsidiário da norma, ou, no máximo, os considera como meras pautas programáticas supraleais (BOBBIO *apud* BONAVIDES, 2001, p. 254).

A objetividade jurídica, engendrada pelo pensamento positivista, afasta as discussões sobre juízos valorativos ou legitimidade para dar azo à cientificidade do Direito. Os princípios têm sua morada dentro do ordenamento jurídico e, deste

são extraídos, mas desprovidos de normatividade em si mesmos e, como idéias gerais, servem de diretrizes às regras jurídicas, aqueles aplicados quando houver lacunas na lei.¹

A fase que se sucedeu à Segunda Guerra Mundial, conhecida por pós-positivismo, precipitou o sentimento de que o modelo positivista não mais justificava um Direito divorciado dos valores éticos e morais. As reflexões sobre os direitos fundamentais e a construção de uma sociedade que se edifica sobre o valor da dignidade da pessoa fazem surgir um novo movimento de constitucionalização dos princípios, antes relegados ao segundo plano, mas, agora, alçados ao nível até então inconcebível de grau normativo.

Os princípios não se prestam a serem meros instrumentos preenchedores das lacunas da lei, mas espécies do gênero/norma, ou seja, ao lado das regras, compõem o seio definidor das normas, com imposição de obrigação, prescrevendo condutas e abrigando os valores adotados pela sociedade.

O posicionamento atual não mais diverge sobre a divisão dualista das normas em regras e princípios: a norma é o gênero, do qual as regras e os princípios são as espécies.

Nessa seara, aludindo ao assunto, mais especificamente aos princípios gerais de direito, Bobbio (1999, p. 158-159), ao defender a normatividade dos princípios, apresenta, ao final, uma comparação alegórica muito conhecida, cujo trecho aparece na maioria dos trabalhos sobre o assunto, optando por aqui também transcrever, para preservar a metáfora empregada:

A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: 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, 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.”

¹ Consta do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-lei 4 657, de 4 set. 1942): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Ultrapassada a problemática discursiva sobre a normatividade dos princípios², e, uma vez deslocados aqueles de sua posição de subsidiariedade, passaram a um notório grau de importância, em face dos valores que inspiram.

3.2.

Algumas diferenças entre princípios e regras

Na dogmática jurídica, o reconhecimento da normatividade dos princípios fez com que nomes consagrados se debruçassem sobre o tema³, com uma preocupação eufórica no sentido da diferenciação entre as espécies normativas. De fato, a distinção entre as regras e os princípios em muito repercute na vida da norma, uma vez que a diferença estrutural entre uma e outra espécie é fator de relevância para a compreensão de sua eficácia jurídica (BARCELLOS, 2002, p. 45).

As lições de J. J. Gomes Canotillo (2003, p. 1160) são citadas na maioria das obras relacionadas ao tema e não poderiam deixar de ser também nesta dissertação. Para aquele autor, a distinção entre as espécies normativas passa pela utilização dos seguintes critérios, a conferir: a) grau de abstração, onde os princípios possuem uma abstração relativamente elevada, ao contrário das regras; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, pois os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são de aplicação direta; c) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito, pois os princípios ocupam papel fundamental no ordenamento jurídico, de natureza estruturante; d) proximidade da idéia de direito, pois os princípios são “*standards*” juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça, enquanto as regras possuem conteúdo vinculativo meramente formal; e) natureza normogênica, pois os princípios estão na base e são a “*ratio*” das regras jurídicas.

Entre tantas características que distinguem os princípios das regras, as mais reveladoras são a generalidade e a abstração daqueles. Ambos os atributos

² As obras de Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (2002) são paradigmáticas no reconhecimento da normatividade dos princípios.

³ O elenco dos principais juspluricistas brasileiros e estrangeiros, que contribuíram para uma formulação dogmática sobre o conceito de princípios constitucionais, pode ser encontrada na obra de Ruy Samuel Espíndola (2002).

permitem a abertura sistêmica constitucional de modo que suas normas possam conformar a realidade social ao longo do tempo. Lado outro, um modelo que fosse constituído meramente por princípios acarretaria um sistema falho em segurança jurídica e, outro, que se constituísse exclusivamente por regras, não permitiria um equilíbrio entre os interesses e valores de uma sociedade pluralista (CANOTILLO, 2003, p. 1162). O legalismo das regras permite a segurança necessária ao ordenamento jurídico, ao passo que a carga valorativa dos princípios garante que sejam captadas as mudanças que ocorrem na ordem social.

Vale dizer, “o que se sacrifica, eventualmente, em segurança, é devolvido com lucro na melhor realização da justiça constitucional” (BARROSO, 2002, p. 69). Do mesmo modo, os princípios estão no nível de maior abstração do que as regras. Porém, naquilo em que eles perdem em termos de concreção, acabam ganhando em abrangência, pois detém uma força irradiante sobre todo o texto constitucional, como um norte a traçar os rumos da interpretação das demais normas (BASTOS, 2002, p. 208).

Há mais do que uma compensação entre as características das regras e princípios, mas uma circunstância de completude entre essas duas espécies normativas: o que falta em uma delas está presente na outra.

Toda essa revisão teórica do que sejam os princípios constitucionais tem o propósito de aferir a sua força normativa imediata, que evolui de uma “atribuição meramente programática, sem poder vinculatório [...], para um sistema em que se concebem os princípios como elementos integrantes do próprio conceito de norma”. (SCHÄFER, 2001, p. 35).

Infere-se, portanto, que, uma vez atribuída normatividade aos princípios, tanto quanto às regras, é possível que eles, de forma autônoma, fundamentem uma defesa de direito subjetivo, ou seja, uma pretensão em juízo, como, por exemplo, a prestação positiva ou negativa estatal que garanta a realização do mínimo existencial, baseada unicamente em um ou em vários princípios constitucionais.

Se, no cumprimento da prestação jurisdicional, pode um caso concreto revelar uma desconformidade em face de um princípio constitucional, *mutatis mutandis*, também um princípio poderá fundamentar o reconhecimento de um direito subjetivo individual. O exame da pretensão deverá considerar a interpretação conforme a Constituição, nela incluídas todas as disposições vinculantes, seja como regra, seja como princípios.

Considerando que o ordenamento jurídico compõe-se de um sistema de normas, o ato de aplicar o direito é realizado integrando-se toda a ordem jurídica de forma global, promovendo coesão e unidade ao sistema. As características da abstração e da indeterminabilidade não justificam o esvaziamento do conteúdo das normas-princípios constitucionais, pois, da mesma maneira que o reconhecimento da normatividade dos princípios evidencia a ruptura com antigos paradigmas, a nova concepção não lhes deve dar tratamento reducionista, ao ponto de mitigar a sua eficácia e a da própria Constituição. “A constituição não é um mero agregado de normas; e nem se a pode interpretar em tira, aos pedaços.” (GRAU, 2003, p. 175).

Assim, é forçoso admitir que os princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, podem servir, autonomamente, como “fonte de solução jurídica”, onde possa se deparar com a ausência de regras específicas, no caso em que haja “uma situação concreta submetida à decisão judicial que deva ser regulada de modo a salvaguardar a proeminência dos valores existenciais da pessoa humana.” (ALVES, 2001, p. 135).

3.3.

As multifunções dos princípios constitucionais

Entre as várias funções dos princípios constitucionais doutrinariamente reconhecidas, três são destacadas por Bonavides (2001, p. 255), com base nas lições de F. de Castro, Bobbio e Trabucchi, quais sejam: fundamentadora, interpretativa e supletiva.

Pela função fundamentadora, os princípios servem como idéia básica, a raiz que conduz à validade do conteúdo das normas; desempenham a função de dar “fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes da sistemática normativa”, entendendo-se como sistema “a totalidade do Direito Positivo, e subsistemas, como suas ramificações estrutural-normativas”, como o Direito Civil, o Direito Tributário, o Direito Administrativo (ESPÍNDOLA, 2002, p. 78), etc.

Por meio da função interpretativa, os princípios servem como orientações para as soluções jurídicas, nos casos postos à interpretação. “São verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas, em face dos fatos e atos que exijam

compreensão normativa” (ESPÍNDOLA, 2002, p. 73). A função interpretativa dos princípios permite ao aplicador equilibrar os rigores excessivos das regras, ao mesmo tempo em que a subjetividade do intérprete é limitada pelos contornos objetivos da norma jurídica.

A função supletiva do princípio remonta à época em que não se concebia a sua normatividade e, sendo assim, revela-se como a mais tradicional de todas. Age no preenchimento das lacunas encontradas no ordenamento jurídico, servindo como fonte, em caso de insuficiência da lei e do costume.

Em síntese, estes são “os papéis desempenhados pelos princípios: (a) condensar valores; (b) dar unidade ao sistema; (c) condicionar a atividade do intérprete” (BARROSO, 2002, p. 328), visando à implementação do fundamento constitucional do princípio da dignidade humana, cujo estudo será objeto do próximo capítulo.