

## **EFETIVIDADE DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS: INSTRUMENTAL NORMATIVO E PROCESSUAL<sup>1</sup>**

**Fábio de Souza Trajano<sup>2</sup>**  
**Paulo de Tarso Brandão<sup>3</sup>**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 A norma constitucional como norma jurídica; 3 Direitos constitucionais e instrumentos para sua efetivação; 3.1 Estado contemporâneo e a função social; 3.2 Ações constitucionais e institutos clássicos do Processo Civil; 4 Norma jurídica; 5 O modelo jurídico ideal; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

### **RESUMO**

A concretização dos valores consagrados na Constituição Federal depende da aplicação direta pelos operadores do Direito das normas constitucionais, quer na fundamentação das postulações levadas à juízo como na fundamentação das decisões judiciais. A interpretação da legislação infraconstitucional passa, inicialmente, por uma "filtragem constitucional", tendo, muitas vezes, o intérprete que exercer um papel criativo para dar efetividade aos valores e princípios constitucionais, ultrapassando, assim, a fase de mero revelador do conteúdo pré-existente da norma, único para todas as situações. Na tutela dos direitos e garantias fundamentais fica mais evidente tal necessidade, porquanto cuida dos valores mais caros previstos no texto constitucional, exigindo que todos os entes do Estado busquem formas adequadas para retirá-los da letra fria da lei para inseri-los na vida das pessoas. Nas ações constitucionais, por tutelarem direitos relacionados à cidadania, o aplicador do Direito deve ter como norte e preocupação primeira a efetivação do direito material resguardado, em detrimento dos institutos clássicos do processo civil, atendendo, assim, o comando normativo constitucional. A compreensão de que regras e princípios são espécies de normas foi um importante marco para a concretização dos direitos previstos na Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos constitucionais; Concretização; Ações constitucionais; Princípios; Regras.

<sup>1</sup> Artigo produzido sob a orientação do Professor Dr. Paulo de Tarso Brandão, do curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

<sup>2</sup> Mestrando em Ciência Jurídica do Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali. Linha de pesquisa: Hermenêutica e Princiologia Constitucional. Promotor de Justiça. [ftrajano@mp.sc.gov.br](mailto:ftrajano@mp.sc.gov.br)

<sup>3</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Vice-Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em seus programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica.

## **ABSTRACT**

The concreteness of consecrate values in Federal Constitution depends on immediate application by Law operators of constitutionalist's patterns, in based postulations taken to judge and in based judicial decisions. The interpretation of infraconstitucional legislation goes through, mainly, a constitutionalist "filtration", that, a lot of times, the interpreter that exert a creative part to effective the values and constitutionalist principles, beyond a simple developer of preexistent patterns stage, the only one for all the situations. In the rights custody and basics warranties is more clear those needs, the fact that cares about the more expensive values seen through the constitutionalist text, demanding that all the people of the State go after adequate ways to take them out of the paper and use them through out our life. In the constitutionalists actions, for patronizing rights related to citizenship, the Law applier must have as a first priority the execution of the cautious material, in damage of civil law classic institutions, attending the normative constitutionalist command. The understanding that the rules and the principles are sort of patterns was a important boundary for the render of the anticipated rights on Constitution.

**KEYWORD:** Constitutional rights; Concreteness; constitutional shares; Principle; Rules.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho objetiva, muito sucintamente, analisar a efetividade dos direitos consagrados na Constituição e sua relação com a aplicação direta pelos operadores do Direito dos valores e fins previstos na Constituição, como fundamentação da postulação objeto da tutela judicial ou da decisão judicial.

## **2 A NORMA CONSTITUCIONAL COMO NORMA JURÍDICA**

Conforme Luiz Roberto Barroso<sup>4</sup>, “uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica”, conforme modelo americano de constitucionalismo, destacando as seguintes conseqüências relevantes:

a) aplicabilidade direta e imediata da Constituição às situações que contempla, especialmente as relacionadas à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Ou seja, as normas constitucionais passam a ter um papel fundamental na postulação de direitos e na fundamentação das decisões judiciais.

b) todas as demais normas jurídicas do sistema devem ser validadas pela Constituição, não devendo ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis.

c) o intérprete e o aplicador do direito devem se orientar pelos valores e fins previstos na Constituição quando forem determinar o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais, servindo como base da argumentação jurídica a ser desenvolvida.

Salienta Barroso que para a realização da vontade constitucional não se pode desprezar o método clássico de interpretação, baseado na aplicação de regras, nem dos elementos tradicionais de hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico, os quais continuam com um papel relevante para se buscar o sentido das normas e para a solução dos casos concretos, todavia, algumas vezes, tais métodos não são suficientes para tal desiderato, enaltecendo a importância da criatividade do intérprete na concretização da norma constitucional:

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, nem sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 196-197.

TRAJANO, Fábio de Souza; BRANDÃO, Paulo de Tarso. Efetividade dos direitos constitucionais: instrumental normativo e processual. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente da norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. No direito contemporâneo, mudaram o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete.<sup>5</sup>

Paulo Bonavides, na mesma esteira, registra que os métodos tradicionais são inadequados e insuficientes para captar o sentido das normas constitucionais, cujo conteúdo só se completa no ato concreto de aplicação na resolução do problema. Invoca a tese da concretização desenvolvida por Konrad Hesse, surgindo a necessidade de uma operação valorativa, fática e material por parte do intérprete na compreensão da norma que se vai concretizar.<sup>6</sup>

### **3 DIREITOS CONSTITUCIONAIS E INSTRUMENTOS PARA SUA EFETIVAÇÃO**

Canotilho ensina que o direito constitucional é um sistema aberto formado por normas e princípios, que ganha concretude por intermédio de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, além das iniciativas dos cidadãos, no dizer do mestre: “passa de uma *law in the books para uma law in action* para uma *“living constitution”*.”<sup>7</sup>

Conforme Paulo de Tarso Brandão, “de nada adiantariam os enunciados de ordem constitucional se não tivesse a Sociedade Civil (*omissis*) instrumentos capazes de garantir a efetivação de tais direitos.” No dizer de Norberto Bobbio,

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** p. 307.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 619.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Lisboa: Livraria Almedina. p. 1163.

TRAJANO, Fábio de Souza; BRANDÃO, Paulo de Tarso. Efetividade dos direitos constitucionais: instrumental normativo e processual. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

destacado por referido autor, tais instrumentos “são a porta de acesso à “via por onde a sociedade entra no Estado”.<sup>8</sup>

Guerra Filho<sup>9</sup>, na mesma linha, diz que o princípio do Estado Democrático de Direito – um dos mais importantes da CF – depende de procedimentos legislativos, eleitorais e, especialmente, judiciais para ocorrer sua realização.

Um dos exemplos de instrumentos para a efetivação dos direitos constitucionais são as ações constitucionais, cujo norte deve ser o direito material tutelado no texto constitucional em detrimento de institutos processuais do Código de Processo Civil.

Paulo de Tarso Brandão, em sua tese de doutorado, posteriormente convertida em livro, já defendia, pioneiramente, a aplicação da Constituição Federal para o manejo das ações constitucionais envolvendo os “novos” direitos, decorrentes da relação de participação estabelecida entre o Estado e os integrantes da sociedade civil, denominados “direitos da cidadania”, estabelecida a partir da criação do Estado Contemporâneo e em constante processo de evolução, especialmente a partir do século XX, asseverando:

Os direitos da cidadania, como se propõe devam ser entendidos, são direitos típico de uma realidade de Direito e Estado do século XX, e por isso estão inscritos na categoria de “novos” direitos, que não se confundem com outros momentos históricos que se encerram no final do século XIX. E cidadania é entendida como os direitos que decorrem da relação de participação que se estabelece entre o Estado e todos os integrantes da Sociedade Civil, da qual aquele é instrumento, seja numa perspectiva individual, seja coletiva.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça**, OAB/SC Editora. 2ª ed. rev. e amp., 2006. p. 92.

<sup>9</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007. p. 23.

<sup>10</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça**. p. 21.

As relações sociais, em virtude da transformação iniciada com a Revolução Industrial e acelerada pelo desenvolvimento tecnológico e eletrônico, modificaram-se profundamente, em especial no século XX, e determinaram uma mudança igualmente profunda no interior da Sociedade Política, com um superdimensionamento do Estado Contemporâneo, o que não só alterou a sua concepção e sua organização, como determinou um inter-relacionamento entre ambos até então inexistente no Estado Moderno. Com isso, surgiram direitos que não teriam a possibilidade de operar no ambiente político então existente, hoje normalmente chamados de “novos” direitos. Estes exigiram, para sua efetividade, o surgimento de instrumentos processuais capazes de garantir plenamente seus exercícios.<sup>11</sup>

### **3.1 Estado contemporâneo e a função social**

A característica principal do Estado Contemporâneo é o seu compromisso com a função social, conforme bem anotado por Paulo de Tarso Brandão:

Assim como ocorre em relação ao Estado Moderno, mas de forma mais enfática, há indiscutível dificuldade de estabelecer-se uma definição de Estado Contemporâneo (...) Utilizando como critério a principal nota diferencial entre o Estado Moderno e o Estado Contemporâneo, ou seja, **o compromisso com a função social**, que somente surge neste último, dando oportunidade, por via de consequência, à integração da Sociedade Política com a Sociedade Civil, a análise do pensamento político que se segue mantém a mesma lógica da linha seguida para o Estado Moderno.<sup>12</sup>

O conceito de Estado Contemporâneo de Cesar Pasold, a partir de uma visão instrumental, reforça tal entendimento:

---

<sup>11</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça**. pp. 23-24.

<sup>12</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos direitos” e acesso à justiça**. pp. 55-56. O destaque é nosso.

Acredito que não há sentido na criação e na existência continuada do Estado senão na condição – inarredável – de instrumento em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo. Deve haver nesta criatura da Sociedade um compromisso com a sua criadora, sob pena de perda de substância e razão de ser do ato criativo (...). Se a condição instrumental do Estado advém do fato de ele ser criação da Sociedade, ela se consolidará somente na serventia aos anseios sociais e justificar-se-á por uma conformação jurídica conveniente à origem e coerente com a utilidade à Sociedade.<sup>13</sup>

Registra Paulo de Tarso a preocupação do Estado Brasileiro com a função social, destacando os seguintes dispositivos constitucionais: 1) artigo 1º – fundamentos da República Federativa do Brasil: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político; 2) artigo 3º – objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais, além da promoção do bem de todos; 3) artigo 170 – princípios da ordem econômica: função social da propriedade e da redução das desigualdades sociais (acrescento a defesa do consumidor); 4) artigo 193 – bem estar e a justiça social como disposição geral da ordem social; 5) Capítulo II do Título II – direitos sociais; e 6) Capítulo I do Título II – Direitos e Deveres Sociais e Coletivos.<sup>14</sup>

### **3.2 Ações constitucionais e institutos clássicos do Processo Civil**

Os institutos clássicos do Código de Processo Civil não são hábeis para dar efetividade aos “novos” direitos contemplados nas ações constitucionais, porquanto foram concebidos para tratar de interesses meramente individuais,

---

<sup>13</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3ed. Florianópolis: OAB/SC, *apud* BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça**. p. 63.

<sup>14</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça**. pp. 89-91.

típicos do Estado Moderno, propondo Paulo de Tarso que as ações constitucionais pertençam ao âmbito da Teoria Política e não do Processo Civil, senão vejamos:

Entender que as Ações Constitucionais pertencem ao âmbito da Teoria Política e não ao do Processo Civil, além de induzir uma revisão conceitual, o que lhes dá maior amplitude de efetividade, implica uma melhor compreensão sobre questões relativas ao próprio rito processual e, o que dá ao processo um maior dinamismo e o que é mais importante, induz o cumprimento efetivo de sua finalidade, ou seja, a garantia ampla dos direitos decorrentes da cidadania.<sup>15</sup>

Reconhecendo nas Ações Constitucionais os instrumentos capazes de tutela dos direitos que são considerados como inerentes à cidadania, afirma-se que elas são instrumento de defesa de interesses de uma outra ordem de direito que não o da esfera do direito privado. Isto é, defende-se neste trabalho a posição conforme a qual as ações constitucionais não podem ser entendidas a partir dos esquemas conceituais do Direito Processual Civil, uma vez que este tem o perfil e a finalidade de defesa de interesses interindividuais.<sup>16</sup>

As ações constitucionais objetivam proteger os interesses individuais ou coletivos relacionados a cidadania e estão previstas expressamente na Constituição Federal. São as seguintes: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, hábeas data, ação de inconstitucionalidade, ações constitucionais de responsabilidade civil, ações de desapropriação, ação popular e ação civil pública.<sup>17</sup>

Verifica-se que a maioria das ações constitucionais foram erigidas a condição de direito e garantia fundamental ou foram concebidas para tutelar direitos expressamente reconhecidos pela constituição federal, devendo, assim, ser

---

<sup>15</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça.** p. 23.

<sup>16</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça.** p. 23.

<sup>17</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça.** p. 212. Foi utilizada a relação proposta por José da Silva Pacheco, com exceção da ação civil pública, excluída injustificadamente por mencionado autor.

interpretadas em consonância com a Constituição Federal, para que tenha efetividade plena, sem maiores preocupações com institutos clássicos do processo civil, como, por exemplo, legitimidade *ad causam* (para a ação civil pública tratando de direito individual homogêneo, ação popular e mandado de segurança coletivo<sup>18</sup>), competência e eficácia da coisa julgada (nas ações civis públicas cujo dano tenha abrangência nacional).

No dizer de Paulo de Tarso:

(...) Isso quer dizer que, para uma verdadeira efetividade, ou seja, para o cumprimento da função destinada aos instrumentos processuais denominados de Ações Constitucionais, estes devem ser interpretados em conformidade com a Constituição vigente.<sup>19</sup> (...) No mesmo sentido, mas de forma mais adequada aos propósitos e ao entendimento exposto, está o pensamento de Paulo Ricardo Schier, que utiliza a categoria "Filtragem Constitucional" para denotar a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas. Essa concepção, embora parta do mesmo princípio da preeminência da Constituição, é mais ampla, conforme explica o autor (...) <sup>20</sup>. Como exemplo, que será aprofundado no capítulo seguinte, quando se pensa na legitimidade *ad causam* para o instrumento constitucional de defesa coletivo denominado de Ação Popular com o esquema conceitual de legitimidade construído no interior e para o Processo Civil, não há a menor possibilidade de dar a ela uma aplicabilidade efetiva para os fins a que se destina (...) <sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça**. p. 231/269/290.

<sup>19</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça**. p. 222.

<sup>20</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça**. p. 223.

<sup>21</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça**. p. 225.

Como uma das conclusões de seu trabalho, Brandão propõe que a mudança de postura dos atores jurídicos é muito mais importante do que a modificação de ritos processuais, porquanto os instrumentos que regulam o processo das ações constitucionais são suficientes para dar efetividade e celeridade aos direitos inerentes à cidadania, propiciando um efetivo acesso à justiça<sup>22</sup>.

Na verdade, não se admite mais que o juiz seja apenas a “boca da lei”, conforme proposto por Montesquieu em uma época que se justificava tal premissa, para minorar o poder absoluto do Soberano, baseado em Deus, como forma de garantir o mínimo de justiça aos cidadãos. No dizer de Thomas Hobbes, muito antes de Montesquieu, o juiz deve dizer o Direito, não pode apenas cumprir no corpo humano a mesma função da boca<sup>23</sup>.

No atual estágio do Estado Contemporâneo a “filtragem constitucional” deve ser a primeira preocupação dos operadores do direito, especialmente quando trata de direitos relacionados à cidadania, como os inseridos no rol de direitos e garantias fundamentais ou tutelados pela Constituição Federal, na busca de sua real e efetiva proteção.

Um grande marco para a concretização dos direitos fundamentais e maior efetividade das ações constitucionais foi a compreensão de que regras e princípios são espécies de normas, afastando o entendimento de que os princípios dependiam das regras para serem aplicados em sua plenitude, todavia dependem, ambos, de procedimentos e processos para ganhar “operacionalidade prática”<sup>24</sup>, conforme abordagem seguinte.

#### **4 NORMA JURÍDICA**

---

<sup>22</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça.** pp. 303/305.

<sup>23</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Aula proferida no Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica**, na disciplina Jurisdição e Processo, no segundo semestre de 2008, 1º Seminário: Estudos sobre a Teoria da Jurisdição.

<sup>24</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** p. 1163.

Canotilho, na obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, abandona a dicotomia entre regra e princípio adotada pela metodologia jurídica tradicional, entendendo que regras e princípios são duas espécies de normas:

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>25</sup>

Aponta, o mestre lusitano, todavia, algumas diferenças entre uma e outra, como o grau de abstração, grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito, proximidade da idéia de direito e natureza normogenética, explicando cada uma delas da seguinte forma:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida;
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa;
- c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito);

---

<sup>25</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** p. 1160.

d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;

e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* das regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.<sup>26</sup>

As regras são impositivas, permissivas ou proibitivas. Prescrevem uma exigência que é ou não é obedecida. Nas palavras de Dworkin, ressaltada por Canotilho: *aplicable in all-or-nothing fashion*. Já os princípios possibilitam vários graus de concretização, vinculados aos condicionamentos fáticos e jurídicos. Os princípios convivem harmonicamente, sendo necessário fazer o balanceamento de valores e interesses entre princípios divergentes, já as regras antinômicas excluem-se. As regras obedecem a lógica do tudo ou nada. Na aplicação dos princípios devem ser ponderados outros princípios conflitantes e seu peso no caso concreto.<sup>27</sup>

Paulo Bonavides<sup>28</sup> salienta que a normatividade dos princípios provém, em grande parte, da Filosofia e Teoria Geral do Direito para superação da antinomia Direito Natural/Direito Positivo, ressaltando que os princípios, com Dworkin, foram “admitidos definitivamente por normas, são normas valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos”, providos, por isso, de mais alto peso nos sistemas jurídicos, “por constituírem a norma de eficácia suprema”, deixando claro o anacronismo da dualidade entre normas e princípios:

Mas aqui fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípio versus norma, uma vez que pelo novo

---

<sup>26</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1160-1161.

<sup>27</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1161.

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 276.

discurso metodológico a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra.<sup>29</sup>

Utilizando os ensinamentos de Alexy, Bonavides aponta as diferenças entre princípios e regras, destacando que são inumeráveis, todavia o mais freqüente é a generalidade:

A diferença de princípios e regras – prossegue o notável Professor alemão – é, portanto, diferença entre duas espécies de normas. Lembra que os critérios propostos à distinção ora estabelecida são inumeráveis. O mais freqüente, acentua, é o da generalidade. De acordo com este, diz Alexy, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade.<sup>30</sup>

As decisões dos Tribunais Superiores baseadas no constitucionalismo contemporâneo e a proclamação da normatividade dos princípios em novas fórmulas conceituais, no dizer de Bonavides, corroboram a tendência que conduz à valoração e eficácia dos princípios como “normas-chaves” de todo o sistema jurídico, retirando o seu conteúdo inócuo de programaticidade, por intermédio do qual era comum se “neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais”.<sup>31</sup>

Willis Santiago Guerra Filho, na mesma linha, diferencia normas que são regras de normas que são princípios, salientando que os direitos fundamentais enquadram-se no conceito de princípios e que os princípios estão relacionados a valores.

As regras trazem uma descrição de estados-de-coisa formado por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores”. Daí se dizer que as regras se

---

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 276.

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 277.

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 286.

fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora. Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e abstração mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, poder-se dizem com maior facilidade, diante de um acontecimento, ao qual uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios são “determinações de otimização” (*Optimierungsgebote*), na expressão de Alexy, que se cumpre na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente.<sup>32</sup>

Outra diferenciação entre regra e princípio destacada por Willis Santiago Guerra Filho é quando há conflito entre ambos. O conflito entre regras resulta na perda de validade de uma das regras em conflito, diante da antinomia. Já o conflito entre princípios é resolvido pelo acatamento de um, sem que o outro seja desrespeitado completamente. Havendo choque entre princípio e regra em uma situação concreta, deve prevalecer o princípio, salientando, na verdade, que o princípio prevalece em relação ao princípio em que a regra colidente se baseia.<sup>33</sup>

O princípio, ainda para Guerra Filho, tem como característica sua relatividade, pois não há princípio que deva ser acatado de forma absoluta, em todas as hipóteses, pois uma obediência total a uma pauta valorativa redundaria na infringência de outra, propondo a aplicação do princípio da proporcionalidade para resolução da colidência entre princípios relacionados aos direitos fundamentais.<sup>34</sup>

Luiz Roberto Barroso, por sua vez, na mesma linha, salienta estar consolidado na teoria do Direito que a norma jurídica é um gênero que comporta, dentre outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios, ressaltando ser

---

<sup>32</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. p. 51-52.

<sup>33</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. p. 52.

<sup>34</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. p. 53.

de fundamental importância tal distinção no que se refere às normas constitucionais. Os princípios foram alçados ao centro do sistema jurídico, irradiando-se por todo o ordenamento e influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas, conforme lição abaixo:

Após longo processo evolutivo, consolidou-se na teoria do Direito a idéia que as normas jurídicas são um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios. Tal distinção tem especial relevância no tocante às normas constitucionais. O reconhecimento da distinção qualitativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito.<sup>35</sup>

## **5 O MODELO JURÍDICO IDEAL**

O modelo ideal, segundo Canotilho, é constituído por princípios e regras. A existência somente de princípios redundaria em insegurança jurídica, diante da indeterminação da regra precisa. Já a existência apenas de regras exigiria uma legislação exaustiva e completa - o que é denominado como legalismo -, desprovida do balanceamento de valores e interesses, sem qualquer possibilidade de complementação e desenvolvimento de um sistema constitucional. Nas palavras do mestre:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática.

---

<sup>35</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. p. 203-204.

Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (Zagrebelsky).

O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: Prinzipien-Modell des Rechtssystems) levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do “possível” fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema (...).<sup>36</sup>

Canotilho ensina que o direito constitucional é um sistema aberto formado por normas e princípios, que ganha concretude por intermédio de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, além das iniciativas dos cidadãos, no dizer do mestre: “passa de uma *law in the books* para uma *law in action* para uma *living constitution*”, conforme lição abaixo:

(...) Qualquer sistema jurídico carece de regras jurídicas: a constituição, por ex., deve fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral activa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de optimização: um cidadão é ou não maior aos 18 anos para efeitos de sufrágio; um cidadão “só pode ter direito à vida”. Contudo, o sistema jurídico necessita de princípios (ou valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Em virtude da sua “referência” a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da “justiça”, da “idéia de direitos”, dos “fins de uma comunidade”), os princípios

---

<sup>36</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1162.

têm uma função normogenética e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite “ligar” ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional. Compreende-se, assim, que as “regras” e os “princípios”, para serem activamente operantes, necessitem de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática (Alexy: Regel/Prinzipien/Prozedur-Modell des Rechtssystems): o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action* para uma “*living constitution*”.<sup>37</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se considerar que:

- 1 - No atual estágio do Estado Contemporâneo a leitura dos operadores do Direito deve passar, inicial e preponderantemente, pela Constituição Federal, cujas disposições passaram a ter o *status* de normas jurídicas;
- 2 - A “filtragem constitucional” deve ser a primeira preocupação dos operadores do direito, notadamente quando se trata de direitos e garantias constitucionais;
- 3 - A legislação infraconstitucional deve ser interpretada em conformidade com os princípios e valores consagrados no texto constitucional;
- 4 - O Juiz deixa de ser boca da lei para ser um verdadeiro intérprete de seu sentido e alcance, desempenhando um importante papel criativo na concretização dos direitos constitucionais;
- 5 - É fundamental instrumentos que garantam a efetivação dos direitos constitucionais;

---

<sup>37</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1163.

TRAJANO, Fábio de Souza; BRANDÃO, Paulo de Tarso. Efetividade dos direitos constitucionais: instrumental normativo e processual. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.1, 1º quadrimestre de 2009. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

6 - As ações constitucionais são instrumentos hábeis a tutela de direitos tutelados pela Constituição e não podem sofrer limitação de institutos clássicos do Processo Civil, de cunho eminentemente individualista; e

7 - Um marco para a concretização dos direitos fundamentais e maior efetividade na tutela dos demais direitos consagrados pela Constituição foi a compreensão de que regras e princípios são espécies de normas, afastando o entendimento de que os princípios dependiam das regras para serem aplicados em sua plenitude.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “novos” direitos e acesso à justiça,** OAB/SC Editora. 2ª ed. rev. e amp., 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Aula proferida no Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, na disciplina Jurisdição e Processo, no segundo semestre de 2008, 1º Seminário: Estudos sobre a Teoria da Jurisdição.**

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed Lisboa: Livraria Almedina.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2007.