

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

Douglas Balbinott¹

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO E A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E REGRAS

O julgamento de Nuremberg fez com que o direito revisse suas próprias bases. As atrocidades cometidas pelos regimes totalitários dentro de um cenário de legalidade serviram para dizimar milhões de pessoas em nome de um ideal tirânico. Dentro deste aspecto o direito passa a incorporar valores mínimos para dentro do ordenamento, concretizados pelos valores inseridos dentro das Constituições. As Constituições vêm com um ideal centrado na dignidade da pessoa humana e, como consequência disso, dos direitos fundamentais. Como exemplo basta citar que a Constituição Brasileira de 1988 abre seu texto justamente com os fundamentos da República – dentro dos quais se insere a dignidade da pessoa humana -, passando pelas normas programáticas (que buscam orientar politicamente o Estado para diminuir desigualdades) e culminando nos direitos e garantias individuais e sociais.

A Constituição de 1988 está justamente alinhada com este compromisso na efetividade da dignidade da pessoa humana. Esse espírito que permeou a Constituinte se mostra exatamente pelo contexto histórico em que a Constituição foi originada. Logo após mais um longo processo ditatorial, a Constituição, comumente chamada de Constituição cidadã, trouxe a população para o debate da constituinte, fazendo com que fosse a primeira constituição onde a população participou efetivamente do seu processo de criação. Dentro deste aspecto, busca-se entender melhor o que são os princípios e regras constitucionais, além é claro dos direitos fundamentais, para, neste sentido, entender o processo de interpretação e construção necessário para a operacionalização do direito, neste contexto tão complexo que se traduz não apenas em aplicar o direito, mas sim em pensá-lo.

Os direitos fundamentais são direitos intimamente ligados à noção de dignidade da pessoa humana ou delimitação do poder. Eles têm esse duplo viés, pois buscam dar guarida ao indivíduo, pois mediante a sua violação, podem exigir do Estado o seu cumprimento, porque são uma faculdade do sujeito (em seu aspecto subjetivo) e um dever do Estado (em seu aspecto objetivo), não somente de oferecer, guardar, cumprir quando acionado, mas também de orientar suas políticas públicas para o cumprimento do mesmo. Dentro deste aspecto os direitos fundamentais têm seu

¹ Acadêmico do 4º nível do curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. Membro do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional e direitos Fundamentais” coordenado pelo professor Me. Iuri Bolesina.

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

conteúdo eminentemente principiológico, pois buscam a dignidade da pessoa humana, mas também podem se revestir na forma de regras, pois as regras servem também para concretizar os princípios.

Vale ressaltar que, na Constituição de 1988, os direitos fundamentais são cláusulas pétreas (CF 88, art. 60 § 4º, IV), tem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º) e possuem hierarquia constitucional. A hierarquia constitucional garante aos direitos fundamentais um status de primazia, pois todo o ordenamento infraconstitucional deve ser orientado para a concretização das normas constitucionais, sendo que a violação enseja controle de constitucionalidade, o que pode acarretar no pronunciamento da nulidade da norma que afronte os direitos fundamentais. Por serem cláusulas pétreas previnem que a política ordinária possa abolir algum dos direitos fundamentais mediante alguma vontade momentânea. E por fim, a aplicabilidade imediata garante que os direitos fundamentais sejam aplicados imediatamente. Vale ressaltar neste aspecto a diferenciação entre normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.

Todas as normas constitucionais se aplicam imediatamente, acontece que algumas, o próprio constituinte deixou a cargo do legislador ordinário sua complementação por meio de lei para regular o exercício de tais direitos. Neste caso tratam-se das normas constitucionais de eficácia limitada. Neste caso poderia o leitor se questionar então sobre a efetividade de um direito fundamental que derivasse de uma norma que dependa do legislador ordinário. A pergunta é pertinente, mas vale ressaltar o que já foi dito: a norma constitucional possui aplicabilidade imediata, o que ela não produz pela falta de lei são efeitos. Mediante esta situação, a própria constituição traz como remédio constitucional o mandado de injunção que será utilizado sempre que a *“falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”* (CF 1988, art. 5, LXXI). Neste sentido, vê-se a preocupação da própria Constituinte com a efetividade das normas constitucionais, visto que este sempre foi um problema histórico no Brasil, de Constituições simbólicas.

Princípios e regras são espécies do gênero norma jurídica. Ambos são dotados de coercibilidade, atributo específico que difere as normas jurídicas das normas morais. Exatamente neste aspecto, busca-se estabelecer um padrão de diferenciação entre os princípios e as regras jurídicas, especialmente as constitucionais. Segundo André Ramos Tavares (TAVARES, 2008, p. 48) uma das principais diferenças entre os princípios e regras traduz-se no quesito abstratividade. As regras traduzem-se em normas que descrevem determinadas condutas, prevendo determinadas consequências mediante a conduta descrita. Possuem um grau de abstratividade baixo, pois são um

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

caso de “tudo ou nada”. Ou a conduta do mudo dos fatos se encaixa na regra ou não. Chama-se de subsunção o enquadramento técnico do suporte fático à norma.

No caso dos princípios é diferente. Os princípios procuram imprimir valores para dentro do ordenamento jurídico. Por isto possuem um grau de abstratividade muito grande, podendo abranger inúmeros casos. Mediante a colisão de dois princípios em um caso concreto, haverá que se sopesar o princípio de maior importância para a resolução do caso. Porém vale ressaltar que por se tratar de um sopesamento dos valores envolvidos na disputa, um princípio não exclui o outro. O que ocorre é que o princípio de menor peso restringe os limites do princípio de maior peso em um caso concreto específico.

André Ramos Tavares também ensina que (TAVARES, 2008, p.40), além da posição hierárquica superior dos princípios constitucionais, eles possuem uma posição de superioridade axiológica, pois são as bases do Estado Democrático de Direito. Além disso, são os próprios princípios que permitem uma unidade do ordenamento jurídico, pois ao irradiar por todo o ordenamento, permitem uma leitura harmônica do Direito em si. Os princípios possuem aplicabilidade em amplo sentido, salvo regra ou princípio em contrário que o restrinja, o que é possível. Nas palavras de Gustavo Procópio Bandeira de Melo (2008, p. 410).

Nessa terceira fase (pós-positivista), tem-se majoritariamente o entendimento de que os princípios trazem consigo uma normatividade própria. No Brasil, mormente após o advento da Constituição de 1988, constata-se a sua máxima relevância como o mais importante elemento normativo de “coerência geral do sistema” e funcionam como eficazes critérios de interpretação e integração de todo o ordenamento por meio de seu efeito irradiante por todo o sistema jurídico.

As principais características dos princípios são: abstratividade, sistematicidade, limitabilidade, aplicabilidade imediata e programaticidade. A abstratividade caracteriza-se pelo alto grau de abstração dos princípios, que por assim o serem, e por estarem na Constituição, permitem que os mesmos se irradiem por todo o ordenamento jurídico. A sistematicidade diz respeito a possibilidade de uma leitura sistêmica do ordenamento jurídico através dos princípios. A limitabilidade vem para afirmar que não existe um princípio absoluto. Mediante as questões do caso concreto um princípio há de prevalecer sobre o outro, mas nunca excluí-lo totalmente. A aplicabilidade imediata diz respeito a possibilidade de aplicação imediata dos princípios a um caso concreto, pois são normas jurídicas. A programaticidade dos princípios faz com que eles sejam balizas orientadoras da atuação estatal dentro dos seus movimentos. As intenções do Estado devem estar comprometidas com os princípios constitucionais (TAVARES, 2008, p. 50). Nas palavras de Konrad Hesse (1991, p. 19):

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em forma ativa se fizerem presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Por este motivo reafirmamos a necessidade de que os princípios constitucionais sejam as diretrizes programáticas da política do Brasil. Mas como Hesse, em seu brilhante discurso já ensinava, só logrará êxito a força normativa da Constituição se, no Estado Democrático de Direito não houver só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição. Dentro deste contexto, ressaltamos a necessidade da compreensão dos princípios e regras constitucionais para a consolidação do Estado Democrático e na efetivação de uma democracia substancial, que permita um debate público aberto mediante a uma cidadania ativa como própria decorrência do cumprimento das garantias Constitucionais.

Robert Alexy também estabeleceu as diferenças entre regras e princípios. Segundo Alexy os princípios funcionam como mandados de otimização, que procuram sempre garantir o seu máximo. Cada princípio procura garantir o máximo de alcance, e por isto, eles acabam colidindo. Dentro deste contexto de colisão, a regra de ponderação se mostra como solução eficaz para a solução no caso concreto. Para Alexy, os princípios possuem um grau de generalidade alto, enquanto as regras possuem um grau de generalidade baixo.

Para Dworkin, a principal diferença entre as regras e princípios se estabelece no fato de que uma regra é uma questão de “*aplicable all or nothing fashion*”². Ou seja, uma regra é estabelecida juntamente com suas exceções. O suporte fático se enquadra na norma, em uma das exceções ou não é válida para o caso. Neste caso a solução para uma antinomia se dá pelos critérios de hierarquia, cronologia ou especialidade, nesta ordem. Já os princípios, para Dworkin, possuem um peso. Segundo Luis Afonso Heck (2008, p. 94):

Os princípios tem uma dimensão de peso que as regras não têm, uma *dimensão de peso (dimension of weight)*, que se mostra na colisão de princípios. Quando dois princípios colidem, o princípio de peso relativamente maior decide, sem que o princípio de peso relativamente menor, por isso, se torne inválido. Em uma outra constelação de casos, os pesos poderiam ser distribuídos inversamente. Ao contrário, em um conflito entre regras, como por exemplo, quando uma regra ordena algo e outra proíbe o mesmo, sem que uma regra estatua uma exceção para a outra, uma pelo menos, sempre é inválida. Como será decidido o que vale é indiferente. Isso poderia suceder segundo uma regra como “*lex posterior derogat legi priori*” ou segundo isto qual regra é apoiada por princípios mais importantes.

² Expressão usada por Dworkin no original (TAVARES, 2008, p. 48).

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

Alexy critica essa distinção de Dworkin, pois para ele, um Tribunal pode criar uma exceção à regra a partir de um princípio, o que desmistificaria a distinção entre as regras e princípios, visto que em Dworkin as regras e suas exceções deveriam todas estar previamente definidas (HECK, 2008, p. 95).

Compreender a importância dos direitos fundamentais e dos princípios e suas diferenças entre as regras é de suma importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito comprometido em imprimir valores na ordem constitucional e social. Visa-se por meio deles efetivar a democracia mediante condições mínimas ao cidadão para que possa participar do debate público em uma esfera pluralista. Os direitos fundamentais por se preocuparem na efetividade da dignidade da pessoa humana tem essa característica intrínseca, além é claro, da ideia de limitação do poder. Dentro deste aspecto compreender os princípios e regras se faz necessário, pois os direitos se traduzem, ora por princípios, ora por regras. A forma como se opera o direito mediante um ou outro caso exige que o jurista entenda a teoria que desenha os moldes de aplicação de regras e princípios dentro do ordenamento pátrio. Para finalizar, nas palavras de Paulo Bonavides (2011, p.66):

Há em nosso tempo duas categorias de juristas: os da legalidade e os da legitimidade, os tecnocratas e os retóricos, os das normas e regras e os dos princípios e valores, os juristas do status quo e os juristas da reforma e da mudança.

Eu me inscrevo nas fileiras do segundo grupo, porque, sendo ambos ideológicos, um pertence à renovação e ao porvir, ao passo que o outro se filia na corrente conservadora e neutralista. Mas este último, sem embargo de apregoar neutralidade, professa, em derradeira instância, uma falsa e suposta isenção ideológica e, pelo silêncio e abstinência, acaba por fazer-se cúmplice do sistema e de suas opressões sociais e liberticidas.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

HECK, Luis Afonso. *Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy*. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 89-127.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes)*. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

MELO, Gustavo Procópio Bandeira de Melo. *Noções básicas da teoria dos princípios*. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 409-415.

TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional*. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 37-60.