

## O PAPEL E A FUNÇÃO DA HERMENÊUTICA PRINCIPIOLÓGICA

*Simone Rita Zibetti de Souza*

*Sumário: 1. Introdução. 2. O Papel e a Função da Hermenêutica Principiológica. 3. A Hermenêutica Principiológica. 4. Conclusão. 5. Referências.*

### RESUMO

Com o advento da Constituição de 1988, no capítulo dos direitos e garantias individuais, ocorreu um alargamento significativo na abrangência dos direitos e garantias fundamentais como princípios. Objetiva efetivar e assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Partindo destas concepções a compreensão do papel e a função da hermenêutica principiológica como meio na efetividade e eficácia das disposições constitucionais é de suma importância, principalmente quando há colisões entre os direitos fundamentais de igual valor e peso, bem como em casos de difíceis decisões em que a ponderação e o princípio da proporcionalidade assumem a missão de orientar as decisões de forma mais equilibrada.

### PALAVRAS CHAVES

Hermenêutica – Princípios Constitucionais – Colisão – Ponderação.

### ABSTRACT

With the advent of the Constitution of 1988, in the chapter of the rights and individuals guarantees, occurred a significant growth of essential rights and

guarantees as principles, having as a goal to fulfill and assure the exercise of social and individual rights, freedom, safety, well-being, development, equality, and justice as supreme values of a fraternal and pluralistic society without prejudice. Considering the complexity of these principles and values, hermeneutics has a fundamental rule in their interpretation. It exerts also an important role for the efficacy of the fundamental dispositions, especially when there are collisions between essential rights of equal value and weight, as well as in cases of difficult decisions, where careful reasoning and the principle of proportionality assume the task of directing decisions in a balanced way.

### KEY WORDS

Hermeneutic- Principles Constitutional- Collision – Consideration.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a pretensão de analisar o papel e a função da hermenêutica principiológica na Constituição de 1988, todavia, não se pretende e nem é objeto do presente artigo analisar todos os aspectos da interpretação constitucional, bem como a importância dos princípios fundamentais como garantidores de uma sociedade mais fraterna, plural e solidária, mas de verificar a sua importância principalmente quando há colisões de direitos fundamentais.

Logo, pretende-se partir para a análise da atual maneira de como se interpretar a Constituição, especialmente em relação aos princípios fundamentais, em que o processo hermenêutico ocupa um papel de grande relevância. O objetivo primeiro da interpretação deverá ser a criação de condições para que a norma interpretada tenha eficácia no sentido da realização dos princípios e valores constitucionais, e principalmente, sempre, da ideologia constitucionalmente adotada.

Para tanto, pretende-se fazer uma abordagem acerca da importância dos princípios fundamentais como meio de garantia e efetivação dos direitos individuais, sociais da Constituição, bem como uma análise na ascensão dos princípios instrumentais da interpretação constitucional. Em seguida na distinção entre princípios e regras, e na continuidade realizar uma abordagem no papel e função da hermenêutica principiológica quando há colisões entre direitos fundamentais.

Neste breve estudo será feita uma verificação de determinados autores como: ALEXY, ÁVILA, BARROSO, BOCKENFORD, BONAVIDES, BOROWSKI, CLÉVE, DWORKIN, FIGUEROA, HABERLE, LEAL, MALISKA, ROCHA, ROTHEMBURG, SANCHIS, SARLET, STRECK, VIRGÍLIO, com objetivo de analisar o papel e função dos princípios fundamentais da hermenêutica principiológica no contexto constitucional.

## 2 O PAPEL E A FUNÇÃO DA HERMENÊUTICA PRINCIPIOLÓGICA.

### 2.1 Interpretação Constitucional

A maneira interpretativa da constituição expressa a realização de vontade da Constituição<sup>1</sup>, o que atualmente tem demonstrado uma necessidade de princípios específicos de interpretação constitucional com meta de superação das limitações interpretativas convencionais. Isto não significa o abandono ao método clássico subsuntivo da regra e dos elementos tradicionais da hermenêutica gramatical, histórica, sistemática e teleológica, porém tais elementos já não são mais suficientes.

A interpretação das cláusulas constitucionais tem uma nova conotação diante de seu conteúdo aberto, principiológico e diretamente dependente da realidade, posto que a norma na maioria das vezes delimita uma moldura<sup>2</sup> na qual se pode chegar a diversas possibilidades interpretativas. Já na interpretação pautada em princípios a serem preservados e dos fins a realizar, será determinado o sentido da norma com uma solução constitucional para o caso concreto.

O atual meio interpretativo constitucional com a normatividade de princípios, ponderação e sopesamento de valores, teoria da argumentação, não significa renegar o conhecimento convencional da importância das regras e sua subsunção, mas esta nova interpretação é resultado de uma necessidade de novos tempos e novas demandas. A teoria da interpretação constitucional por muito tempo esteve vinculada a um modelo de interpretação fechada, reduzida em seu âmbito de investigação, em que se concentra na interpretação constitucional dos juizes e nos procedimentos formalizados. Em uma interpretação constitucional deve ser levado em consideração a sua realidade voltada ao interesse público e do

<sup>1</sup> BARROSO, Luiz Roberto. (2003), p. 286.

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

*bem estar geral*<sup>3</sup>, considerando que em uma sociedade aberta e pluralista, faz parte da Constituição todas as potências públicas, participantes do processo social e nelas envolvidas, podendo ser um elemento formador ou constituinte desta sociedade.

Desta maneira o jurista HÄBERLE entende que quem vive a norma acaba por interpretá-la através da atuação de qualquer indivíduo como uma interpretação constitucional antecipada, o que se pode indicar como interpretação, somente a atividade que de forma consciente e intencional, se dirige à compreensão e à sua aplicação. Sendo que para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional pode ser aceito um conceito mais amplo da hermenêutica, tendo num sentido lato e como pré-intérpretes: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública. O que para o Autor se trata de uma teoria da interpretação sob a influência da teoria democrática, sendo impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e as potências públicas.

Continuando em relação aos princípios constitucionais indaga que deverão ser interpretados em sentido específico, e em um sentido mais amplo; atribui a introdução de uma interpretação orientada pela realidade da moderna democracia partidária, da doutrina e da formação profissional, adoção de um conceito amplo de liberdade de imprensa ou da interpretação da chamada liberdade de coalizão.

Com efeito, a conformação da realidade da Constituição também faz parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes à realidade. E o poder de conformação de que possui o legislador, enquanto intérprete da Constituição se diferencia do espaço que é assegurado ao juiz constitucional na interpretação, sendo que tal espaço é limitado de maneira diversa, tendo como argumento base de índole técnica<sup>4</sup>.

Quanto mais ampla for a interpretação constitucional, tanto do ponto de vista objetivo como metodológico, mais será o círculo dos que delas devam participar. Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional, resultam como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição, tendo como modo indireto à integração da *res publica*, que é a consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário.

<sup>3</sup> HÄBERLE, Peter, *Zeit und Verfassung*, ZfP 21 (1974), p. 111 (121s). Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional*. Editor Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2002. p. 12.

<sup>4</sup> HÄBERLE, Peter (2002), p. 26.

Em relação à história constitucional brasileira no campo da interpretação, registram-se avanços e recuos no campo dos princípios informativos e ordenadores dos direitos e garantias fundamentais.

LEAL, em relação “a hermenêutica Constitucional brasileira, aduz criticamente que todo o fenômeno social e, portanto, o direito, deve ser lido e compreendido a partir de seus aspectos ideológicos e relacionando-o com a questão do poder, tema este que deve estar constantemente introduzido nas considerações pertinentes ao discurso e prática jurídica, principalmente para se evitar possíveis desvios para concepções reducionistas da matéria<sup>5</sup>. No contexto da crítica do Autor, o saber jurídico deve ser analisado como parte da própria estrutura coercitiva do Direito, e o poder das significações da lei emanaria de um saber que se tornaria senso comum entre os juristas. Diante da forma como o homem vive atualmente se faz necessário uma ruptura que permita pensar o fenômeno jurídico a partir de outro prisma que não o discurso oficial da ideologia positivista e suas novas faces, neopositivismo e neoliberalismo.

Desta maneira, as Constituições com enfoque na nova corrente teórica, são superiores aos regramentos de caráter infraconstitucionais não apenas pela hierarquia, bem como por determinada gradação; são superiores, também, em virtude de seu conteúdo. E, para que seja possível a atribuição de significados ao texto constitucional, mostra-se necessário “descrever primeiro um sentido concreto aos valores e, portanto, adotar certa concepção dos princípios e dos direitos fundamentais”<sup>6</sup>.

POZZOLO aduz a concepção de Constituição como a principal divergência entre os defensores de uma e de outra corrente; para os neoconstitucionalistas, a Constituição trata-se de documento com forte caráter valorativo, enquanto que para os positivistas, consiste em documento jurídico. Em relação às concepções em torno da moral, esta Autora exclui, de imediato, as morais positiva e concertada. Em seguida sustenta a relação que se desenvolve com a moral universal; pois, esta é a que se adapta ao âmbito normativo do neoconstitucionalismo e, ao mesmo tempo, é rechaçada pelo positivismo, e ainda complementa que “o reenvio à moral universal pretenderia efetivamente sua sobreordenação às normas jurídicas, que encontraria justificação em sua natureza de ‘verdade’ ou de ‘justiça’ universal ou objetiva”.

<sup>5</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito. Considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999, p. 142.

<sup>6</sup> POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo, In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003. p. 199 – 202.

A interpretação constitucional deve se basear no plano jurídico de um lado, e de outro num plano político, garantindo o equilíbrio, posto que na análise da interpretação da norma constitucional se espera dos órgãos constitucionais o ajuste do interesse público que exprima o sentimento da coletividade.

BONAVIDES esclarece que as normas constitucionais “são dotadas de plasticidade”, donde não se pode admitir interpretação mecânica ou silogística; para o Autor este tipo de interpretação “levaria o intérprete a deixar escapar de sua análise o que é mais precioso e essencial na norma; a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito e que os faz dinâmico e não estático. O erro do jurista é querer desmembrar a norma constitucional de seu manancial político e ideológico, e do sentido dinâmico e renovador que sempre haverá de acompanhar este tipo de norma”<sup>7</sup>.

Entretanto, quem dá efetividade à interpretação é sempre um ser racional e também histórico que fala e se comunica dentro de uma determinada história com cultura e contextos determinados. Assim o processo de constituição do significado do texto está intimamente marcado pelos elementos discursivos e categoriais construídos pelo tempo daquela história. Por este motivo é que os argumentos são fenômenos abertos com sentidos plurais aos textos e às falas. Considerando, que o ato de interpretação da Constituição, é sem dúvida, caracterizado por sua complexidade temática e operacional compreendendo uma diversidade extremamente grande de variáveis<sup>8</sup>.

Na posição crítica de STRECK, a hermenêutica tem como função deixar o fenômeno Constitucional visível, ou melhor *des-objetificar* a Constituição, o que somente será possível com a superação do paradigma metafísico que predomina o imaginário dos juristas. E partindo para o Estado Democrático de Direito, com a função social do jurista, o resgate das promessas da modernidade (direitos humanos, sociais e fundamentais), criando uma “clareira”, um espaço livre que se pode construir a *resistência constitucional* denunciando aquilo que foi e é acobertado, entulhado pelo sentido comum da dogmática jurídica<sup>9</sup>.

Defende este Autor que a baixa constitucionalidade significa baixa compreensão, e conseqüentemente, atribui isso à doutrina e à jurisprudência que

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 420.

<sup>8</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêutica dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2000, p.157.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. (2005), p. 320.

continuam se justificando nos postulados da hermenêutica clássica, de cunho reprodutivo. Para aqueles que precisam antes interpretar a Constituição para só depois aplicá-la, é porque ainda estão presos ao método da hermenêutica clássica. Cita que há muito tempo Gadamer já havia ensinado que interpretar é aplicar, é concretizar o que se desenvolve no interior do círculo hermenêutico e que sempre há um sentido antecipado.

Na questão da interpretação Constitucional a hermenêutica-valorativa repercute principalmente na tensão existente entre segurança e justiça, situação esta concentrada no problema da aplicação dos princípios, o que leva ao desafio de conjugar como indispensáveis, determinados valores. Principalmente no caso concreto quando se privilegia determinado aspecto e se elege direções a culminar na escolha do juiz pela melhor decisão. Talvez por isso reste buscar nas regras do diálogo que orientam o processo argumentativo, a segurança que o Direito requer. Logo, procura-se reconhecer uma nova racionalidade jurídica capaz de lidar com os valores normativamente corporificados sob a forma de princípios<sup>10</sup>.

Na moderna concepção da interpretação constitucional surgiu uma nova linha doutrinária que segundo CLÉVE, é conhecida como *dogmática constitucional emancipatória*, e aduz que:

*...tendo esta vertente, o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da idéia de dignidade da pessoa humana. Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira<sup>11</sup>.*

Num Estado Democrático de Direito pós-positivista, os direitos fundamentais, conquistando um espaço importante de valores principiológicos objetivos a conformarem à ordem jurídica positiva, tem neste processo encontrado no

<sup>10</sup> BOUCAULT, Carlos E. de Abre e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs). *Hermenêutica Plural*. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.383 ss.

<sup>11</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. *Eficácia dos Direitos Fundamentais Sócios*. Revista Critica Jurídica – No. 22, 2003, p. 18.

princípio da proporcionalidade a orientação básica da hermenêutica jurídica constitucional observados nas jurisprudências dos tribunais. Embora na prática, falte uma teoria da argumentação consolidada, com o objetivo de conferir racionalidade à decisão jurídica e considerando-se que a dogmática tem se declinado, com exclusividade a outros dois pontos, o da adequação e da necessidade.

Neste mesmo sentido BOCKENFORD<sup>12</sup>, utiliza o conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais, que atuam em todos os âmbitos do Direito, que implica necessariamente na utilização do princípio da proporcionalidade como fundamento de ponderação. A razão é evidente, posto que os direitos fundamentais como normas objetivas de princípio desenvolvem sua eficácia em todas as direções e âmbitos jurídicos, também, e precisamente, de forma horizontal entre os sujeitos jurídicos, e são em si mesmos indeterminados em sua extensão e intensidade. Afetam em diferentes direções de liberdade e proteção, não necessariamente paralelas enquanto conteúdo, e atuam para diferentes titulares de direitos fundamentais. A proporcionalidade é usada como parâmetro de ponderação e não é certamente a proporcionalidade clássica, mas a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Nesta questão da interpretação constitucional a partir dos princípios de direito, só faz sentido sob a perspectiva dos direitos fundamentais e do problema metodológico-valorativo, tendo como principais autores referenciais nesta discussão, RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXYY, que quebraram o paradigma do positivismo. Tal assunto será melhor tratado no capítulo que trata da distinção entre regras e princípios.

### 3 A HERMENÊUTICA PRINCIPIOLÓGICA

#### 3.1 Ascensão dos Princípios

Ao abordar a ascensão dos princípios se faz necessário um breve histórico. Considerando que o jusnaturalismo moderno do século XVI na existência de valores e de pretensões humanas legítimas, foi um dos motivos ideológicos da burguesia e a alavanca das revoluções liberais durante o século XIX foi no Estado liberal que ficou consolidado os ideais constitucionais em textos escritos.

---

<sup>12</sup> BOCKENFORD, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derecho fundamentales*. Nomos: Baden-Baden, 1993, p. 123 e 124.

Já no Direito, com o positivismo jurídico houve a pretensão de se criar uma ciência jurídica com características semelhantes às ciências exatas e naturais, ocorrendo uma separação do Direito com a moral e com os valores transcendentais. No entanto, com a derrota do fascismo e do nazismo ocorreu uma decadência do positivismo, já que estes movimentos justificaram suas atrocidades em nome da lei; assim, no final da Segunda Guerra Mundial o ordenamento jurídico a margem de valores éticos e pautados meramente na estrutura da lei já não era mais aceito.

FIGUEROA enfatiza que o argumento da injustiça tem cedido protagonismo ao chamado “argumento dos princípios”, particularmente nas últimas décadas do século XX. Segundo o argumento dos princípios todo o sistema jurídico existe com uma série de princípios imanentes que de alguma maneira fundam a vinculação do Direito à moral. O argumento dos princípios é núcleo do que poderia denominar-se “não positivismo principialista”, cuja tese básica, conseqüentemente poderia formular-se assim: se existem princípios no Direito, então existe uma relação conceitual necessária entre Direito e moral. Isto é, metateoricamente: se existe princípios no Direito, então o positivismo jurídico resulta inviável<sup>13</sup>.

ARRUDA JR<sup>14</sup>. verifica que após a II guerra mundial, o constitucionalismo passou a professar um compromisso com a democracia, a pluralidade, a dignidade da pessoa humana e a tolerância como integrantes operacionais das ordens jurídicas. A teoria da validade como aquisição estratégica contribuiu para a constituição da modernidade jurídica. Entende o Autor que o positivismo jurídico não resolveu o problema da relação entre o direito e a moral. A modernidade é marcada pela crise das fundamentações tradicionais da ética e pela fragmentação da unidade moral em um pluralismo axiológico sem precedentes.

O Direito passou por ampla reflexão sobre sua função social e interpretação, após a superação do jusnaturalismo e a decadência política do positivismo. Surge a nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais com base na dignidade humana, com a valorização dos princípios e a reaproximação do Direito com a Ética.

De acordo com a temática sobre a ascensão dos princípios, pertinente à colocação de SCHIER, que “ durante longo período de tempo afirma-se que

<sup>13</sup> FIGUEROA, Afonso Garcia. La teoria del derecho em tiempos de constitucionalismo: In: CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s).. Trotta: Madrid, 2003, p..

<sup>14</sup> ARRUDA JR, Edmundo Lima de. Alternativas para o direito em tempos de “desideologização” e “re-ciência” e Alternativas do Direito na Modernidade. Textos inéditos.

determinado enunciado lingüístico jurídico possuía caráter principiológico significava retirar-lhe sua normatividade”<sup>15</sup>. Segundo o Autor era resultado dos modelos conservadores da teoria jurídica, em que “os princípios não passavam de conselhos éticos ou morais aos quais não estavam os legisladores vinculados, e o caráter principiológico de um enunciado tratava de direcionar-lhe uma crítica “ depreciativa”.

E os princípios no centro do sistema do ordenamento tiveram de conquistar um *status* de norma jurídica na elaboração da teoria dos princípios, com a superação de mera dimensão axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata<sup>16</sup>, considerando que os princípios podem incidir em uma pluralidade de situações por ter maior teor de abstração.

Já para SANCHIS<sup>17</sup> a idéia de que os direitos aparecem delimitados na Constituição, ou de que entre os direitos e seus limites existem fronteiras nítidas, crê o Autor que é uma idéia errada, posto que é impossível catalogar de forma exaustiva os supostos de aplicação dos direitos, bem como suas exceções. Os direitos fundamentais operam como princípios e não podem ser limitados ao modo das regras, isto é, segundo um critério de hierarquia ou especialidade. Importante é esclarecer que os direitos delimitados na Constituição não deixam menores ou menos vigorosas as intervenções legislativas.

Assim a Constituição passa a ser um sistema aberto de princípios e regras com a meta de desempenhar a realização dos direitos fundamentais. Entretanto, o pensamento jurídico tem se dedicado ao estudo dos princípios e à dificuldade no campo interpretativo e da aplicação de seu conteúdo bem como de sua eficácia. Em relação ao seu conteúdo identificam valores a preservar ou finalidade a ser alcançada, por isso é valorativo ou finalístico. Quanto à estrutura normativa o intérprete terá um papel mais complexo, uma vez que a norma não determina a conduta a ser seguida para sua realização, já que os princípios indicam fins. Logo, se terá estados ideais a serem alcançados, podendo ocorrer mais dificuldade quanto ao fim a ser atingido ou estado ideal a ser transformado em realidade, por não ser objetivamente delimitado, precisando de uma integração subjetiva do intérprete, como por exemplo, o princípio da dignidade humana, considerando que o comportamento necessário para realizar esse princípio não está explicitado.

<sup>15</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito Constitucional – anotações nucleares*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 98.

<sup>16</sup> BARROSO, Luiz Roberto. (2003), p 291 e ss.

<sup>17</sup> SANCHIS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003, p. 220.

Embora AVILA<sup>18</sup>, em seus estudos sobre a teoria dos princípios, apresente uma proposta conceitual das regras e dos princípios. E em que as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência e para a aplicação se exige a avaliação de correspondência sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte; ou nos princípios que soa axiologicamente sobrejacente entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Considerando os princípios como normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade; e que a sua aplicação demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção, embora relacionados a valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios se afastam dos valores, porque no campo deontológico estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas; os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teológico, e por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento.

Já para VIRGILIO<sup>19</sup>, o principal traço distintivo entre regras e princípios é baseada na teoria dos princípios, em que a estrutura dos direitos que essas normas garantem, seja nas regras – garantindo direitos ou impondo deveres definitivos, e nos princípios – garantindo direitos ou impostos deveres, *prima facie*. Então para este Autor o conceito de princípio deverá ser compreendido como mandamento de otimização, teoria defendida por ALEXYY, ou seja, como normas que garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*. E as regras estarão sempre em contraposição aos princípios, ou seja, como normas que garantem direitos ou impõem deveres *definitivos*.

### 3.2 Princípios Instrumentais de Interpretação Constitucional

Na análise do tema proposto é importante observar os princípios instrumentais de interpretação constitucional que possuem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que antecedem, no processo interpretativo e, embora,

<sup>18</sup> ÁVILA, Humberto *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª. Ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70 ss.

<sup>19</sup> AFONSO DA SILVA, Luis Virgilio, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Tese para cátedra/USP, 2005, p. 51.

não se encontram expressos no texto Constitucional, tanto a doutrina como a jurisprudência os reconhecem. Segundo o Autor BARROSO<sup>20</sup>, toda classificação possui componente subjetivo, portanto, a classificação abaixo tem se mantido, vejamos:

- 1) Princípio da supremacia da Constituição: a Constituição está numa posição hierarquicamente superior às demais normas do sistema, sendo que nenhuma lei, ato normativo e ato jurídico em geral poderão existir validamente se incompatíveis. Regula o modo de produção das demais normas jurídicas, bem como seu conteúdo. A supremacia da Constituição é garantida por meios de controle constitucionais e os princípios por não terem conteúdo próprio, impõem a prevalência da norma constitucional.
- 2) Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público; a Constituição trás o código de conduta dos três poderes e cabe a cada um deles a sua interpretação e aplicação no âmbito de sua competência. Este princípio funciona como um fator de autolimitação da atuação judicial.
- 3) Princípio da interpretação, pode ser considerado como um princípio de interpretação bem como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio da interpretação o aplicador da norma infraconstitucional deverá dentre as possibilidades de interpretação, buscar a mais compatível com a Constituição. E como técnica de controle de constitucionalidade, consiste na exclusão de uma determinada interpretação da norma que importe em declaração de inconstitucionalidade.
- 4) Princípio da unidade da Constituição: a ordem jurídica é um sistema que pressupõe equilíbrio e harmonia. Em caso de conflito usam-se os critérios tradicionais de hierarquia da norma posterior e o da especialização; no caso de colisão de norma constitucional, principalmente princípios, usam-se a ponderação.
- 5) Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade: não está expresso na Constituição, mas na idéia do devido processo legal substantivo e na justiça, considerado como um meio importante de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, visto que permite o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público. Com o uso da adequação,

---

<sup>20</sup> BARROSO, Luis Roberto. (2003), p. 312 ss.

necessidade ou vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito, o princípio da razoabilidade invalida atos legislativos ou administrativos.

- 6) Princípio da efetividade, o qual tem o objetivo da realização do Direito, a atuação prática da norma prevalecendo no mundo dos fatos os valores e interesses, que aproxima o *dever ser* normativo do *ser* da realidade social. O intérprete da Constituição deve ter o compromisso de interpretações alternativas e plausíveis.

Na opinião de MALISKA<sup>21</sup>, um estado Constitucional Aberto reside na compreensão da “abertura” como finalidade do estado, o que se faz necessário distinguir o princípio da supremacia da Constituição em relação aos demais atos normativos internos do estado, bem como com outras Constituições, isto porque o Estado na produção legislativa atua de forma absoluta.

### 3.3 Distinção entre Princípios e Regras

A distinção entre regra e princípios de forma qualitativa e estrutural se tornou um dos pilares da dogmática constitucional, com o objetivo de superar o positivismo legalista. E os Autores ALEXY e DWORKIN se dedicaram à mudança deste paradigma com a teoria jurídica; porque DWORKIN apontou a existência de princípios integradores da ordem jurídica, e ALEXY porque desenvolveu uma análise mais apurada sobre a incidência dos princípios na resolução dos conflitos.

DWORKIN<sup>22</sup>, em seu entendimento admite que não seria possível reunir, num único e coerente sistema de princípios, todas as normas especiais e outros padrões estabelecidos por nossos legisladores e ainda em vigor. O compromisso com a integridade significa, contudo, que se deve considerar esse fato como um defeito, e não como um resultado desejável de uma justa divisão do poder político entre diferentes conjuntos de opiniões, e que devemos nos empenhar em remediar qualquer incoerência de princípios com as quais venhamos a deparar. Mesmo essa afirmação mais atenuada exige novas ressalvas, ou pelo menos, algum esclarecimento.

<sup>21</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *Constituição e Estado Pós-Nacional. Reflexões sobre os desafios do Direito Constitucional em face da abertura da ordem jurídica estatal e das demandas internas por cidadania não homogeneizantes*. Texto produzido como atividade de pesquisa acadêmica realizada junto ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da UniBrasi, em Curitiba.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Boston: Harvard University Press, 1986. (Trad. Integridade e Integridade no Direito. In. *O Império do Direito*. Trad. Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003), p. 261.

Segundo DWORKIN<sup>23</sup> as regras são aplicadas de modo “ tudo ou nada”, no sentido de que se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. E os princípios não determinam a decisão, mas somente contêm os fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos de outros princípios.

E, ALEXY<sup>24</sup>, se fundamenta em critérios comparativos, e diferencia-se dos demais porque se baseia, mais intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas. Considera os princípios jurídicos como uma espécie de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.

E o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo direito de que pode ser cumprido em diferentes graus e que na medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. Já as regras são normas que podem ser cumpridas ou não; uma vez a regra válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos, pois contém determinações no âmbito fático e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau, sendo que toda norma é ou bem uma regra ou um princípio.

Para ALEXY<sup>25</sup> quando se trata de conflito entre regras somente pode ser solucionado ou bem introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou declarando inválida, pelo menos uma das regras; quando não é possível a inclusão de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida; não se diz, todavia, nada a cerca de qual delas deve ser declarada inválida. Enquanto que na colisão de princípios devem ser solucionados de maneira totalmente distinta, quando os princípios entram em colisão; quando um princípio proíbe e o outro permite, um dos princípios tem que ceder ao outro. O que

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica. A teoria o discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2002, p.82 – 99.

não significa declarar inválido o princípio substituído e sequer há a introdução de uma cláusula de exceção. Isto é que se quer declarar quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos e que prima o princípio com maior peso. Nos conflitos de regras se termina na dimensão de validade; na colisão de princípios, como somente podem entrar em colisão princípios válidos, tem lugar mais a dimensão de peso, na concepção do resultado pela ponderação como norma de direito fundamental adscripta.

Ressalta este Autor uma propriedade importante que resulta no diferente caráter *prima facie* das regras e princípios. Os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tomando em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, portanto não contém mandatos definitivos senão somente *prima facie*. Os princípios apresentam razões que podem ser deslocadas por outras razões opostas, o princípio não determina como há de resolver a relação entre uma razão e sua oposta. Por isso, os princípios carecem de conteúdos de determinação com respeito aos princípios contrapostos e as possibilidades fáticas. Totalmente distinto é o caso das regras, posto que as regras exigem que se tenha exatamente o que nelas se ordena, contém uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Esta determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fáticas, o que pode conduzir a sua invalidez; porém se tal não é o caso, vale então definitivamente o que a regra diz.

ROTHEMBURG, antes de traçar as distinções entre regras e princípios, entende que ambos têm em comum o caráter normativo, isto é, dizem o que deve ser, e ambos podem ser formulados com expressões deônticas dos mandamentos da permissão e da proibição. Partindo desta concepção para este Autor, “os princípios são dotados de um elevado grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa”<sup>26</sup>. Assim, os princípios têm alta abstração e baixa densidade normativa, enquanto que as regras têm baixa abstração e alta densidade normativa.

O Autor aduz que:

*Os princípios são dotados de vagueza, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se da expressão de valores principais de uma*

<sup>26</sup> ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Principios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 17 – 18.

*concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam determináveis em concreto<sup>27</sup>.*

Mas este Autor explica que a generalidade e vagueza não devem ser confundidas, quando se considera em relação ao âmbito de abrangência e não em relação ao conteúdo, assim uma norma pode ser precisa em seu significado, mas genérica em seu alcance. E em relação aos princípios explica que a generalidade e a vagueza decorrem da plasticidade que apresentam por isso os princípios se amoldam às diferentes situações, e segundo ROTHEMBURG, acompanham o passo da evolução social. Embora afirme que “os princípios por seu natural aspecto vago e genérico oferecem problemas à concretização em face de situações concretas”; por ser complicado reconhecer um direito subjetivo com aplicação direta de um princípio, mas ao mesmo tempo, este Autor defende que é nesta característica de “abertura” que se encontra a grande utilidade dos princípios. Enfatiza “que a vagueza não é um defeito que os princípios apresentam, senão o seu jeito de ser”; e que necessitam serem retomados e desenvolvidos em normas mais determinadas e específicas, posto que “ não conseguem ser perfeitamente verbalizados, e o máximo que se consegue é uma formulação vaga”.

SCHIER<sup>28</sup> menciona que a distinção entre regras e princípios, é determinada pelo seu grau de abstração, sendo que os princípios teriam um grau de abstração mais elevado, e pela sua natureza de densidade axiológica possuem graus descritivos mais genéricos; entretanto os princípios “substanciam as fontes das regras” e possuem uma densidade valorativa maior que as regras. Para este Autor o critério mais adequado de distinção seria o da densidade normativa, posto que as regras não podem ser relativizadas diante de sua natureza; se forem relativizadas deixarão de ser regras.

Na opinião de BOROWSKI<sup>29</sup>, atualmente diversos autores interpretam os direitos fundamentais como princípios. E segundo a tese da separação estrita, existe

<sup>27</sup> ROTHEMBURG, Walter Claudius, (2003), p. 18.

<sup>28</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. (2006), p. 102 – 103.

<sup>29</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. PULIDO, Carlos Bernal. Universidad Externado de Colombia, p. 47 -50.

uma diferença lógica entre regras e princípios: sendo que os princípios contêm um dever *prima facie* e as regras um dever definitivo. As diferenças dos princípios e das regras não podem simplesmente ceder frente a outras regras nos casos individuais, a forma de aplicação dos princípios é a ponderação, enquanto que inferiores, as normas somente se subsumem. Os conflitos entre princípios se decidem na dimensão de peso e as regras na dimensão de sua validade. Os princípios representam um objeto de otimização que pode ser realizado em grau máximo, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que são gradualmente realizáveis. O grau de realização e importância desta determina em cada caso concreto que princípios se impõem em uma colisão entre princípios. O caráter do princípio de uma norma e o princípio da proporcionalidade em sentido lato existe uma relação de implicação recíproca: o caráter de um princípio implica no princípio de proporcionalidade em sentido lato e vice-versa.

A observação de BOROWSKI sobre o tema também é resultado dos estudos de ÁVILA<sup>30</sup>, que sustenta a equivocidade do uso da expressão princípios, posto que o termo princípio como não é uniforme, causa problema quando fenômenos completamente diversos são explicados mediante o emprego de denominação equivalente, assim um só termo passa a fazer referência igual e indistintamente. Tal situação tem ocorrido com os princípios, que passam a significar tudo e acaba por não significar coisa alguma.

Portanto, ÁVILA atribui que a dogmática jurídica que deveria explicar e descrever o ordenamento jurídico, em função de equívocos dos seus enunciados passa a encobri-lo ou não desvendá-lo. As teorias jurídicas passam a padecer de inadequação sintática quando utilizam termos semelhantes para explicar fenômenos desiguais, instalando, na ciência do Direito, o germe da ambigüidade. E a interpretação e a aplicação do Direito com o objetivo de explicar o que o ordenamento determina, proíbe ou permite, passa a explicar aquilo que sequer tem referibilidade indireta ao objeto descrito.

De acordo com ÁVILA o princípio poderá apresentar-se em três concepções, como axioma, postulado e norma: (i) – Princípio como axioma, o termo denota uma veracidade aceita por todos, sem necessidade de provas e são usados e aplicados por meio da lógica. Na literatura jurídica o uso de axioma serve para explicar tipos de raciocínios jurídicos aceitos por todos. (ii) – Princípio como postulado: num sentido

<sup>30</sup> SARMENTO, Daniel (org). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 176 ss.

kantiano, postulado significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto; assim, os postulados variam conforme o objeto cuja compreensão condicionam e que podem ser normativos e éticos-políticos. Os postulados normativos são condições do conhecimento do fenômeno jurídico. Então não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão; somente explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito. (iii) – Princípio como norma tem fundamento de validade no direito positivo de modo expreso ou implícito. Estruturalmente, por ser concretizável em vários graus, seu conteúdo depende das possibilidades normativas advindas dos outros princípios, que podem derogá-lo em determinado caso concreto. Os princípios servem de fundamento para a interpretação e aplicação do Direito.

Entretanto, o Autor após apresentar as três concepções conclui que um axioma não se confunde com uma norma-princípio, já que essa, ao contrário daquele, deve ser necessariamente reconduzida a fontes materiais de produção normativa e deve ser aplicada com referência a pontos de vista prático-institucional. Um postulado normativo não se confunde com uma norma princípio na medida em que a norma não explica somente as condições de conhecimento do Direito, mas o conteúdo relativo ao comportamento ou à aplicação de outras normas constantes no ordenamento jurídico.

Importante é que os princípios nunca são eliminados, mesmo em casos de conflitos, diferentemente do que sucedem com as regras antinômicas.

Na obra da teoria dos Princípios de ÁVILA<sup>31</sup> o autor defende a hipótese de que tanto as regras como os princípios podem ser ponderados, e mesmo quando uma regra em conflito for ponderada, não deixará de ter validade em face da outra escolhida; bem como acontece com os princípios que, quando em colisão, far-se-á um sopesamento entre a escolha do princípio de maior peso para o caso concreto. Esta posição defendida por ÁVILA causa polêmica em relação às normas; muitos autores citados defendem que as mesmas não podem sofrer o critério de ponderação ou sopesamento, que tal característica de ponderação e sopesamento é exclusiva dos princípios face à sua abstração e abertura.

Em contraposição à Teoria dos Princípios de ÁVILA, o Autor VIRGÍLIO<sup>32</sup> crítica a sua distinção entre regras e princípios. Primeiro a respeito do uso da

<sup>31</sup> ÁVILA, Humberto *Teoria dos Princípios...*, (2003).

<sup>32</sup> AFONSO DA SILVA, Luis Virgilio, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Tese para cátedra/USP, 2005, p. 66 – 77.

ponderação das regras em muitos casos, ou então, pelo processo de consideração das circunstâncias fáticas da aplicação da norma jurídica reputada como regra. Para ÀVILA isto decorre do fato de que “o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação”. Neste sentido VIRGÍLIO concorda com sua afirmação, então o ponto pacífico, entre ambos autores é de que a distinção entre regras e princípios não é uma distinção entre textos, mas entre normas. Sendo tarefa do intérprete em definir se a norma, produto da interpretação é uma regra ou um princípio. Deixou então de ser do legislador a preocupação com as distinções e classificações dogmáticas, mas cabe ao intérprete e ao aplicador do direito.

Segundo o ponto de vista de VIRGÍLIO, para ÀVILA não existe apenas conflitos entre regras e colisões entre princípios, mas também colisões entre uma regra e um princípio; sendo que este sopesamento ocorre não entre regras e princípios colidentes, mas entre o princípio em questão e o princípio que sustenta a regra que com ele colide.

Para VIRGÍLIO:

*“...o sopesamento se dá única e exclusivamente com a finalidade de se definir se o fato em questão é típico ou não, ou seja, se se enquadra ou não na hipótese descrita pela norma; o que o sopesamento não é uma norma de aplicação, mas de interpretação”. (...) A diferença é na questão estrutural, e implica deveres de estrutura diferente e formas diferentes de aplicação, não é possível confundir “tudo ou nada” ou “subsunção” com “automatismo” ou “facilidade na interpretação”.*

Continua VIRGÍLIO refutando na teoria dos princípios de ÀVILA a sua defesa em relação à dimensão do peso para as regras, e não somente para os princípios bem como, destacando nos casos que a decisão envolve uma atividade de sopesamento entre razões e que as duas regras permanecem válidas, ainda que possam entrar em conflito no caso concreto. VIRGÍLIO rechaça que os pressupostos teóricos de ÀVILA não são convincentes, posto que é mais do que óbvio que refinamentos só fazem sentido se teoricamente precedentes; reforça que isso não apareceu no seu trabalho. A seguinte crítica é no requisito de refinar e desenvolver classificações mais gerais, o que somente faz sentido na medida em que o objeto de estudo assim o exige, e se tiver um ganho de clareza analítico-conceitual, o que ele não traz. Segundo VIRGÍLIO, as redefinições que sugere para os conceitos de regra e princípios mais confundem do que esclarecem a distinção, por apresentar um sem número de elementos nas definições.

Portanto para VIRGÍLIO, o conceito de princípio deverá ser compreendido como mandamento de otimização, ou seja, como normas que garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*. E para as regras quando mencionadas estarão sempre em contraposição aos princípios, ou seja, como normas que garantem direitos ou impõem deveres *definitivos*.

### 3.4 A função e o Papel dos Princípios

O tema a cerca da função e do papel que representa os princípios constitucionais numa perspectiva da hermenêutica principiológica provoca reflexões muito provocantes e sem sombra de dúvida requer uma pesquisa mais elaborada, principalmente, nas inúmeras formas que se pode interpretar os princípios, com textura, abertura, com ampla abstração e ao mesmo tempo de suma importância na aplicação dos direitos fundamentais.

Na concepção de entender a função dos princípios em uma hermenêutica principiológica eles entram, não apenas como critérios de interpretação, mas como um meio de ajuste à norma, para permitir, sem alterar seu mínimo imutável, seu preenchimento em conformidade com os valores que o próprio princípio encampa, e que conferem a unidade ao sistema<sup>33</sup>. Sendo que o princípio pode ser visto além de método de interpretação, como objeto da interpretação, ou até como indicadores interpretativos em que a interpretação é realizada a partir deles mesmos, e que auxiliam o intérprete na escolha de um ou de outro. Afirma BASTOS que “é nos princípios que se encontrarão as diretrizes valorativas válidas aplicáveis à interpretação constitucional”<sup>34</sup>. E para este Autor, aos princípios corresponde a missão de orientar e coordenar os diferentes dados e fatores que concorrem na interpretação constitucional, bem como podem guiar a utilização das diversas regras hermenêuticas.

Ressalta-se, portanto, que a principal função dos princípios dos direitos fundamentais é a exata medida de abstrair a capacidade de ponderação no caso de colisões entre direitos fundamentais de iguais pesos, realizando-se o sopesamento dos princípios naquela colisão e orientando o juiz para uma decisão no caso concreto mais adequado e fundado na proporcionalidade.

<sup>33</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª. Ed.. São Paulo: Metodo, Editoração e Editora, 1999. p. 133.

<sup>34</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, p. 134.

Para ROTHEMBURG, a proporcionalidade é um critério e não um princípio autônomo, posto que se trata de um “ índice que permite aplicar uma técnica de solução de problemas de concorrência e conflito. Sendo que se a proporcionalidade fosse encarada como um princípio, “estaria sempre em concorrência com qualquer outro, devendo ambos se comporem para uma adequada solução, numa sorte de composição necessária”. No caso de conflito entre dois princípios, e se a proporcionalidade fosse também um princípio seria mais um terceiro a ser ponderado. Assim o Autor entende ser “ melhor compreender o fenômeno como de ajustamento (adequação) de um ou diversos princípios ao caso, e reconhecer a proporcionalidade, não como princípio, senão como critério, a ferir cada aplicação normativa, determinado o modo de incidência” <sup>35</sup>. Embora afirme que o usual é aceitar a conceituação da proporcionalidade como princípio, e que para alguns seria um princípio implícito.

A respeito da função elementar dos princípios jurídicos, ROTHEMBURG, cita que BOBBIO melhor justificou quando afirmou que a função dos princípios é a de regular um caso, bem como reiterou esta função “regulativa” dos princípios, que tem status de “ normas primárias que regulam imediatamente a conduta de seus destinatários; cita também EDILSON PEREIRA DE FARIAS “ que aponta ainda uma função hermenêutica que serve de limite protetivo contra a arbitrariedade”. Este limite protetivo contra arbitrariedades gira em torno das restrições na discricionariedade judicial.

Para BOROSWSKI<sup>36</sup> a respeito da tese que interpreta os direitos fundamentais como princípio se aduz uma série de argumentos que em parte se referem à tese geral e em parte a interpretação como princípios das normas de direito fundamental que correspondem a determinadas funções dos direitos fundamentais. Os princípios de direito fundamental são normas jurídicas que devem cumprir todos os critérios de validade próprios do ordenamento jurídico correspondente.

Afirma BOROSWIKI que a racionalidade das ponderações se põe em dúvida de diversas formas, posto que não se conhece um parâmetro vinculante para decidir perguntas normativas mediante a ponderação. Considerando que diversas pessoas podem chegar a diversos resultados sobre o peso e o grau de afetação de um princípio em relação ao princípio contraposto, assim como a relação de procedência entre ambos

<sup>35</sup> ROTHEMBURG, Walter Claudius, (2003) p. 42 – 43.

<sup>36</sup> <sup>36</sup> BOROSWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. PULIDO, Carlos Bernal. Universidad Externado de Colombia, p. 54 e ss.

princípios, o que Ele atribui um defeito específico do conceito da ponderação, sem uma propriedade que caracterize todo o procedimento decisório de questões normativas. Entretanto, através da teoria da argumentação jurídico-racional e com a ajuda do conceito de ponderação a teoria dos princípios permite alcançar o mais alto nível analítico e todo o tipo de decisões racionais relativas a questões normativas.

E entende que a teoria dos direitos como princípios no sentido exposto, seria plausível, porém nenhuma maneira preferível ou necessária. No sentido de uma teoria construtiva, ela se libera das premissas normativas, nas quais se introduz, quando uma teoria construtiva se vincula com diferentes cargas de argumentação. Uma carga de argumentação constitui uma premissa normativa frágil, porque dita premissa é compatível com muitas concepções normativas.

Em relação aos direitos garantidos mediante regras, se diz que está garantida por uma norma não suscetível de ponderação; neste caso se sabe de antemão que não existe colisões com outros direitos e bens jurídicos que podem resultar mediante a ponderação. O conteúdo plenamente determinado, característico das regras, constitui também uma propriedade dos direitos não limitados. As regras conduzem necessariamente a posições jurídicas não suscetíveis de restrições.

Os direitos garantidos mediante princípios são direitos restringíveis, e as normas que restringem a realização de um princípio são restrições desse princípio. Se as restrições de um direito fundamental provem unicamente de lei, dita restrição não poderia ser nunca legítima; as liberdades fundamentais estão garantidas por normas constitucionais. Exemplificando, uma restrição que se realiza mediante normas legais de inferior hierarquia na pirâmide do ordenamento jurídico, vulneraria o princípio de supremacia da Constituição. Entretanto, esta restrição se funda materialmente nos princípios constitucionais que a sustentam; assim se apresenta formalmente uma colisão entre normas de igual hierarquia, que pode ser resolvida mediante uma ponderação.

Na opinião de SANCHIS<sup>37</sup> o núcleo do problema reside na questão em como tem de ser tratadas as ações do poder, por exemplo, das leis. Se conceber tais ações como limites, pressupõem que os direitos fundamentais atuam nesse caso ao modo dos princípios que reclamam ponderações, o que resulta que sobre o poder público reside uma carga de argumentação como um controle judicial. Ante a ponderação apresenta um caráter aberto, potencial ou *prima facie* e somente depois da ponderação pode ser encerrado, real ou definitivo. Se a lei limitadora não supera a

---

<sup>37</sup> SANCHIS, Luis Prieto. (2003), p. 221.

ponderação o conteúdo definitivo do direito será coincidente com o atribuído *prima facie*. Se pensar em termos de delimitação, os direitos já não operam como princípios, mas tipos normativos fechado desde o enunciado constitucional, de maneira que as normas reguladoras já não são consideradas como limites externos, senão como concreções ou especificações do direito constitucional.

SANCHIS<sup>38</sup> se reporta a uma “Teoria Ampla dos pressupostos de fato”, defendida por ALEXY que pressupõe uma interpretação ampla dos enunciados relativos aos direitos, de modo que todo comportamento ou posição individual que represente ao menos uma propriedade subsumível na esfera abstrata do Direito, deve ser considerada, em princípio, como uma manifestação específica da liberdade fundamental; mas o Autor sublinha que tal concepção não quer dizer que qualquer conduta goze de definitiva tutela jurídica... (isso seria um absurdo e destruiria o sistema de liberdades, diz o autor). Significa dizer que o problema deve ser tratado como um conflito entre bens constitucionais, mais concretamente, como um conflito entre umas razões que lutem em favor da liberdade individual e outras que o fazem em favor de sua restrição, e o que triunfará, no caso concreto, é o resultado de uma ponderação entre estes termos. A virtualidade da perspectiva adotada é a de que nos casos relativos a esta “zona de penumbra”, de onde resulta discutível se uma conduta está ou não em princípio incluída dentro do conteúdo de um Direito, se impõe um exercício de justificação ou ponderação, ou seja, de racionalidade em detrimento da autoridade. Assim todo conflito jurídico requer uma completa argumentação com base nos direitos fundamentais, enfatizando-se na exigência da ponderação que conserva todo o seu sentido.

ALEXY<sup>39</sup> ao tratar do conceito de ponderação admite que não há um método que permita um controle racional, sendo que os valores e princípios não regulam por si mesmos sua aplicação; se feita a ponderação ficaria sujeita ao arbítrio de quem a realiza. Assim onde começa a ponderação, cessaria o controle através das normas e do método e se estaria abrindo assim o campo para o subjetivismo e decisionismo judiciais. Tais medidas valem no caso do uso da ponderação para conduzir a um resultado, porém não valem na medida em que for usar a ponderação num procedimento racional ou irracional.

Entende ALEXY que a ponderação consiste simplesmente na formulação de um enunciado, o qual não seria um procedimento racional, poderia tender à

<sup>38</sup> SANCHIS, Luis Prieto. (2003), p. 247 – 249.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos derechos fundamentales*. (2002), p. 157 – 167.

possibilidade de seguir exclusivamente sua concepção subjetiva, o que não poderia falar-se de ponderação correta ou falsa. Esta distinção permite referir ao postulado da racionalidade da ponderação a fundamentação do enunciado de preferência e afirmar que uma ponderação é racional se o enunciado de preferência que conduz pode ser fundamentado racionalmente. Desta maneira o problema da racionalidade da ponderação conduz a questão da possibilidade da fundamentação racional de enunciados que estabelecem condicionadas entre valores ou princípios opostos.

Conforme a lei da ponderação, quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.

No conceito de princípio, para este Autor resulta que na ponderação não se trata de uma questão “de-tudo-ou-nada”, senão de uma tarefa de otimização. Nesta medida, o modelo de ponderação sustentado responde o chamado princípio da concordância prática.

Ressalta-se que a ponderação tem como principal missão buscar o equilíbrio na resolução de conflitos entre direitos fundamentais; entretanto, a ponderação também promove a ordenação entre os fatos e a norma conferindo critérios na obtenção de uma decisão constitucionalmente adequada.

Embora tenha o Autor a opinião de que no juízo de ponderação se usado para a solução de colisão de direitos e exercido com base no princípio da proporcionalidade, se exigirá “o sacrifício de um direito para a solução do problema que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução<sup>40</sup>. Mesmo sendo usado o termo sacrifício, o que o Autor busca justificar é que o uso da ponderação necessariamente levará a um equilíbrio.

A utilização do método hermenêutico constitucional concretista aliado ao princípio da proporcionalidade como método de ponderação de bens e como critérios necessários para oferecer soluções adequadas aos conflitos de direitos fundamentais nos casos concretos, é defendido por CLÈVE e FREIRE<sup>41</sup>, que também citam CANOTILHO como defensor do método hermenêutico concretista.

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 183.

<sup>41</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Algumas Notas Sobre Colisão de Direitos Fundamentais*. Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil. Nº 01, Mar/Ago2002, Curitiba/PR, p. 32.

Dentre as funções dos princípios, em relação à interpretação de muitas decisões é importante ressaltar ainda que a utilização do princípio da proporcionalidade com a observação da necessidade e adequação é um instrumento de controle que contempla os próprios limites do poder da providência legislativa. O princípio da proporcionalidade atua com uma função primordial e necessária na teoria constitucional, principalmente nas hipóteses de colisão e restrições de direitos fundamentais, diante da complexidade da natureza dos princípios fundamentais face às suas oscilações terminológicas e imprecisões conceituais. Por isso a maioria dos doutrinadores defende a função essencial da utilização necessária da proporcionalidade, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, é através do princípio da proporcionalidade que se opera a ponderação de bens que consiste no critério de sopesamento, ou seja, o grau de peso ou valor de cada princípio num campo de tensão principiológico.

CLÈVE tem a opinião de que o direito Constitucional é realizado na transformação e compromisso dos princípios constitucionais, tendo em vista que o Estado não pode deixar de atuar para proteger os direitos fundamentais, conforme seu posicionamento:

*“O foco desta dogmática não é o Estado, mas, antes a pessoa humana exigente de bem estar físico, moral e psíquico. Exata dogmática distingui-se da primeira, pois não é positiva, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, em alto e bom som, que o direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial”<sup>42</sup>.*

Os princípios constitucionais têm um papel fundamental no exercício democrático, posto que o caminho para o desenvolvimento do País passa necessariamente pelo fiel atendimento da Carta Maior, em que pese as eventuais vicissitudes ou percalços conjunturais; este é o ônus diante do longo período autoritarista.

O que na opinião do jurista brasileiro BARROSO, os direitos fundamentais no início do corpo do texto constitucional como princípio garantidor é “uma valiosa carta de proteção dos cidadãos brasileiros contra os abusos, tanto estatais como

<sup>42</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. ( 2003), p. 18 – 19

privado”<sup>43</sup>. E, segundo este Autor, efetividade, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, representando a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social<sup>44</sup>. A efetividade das normas depende, primeiramente, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida; não se trata somente da vigência da regra, mas também, da capacidade de o relato de uma norma fornecer condições de atuação, isoladamente ou conjugada com outras normas. Desta forma, toda e qualquer interpretação da norma jurídica constitucional ou infraconstitucional deve considerar, principalmente a criação de condições para que a norma interpretada tenha eficácia no sentido da realização dos princípios e valores constitucionais.

#### 4 CONCLUSÃO

O papel da hermenêutica visa alcançar uma interpretação, uma compreensão adequada, e no caso deste breve estudo o objetivo pauta-se na interpretação dos princípios constitucionais; em sua distinção com as regras, no momento em que princípios entram em colisão, como usar o critério da ponderação dos pesos e valores destes princípios, e ainda o papel da proporcionalidade.

E um dos autores que se destaca pela maneira que entende como a Constituição deve ser interpretada é HÄBERLE, que apresenta uma visão mais ampla e aberta, posto que quem vive a norma acaba por interpretá-la através da atuação de qualquer indivíduo como uma interpretação constitucional antecipada; para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser aceito um conceito mais amplo da hermenêutica, tendo num sentido lato e como pré-intérpretes, cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública: uma teoria da interpretação sob a influência da teoria democrática.

E como o positivismo jurídico não resolveu o problema entre as relações do direito e a moral, somados às atrocidades ocorridas após a II Guerra Mundial com a

---

<sup>43</sup> STIFTUNG, Konrad Adenauer. *A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. BARROSO, Luiz Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)*. Centro de Estudos, Debates: 1999, No. 20, p. 29.

<sup>44</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Renovar: Rio de Janeiro – São Paulo, 2003, p. 85.

crise da ética; os textos Constitucionais adquiriram um compromisso com a democracia, a pluralidade, a dignidade da pessoa humana e a tolerância como integrantes operacionais das ordens jurídicas.

E o Direito passou por ampla reflexão sobre sua função social e interpretação, após a superação do jusnaturalismo e a decadência política do positivismo. Surgiu então, a nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais com base na dignidade humana, com a valorização dos princípios e a reaproximação do Direito com a Ética.

Como as Constituições estão embasadas nas concepções valorativas e principiológicas, atualmente diversos autores, estrangeiros e nacionais mencionados neste artigo, interpretam os direitos fundamentais como princípios. Sendo que os principais são ALEXY e DWORKIN, que se dedicaram à mudança deste paradigma com a teoria jurídica; porque DWORKIN apontou a existência de princípios integradores da ordem jurídica, e ALEXY porque desenvolveu uma análise mais apurada sobre a incidência dos princípios na resolução dos conflitos.

O resultado das teorias defendidas por estes autores fomentou muita discussão em torno da interpretação e da função dos princípios, principalmente em torno da distinção entre regras e princípios, diante do elevado grau de abstração dos princípios e sua natureza de densidade axiológica.

O objeto de preocupação dos Autores entre a distinção de princípios e regras é como solucionar os conflitos quando entra em colisão direitos fundamentais de mesmo grau e peso valorativo; na concepção de colisões entre princípios a maioria defende o critério da ponderação e do sopesamento dos princípios colidentes, bem com a utilização da proporcionalidade, adequação e necessidade como meios de orientar a decisão mais equilibrada. Enquanto que em relação às regras há uma discordância maior, posto que alguns defendem que não podem ser relativizadas diante de sua natureza; que deve haver uma cláusula de invalidade (se usar uma a outra será inválida); e outros como Ávila defendem que as regras também podem ser ponderadas como os princípios.

Para DWORKIN<sup>45</sup> as regras são aplicadas de modo “ tudo ou nada”, quando a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Os princípios não determinam a decisão, mas somente contêm os fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos de outros princípios.

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

Já, ALEXY<sup>46</sup>, se fundamenta em critérios comparativos, e diferencia-se dos demais porque se baseia, mais intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas. Considera os princípios jurídicos como uma espécie de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. De acordo com o entendimento deste Autor cita-se, BOROWSKI, SANCHIS, VIRGILIO.

Considerando uma das diferenças apontadas entre regras e princípios, a maioria entende que os princípios contêm um dever *prima facie* e as regras um dever definitivo. E a forma de aplicação dos princípios é a ponderação, enquanto que as normas somente se subsumem. Os conflitos entre princípios se decidem na dimensão de peso e as regras na dimensão de sua validade. Os princípios representam um objeto de otimização que pode ser realizado em grau máximo, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que são gradualmente realizáveis. O grau de realização e importância desta, determina em cada caso concreto qual princípio se impõem em uma colisão entre princípios.

Outro ponto importante é a observação de BOROWSKI, bem como tema dos estudos de ÁVILA<sup>47</sup>, em que sustenta a equivocidade do uso da expressão princípios, posto que o termo princípio como não é uniforme, causa problema quando fenômenos completamente diversos são explicados mediante o emprego de denominação equivalente, assim um só termo passa a fazer referência igual e indistintamente. Tal situação tem ocorrido com os princípios, que passam a significar tudo e acaba por não significar coisa alguma.

Concluo que dentre as funções dos princípios, destaca-se a utilização do princípio da proporcionalidade com a observação da necessidade e adequação que é um instrumento de controle que contempla os próprios limites do poder da providência legislativa. Sendo que o princípio da proporcionalidade atua com uma função primordial e necessária na teoria constitucional, principalmente nas hipóteses de colisão e restrições de direitos fundamentais, diante da complexidade da natureza dos princípios fundamentais face às suas oscilações terminológicas e imprecisões conceituais. Por isso

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A teoria o discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

<sup>47</sup> SARMENTO, Daniel (org). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Descontruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 176 ss.

a maioria dos doutrinadores defende a função essencial da utilização necessária da proporcionalidade, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, é através do princípio da proporcionalidade que se opera a ponderação de bens que consiste no critério de sopesamento, ou seja, o grau de peso ou valor de cada princípio num campo de tensão principiológico. E o juiz deve observar a realidade social, os princípios e regras concorrentes e incorporar sua argumentação na norma objeto de otimização na maior medida possível.

E por fim os princípios constitucionais têm um papel fundamental no exercício democrático, posto que o caminho para o desenvolvimento do País passa necessariamente pelo fiel atendimento da Carta Maior.

## 5 REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Luis Virgilio, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. São Paulo: Tese para cátedra/USP, 2005.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A teoria o discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001. Parte II e III.

\_\_\_\_\_. Teoria dos derechos fundamantales. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2002..

ARRUDA JR, Edmundo Lima de. Alternativas para o direito em tempos de “desideologização” e “reciência” e Alternativas do Direito na Modernidade. Textos inéditos.

ÁVILA, Humberto Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª. Ed.. Sao Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Renovar: Rio de Janeiro – São Paulo, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 2ª. Ed.. São Paulo: Metodo, Editoração e Editora, 1999..

BOCKENFORD, Ernest-Wolfgang. Escritos sobre derecho fundamentales. Nomos: Baden-Baden, 1993.

BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamantales. Trad. PULIDO, Carlos Bernal. Universidad Externado de Colombia, p. ?????.

BOUCAULT, Carlos E. de Abre e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs). Hermenêutica Plural. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica. São Paulo: Martins Fontes, 2002

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1996.

CLÉVE, Clémerson Merlin. Eficácia dos Direitos Fundamentais Sócios. Revista Crítica Jurídica – No. 22, 2003.

DWORKIN, Ronald. Law's Empire. Boston: Harvard University Press, 1986. (Trad. Integridade e Integridade no Direito. In. O Império do Direito. Trad. Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_. Los derechos em serio. Barcelona: Ariel, 1989..

FIGUEROA, Afonso Garcia. La teoria del derecho em tiempos de constitucionalismo: In: CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo(s).. Trotta: Madrid, 2003.

HÄBERLE, Peter, Zeit und Verfassung, ZfP 21 (1974), p. 111 (121s). Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica Constitucional. Editor Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2002.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. Hermenêutica e Direito. Considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999.

\_\_\_; Perspectivas Hermenêutica dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2000.

MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e Estado Pó-Nacional. Reflexões sobre os desafios do Direito Constitucional em face da abertura da ordem jurídica estatal e das demandas internas por cidadania não homogeneizantes. Texto produzido como atividade de pesquisa acadêmica realizada junto ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da UniBrasi, em Curitiba.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo, In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Principios Constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003

SANCHIS, Luis Prieto. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Trotta: Madrid, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 7ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

SARMENTO, Daniel (org). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. Direito Constitucional – anotações nucleares. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STIFTUNG, Konrad Adenauer. A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Os dez anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. Centro de Estudos, Debates: 1999, No. 20.

\_\_\_ BARROSO, Luiz Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). Centro de Estudos, Debates: 1999, No. 20.