



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

EDMILSON DE OLIVEIRA GOMES

APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

SOUSA - PB
2007

EDMILSON DE OLIVEIRA GOMES

APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Carla Rocha Pordeus.

SOUSA - PB
2007

EDMILSON DE OLIVEIRA GOMES

APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: ____ de dezembro de 2007

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Carla Rocha Pordeus
orientadora

RESUMO

Com objetivo perscrutar a doutrina que se preocupa com o tema referente às possibilidades práticas da aplicação dos princípios jurídicos constitucionais, possibilidades estas decorrentes do entendimento segundo o qual as normas jurídicas, especificamente as constitucionais, constituem o gênero, cujas espécies são as regras e os princípios jurídicos, é que se idealizou o tema da aplicabilidade dos princípios constitucionais. Ante a variedade de opiniões no meio acadêmico, no que se refere ao verdadeiro papel dos princípios jurídicos, mormente os constitucionais, tentou-se verificar em que estágio estava a doutrina dos princípios na literatura jurídica. Tais opiniões, geralmente tangidas por pouco conhecimento, conhecimento impreciso sobre o assunto, ou "ideologia jurídica" típica dos meios acadêmicos, costumam representar pensamentos extremistas: uns querem que do direito aplicado obtenha-se como resultado uma sentença baseada na fria e cômoda operação silogística de subsunção do fato jurídico (premissa menor) às disposições claramente estampadas na letra da lei (premissa maior); outros animam-se pela idéia da liberalidade jurisdicional, ou seja, o juiz não deve se prender a nenhuma estrutura dogmatizada para decidir, sustentando-se apenas nas idéias de justiça e equidade. Outro fator de impulsão para a escolha do tema *Aplicabilidade dos Princípios Constitucionais* foi necessidade sentida (curiosidade) de se determinar o real peso dos princípios constitucionais ante os casos em que se mencionava a obediência a tais princípios. É necessário adentrar-se ao cerne da questão, no tocante a autuação destas normas na experiência, tendo em vista a complexidade do tema, que ainda é tratado segundo as velhas bases da dicotomia Direito natural vs. Direito positivo. A metodologia empregada consiste em pesquisa bibliográfica (incluindo livros, periódicos e artigos publicados em meio eletrônico) de alguns dos maiores representantes da doutrina principiológica de nossa língua, a exemplo de Bonavides e Canotilho. O resultado a que se chegou é a afirmação de que o não reconhecimento da força normativa imediata dos princípios constitucionais trata-se de uma tentativa de sonegação dos direitos sagrados na Constituição, que é, hoje em dia, um autêntico Estatuto da Cidadania em nosso país.

Palavras-chave: pós-positivismo – princípios – normatividade – aplicabilidade imediata.

ABSTRACT

With objective to search the doctrine that worries about the theme regarding the practical possibilities of the application of the constitutional juridical principles, possibilities these current of the second understanding which the juridical norms, specifically the constitutional ones, constitute the gender, whose species are the rules and the juridical principles, it is that the theme of the applicability of the constitutional principles was idealized. In the face of the variety of opinions in the academic middle, in what he refers to the true paper of the principles juridical, especially the constitutional ones, it tried to verify in that apprenticeship was the doctrine of the principles in the juridical literature. Such opinions, usually played almost knowledge, imprecise knowledge on the subject, or typical "juridical ideology" of the academic means, represent extremist thoughts: some want that of the applied right is obtained as result a sentence based on the cold and comfortable operation syllogistic of understanding of the juridical fact (smaller premise) to the dispositions clearly printed in the letter of the law (larger premise); others cheer up for the idea of the liberality jurisdictional, in other words, the judge doesn't owe if he arrests the any structure dogmatic to decide, being just sustained in the ideas of justice and justness. Another impulse factor for the choice of the theme Applicability of the Constitutional Principles was felt need (curiosity) of determining the Real weight of the constitutional principles before the cases in that he/she mentioned himself the obedience to such principles. It is necessary to penetrate to the duramen of the subject, concerning applicability of these norms in the experience, tends in view the complexity of the theme, that it is still treated according to the old bases of the dichotomy Right natural vs. Positive right. The used methodology consists of bibliographical research (including books, newspapers and goods published in half electronic) of some of the largest representatives of the doctrine principiológica of our language, to example of Bonavides and Canotilho. The result the one that she arrived is the statement that the non recognition of the immediate normative force of the constitutional principles is treated of an attempt of withholding of the sacred rights in the Constitution, that is, nowadays, an authentic Statute of the Citizenship in our country.

Word-key: pos-positivism - principles - normativity - immediate applicability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO 1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	8
1.1 Evolução histórica do normatividade dos princípios jurídicos.....	10
1.1.2 A fase jusnaturalista.....	10
1.1.3 O positivismo jurídico.....	11
1.1.4 Pós-positivismo jurídico.....	12
1.2 A ética e os princípios jurídicos.....	13
1.2.1 A ética no positivismo jurídico.....	14
1.2.2 O pós-positivismo e o julgamento como opção ética.....	14
1.2.3 O pós-positivismo e a discricionariedade judicial.....	15
1.3 Normas: regras e princípios.....	18
1.3.1 Distinção entre regras e princípios jurídicos.....	18
1.3.2 O critério qualitativo.....	20
CAPÍTULO 2 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS.....	25
2.1 Evolução da programaticidade para a normatividade.....	25
2.2 Ascensão dos princípios para o âmbito constitucional.....	28
2.3 Normatividade da Constituição.....	30
2.4 Jurisdicização dos valores.....	31
CAPÍTULO 3 APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	33
3.1 Normas de organização.....	34
3.2 Normas definidoras de direitos individuais.....	35
3.3 Normas definidoras de direitos políticos.....	36
3.4 Normas definidoras de direitos difusos.....	37
3.5 Normas definidoras de sociais.....	39
3.6 Normas programáticas – considerações iniciais.....	45
3.6.1 A aplicabilidade das normas programáticas.....	46
3.7 Mandado de injunção.....	49
3.7.1 Efeitos da decisão do mandado de injunção.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

Falar sobre a aplicabilidade dos princípios constitucionais conduz os que pretendem fazê-lo as mais profundas indagações a que o estudo da ciência jurídica pode alcançar. Os princípios representam, para a ciência a que pertencem, os caminhos por onde se deve transitar rumo à compreensão mais apurada dos objetos de tal ciência. Aliás, a única forma de investigar com abrangência estes objetos. Em se tratando de Direito esta percepção se torna ainda mais saliente, por sua essência normativa configurada historicamente ao sabor dos fatos e dos valores.

A aplicabilidade deve ser estudada pela importância que a doutrina atribui aos princípios jurídicos em geral, e constitucionais, em particular. Mesmo os doutrinadores que vacilam em reconhecer aos princípios a plenitude de seus méritos normativos, não se cansam de derramar louvores sobre os princípios jurídicos, mormente os constitucionais. É preciso saber, no entanto, até onde vão tais “louvores” em termos de concretização normativa; e isso instiga a apuração das verdades em torno dos princípios. Chega-se a indagações do tipo: qual a importância nua e crua dos princípios constitucionais para a concretização do direito? Se são atirados tantos confetes aos princípios, o que eles representam juridicamente na hora em que se deve aplicar o direito objetivo ao caso concreto?

A estas indagações serão formuladas respostas a partir de pesquisas bibliográficas em algumas das mais notáveis doutrinas constitucionais da língua portuguesa, que tratam de maneira séria e com a devida relevância com que a matéria deve ser tratada.

No trabalho que ora se introduz buscar-se-á, de início, as vicissitudes experimentadas pelos princípios constitucionais ao longo dos períodos de predomínio das correntes filosóficas primárias, como a do jusnaturalismo e sua sucedânea, a do juspositivismo. Serão os princípios também situados no pós-positivismo jurídico, no qual se busca materializar o Direito como instrumental para as realizações humanas.

A par da evolução principiológica, serão fornecidos os conceitos que lhes foram atribuídos no transcurso desta evolução, conforme as próprias transformações do pensamento humano, seja em relação à ética, seja em relação à ciência, ou em relação à própria vida. Em cada fase do evoluir jurídico os princípios representam algo que crescentemente buscou se afirmar no âmbito do direito. E isto se tentará mostrar ainda no primeiro capítulo do presente trabalho.

Após as considerações propedêuticas da normatividade dos princípios no primeiro capítulo, se procederá, no capítulo seguinte, ao aprofundamento acerca deste atributo dos princípios jurídico-constitucionais. A normatividade deverá ser situada no tempo, comparando-se com o seu antecedente lógico, que é a programaticidade.

A programaticidade e a normatividade serão correlacionadas com as esferas privatista e publicista do Direito, quando a velha dicotomia tinha ainda razão de ser. Normatividade dos princípios constitucionais junte-se ao tema da normatividade da Constituição.

Da mesma forma, será dada ênfase à normatividade em cotejo com os valores, que juridicizados, são responsáveis por importante contribuição para uma nova concepção do direito, que é eminentemente principiológica. Juridicização dos valores e dos princípios são fenômenos que praticamente se confundem.

É no pós-positivismo jurídico que o Direito ganha os novos contornos, que serão demonstrados como decorrências de uma releitura do jurídico em razão do ético. A ética, como se verá, revolucionou o papel dos operadores do Direito no processo, tornando-os mais que concretizadores da ordem legal, mas, do direito axiologicamente considerado.

Às normas jurídicas, será reconhecida nova classificação, em razão da redefinição dos papéis dos princípios jurídicos no ordenamento. Será mostrado que regras e princípios jurídicos agora passam a conviver sobre o teto que abriga as normas jurídicas.

Finalmente, no terceiro capítulo será abordada a questão da aplicabilidade dos princípios constitucionais, ou seja, se estas normas podem autonomamente fundamentar uma pretensão em juízo. Para melhor se responder a este questionamento adotou-se o critério de classificação formulado por Luis Roberto Barroso, que agrupa as normas conforme a classe de direito amparada. Desta forma, a aplicabilidade será vista do ângulo de cada espécie de princípio: dos que garantem direitos políticos, individuais, sociais, difusos. Também será analisada a aplicabilidade dos princípios que dispõem sobre a estrutura estatal, de suas funções, seus órgãos, as competências destes e dos agentes públicos estatuídas no Constituição Federal.

Far-se-á breve análise a respeito do mandado de injunção, por ser este o instrumento que denota a originária vocação constitucional, inclinada para a efetividade dos direitos abraçados pela Carta Magna de 1988. Serão analisadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre os efeitos do mandado de injunção, e em seguida, a verificação da corrente mais consentânea à aplicabilidade dos princípios constitucionais.

CAPÍTULO 1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O estudo da normatividade dos princípios impõe a incumbência de estabelecer os delineamentos conceituais que estas categorias jurídicas mereceram. Ao longo de muitos anos em que foram objeto de consideração, os princípios - ora “amados”, ora “odiados”, mas sempre em pauta nos embates doutrinários e filosóficos - sofreram uma variação de conceito que exprime seu enriquecimento em termos normativos, conforme se discorre nas linhas seguintes. De início, são extraídos alguns conceitos contidos em Paulo Bonavides e a seguir, incurciona-se em outros campos da doutrina nacional.

Em conceituação atribuída por Paulo Bonavides (2004, p. 256) a Luíz-Diez Picazo, tem-se que “[...] os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”. Acrescentou este autor que os princípios têm, por um lado, “servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo” e, por outro, são “normas obtidas mediante um processo de generalização e decantação dessas leis”.

Outro autor que fornece um conceito de princípio jurídico arraigado ainda no positivismo é F. de Clemente (apud BONAVIDES, 2004, p. 256), que assim dispõe: “Princípio de Direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo”.

Encerrando o elenco de conceitos positivistas, cita-se aquele cunhado por um dos tribunais precursores da consolidação da jurisdição constitucional, ao lado do Tribunal Constitucional alemão, que é justamente a Corte Constitucional italiana, conforme Paulo Bonavides (2004, p. 256-7):

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

É patente a timidez com que estes conceitos enfrentam o problema das potencialidades normativas dos princípios. Para estes positivistas os princípios pairam nos confins da atmosfera, distantes demais da realidade para surtirem efeitos concretos na experiência jurídica. Padecem estes conceitos do “defeito capital”, nos dizeres de Bonavides (2004, p. 257), que é “a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado

pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade”. Estes conceitos buscam radicar os princípios nas normas legais legisladas. Seriam eles resultantes de um procedimento indutivo: como espécies abstratas que derivam do conjunto de disposições normativas particulares.

Por outro lado, a doutrina trás posicionamentos que colocam a força normativa dos princípios como algo de existência indiscutível. Destacados são os ensinamentos do jurista italiano Vezio Crisafulli, que é apontado como precursor da moderna conceituação de princípio, que salienta sua normatividade. São suas as seguintes palavras (apud BONAVIDES, 2004, p. 257):

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”.

Deflui-se da última conceituação que os princípios são normas que determinam outras normas; que são pressupostos de outras normas, e a qualidade de pressuposto denota a circunstância ou fato considerado como antecedente necessário de outro. Os princípios sofrem especificações por outras normas, as quais não são necessariamente expressas, mas podem ser também implícitas.

Ainda com relação ao último conceito, os princípios, embora tidos incontestavelmente como normas, ao que parece, não se apresentam com aplicabilidade plena, imediata ao caso concreto, pois necessitam de serem condensados em normas “subordinadas” e mais concretas. Este processo de “concretização” do conteúdo principiológico, conforme infere-se do conceito analisado, pode ser legislativo, pela elaboração de leis que tenham idêntica finalidade; ou judicial, através da elaboração jurisprudencial. Desde já convém adiantar que esta possibilidade de “concretização” não desnuda as normas principiológicas de seu atributo de eficácia imediata.

O jurista italiano Ricardo Guastini (apud Paulo BONAVIDES 2004, p. 257-8) apresenta seis conceitos que apurou em uma investigação doutrinária e jurisprudencial. São as seguintes as conceituações atribuídas aos princípios: i) Normas providas de *alto grau de generalidade*; ii) Normas providas de *alto grau de indeterminação* e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos; iii) Normas de *caráter programático*; iv) Normas cuja *posição na hierarquia das fontes de direito é muito elevada*; v) Normas que desempenham uma *função ‘importante’* e

'fundamental' no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (direito civil, penal, trabalhista); e, finalmente, vi) Normas *dirigidas aos órgãos de aplicação*, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou normas aplicáveis nos diversos casos.

Nenhuma destes conceitos se incompatibiliza com a normatividade direta. A propósito, conclui o constitucionalista (BONAVIDES, 2004 p. 258) que a

exposição de Riccardo Guastini, compreende todas aquelas variantes do conceito de princípio, considerado à luz de sólidas reflexões feitas ultimamente a cerca desse tema. [...]

A normatividade dos princípios representa, conforme vimos, o traço comum a todas aquelas acepções, sendo, por conseguinte, o vínculo unificador das seis formulações enunciadas.

Finalmente exara-se a definição de Canotilho (2000, p. 1215), vazada nos seguintes termos:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica.

Esta é o conceito de princípio mais completo. Analisado isoladamente neste primeiro tópico ele não denota a profundidade que realmente contem, o que somente será possível compreender através do contato com os demais tópicos deste trabalho.

1.1 Evolução histórica da normatividade dos princípios jurídicos

É possível se identificar três fases por que passaram os princípios jurídicos até adquirirem sua atual configuração normativa com inclinação para a aplicabilidade imediata. Tais etapas guardam correspondência com as doutrinas filosóficas desenvolvidas pelo pensamento humano ao longo da história pós-medieval, como se passa a observar.

1.1.2 A fase jusnaturalista

Os princípios jurídicos tiveram ao longo da história diversos papéis, conforme o pensamento dominante em cada época. Sua história começa a ser contada desde a superação

do dogmatismo medieval pelo jusnaturalismo moderno, pois até aquela Era não se admitia nenhuma idéia de conotação crítica. Portanto todo o conhecimento era posto aprioristicamente pela providência divina, numa incompatibilidade drástica com o cientificismo que adviria nos dois séculos seguintes para lançar suas bases e vigorar até os tempos presentes.

Superados os dogmas medievos, surge um jusnaturalismo progressivamente mais crítico no campo da filosofia do direito. Nesta época, segundo Paulo Bonavides (2004, p. 259), os princípios “habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”.

Os princípios se continham no âmbito da cogitação filosófica, sem nenhuma possibilidade de operarem efeitos no campo empírico. Eram princípios jusfilosóficos e não princípios jurídicos; de direito natural e não de direito positivo.

Conforme José M. Rodrigues Paniagua (Apud BONAVIDES 262), os jusnaturalistas defendem a tese de

insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo, para preencher as lacunas da lei e a necessidade conseqüente de recorrer aos [princípios] do Direito Natural [...], enquanto que a corrente positivista entende que se pode manter dentro do ordenamento jurídico estatal, com os princípios que deste se podem obter por analogia.

Mesmo os jusnaturalistas reservavam aos princípios, conforme entendimento supra, um subsidiário papel de repertório supletivo de soluções indisponíveis pelo direito positivo.

1.1.3 O positivismo jurídico

No triunfo do jusnaturalismo resultou sua paradoxal derrocada. Os princípios se impuseram como categorias puramente jurídicas. Foram insertos nos ordenamentos. Foram positivados, enfim, adquiriram validade e eficácia, porém, enquanto extraídos de uma ordem jurídica positiva. Logo não eram princípios de direito natural, mas de direito positivo. Foram repudiadas suas dimensões metafísicas, que os punha numa posição aspersora de idéias de justiça e de equidade sobre o direito.

O positivismo jurídico quis transplantar os métodos empíricos próprio das ciências exatas para o direito. O cientificismo, pelo qual os métodos científicos devem ser estendidos a todos os domínios da vida humana, quis quantificar com rigor matemático os

elementos do direito. Nesse contexto os valores tornaram-se estranhos a matéria jurídica, razão pela qual os princípios passaram a ter presença resistida no âmbito do direito, por serem de natureza eminentemente axiológica.

Os princípios, nesta segunda fase agora valiam, mas enquanto decorrentes de uma ordem legislativa concreta. Os princípios, segundo a doutrina espanhola de Flórez-Valdez (apud BONAVIDES, op. cit, p. 263)

se induzem por via de abstração ou de sucessivas generalizações, do próprio Direito Positivo, de suas regras particulares [...]. os princípios, com efeito – prossegue – já estão dentro do direito positivo e, por se tratar de um sistema coerente, podem ser inferidos do mesmo.

Esta “validade” atribuída aos princípios, na verdade, era a validade da lei, da qual eles eram extraídos, conforme o pensamento do mesmo autor (idem, ibidem): “seu valor lhes vem – conclui – não de serem ditados pela razão ou por constituírem um direito natural ou ideal, senão por derivarem das próprias leis”.

Sua função também já não seria a mesma: aproximar o direito da ética, dos valores, mas viabilizar o postulado da plenitude do ordenamento jurídico. Neste sentido, Paulo Bonavides (op. cit. p. 262), aludindo ao espanhol Antonio Gordillo Cañas, afirma que os princípios “entram nos códigos unicamente como “válvulas de segurança”, e não como algo que se sobrepusesse a lei, ou lhe fosse anterior, senão que extraídos da mesma foram ali introduzidos ‘para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo’”.

Neste contexto não se pode cogitar de preceptividade dos princípios, senão quando a decisão judicial engendrada não pudesse resultar da operação silogística na qual a lei reinasse como premissa maior.

1.1.4 Pós-positivismo jurídico

A terceira fase evolutiva dos princípios coincide com o chamado pós-positivismo jurídico. Esta posição doutrinária refuta as teses do positivismo jurídico acima delineadas. Entretanto, não representa um retorno ao jusnaturalismo.

As novas tendências do pós-positivismo não têm os princípios como categorias abstratas, elementos veiculadores de sublimes ideais, como propuseram os jusnaturalistas.

As tendências contemporâneas também não abraçaram os princípios como uma “carta na manga” para ser lançada em momento oportuno, como queriam os juspositivistas, ao

reservarem para os princípios o papel de remédios para eventuais cavidades normativas do ordenamento.

Finalmente os princípios atingiram o topo do ordenamento jurídico, dotados de caráter multifuncional, destacando-se pela possibilidade de dissolver controvérsia jurisdicional, através dos diversos meios processuais. Esta função desenvolve os princípios não ante a ausência de uma lei *stricto sensu*, mas por terem sido enquadrados como espécies normativas ao lado da “lei”.

É magistral a lição do grande jurista Norberto Bobbio; um verdadeiro certificado da normatividade dos princípios, conforme o traslado literal dos ensinamentos do mestre italiano (Apud BONAVIDES, p. 263-4):

Os princípios gerais são, ao meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se **são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos**, através de procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, **a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso**. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas [grifamos]?

Os argumentos do mestre italiano são de uma logicidade demolidora. Se de normas se retiram normas, e para serem aplicadas como tais, realmente, de outra coisa não se fala, a não ser de espécies normativas.

1.2 A ética e os princípios jurídicos

O juspositivismo e o pós-positivismo jurídico podem ser visualizados como resultantes da relação ética-direito. Como ressaltou-se nos tópicos referentes à evolução histórica da normatividade dos princípios jurídicos, esta evolução retrata o papel da ética sobre a realidade jurídica ao longo do tempo. A seguir, expõe-se os influxos da ética sobre o direito a partir do juspositivismo.

1.2.1 A ética no positivismo jurídico

O jusnaturalismo guarda relação com o teocentrismo, embora de modo mais abrandado no jusnaturalismo moderno. O passar dos tempos, no entanto, trouxe à humanidade muitas indagações, cujas respostas não eram satisfatórias por se conformarem ao velho modo de pensar. O jusnaturalismo experimentou progressos, e paulatinamente foi sofrendo os influxos que o desenvolvimento científico dimanava sobre todos os campos do conhecimento humano, laicizando-os.

O positivismo surgiu como o posicionamento filosófico adequado à laicização do Estado, logo, à laicização do direito. E ao fazer a identidade entre racionalidade e ciência, conforme Flávia Pessoa¹ “relegou a ética ao âmbito da irracionalidade e realizou uma separação radical entre ciência e ética.”

Quis-se transplantar os métodos das ciências exatas para as ciências humanas. Nesse contexto, o juspositivismo, capitaneado por Hans Kelsen, imprimiu ao direito, enquanto objeto de investigação científica, as qualidades próprias das matérias afetas às demais ciências. Pretendia-se divisar no direito uma neutralidade moral e valorativa, de modo a individualizar o foco da ciência jurídica. Esse tratamento redundou no desnudamento ético do direito, retirando os valores das discussões jurídicas.

A ética no positivismo jurídico não faz parte da aplicação de direito, mas desta aplicação obtém-se um resultado logicamente ético. Em outros termos, a ética não é combinada com o ato de aplicação das normas, porém é esperado um conteúdo eticamente adequado das decisões judiciais adotadas. Desta forma, segundo o positivismo, não há como se entender o julgamento como opção ética, mas como resultante de uma operação axiologicamente despretensiosa de atuação de normas jurídicas, cujo conteúdo não deveria ser visto sob o aspecto material da justiça, ou de qualquer outro valor.

1.2.2 O pós-positivismo e o julgamento como opção ética

Assim como Deus “perdeu” lugar para a razão humana na tarefa de explicar o mundo, a ciência positiva tornou-se insuficiente para justificar um direito limitado à um

¹ *O julgamento como opção ética e a discricionariedade judicial*. Revista espaço acadêmico, nº 65, outubro de 2006. disponível em: < www.espacoacademico.com.br > acesso em: 02.07.2007.

conjunto de normas postas com rigorosa antecedência cronológica. O direito concebido positivisticamente nunca fora suficiente para realizar a normatização da realidade social. Este déficit de conteúdo normativo, que antes era suprido através de opções discricionárias, agora não se verifica porque se operou profundas modificações no modo de pensar o direito enquanto instrumento de realização social.

No pós-positivismo os princípios são os valores eleitos pela coletividade para receberem a máxima proteção jurídica. Conforme Flávia Pessoa (ibid.) “o positivismo tinha o direito como “um dever-ser que vale por si, que, em suma, é lógica, mas não eticamente finalista.” Porém, as concepções pós-positivistas têm no direito um dever-ser que não é autolegitimador (não vale por si), e que é “eticamente finalista”. O direito retira sua validade da congruência de suas normas com os valores. Os princípios jurídicos com a acepção que adotou-se neste trabalho resultam da reaproximação da Ética com o Direito, reaproximação esta que se configura numa das mais marcantes característica do pós-positivismo.

A eticização das relações jurídicas é um dos postulados do pós-positivismo jurídico. Assim o processo judicial, ou qualquer “processo” de autuação do direito, deve-se atenção aos valores, como dessume-se da lição seguinte (PESSOA, op. cit.):

Assim, um julgamento ético é aquele que não é meramente formal, mas, ao contrário, é um julgamento que vai atuar positivamente na realidade social. Neste aspecto, para se atingir um julgamento ético, é defeso ao juiz atuar mecanicamente, mas, ao contrário, deve adentrar na previsão das consequências de sua decisão. Com efeito, consoante ressalta José Renato Nalini (2004, p. 313) “o juiz burocrata e insensível troca a função de solucionador de conflitos pela de multiplicador de injustiças.”

O direito, operado por detentores de técnica jurídica apurada e, acima de tudo, humanizada, jamais configurara uma realidade autônoma, bastante a si própria. O direito, ao contrário, é instrumental, devendo conformidade aos propósitos práticos a que se destina.

1.2.3 O pós-positivismo e a discricionariedade judicial

A afirmação dos princípios nos aspectos compreendidos neste trabalho envolve o conhecimento do tema discricionariedade judicial. Pôr este assunto em termos precisos é fundamental para a determinação dos princípios dentro da ordem jurídica, como se pretende mostrar mais adiante, para a demonstração de sua forma de autuação prática e sua efetividade como espécies normativas.

A discricionariedade judicial é um dogma do juspositivismo, que consiste na possibilidade deixada ao operador do direito de escolher uma solução dentre varias que poderiam ser adotadas por serem compatíveis com a ordem legal. Celso Antônio Bandeira de Mello (apud PESSOA, loc. cit.) , leciona o seguinte:

o fundamento da discricionariedade reside no intento de se cometer à autoridade o dever jurídico de buscar identificar e adotar a solução apta a, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei, bem como reside na inexorável contingência prática de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos.

A discricionariedade judicial traz consigo, a conotação de um “poder” do magistrado de criar normas, de legislar, ante a ausência de normas de aplicabilidade consolidada em relação ao fato posto. Para os discricionaristas, portanto, em especial Herbert Hart (apud PESSOA, loc. cit.) “o direito normativado deve responder a todas as questões juridicamente suscitadas. Se não puder resolver, o magistrado usa seu poder discricionário e cria o direito aplicável ao caso”.

Este poder normatizador do juiz vem encontrando uma forte resistência doutrinária capitaneada pelo jurista norte americano Ronald Dworkin (apud PESSOA, loc. cit.), cuja teoria

surge como forma de resgate do direito no sentido de trazer de volta seu conteúdo de alcance às normas não positivadas, através da compreensão que existem princípios e dentre a análise destes é que deve surgir o direito a ser aplicado, estando a solução interna ao direito. Surge, então, a figura do juiz Hércules e da *única resposta correta*.

Em outros termos, o direito em si tem potencialidade suficiente para que dele emane a solução das questões, através da autuação dos princípios contidos no sistema jurídico. Desta forma se repele o malabarismo interpretativo que a idéia de discricionariedade deixa transparecer, pois a decisão dimana não de normas criadas pelo juiz particularmente para aquela situação, mas de normas jurídicas preexistentes, que são os princípios.

Ao analisar criticamente o juspositivismo o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin (apud BONAVIDES, 2004, p. 285) revelou que o direito concebido segundo as bases pós-positivistas, deve ser expurgado de alguns entendimentos dogmáticos típicos do positivismo jurídico. O principal desses dogmas é o da discricionariedade judicial.

Se os princípios devem ser tidos como direito, não é justificável o fato de o magistrado, diante da impossibilidade de efetuar “*imediatamente*” a operação silogística de subsunção do fato à norma, busque soluções extra ordenamento, quando dispõe de um aparato normativo principiológico apto a conduzi-lo à solução lógica e finalisticamente ética.

A ausência de discricionariedade judicial, ou sua mitigação, em nada afeta o dinamismo do direito. Os fundamentos axiológicos deste (direito), afastam qualquer engessamento que se queira admitir, uma vez que os valores são, acima de tudo, históricos, abanados com os ventos da atualidade.

A discricionariedade inexiste, portanto, diante do fato de o ordenamento jurídico já dispor de aparato normativo, que congrega regras e princípios, cujo manejo habilidoso por parte do magistrado permite realizar os valores a que o direito se propõe. Conforme doutrina de Vezio Crisafulli (apud BONAVIDES, op. cit. p. 287) “Se os princípios fossem simples diretivas teóricas, necessário seria, então, admitir coerentemente que em tais hipóteses a norma é posta pelo juiz, e não, ao contrário, por este somente aplicada a um caso concreto”.

A respeito do assunto, Canotilho (2000, p. 1147) assim se manifesta:

Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da Constituição (impredictibilidade dos princípios); permitem, sim, projeções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade (indeterminabilidade), mas sempre limitado pela juridicidade objetiva dos princípios. Como diz Dworkin, o “direito – e, desde logo, o direito constitucional – descobre-se, mas não se inventa.”

Entre os doutrinadores nacionais que se opõem à discricionariedade, se encontra a lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau (apud PESSOA, loc. cit.). Para este Ministro, o juiz, ao fazer uma interpretação, pratica uma atividade vinculada. Ainda conforme o mesmo autor

[...] o que se tem denominado de discricionariedade judicial é poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade e não de oportunidade. A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente, enquanto o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve balizado pela lei e pelos fatos.

A discricionariedade, ao menos na acepção clássica do termo, dá lugar à decisão principiológica, à opção ética, como defende Dworkin com argumentos incontestáveis. Perelman (apud PESSOA, loc. cit.) afirma caber ao juiz a “missão de buscar [...] uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito.”

Nesse contexto, normas e princípios deixaram de ser antinômicos para serem gênero e espécie. Sendo os princípios normas jurídicas na mais íntegra acepção, não se justificaria a extração de soluções jurídicas de outro âmbito que não o jurídico.

1.3 Normas: regras e princípios

A classificação dos princípios como normas jurídicas é praticamente um consenso nos dias atuais. Admitem-na até mesmo os mais renomados autores, cuja vida científica deu-se perante o esplendor do positivismo, do qual se constituíram propagadores, pois este era o caráter do direito predominante em tempos idos. Um desses juristas do positivismo é Josef Esser (apud BONAVIDES. op. cit., p.271-2), que assim se expressa:

se não chegam a ser, em rigor, uma norma no sentido técnico da palavra, os princípios, como *ratio legis* – prossegue o abalizado jurista – são possivelmente Direito Positivo, que pelos veículos interpretativos se exprimem, e assim se transformam numa esfera mais concreto. [...] surgem esses princípios como máximas doutrinárias ou simplesmente como meros guias do pensamento jurídico, podendo cedo adquirir o caráter de normas de Direito Positivo.

No mesmo sentido é a opinião de Grabitz (apud BONAVIDES, 2004, p. 272), segundo a qual o princípio abandona a posição de *ratio legis*, transmudando-se em *lex*, emergindo para o âmbito das normas; passando a pertencer ao Direito Positivo. Em outras palavras, os princípios jurídicos não são apenas a razão, o fundamento da lei, mas a própria lei, num sentido não restritivo do termo.

1.3.1 Distinção entre regras e princípios jurídicos

Qualquer estudo relacionado aos princípios jurídicos demanda a sua confrontação com as demais categorias normativas, ou seja, com as regras, o que permite situar aqueles no sistema normativo e consequentemente obter melhor compreensão do tema. A doutrina fornece uma gama de critérios para esta distinção, porém, eles poderiam muito bem serem agrupados em dois blocos: os tradicionalistas, que não exprimem a autonomia normativa que os princípios possuem; e os mais avançados, que ressaltam a qualidade de norma jurídica dos princípios.

Canotilho (2000, p. 1124) menciona a complexidade da confrontação entre as respectivas espécies e elenca os critérios que a doutrina costuma apresentar, quais sejam:

Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

Grau de indeterminabilidade 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 direta.

Caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devida 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).

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

*Natureza normogenética*¹: os *princípios* são fundamento das regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Para o constitucionalista lusitano (op. cit., p. 1125) a complexidade da distinção entre regras e princípios, advém do fato de não se saber da verdadeira função que estas categorias normativas desempenham:

- a) se têm função retórico-argumentativa, ou se de normas de conduta;
- b) se há apenas diferença quantitativa, havendo entre ambos um denominador comum que os congrega a uma mesma família, ou se existe diferença qualitativa entre as referidas espécies normativas.

As distinções fundamentais entre regras e princípios são qualitativas. Esta é a posição de Canotilho (op. cit., p. 1125), com esteio em Robert Alexy, conforme será visto adiante, de acordo com o que se passa a estabelecer nos parágrafos seguintes:

De início, afirma-se que os princípios são normas jurídicas impositivas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos. Os princípios são encarnação de valores, que devem ser atuados. Esta atuação deve se aproximar o máximo possível da plena realização do valor representado pelo respectivo princípio, e é delimitada pelo peso axiológico do princípio e pela ponderação com as demais normas principiológicas.

As regras, por sua vez, são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, que é ou não cumprida. As regras expressam uma predefinição rígida de um dever-

¹ Normogenética: Termo derivado de *norma* (latim) + *genos* (grego), que exprime a idéia de origem de normas.

ser; apresentam uma tipicidade que vincula o resultado de sua aplicação, sob pena de invalidade.

Finalmente, afirma-se: a convivência dos princípios é conflitual, a convivência das regras é antinômica; se princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se.

As distinções entre regras e princípios são múltiplas, consoante se expôs acima, e se destaca no meio delas por ser mais recorrente a que adota o critério do grau de generalidade. Sob o aspecto da generalidade, Jean Boulanger (Apud BONAVIDES, p. 267-8) distingue regras e princípios jurídicos, afirmando, em relação à regra, ser esta geral “se for estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, mas sob certo aspecto “ela é especial na medida em que rege tão-somente atos ou fatos, ou seja, é editada contemplando uma situação jurídica determinada.”

Com o relação aos princípios, ao contrario, afirma o autor francês (idem, ibidem) são gerais porque comportam “uma série indefinida de aplicações. Contêm em estado de virtualidade grande número de soluções que a prática exige.”

Com esteio nestes ensinamentos, é oportuno dizer que no exato ponto em que os princípios são gerais, as regras são especiais. Portanto, quando se diz que uma regra é geral, reporta-se ao seu âmbito de incidência: todos os fatos/atos X. A generalidade dos princípios diz respeito aos fatos X,Y,Z..., de modo que se torna impraticável se determinar o âmbito de incidência de uma norma principiológica. Isto leva a conclusão que esta generalidade típica dos princípios decorre do fato de que eles carregam consigo um conteúdo axiológico sempre relevante, que reclama a melhor solução para o caso prático.

1.3.2 O critério qualitativo

O jurista alemão Robert Alexy não se satisfaz, no entanto, com o critério da generalidade. Considerava-o insuficiente, pois desprezava a distinção qualitativa existente entre regras e princípios jurídicos. Alexy (apud BONAVIDES, op. cit., p. 268-9.) elaborou então o critério gradualista-quantitativo, que tem como pressuposto serem os princípios normas jurídicas, porém, eis aqui a grande constatação, “normas de otimização, cuja principal característica consiste em poderem ser cumpridas em distinto grau e onde a medida imposta de execução não depende apenas de possibilidades fáticas, senão também jurídicas”. Complementa Bonavides (2004, p. 268-9):

Daqui resulta, segundo ele, que a esfera das possibilidades jurídicas se determina por princípios e regras de direção contrária. Por outro lado, as regras, prossegue Alexy, são norma que podem sempre ser cumpridas ou não, e quando uma regra vale, então se há de fazer exatamente o que ela exige ou determina. Nem mais nem, menos.

O ponto alto desta distinção é a classificação, de plano, dos princípios jurídicos como espécies de normas. Esta distinção, além disso, é interessante no que diz respeito à maneira como são aplicadas as normas, ou seja, vislumbra num primeiro plano a *manifestação da normatividade* de ambas as espécies: regras e princípios. As regras têm uma aplicabilidade “cartesiana”, do sim, ou do não. Ou aplicadas ou inaplicadas. Neste aspecto os princípios são maleáveis. Podem exercer um leve peso sobre uma decisão judicial, ou, por outro lado, podem se manifestar de modo inexorável, graças ao fato de terem um conteúdo mais aberto e mais distante do conteúdo descritivo do fato subsumido, que sempre guarda uma relação de tipicidade, em se tratando de um enunciado regrístico.

Este critério desenvolvido por Robert Alexy se apresenta como bastante facilitador da compreensão da própria aplicabilidade das normas principiológicas, viabilizando-a, inclusive. Por este critério as regras seriam comandos de definição e os princípios, comandos de otimização, conforme se verifica na valiosa lição de Ana Paula de Barcelos (2000, p. 172):

Com efeito, embora afirme que princípios e regras são espécies de normas, Alexy reconhece que há uma diferença qualitativa entre elas. Tal diferença, para o autor, está em que as normas que veiculam regras (*comandos de definição*) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. Tudo é diferente com os princípios, denominados pelo autor de comandos de otimização. Ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes. Estes limites jurídicos, que podem restringir a otimização de um princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios opostos que procuram igualmente se maximizar, daí a necessidade eventual de ponderá-los.

No mesmo sentido, interessante verificar o que ensina um outro grande constitucionalista da língua mater, o lusitano Jorge Miranda (2000, p. 229):

Por exemplo, segundo Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes; são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus. As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então tem de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. As regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. A diferença entre princípios e regras é qualitativa, e não de grau.

É, sem dúvida, este o critério distintivo mais se coaduna com a concepção normativa dos princípios jurídico-constitucionais. As idéias de Alexy são originais e plausíveis.

São também completamente compatíveis com os critérios tradicionais, cujos caracteres compilados pela doutrina e que se extrai da obra de Jorge Miranda (2000, p. 228), tais como:

- a) A sua maior aproximação da idéia de direito ou dos valores do ordenamento;
- b) A sua amplitude, o seu grau de maior generalidade ou indeterminação frente às normas-regras;
- c) A sua irradiação ou projeção para um número vasto de regras ou preceitos, correspondentes a hipóteses de sensível heterogeneidade;
- d) A sua versatilidade, a sua susceptibilidade de conteúdos algo variáveis;
- e) A sua abertura, sem pretensão de regulamentação exhaustiva, ou em plenitude, de todos os casos;
- f) A sua expansibilidade perante situações ou fatos novos, sem os absorver ou neles se esgotar;
- g) A sua virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidação recíproca.

Outro critério distintivo realçado por Robert Alexy diz respeito ao *modo de solução de conflito* no âmbito de cada sistema de regras e de princípios. Afirmar Alexy (apud BONAVIDES, op. cit., p. 269) que “um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula”. Desenrola-se, portanto, a solução do conflito entre regras em termos de validade, ou invalidade.

A colisão entre princípios se resolve de outra maneira, no entanto: se dois princípios, uma vez aplicados isoladamente como normas jurídicas que são, conduzirem a resultados discrepantes, um deles deve ser ultrapassado até o ponto em que cesse a discrepância.

Esta solução preserva o equilíbrio na atuação dos valores tutelados pelos princípios; desemboca então no primeiro critério: o do comando de otimização acima referido, sem que isto signifique aposição de nenhuma cláusula de exceção, ou declaração de nulidade da norma principiológica mitigada. Assinala Bonavides (op. cit., p. 280), referindo-se a Alexy, que “os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera”.

Decorre ainda desta distinção que somente entre as regras poderá haver relação de subordinação, posto que as regras sejam consideradas no plano da validade e não existe uma regra com mais validade que a outra. Ao contrário, entre os princípios pode perfeitamente haver relação de subordinação, pois os valores tutelados pelo direito através dos princípios

têm peso escalonado na comunidade onde é vigente. Isto se deve ao modo de como cada espécie normativa se apresenta no ordenamento. Bonavides (2004, p. 282-3) esclarece com o pensamento de Dworkin do seguinte modo:

Só regras ditam resultados – pondera Dworkin – não importa o que aconteça. Se um resultado contrário se alcança, a regra é abandonada ou alterada – prossegue ele – ao passo que com os princípios tal não se verifica, pois com estes não se procede assim; se eles se inclinam por uma decisão, de forma não conclusiva, e ela não prevalece, os princípios sobrevivem intactos.

O princípio – diz ainda Dworkin – pode ser relevante, em caso de conflito, para um determinado problema legal, mas não estipula uma solução particular. E quem houver de tomar a decisão levará em conta todos os princípios envolvidos, elegendo um deles, sem que isso signifique, todavia, identificá-lo como “válido”.

O *quantum* de normatividade dos princípios em face do caso concreto é determinado por este (caso concreto) em cotejo com os valores. O valor liberdade e o moralidade, por exemplo, prevalecem através dos princípios. E o peso de tais valores, a priori absoluto, é relativizado no momento em que se deve solucionar um caso concreto, razão pela qual um dos princípios acaba pesando mais em dada oportunidade. Lembrando que é da própria natureza dos princípios a aplicabilidade simultânea, com variação de normatividade determinada pelo cotejo entre valor e fato.

No que se refere a conflitos de princípios, mormente os constitucionais, a raiz do antagonismo que eventualmente se estabelece entre eles situa-se no fato de estes terem sido vertidos de aspirações políticas constituintes. Uma Constituição, mormente se for promulgada, resulta do que afirma Canotilho (op. cit., p. 1146) ser, provavelmente inspirado nas idéias de Ferdinand Lassale dos fatores reais de poder, “um compromisso entre vários atores sociais, transportadores de ideais, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios”. Para Canotilho o “consenso fundamental”, aquele que preside a atuação do poder constituinte, não elide o “pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador”, do contrário se teria a aberração que seria o poder constituinte não-democrático.

O antagonismo que se identifica internamente ao sistema de princípios faz parte do seu dinâmico modo de ser, constituindo numa de suas maiores virtudes. Afirmo o mestre de Coimbra (2000, p. 1146) que:

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da Lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica de tudo ou nada, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu peso e as circunstâncias do caso.

E, embora com base no direito positivo português, porém, não divergindo do direito positivo pátrio, exemplifica com o princípio democrático, que se expressa, dentre outros, pelo princípio majoritário, sem legitimar a desconsideração das minorias; que tal princípio, na sua dimensão econômica, apesar de autorizar a apropriação política dos meios de produção, não implica a postergação dos requisitos de segurança inerentes ao princípio do Estado de direito.

Os princípios são derivações normativas dos valores. São aspectos heteronômicos dos valores mais relevantes de uma sociedade, que lhes imprimiu o atributo da juridicidade. Por esta razão, a aplicabilidade dos princípios mostra-se maleável, em função dos valores que representam no universo normativo. É a realização do direito justo que se obtém sempre do cotejo das normas principiológicas.

CAPÍTULO 2 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Pode-se definir normatividade dos princípios como a qualidade de norma jurídica a estes atribuída pela quase unanimidade doutrinária nos dias atuais. Como ressaltado neste trabalho, a normatividade nem sempre foi reconhecida como característica dos princípios. Timidamente o fizera o juspositivismo, porém, tinham-na por secundária em relação a normatividade das regras jurídicas auferidas da lei, identificadas estas com o próprio gênero *norma de direito*.

A normatividade dos princípios jurídicos está amplamente consagrada pela doutrina e significar, conforme Luis Roberto Barroso (2006, p. 60) que “os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas”. Por eficácia positiva, explica ainda o autor, “entende-se a inspiração, a luz hermenêutica e normativa lançadas no ato de aplicar o direito, que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos princípios incidíveis no mesmo” e a eficácia negativa consiste na invalidade impingida a decisões, regras e subprincípios que violem o sentido normativo ventilado pelo princípio.

2.1 Evolução da programaticidade para a normatividade

O ingresso dos princípios no âmbito jurídico deu-se como normas secundárias portadoras não da normatividade que os caracterizam na atualidade, mas com mera programaticidade, que é caráter de norma que só se presta para indicar abstratamente os rumos da aplicação do direito.

Nesse sentido, Bonavides (2004, p. 286) afirma que

A tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

O neoconstitucionalismo tende, portanto, a retirar das normas constitucionais o caráter da programaticidade, visto como um artifício esterilizador da Constituição, enquanto repositório dos mais legítimos anseios da coletividade expressos nos momentos constituintes, que sempre objetivam promover severas transformações nas instituições de seu tempo.

Veizio Crisafulli, conforme Paulo Bonavides, (2004, p. 286) fora um dos primeiros a levantar-se contra a programaticidade constitucional, afirmando o constitucionalista brasileiro que:

Há cerca de meio século, Crisafulli já bradava contra aquilo que lhe parecia a distorção contemporânea das normas programáticas da Constituição: a “figura dogmática” dessas normas, empregadas para tolher a juridicidade da Constituição ou, na mais branda das hipóteses, para restringir a “imperatividade efetiva e a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, frustrando a expensas dos cidadãos as garantias solenemente proclamadas da Constituição”.

Empunhava Crisafulli a bandeira da preceptividade em sub-rogação à programaticidade positivista. Acerca do seu pioneirismo Paulo Bonavides preconiza (2004, p. 286-7):

Já naquela época [1952] o insigne Constitucionalista italiano podia exarar acerca dos princípios um conceito que também rasgava os horizontes do futuro, por vislumbrar com toda a clareza a doutrina que acabou imperando em nossos dias, ao asseverar: “É claro, com efeito, que todas as normas jurídicas são por definição *preceptivas* e assim portanto os princípios gerais, que, não sendo outra coisa senão normas jurídicas, posto que com algumas características especiais, são necessariamente também, eles todos preceptivos”.

Os alemães Karl Larenz e Heberhard Grabitz (apud BONAVIDES, 2004, p. 272) observam que em seu processo de condensação doutrinária, de descoberta pelas perspicazes observações dos cientistas do direito, os princípios jurídicos evoluem da especulação à concretude jurisprudencial. É da seguinte forma que se dá esta evolução:

Repartem-se os princípios, numa certa fase da elaboração doutrinária, em duas categorias: a dos que assumem o caráter de idéias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência, e a dos que, não sendo apenas *ratio legis*, mas, também, *lex*, se cristalizam desse modo, consoante Larenz assinala, numa regra jurídica de aplicação imediata.

Acrescenta o mesmo jurista que os da primeira categoria, desprovidos do caráter de norma, são princípios “abertos”, ao passo que os segundos se apresentam como “princípios normativos”.

Grabitz faz uma enumeração exemplificativa desses princípios da primeira fase, os “abertos”: “a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, o Estado de Direito, o Estado Social, a democracia e a separação dos poderes”. Sobre estes princípios, acrescenta-se que os autores germânicos contradizem-se, conforme constata Paulo Bonavides (2004, p. 270) nos seguintes aspectos:

afirmam que os princípios são elementos do Direito Positivo, “sem embargo de sua estrutura lógica e posto que não sejam também normas” – compreensão a nosso ver, errônea e que a seguir logo se contradiz pelas próprias palavras do autor, estas, sim, corretas no sentido e na afirmativa – “são contudo Direito atual vigente”. Se são Direito atual vigente, conforme ele diz, como podem deixar de ser normas? É

possível Direito que não seja norma ou desprovido de normatividade, ou, o que é o mesmo, Direito sem juridicidade?

Impossível nos dias atuais se negar a força normativa, a aplicabilidade imediata, de princípios como o da dignidade da pessoa humana. Imprecisa será sempre a definição que se tente dar a dignidade humana, razão pela qual o autor os denomina de princípios abertos, entretanto, sua tutela é das mais respaldadas no direito brasileiro. É quase incontestável a juridicidade desse princípio, um dos mais valorados positivamente dos últimos cinquenta anos. Ilustram também essa idéia os princípios da liberdade e a igualdade, que marcharam rumo à normatividade na medida em que a democracia se difundia e se consagrava como a melhor forma de convivência com o Estado.

Os princípios jurídicos partiram de uma esfera privatística um tanto estéril, para acompanhar uma tendência de publicização ou constitucionalização do direito, numa perspectiva pós-positivista, e com isso ganharam em autonomia normativa. Cabe aqui esclarecer que esta evolução repercutiu também na terminologia adotada, pois de uma esfera para outra transmutou-se a denominação de princípio geral de direito, para princípio constitucional conforme lição de Paulo Bonavides (2004, p. 273-4):

Os princípios gerais a que nos reportamos ao longo dessa exposição correspondem, em sentido e substância, aos “princípios constitucionais” e às “disposições de princípios”, da terminologia mais em voga entre os Mestres do Direito Público contemporâneo. [...]

Mas a constitucionalização dos princípios compreende duas fases distintas: a fase programática e a fase não programática, de concreção e objetividade.

Na primeira, a normatividade constitucional dos princípios é mínima; na segunda, máxima. Ali, pairam ainda numa região abstrata e têm aplicabilidade diferida; aqui, ocupam um espaço onde releva de imediato a sua dimensão objetiva e concretizadora, a positividade de sua aplicação direta e imediata.

É unicamente nesta última fase que se faz exequível colocar no mesmo plano discursivo, em termos de identidade, os princípios gerais, os princípios constitucionais e as disposições de princípio.

Vale ressaltar que a programaticidade aqui tratada corresponde ao oposto de normatividade. É a programaticidade concebida pelo positivismo, que procurava com este atributo extremar os princípios das categorias normativas.

Um princípio carrega consigo sempre um viés de programaticidade. Este é um dos atributos destas normas, ao lado da programaticidade, da qual eram os princípios desprovidos até a transição comentada neste tópico. Este assunto será novamente abordado quando se estiver tratando das normas programáticas no próximo capítulo.

2.2 Ascensão dos princípios para o âmbito constitucional

O neoconstitucionalismo é marcado pela posição primacial dos princípios jurídicos nas Constituições. Um de seus aspectos é a ascensão dos princípios ao corpo normativo das Constituições e, em consequência, a autuação dos princípios como espécies normativas concretizadoras do direito constitucional.

Se a Constituição encontra-se no lugar mais alto, no *ápice lógico e axiológico* do sistema jurídico, suas normas, necessariamente, são portadoras de maior positividade, maior eficácia normativa, enfim, todos os atributos ordinariamente conferidos as normas jurídicas estão salientados se estas normas estiverem insertas no texto de uma Carta Constitucional. Daí a afirmação de que os princípios, nos dizeres de Paulo Bonavides (2004, p. 267) “são normas-valores com positividade maior nas Constituições que nos códigos, e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser o princípio”.

Tudo isso milita a favor do fenômeno da publicização do direito que é, portanto, o deslocamento da supremacia jurídica dos códigos para as Constituições. É a superação da antinomia direito público/direito privado, pois a sociedade equilibrada é uma realização humana que demanda uma forte *presença do Estado*, paradoxalmente as proposições do (neo)liberalismo triunfante e sua doutrina do Estado mínimo.

Esta “presença do Estado”, por sua vez, impõe a necessidade de controle de sua atuação, o que é feito através, preponderantemente, de normas constitucionais, daí o entrelaçamento as idéias de juspublicismo, neoconstitucionalismo, normatividade dos princípios constitucionais condicionantes e determinantes da atuação estatal.

A migração dos princípios da esfera privada para a pública, a hegemonia normativa da Constituição, logo, a ascendência do direito público sobre o privado, são fatores indissociáveis do reconhecimento da normatividade dos princípios, que, com a referida migração tornaram-se constitucionais, como lembra Paulo Bonavides (2004, p. 289):

A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar a Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.

Como vão longe os tempos em que os princípios alojados nos códigos exercitavam unicamente a função supletiva ou subsidiária, vinculados à “questão da capacidade ou suficiência normativa do ordenamento jurídico”, conforme a doutrina positivista da compreensão do Direito como mero sistema de leis, com total exclusão dos valores, ou seja, com ignorância completa da dimensão axiológica dos princípios!

O direito constitucional positivo, integrado pelo conjunto de regras e princípios constitucionais, é o direito de posição hierárquica mais elevada, aquele que subordina a validade de todas as demais normas do ordenamento. Estar na Constituição torna os princípios normas diferenciadas, por trazerem consigo a estampa dos valores sublimados pela vontade constituinte.

Ser norma suprema do ordenamento jurídico significa estar inserta na Constituição, logo, esta ascensão dos princípios gerais de direito, ao topo da pirâmide normativa os posiciona exatamente no lugar reservado às normas constitucionais. Portanto, chega-se a conclusão de que os positivisticamente ditos princípios gerais de direito são os princípios constitucionais do neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-positivista.

Essa migração dos princípios da esfera privada para a pública, mais precisamente para a esfera constitucional, é a causa concomitante do seu status de norma. A constitucionalização é um dos fatos fundamentais de toda a “revolução *principial*”. Eis a sua grande repercussão. Neste sentido, afirma Paulo Bonavides (2004, p. 289-91):

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos [os princípios], sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua *constitucionalização*, *que é ao mesmo passo posituação no mais alto grau*, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis.

[...] Os princípios constitucionais outra coisa não representam senão os princípios gerais de direito, ao darem estes o passo decisivo de sua peregrinação normativa, que, inaugurada nos Códigos, acaba nas Constituições.

Lembra Ana Paula de Barcelos (2000, p. 162) que o princípio da dignidade da pessoa humana, foi o carro-chefe desse deslocamento dos princípios dessa realidade metafísica para a nova realidade jurídica constitucionalizada: “A esse movimento de constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana veio se associar o esforço mais geral engendrado pela doutrina de assegurar a realização prática das Constituições como um todo”. A razão para este pioneirismo está no momento por que passava a humanidade, que acabara de ser vitimada pela maior carnificina que a brutalidade dos homens poderia perpetrar, movida por uma profunda ausência de consideração ao valor inerente à pessoa humana¹.

¹ Ana Paula de Barcelos, Revista de Direito Administrativo nº 221, p. 161: “A revelação dos horrores da Segunda Mundial transtornou completamente as convicções que até ali se tinham como pacíficas e ‘universais’. A terrível facilidade com que milhares de pessoas – não apenas alemãs, diga-se, mas de diversas nacionalidades européias – abraçaram a idéia de que o extermínio puro e simples de seres humanos podia consistir em uma política válida de governo ainda choca.

2.3 Normatividade da Constituição

As Constituições se tornaram o abrigo mais adequado para as normas mais representativas das legítimas aspirações de uma sociedade emergente de um período de muita truculência institucional contra a humanidade. Os episódios de que a Europa fora palco impuseram a necessidade de mudanças no modo de compreender as normas constitucionais antes vistas como meros programas desprovidos de normatividade; normas cuja obediência facultativa não desempenhavam papel de relevância na realidade prática. Nesse contexto, a normatividade dos princípios é a mesma normatividade da Constituição. Identificam-se substancialmente.

A concepção positivista de Constituição não era compatível com a importância de que estes documentos deveriam ser dotados nas ordens jurídicas do pós-guerra. O exemplo mais representativo desse tipo de Constituição é a de Weimar elaborada pelo próprio Hans Kelsen, o qual, como expoente máximo do positivismo jurídico, não admitia que as normas jurídicas pudessem apresentar uma dimensão axiológica. Afirma Ana Paula Barcelos (2000, p. 162-3): “com efeito, mais um subproduto do Pós-Guerra foi a percepção do fracasso da Constituição de Weimar e da própria concepção, até então vigente, das normas constitucionais como meros programas indicativos para o legislador”.

Eis que surge então a concepção normativa da Constituição a afirmar que a Constituição é norma jurídica, logo normas jurídicas serão todas aquelas que lhe integram o conteúdo. Ana Paula de Barcelos (2000, p. 163) afirma que:

Em oposição a essa experiência, a segunda metade do século XX vai conhecer o desenvolvimento de um novo discurso a respeito da Constituição: o discurso normativo. As normas constitucionais, a partir de agora, serão consideradas como normas jurídicas e, como tais, dirigidas a toda a sociedade, em especial ao Poder Judiciário e aos indivíduos.

Na concepção atual, portanto, as normas constitucionais são normas jurídicas, isto é, são imperativas, existem para realizar-se e estão à disposição de todos os Jurisdicionados.

Destas afirmações conclui-se que a doutrina descreve as normas constitucionais, ou seja, regras e princípios indistintamente, como normas imperativas, de conteúdo exigível em sede de qualquer meio de prestação jurisdicional. A integridade do conceito de norma

Agrega-se a isso a assustadora verificação de Hannah Arendt de que, na Segunda Guerra, as próprias vítimas (a autora se refere especificamente aos judeus) perderam em boa medida a compreensão de valor inerente à vida humana, daí a prática comum pela qual os próprios líderes das comunidades judaicas negociavam a libertação de judeus mais importantes ou cultos, em troca de judeus ‘comuns’, como aqueles valessem mais que estes.”

constitucional como categoria vinculativa e obrigatória do direito é verificada ainda na seguinte passagem (2000, p. 164):

A concepção normativa da Constituição quer significar que todas as normas constitucionais são normas jurídicas. [...] a moderna teoria da norma identifica como elemento essencial do direito em geral, e da norma jurídica em particular, a imperatividade dos efeitos propostos. Isto é: a capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou de associar algum tipo de consequência ao descumprimento voluntário da norma, consequência essa capaz de impor, ainda que substitutivamente, a realização do efeito normativo inicialmente previsto ou um seu equivalente.

Ana Paula de Barcelos (2000, p. 170) sustenta ainda a normatividade dos princípios constitucionais como fato indissociável da normatividade das constituições com os seguintes argumentos:

Em primeiro lugar, a própria normatividade da Constituição. Se a Constituição é norma jurídica, tudo o que nela se contém desfruta dessa natureza, reforçada ainda pelo fato de sua superioridade hierárquica sobre todo o sistema. A segunda razão diz com a própria natureza do princípio. O princípio constitucional veicula normalmente uma decisão fundamental do poder constituinte originário. Não haveria sentido que o princípio, axiológica e logicamente mais relevante que a regra, não fosse considerado norma jurídica e esta sim.

A atribuição de normatividade às Constituições apresenta-se como um meio de se efetivar o controle a) do Estado, enquanto agressor eventual de situações jurídicas subjetivas e, também, b) pelo Estado, enquanto detentor da tutela dos direitos dos particulares em suas relações privadas. Este último aspecto entrelaça-se com o fenômeno da juspublicização ou constitucionalização do Direito. Todos estes fenômenos e suas decorrências é que dão configuração à nova corrente doutrinária, jurisprudencial e jusfilosófica que é o pós-positivismo jurídico.

2.4 Juridicização dos valores

Por ocasião do definhamento do positivismo kelseniano, definhamento esse que teve seu termo inicial imediatamente após a Segunda Grande Guerra, dando lugar ao pós-positivismo, é possível se constatar a juridicização dos valores como fato fundamental para o que seria a realidade jurídica dali em diante, ao lado da redefinição do papel das Constituições, como instrumento com normatividade e legitimidade para a efetivação do controle do Estado e em defesa dos direitos.

A juridicização dos valores outra coisa não é, senão a própria normatividade dos princípios. As conclusões a respeito da preponderante dimensão normativo-axiológica dos princípios que os eleva ao topo da pirâmide normativa representativa do ordenamento jurídico, são justificadas pelas palavras de Bonavides (2004, p. 288-9):

a supremacia, que não é unicamente formal, mas sobretudo material, é apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até confundidos com os valores, sendo na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

Os valores foram aproximados do direito, que passa a ter com mais vigor a finalidade de tutelar interesses eticamente relevantes para a sociedade, tais como a dignidade da pessoa humana, que fora objeto de profundas reflexões, dominando juntamente com interesses sociais, o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, documento aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, no ano de 1948.

Um princípio constitucional apresenta sempre um fundamento axiológico, que justifica o fato de pertencerem ao acervo normativo de uma Carta Magna. A proeminência das normas principiológicas é ressaltada na seguinte lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (apud BARCELOS, 2000 p. 170), a qual constitui-se na mais referenciada assertiva da doutrina pátria em termos de princípios jurídicos:

[...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Os princípios, já ressaltou-se por diversas vezes neste trabalho, são normas pelas quais, de modo especial se autua a tutela jurisdicional dos valores. Conclui-se, então, que não é possível afirmar-se onde se distingue a normatividade dos princípios e a juridicização dos valores. São fatos umbilicalmente relacionados. Causa e consequência de um mesmo fenômeno.

CAPÍTULO 3 APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

As normas jurídicas possuem como um de seus atributos a imperatividade. As normas infra-constitucionais são agrupadas, conforme o grau de imperatividade, em cogentes e dispositivas: aquelas possuem alto grau de imperatividade, de força vinculante sobre os obrigados, que formam seu âmbito subjetivo de incidência. As dispositivas são normas, em princípio, facultativas, a menos que haja uma contingência concreta, quando se apresentarão com força cogente.

Esta classificação apresentada no parágrafo supra não se presta para enquadrar as normas constitucionais. E as razões são óbvias: primeiramente, a superioridade hierárquica sobre as demais normas não admite qualquer cogitação em sentido oposto. Em segundo lugar, seus destinatários, que sempre se encontram numa posição diferenciada: ou é uma entidade estatal, que tem um dever de agir através de seus gestores fortemente normatizado; ou um ente privado, que, ao ocupar o pólo de uma relação jurídica instaurada pela norma constitucional, estará numa situação sempre mais grave, independente de tal entidade, ou mesmo indivíduo, se apresentar como sujeito ativo ou passivo na referida relação.

Norma que organiza o Poder político, que versa sobre os direitos fundamentais dos indivíduos e delineiam os fins públicos que toda sociedade deve perseguir são de aplicabilidade necessária. Os obstáculos que se contrapõem a sua aplicabilidade, ou decorrem da aquilatação que se faz entre as próprias normas do sistema normativo-constitucional, ou de vicissitudes materiais intransponíveis.

No que diz respeito a problemas práticos relacionados à aplicabilidade das normas constitucionais Luis Roberto Barroso (2006, p. 78) explica:

Até hoje não se elaborou um mecanismo para neutralizar os excessos do constituinte, originário ou revisional, sem que com isso se comprometa o caráter normativo do texto. Ao deparar com normas manifestamente inexecutáveis, o interprete tende a negar o seu caráter vinculativo, distorcendo, por esse raciocínio, o teor de juridicidade da norma constitucional. Em tais hipóteses – que no fundo não são tão numerosas – é a impossibilidade material de cumprimento da norma que gera sua inexigibilidade.

A aplicabilidade de que se fala aqui é aquela aptidão imanente a toda norma jurídica de produzir efeitos concretos, de servir de parâmetro decisório sobre uma relação jurídica, imediatamente. É aquele atributo que lhes tornam os princípios aptos a produzirem efeitos na realidade social, como normas que representam e exprimem a configuração jurídica dos valores cultivados no ambiente social. Difere da normatividade, pois esta é pressuposto

daquela, e, por sinal, em relação aos princípios, enfrenta menos turbulência no campo da doutrina e da jurisprudência.

3.1 Normas de organização

Normas de organização são aquelas que versam sobre a estruturação das funções estatais, criando órgãos, estatuiendo competências, delimitando as competências orgânicas, regendo procedimentos, etc. Luis Roberto Barroso (2006, p. 91), caracteriza-as como sendo normas que não disciplinam comportamentos individuais ou de grupos, mas têm um caráter instrumental e têm precedência lógica sobre a incidência das demais. Afirma ainda o autor que:

[...] além de estruturarem organicamente o Estado, as regras dessa natureza disciplinam a própria criação e aplicação das norma de conduta. As normas de organização não contêm a previsão abstrata de um fato, cuja ocorrência efetiva deflagra efeitos jurídicos. Vale dizer: não se apresentam como juízos hipotéticos. Elas possuem um efeito constitutivo imediato das situações que enunciam.

São, os princípios de organização, normas tipicamente constitucionais. O mais superficial contato com o seu enunciado já faz deduzir-se que só poderiam ter eficácia enquanto insertas num texto constitucional, conforme a tradição romano-germânica de fazer Constituição escrita. Este caráter de “constitucionalidade” deflue-se, também, de seu conteúdo, pois as normas de organização são as que veiculam decisões políticas fundamentais, como o princípio presidencialista (CR, art. 78); definem as competências dos órgãos constitucionais; tratam da criação, da composição e do funcionamento dos órgãos públicos (CR, art. 92) e estabelecem normas processuais e procedimentais (CR, art. 102).

São normas que, embora se dirijam imediatamente aos agentes políticos, também podem atingir a esfera subjetiva dos administrados, na medida em que seus destinatários as descumpram, o que pode ocasionar a deflagração do aparelho jurisdicional do Estado contra si próprio, através do meio processual adequado. “Elas se dirigem, na generalidade dos casos, aos próprios Poderes do Estado e seus agentes, o que não significa, todavia, que não possam repercutir na esfera jurídica dos indivíduos” (BARROSO, 2006, p. 95).

Das normas de organização podem decorrer direitos subjetivos prontamente exigíveis. Luis Roberto Barroso (2006, p. 141) exemplifica:

Se agente de um dos Poderes estabelecer imposição restritiva a um particular, em matéria que seria de competência de órgão e agente de outro Poder, poderá o

prejudicado opor-se a tal medida em sede judicial, v. g., pela impetração de mandado de segurança. Da mesma forma, se uma lei estadual disciplinar tema de interesse local, poderá o indivíduo afetado furtar-se à sua observância, por inconstitucional, ou buscar pela via judicial que lhe convenha o reconhecimento incidental do vício.

As normas de natureza organizatória não foram expressamente contempladas com a cláusula de aplicabilidade direta, como acontece com as normas relativas a direitos, liberdades e garantias e conforme traz expressamente a Constituição Federal (art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata), mas sempre se considerou a eficácia direta destas normas, porque são elas que delineiam logo de início a estrutura do Estado que pretende instituir e normatizar. Afirma Canotilho que (2000, p. 1143).

se o constitucionalismo nem sempre compreendeu o sentido do valor normativo da Constituição quanto a direitos fundamentais, não deixou nunca de considerar que a lei constitucional criava, coordenava e separava, de forma directa e imediata, um sistema de poderes e de soberania: órgãos constitucionais.

O exercício das competências instituídas na Constituição, conforme ainda o mestre de Coimbra (2000, p. 1143), através das normas organizatórias que definem competências, prevalecem “contra quaisquer leis concretizadoras dessas competências de forma incompatível com o disposto nas normas organizatórias da lei constitucional”.

3.2 Normas definidoras de direitos individuais

Na Constituição brasileira, os princípios e regras que definem os direitos individuais estão consignados sistematicamente no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, artigo 5º, que dispõe:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

E, em seguida, apresenta um rol de setenta e oito incisos e quatro parágrafos. Para Luis Roberto Barroso (2006, p. 96-7), assim é definida esta classe de direitos:

Os direitos individuais, frequentemente denominados de *liberdades públicas*, são a afirmação jurídica da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança, e a propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem, em

essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares.

No que respeita a sua aplicabilidade, a constatação que se faz é no sentido de que,

De fato, são trivialmente encontrados feitos em que o jurisdicionado resguarda o seu direito de propriedade, mesmo em face do Poder Público; e aqueles em que se subtrai da incidência de tributos exigidos sem observância do princípio da anterioridade; ou, ainda, aqueles nos quais se relaxa uma prisão ilegal (BARROSO, 2006, p. 142).

A aplicabilidade direta das normas constitucionais que consagram direitos, liberdades e garantias não se limita a desnecessidade de mediação concretizadora do legislador. Vai muito além na medida em que exercem tais normas força derogatória sobre a própria lei, quando sua disposição regrática afrontar o efeito pretendido pela norma-princípio lógica e axiologicamente superior. No que se refere a esta categoria normativa, Canotilho, (2000, p. 1142) afirma:

Aplicação direta não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa. Significa também que eles *valem directamente contra a lei*, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição. Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a *inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais* contrárias às normas da Constituição consagradoras e garantidoras de direitos, liberdades ou direitos de natureza análoga. Se se preferir, dir-se-á que a aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias implica a *inconstitucionalidade superveniente* das pré-constitucionais em contradição com eles.

É a própria constituição Federal que determina em seu artigo 5º, parágrafo 1º que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Para o caso de se infringir este dispositivo, o inciso LXXI do mesmo artigo estabelece que:

Conceder-se-á mandado de injunção 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.

Logo adiante em tópicos seguintes será abordado o mandado de injunção e seus efeitos, conforme doutrina e jurisprudência atuais.

3.3 Normas definidoras de direitos políticos

Direitos políticos são aqueles que deferem aos seus titulares as prerrogativas inerentes à qualidade de nacional, como a possibilidade de ocupação de cargos públicos,

eletivos ou não, a possibilidade ou não de ser extraditado, etc, e as prerrogativas políticas, especificamente, o direito de sufrágio, que se manifesta pelo voto dos que têm capacidade eleitoral ativa, com o qual se elege os cidadãos com capacidade eleitoral passiva, para o exercício de mandatos públicos junto aos órgãos constitucionais.

Assim, podem ser definidos os direitos políticos, segundo lição de Luis Roberto Barroso (2006, p. 96):

Os direitos de participação política, ou apenas direitos políticos, abrangem o direito de nacionalidade e o direito de cidadania. Pelo primeiro, o indivíduo é incorporado na comunhão nacional para uma série de efeitos, que compreendem prerrogativas e deveres. Pelo segundo, se reconhece ao indivíduo, qualificado por certos requisitos, a capacidade eleitoral (intervenção pelo voto na composição dos órgãos de Estado) e a capacidade eletiva (participação pessoal na composição dos órgãos de Estado).

Quanto a normas preconizadoras de direitos individuais e políticos, Barroso explica que sua aplicabilidade não encontra resistência sistemática num ambiente de democracia, por razões ideológicas e operacionais. Em termos ideológicos, afirma que a aceitação pacífica da exercitabilidade dos direitos individuais e políticos deve-se ao fato deles representarem as reivindicações liberalistas, que conseguiram se sobrepôr às forças da aristocracia e da realeza, através das revoluções burguesas. A classe dos direitos individuais e políticos se afirmaram historicamente como o “direito dos vencedores”, ou seja, dos burgueses. Acrescenta Barroso (2006, p. 103) que, “a rigor, nos Estados ocidentais, a contestação à ideologia burguesa não compromete a subsistência da maior parte desses direitos, sua concretização não enfrenta obstáculos de natureza política”.

A razão operacional da não resistência à fruição dos direitos individuais e políticos é que os mesmos são implementados por uma simples abstenção do Estado ou de outros indivíduos: “sua realização, assim, na generalidade dos casos, independe de ônus, de atividades materiais, além de ter a seu favor a própria lei da inércia”(BARROSO, 2006, p. 103).

3.4 Normas definidoras de direitos difusos

Direitos difusos são aqueles que não se cingem ao patrimônio jurídico de um indivíduo, mas, simultaneamente ao de toda a coletividade. Mesmo que apenas uma pessoa se apresente como vítima de uma lesão a um direito pertencente a esta classe, persiste uma lesividade subjacente a violar a esfera jurídica dos indivíduos de uma pequena comunidade,

de um país inteiro, ou até mesmo de todo o planeta. Imagine-se que o abandono de lixo doméstico em área habitada provoque danos imediatos somente a saúde dos moradores da redondeza. O mesmo não ocorre com uma queimada criminosa na floresta amazônica, ou um ataque maciço ao plâncton marinho, responsáveis pela manutenção dos níveis de oxigênio na biosfera da Terra. A respeito desta categoria de direito, cite-se as idéias de Luis Roberto Barroso (2006, p. 98):

De fato, caracterizam-se eles por pertencerem a uma serie indeterminada de sujeitos e pela indivisibilidade de seu objeto, de forma tal que a satisfação de um dos seus titulares implica a satisfação de todos, de mesmo passo que a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade.

Destaca-se nessa classe de direitos os que dizem respeito a relações consumeristas e a defesa do meio ambiente. Os princípios relacionados aos direitos acham-se em adiantado estado de consolidação de sua aplicabilidade. Como ressalta Luis Roberto Barroso (op. cit. p. 142) “Embalados pelo discurso politicamente correto, os direitos dessa natureza não enfrentam os problemas ideológicos e discriminatórios que afetam os direitos sociais”. Para exemplificar, cite-se o princípio da prevenção, que é um dos capitais em encampação dos valores ambientais. A esse respeito, Fiorillo e Rodrigues (apud PAZZAGLINI FILHO, 2000, p. 57) comentam:

Diante da impotência do sistema e ante a impossibilidade lógico-jurídica de fazer voltar a uma situação igual a que teria sido criada pela própria natureza, adota-se, com inteligência e absoluta necessidade, o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como verdadeira chave-mestra, pilar e sustentáculo da disciplina ambiental, dado o objetivo fundamentalmente preventivo do direito ambiental.

Importante norma que veicula proteção no âmbito dos direitos difusos é o artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90). Referido dispositivo é expresso em admitir o caráter normativo primário dos princípios jurídicos. *in verbis*:

Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos *que derivem dos princípios gerais do direito*, analogia, costumes e equidade.

Pode-se concluir pela aplicabilidade imediata do princípio da proteção ao consumidor, um dos sustentáculos da ordem econômica (CR/88, arts, 170, V e 5º, XXXII), como um dos ícones da defesa dos direitos difusos.

3.5 Normas definidoras de direitos sociais

Os direitos sociais são definidos como os que facultam aos titulares a petição junto ao Estado de prestações positivas, que lhes proporcionem meios materiais visando à melhorias em suas condições de vida. O Estado é chamado ao seu dever de agir como neutralizador das disparidades sociais, que militam contra a sobrevivência da própria sociedade política.

Assim sendo, tais direitos visam garantir, conforme Luis Roberto Barroso (2006, p. 97) segurança social, trabalho, salário digno, liberdade sindical, participação no lucro da empresa, educação, acesso à cultura, dentre outros. Consoante o mesmo autor, distinguem dos direitos individuais, pois enquanto estes “funcionam, principalmente, como um escudo protetor em face do Estado, os direitos sociais operam como barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos”.

Os princípios e regras que versam sobre direitos sociais são os que mais enfrentam dificuldades no campo da efetividade. A produção prática de seus efeitos demanda, ao contrario das categorias examinadas, a atividade positiva do Estado, a implementação de medidas concretas em favor de uma determinada classe, ou um indivíduo, enquanto considerado pertencente a um grupo.

A efetivabilidade das normas certificadoras de direitos sociais tem se manifestado de modo assistemático. Algumas conseguiram avançar de forma bastante satisfatória, outras encontram-se emperradas por fatores ora materiais, ora jurídicos. Se algumas normas apresentam idêntica estrutura lógico-normativa, espera-se que todas enfrentem as mesmas limitações ou desfrutem do mesmo patamar de aplicabilidade, como diz o brocardo latino, *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou seja, onde há a mesma razão, aí deve a lei ser a mesma. O certo é que elas são as normas cuja aplicabilidade mais enfrentam a resistência arraigada em conceitos que as modernas doutrina e jurisprudência constitucionais ainda não lograram suplantam definitivamente.

Luis Roberto Barroso (2006, p. 104) ensina que os beneficiários dos direitos sociais são investidos em três tipos de situação jurídica, das quais se pode defluir conseqüências peculiares a cada uma delas, consoante o que se passa a expor.

Em primeiro lugar, as normas de direitos sociais “geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção”. Note-se que aqui vale o que foi dito a respeito dos direitos individuais e políticos, pois basta que o devedor da obrigação, seja

particular ou, principalmente, o Estado, abstenha-se de fazer algo que tenha ao menos potencialidade de lesionar a esfera jurídica do particular credor para que se tenha implementado o direito. O jurisdicionado é credor de uma abstenção.

Em segundo lugar, as normas de direitos sociais podem “ensejar a exigibilidade de prestações positivas do Estado”. Aqui o jurisdicionado é credor de uma atuação positiva, de uma ação do poder público. Luis Roberto Barroso (2006, p. 105) assinala que a implementação dos direitos criados por certas normas constitucionais enfrentam limites econômicos e políticos: os primeiros “derivam do fato de que certas prestações não de situar-se dentro da ‘reserva do possível’, das disponibilidades do erário”.

Quanto aos óbices de origem política o autor explica (op. cit., p. 105) o seguinte: “Salvo casos extremos de inércia ou manifesta inadequação das providências tomadas, esta será uma decisão que resvala para a discricionariedade dos poderes públicos e, pois, insindicável em via jurisdicional”.

Estas situações demandam do magistrado a adequada ponderação de princípios constitucionais como os da *separação dos poderes* e da *inafastabilidade da Jurisdição*, consignados no artigo 2º (São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário) e 5º, XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) da CF\88. Como ficou estabelecido na primeira parte deste trabalho, os princípios buscam a otimização dos valores que encampam, determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades materiais e jurídicas existentes.

Um dos direitos sociais que o Estado persiste em sonegar da população pobre, notadamente a que mais se ressenete dos desmazelos da *gestão pública*, é o direito à saúde, estampado no artigo 196 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Na opinião do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, referido por Luis Roberto Barroso (2006, p. 107):

O caráter programático desta regra inscrita na art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental.

Não se compatibiliza com o regime democrático a discricionariedade administrativa absoluta, intocável pela atuação jurisdicional. A gestão da *res publicæ* é informada inarredavelmente pelos deveres de moralidade e eficiência (art. 37, CF), de modo que suas omissões dão azo, legitimamente, a ingerência jurisdicional. O que se disse do direito à saúde pode plenamente ser aplicado às demais normas de natureza social, sob pena de se incorrer em total falta de critério técnico-jurídico na interpretação/aplicação do Direito.

Afirma Luis Roberto Barroso (2006, p. 107) que se verifica nos tribunais uma nítida “disposição em dar efetividade à norma, superando por via judicial as omissões do Poder Público, mesmo a custo de um ativismo judicial que não tem raízes profundas na tradição brasileira”. Embora o autor se refira ao direito social à saúde, frise-se que não é tecnicamente correto, nem preza pela logicidade e sistematicidade do direito o fato de não se estender a mesma aplicabilidade do direito supra mencionado às demais normas de mesma índole social e programática.

A título de exemplo, vê-se que a Constituição Federal consigna o direito à educação no artigo 6º, dentre outros direitos sociais:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Mais adiante, no Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo III, Seção I (Da Educação), artigo 205 estabelece a educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, e expressamente menciona ser a educação obrigatória e gratuita um direito público subjetivo (art. 208, § 1º). Ante as disposições textuais da Constituição, pergunta-se: somente o direito à educação, dentre todos os demais direitos sociais arrolados no supra transcrito dispositivo (art. 6º, CR), tem a grandeza de um direito público subjetivo? Extraí-se a resposta de Luis Roberto Barroso (2006, p. 111), ao propugnar pela interpretação não restritiva da eficácia à norma que estabelece o direito à educação. Afirma o autor que:

Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem, mas, tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insuscetível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva.

Portanto, não é apenas o direito à educação que pode ensejar a exigibilidade, mas, por sua preponderância para o desenvolvimento nacional, quis-se prevenir contra a inércia do Poder Público em relação à matéria de fundamental importância para o crescimento do País. Chega-se à conclusão de que, juridicamente, educação, saúde, saneamento básico, segurança

pública, defesa do meio ambiente, defesa dos patrimônios público, histórico, artístico, cultural, enfim, direitos sociais e difusos podem ser juridicamente exigíveis perante o poder público, ou entes privados. Para tanto, advirta-se, há que se observar as demais condicionantes jurídicas e materiais.

O princípio do direito à moradia, também constante do *caput* do artigo 6º da Constituição, corolário da dignidade da pessoa humana, autorizaria a um cidadão a dirigir-se à Justiça e pleitear uma moradia para morar com sua família, sem que o fato de não dispor de tal bem não tenha “justa causa”? À luz da doutrina de maior difusão, a resposta a esta questão parece querer saltar da boca do interlocutor antes que este busque, despreconceituosamente, embasar-se na própria realidade. Vem logo à mente as considerações sobre a reserva do possível. Juridicamente, os óbices não são desprezíveis, a exemplo dos princípios da valorização do trabalho e da livre iniciativa (CR, art. 4º, IV), como valores fundamentais do Estado brasileiro.

Costuma-se atribuir caráter de programa à norma constitucional como forma de se inviabilizar os seus efeitos. Este mais parece um artifício político-ideológico, do que um modo de se explicar a aplicação da Constituição. Fala-se muito na “reserva do possível”, e ela de fato existe, mas parece “impossível”, por exemplo, que o Brasil destine duzentos e cinquenta bilhões de Reais (R\$ 250.000.000.000,00), somente para o pagamento de juros da dívida pública a cada ano, conforme noticiam diariamente os jornais. Esta absurda cifra é quatro vezes mais do que a soma dos orçamentos anuais para educação e saúde realizados pela União.

As impossibilidades materiais que se sobrepõem aos direitos sociais dos cidadãos são criadas, na maioria das vezes, pela própria gestão pública. É o conflito dos sistemas jurídico e político se manifestando, de forma que um trata de limitar o outro, conforme a ideologia predominante seja mais ou menos democrática. Para ilustrar estas palavras cite-se os seguintes números: os duzentos e cinquenta bilhões de Reais acima citados seriam suficientes para, dentre outras coisas, construir dez milhões de imóveis residenciais de baixa renda, capazes de propiciar a seus moradores condições dignas de habitação, dentre muitas outras providências que as contingências econômicas e sociais que se apresentam no dia a dia.

Ana Paula de Barcelos, conforme Luis Roberto Barroso¹, põe em termos precisos a ponderação das duas faces do problema. Primeiramente, diz que:

¹ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, disponível em: www.jusnavigandi.com.br acesso em: 15.09.2007.

em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral.

Mas pondera logo em seguida a autora (ibid.):

Se a Constituição contem normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que ira ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.

Em terceiro lugar, as normas de direito social podem contemplar, conforme Luis Roberto Barroso (2006, p. 104) “interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora”.

A dificuldade que se apresenta consiste em que a Constituição, expressamente, remete o exercício de um direito a conformidade de uma futura normatização infraconstitucional integradora. Importante ressaltar, conforme Luis Roberto Barroso (2006, p. 108), que

a Constituição não delega ao legislador competência para conceder aqueles direitos; concede-os ela própria. Ao órgão legislativo cabe, tão-somente, instrumentalizar sua realização, regulamentando-os. Faltando a esse dever, dá ensejo à inconstitucionalidade por omissão, disfunção para a qual a doutrina e o direito positivo vêm buscando soluções eficazes.

E quando a tal norma regulamentadora não é editada, como fica a situação do jurisdicionado? Esta questão será melhor abordada no tópico sobre mandado de injunção, porém, adiante-se que se o direito subjetivo existe, é dever do Estado deferir-lhe tutela, o contrário é a inconcebível anomalia da nulidade tutelada pelo próprio ordenamento. Ressalta Luis Roberto Barroso (2006, p. 102) que “é puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais”.

Se o direito existe, é declarado literalmente, só pela interpretação sistemática dos princípios constitucionais é que se pode restringir-lhe o exercício e nunca de forma apriorística. O pressuposto da aplicabilidade imediata deve ser afastado somente ao exame do caso concreto. Não há direito absoluto. Nem o direito à vida está imune às restrições, podendo ser suprimido, como em alguns casos de aborto e de homicídio com exclusão de ilicitude.

A respeito das dificuldades de implementação destas normas cita-se a hipótese da previsão do inciso IV, artigo 7º, da Constituição que estatui, como direito social salário

mínimo capaz de suprir as necessidades básicas no que se refere à moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Luis Roberto Barroso (2006, p. 248) menciona a situação do trabalhador que deduza em juízo pretensão consistente na declaração incidental de inconstitucionalidade da lei que fixe o salário mínimo em valor inferior ao suficiente para atender às demandas de primeira necessidade de sua e de sua família. conclui e autor que “Esta solução, que é tecnicamente escoreita, gera o inconveniente de que o tratamento individualizado fatalmente acarretaria desigualdades, fazendo surgir ou novo problema, relacionado com o princípio da isonomia”.

No entanto, se há violação ao princípio da isonomia, como afirma o autor, com a devida *vênia*, a solução não é, como diz o autor, “tecnicamente escoreita”, tendo em vista que a interpretação sistemática dos princípios constitucionais – eis aqui o seu maior mérito – não leva o juiz a decisões incongruentes com o próprio sistema jurídico. Ainda sobre o princípio da suficiência do salário mínimo, afirma Luis Roberto Barroso (2006, p. 248):

Outra possibilidade seria a instauração de um dissídio coletivo pelo sindicato da categoria envolvida, ou mesmo, eventualmente, m órgão sindical congregador dos diversos sindicatos, para que fosse fixada, por decisão da Justiça do Trabalho, o valor da remuneração mínima, na conformidade do preceptivo constitucional. Mesmo nessa hipótese, haveria problemas de ordens diversas, a começar, mais uma vez, pelo próprio princípio da isonomia, sem mencionar outros ligados à separação de Poderes, à legitimidade democrática para definição de políticas públicas e à reserva do possível.

Nestes casos, a norma encontra óbices materiais e jurídicos a sua aplicação. Materiais porque claramente se está pisando no campo da “reserva do possível”. A aplicação plena desta norma poderia acarretar, v. g., desequilíbrios as finanças da Previdência. Jurídicos, porque os problemas que eventualmente surgissem poderiam ser atribuídos à invasão do *mérito administrativo* pelo desrespeito ao equilíbrio de princípios como o da *separação dos poderes*, o *presidencialista*, que consagra uma das decisões mais arraigadas da nação brasileira, com o da *Jurisdição plena*, ou inafastável.

O que cabe mesmo em casos como este é o controle abstrato da inconstitucionalidade da norma, pois é esta a conclusão a que a norma permite chegar, ante uma atividade interpretativa sustentada pela ponderação imposta pelos referidos princípios constitucionais. Conforme o Ministro Celso de Mello (apud Luis Roberto Barroso, op. cit. p. 150), o qual afirma assistir ao STF apenas o papel de “cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional”, observando-se, dessa forma, os limites estabelecidos pela Constituição Federal (art. 103, §2º).

3.6 Normas programáticas – considerações iniciais

Os conceitos de regras e princípios, enquanto espécies do gênero norma, levam a inferir que as normas programáticas estão inclusas no universo dos princípios, sendo aquelas uma modalidade destes. Daí sempre que se mencionar normas programáticas, se está referindo, mais precisamente, a princípios “programáticos”, porque a locução “regras programáticas” é intrinsecamente ilógica. As regras seguem a lógica do “tudo ou nada”, enquanto que com um “programa” (ou um princípio) verifica-se justamente o oposto: caracterizam-se por estabelecer objetivos a serem alcançados no maior grau possível e necessariamente pelo sopesamento, pela ponderação dos valores contidos em tais objetivos e nos demais princípios do ordenamento, em consonância com a opção feita em adotar os ensinamentos de Robert Alexy nos tópicos iniciais deste trabalho monográfico, onde se destaca a distinção qualitativa que há entre regras e princípios pelos seus respectivos modos de disciplinarem o caso concreto. A propósito do assunto, corrobora a esta posição pela relação de pertinência entre normas programáticas e princípios, a seguinte passagem de Paulo Bonavides (2004, p. 247) na qual, fazendo menção a Crisafulli, afirma que:

Toda a norma que se arvore funcionalmente como norma-princípio ou norma básica, servindo de fundamento a uma ou mais normas particulares subordinadas – escreve Crisafulli –, é sem dúvida deste ponto de vista, e nessa acepção também, programática. Faz ele entrar assim em tal categoria [das normas programáticas] os chamados princípios gerais.

Há, portanto, uma relativa identidade substancial entre norma constitucional programática e princípio constitucional, ou norma principiológica, ressaltando que nem todo princípio tenha caráter programático.

Por sua vez, a programaticidade é um estado transitório dos princípios constitucionais. Os próprios direitos individuais, que hoje gozam de consolidado prestígio no ideário doutrinário e jurisprudencial, têm um passado programático, e afirma-se isto com fulcro na constatação de Paulo Bonavides (2004, p. 229), quando este afirma que “Os direitos fundamentais como *direitos individuais haviam perdido sua natureza meramente programática*¹, natureza, alias, de que os publicistas do século XX não tomaram exata consciência e que fora típica das primeiras Declarações de Direitos”. Os direitos individuais lograram êxito antes dos direitos sociais não só pela antecendência cronológica, mas, principalmente, por terem representado as aspirações da vitoriosa burguesia revolucionária do

¹ Refere-se o autor a evolução da normatividade e eficácia dos direitos fundamentais individuais.

século XVIII, ao contrário dos direitos sociais, que surgiram como limitação aos sucessores do *ancien regime* e que ainda hoje são expressos em princípios de teor programático. Nesse diapasão, nem os direitos individuais atualmente contidos em *normas definidoras de direitos*, se incorporaram às Constituições com a qualidade de “categorias jurídicas perfeitamente definidas, com reconhecida e proclamada eficácia normativa” (BARROSO, 2006, p. 229).

3.6.1 A aplicabilidade das normas programáticas

A Constituição determina que o Poder Público se estruture e se aplique para a consecução de certas finalidades, as quais o legislador constituinte (originário ou derivado) compreendeu como precípuas para a realização do bem comum, para a plenitude da proteção ao interesse público e o faz, necessariamente, através de princípios chamados de *normas programáticas*. Estas normas têm como propriedade mais saliente o fato de preverem os fins ou resultados, sem, no entanto, cogitarem dos meios de como alcançá-los.

Estes princípios constitucionais programáticos, no que tange a seus destinatários imediatos “não regulam diretamente as matérias a que se referem, mas regulam propriamente a atividade estatal concernente a ditas matérias: têm por objeto imediato os comportamentos estatais e só mediatamente e por assim dizer, em segundo grau, aquelas determinadas matérias” (idem, p. 249).

Estas normas eminentemente principiológicas são as que Luis Roberto Barroso (2006, p. 114) afirma serem as:

regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida, em sentido mais amplo. Algumas dessas regras definem direitos, para o presente, que são os direitos sociais, outras contemplam certos interesses, de caráter prospectivo [estas ditas normas de “caráter prospectivo” é que correspondem aos princípios programáticos], firmando determinadas proposições diretivas, desde logo observáveis, e algumas projeções de comportamentos, a serem efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades de Estado e da sociedade.

A cultura jurídica brasileira, herdeira das tradições jurídicas da Europa continental, guarda ainda, inegavelmente, um forte apego às regras jurídicas, que são de *interpretação cômoda* e de *alcance predeterminado*, tendo em vista o fato de as normas programáticas, como afirma Luis Roberto Barroso (2006, p. 150), “não traçarem suficientemente uma conduta a ser seguida, não ensejam um desfrute imediato de qualquer

bem jurídico, criando a exigibilidade de uma prestação positiva”, mas, se constituírem em princípios jurídicos que forcejam por uma decisão o mais próximo possível da plena realização do bem jurídico objeto da tutela almejada.

Vê-se os princípios consignados no artigo 3º da Lei Maior, como exemplos típicos destes tipos de normas. Não esclarecem eles qual o procedimento que a República Federativa do Brasil, em suas esferas federal, estadual e municipal, deve adotar para construir uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I); para implementar o princípio do desenvolvimento nacional (II); para erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (III). Também não está apregoado o modo pelo qual se deve promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV). Dos exemplos acima, uma vez mais assiste razão a Vezio Crisafulli (apud BARROSO, 2006, p. 115), ao definir tais normas como:

Um programa político incorporado ao ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, dotado de eficácia prevalecente em relação às normas legais ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e, assim, obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.

Maria Helena Diniz comenta algumas normas programáticas estatuídas na Constituição Federal. Sobre a eficácia do princípio do incentivo ao desenvolvimento científico, reza o art. 218 da Lei Maior, que o Estado deve promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. Questiona a autora como poderá o Estado ser acionado caso permaneça omissa. E conclui que basta que haja destinação de verbas irrisórias ou insignificantes para esse fim, por exemplo, para se configurar sua omissão. A eficácia do direito à educação (CF, art. 205) é perquirida seguinte forma pela autora (1992, p. 120-1):

Poderiam os pais acionar o Estado para obter, por exemplo, a construção do prédio escolar, num local ermo, sem quaisquer recursos? Poderia o Judiciário eximir-se de prolatar uma sentença nessa hipótese? Parece-nos que não ante a proibição de *non liquet*, logo não poderia negar a prestação jurisdicional, alegando que não haveria omissão estatal na construção daquela escola, porque a *norma constitucional teria tão-somente eficácia negativa*, no que atina ao legislador, por proibir edição de lei ordinária contrária ao seu comando.

Quanto aos efeitos concretos a serem produzidos por estas normas, Luis Roberto Barroso (2006, p.117) esclarece de forma inconcussa que, no plano imediato, das normas programáticas decorrem consequências objetivas e subjetivas:

Objetivamente, desde o início de sua vigência, geram as normas programáticas os seguintes efeitos imediatos:

(A) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam;

(B) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis.

Ao ângulo subjetivo, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a:

(A) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional;

(B) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos.

Os quatro tópicos acima enumerados que representam os pontos consolidados tanto pela doutrina, como pela jurisprudência no que tange a aplicabilidade das normas programáticas, são sólidos argumentos para demonstrar a auto-suficiência normativa destas normas. Ao se fazer a defesa da efetivabilidade das normas programáticas, numa perspectiva principiológica, não se deve pretender que o direito seja a panacéia para todos os males sociais. A jurisdição nunca se sub-rogará na atuação da administração. As normas têm sua eficácia condicionada por sua tipologia e as normas programáticas não são meros programas, a julgar pelas inconcussas hipóteses de aplicabilidade aqui relacionadas.

Diante do que ficou estabelecido no tocante aos princípios constitucionais programáticos, não há outra posição a se adotar, senão a de aceitar a concreta normatividade e a aplicabilidade jurídica das normas programáticas. Sua força derogatória de normas com elas incongruentes; a nulidade por vício de inconstitucionalidade sobre normas supervenientes, as quais serão nulas *pleno iure* constituem situações subjetivas subsumíveis ao crivo da Jurisdição – ou não se está nem perto de um Estado Democrático de Direito acintosamente proclamado no primeiro artigo da Lei Máxima.

O constitucionalista Paulo Bonavides é, de fato, um vanguardeiro do Direito Constitucional brasileiro. Faz constatações argutas, verdadeiros *standards* doutrinários a espelhar o que efetivamente se adota nas mais notáveis decisões produzidas pela jurisdição constitucional concentrada, ou difusa. Veja-se as letras do ilustre mestre (2004, p. 236-7):

Sem embargo do debate doutrinário que ainda se possa ferir, a corrente de idéias mais idôneas no Direito Constitucional contemporâneo parece ser indubitavelmente aquela que, em matéria de Constituição rígida, perfilha ou reconhece a eficácia vinculante das normas programáticas.

Sem esse reconhecimento, jamais será possível proclamar a natureza jurídica da Constituição, ocorrendo, em consequência, a quebra de sua unidade normativa. Não há numa Constituição, como disse Rui Barbosa, proposições ociosas, sem força cogente. [...]

O Estado de Direito do constitucionalismo social precisa de absorver a programaticidade das normas constitucionais. [...]

Já não será fácil com respeito à Constituição tergiversar-lhe a aplicabilidade e eficácia das normas como os juristas abraçados à tese antinormativa, os quais,

alegando programaticidade de conteúdo, costumam evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais.

Vale aqui citar as conclusões a que chegou Vezio Crisafulli (apud BONAVIDES, op. cit. p. 247) já no remoto (para o Direito Constitucional) ano de 1952, no tocante aos progressos até então conquistados pelas normas programáticas. Eram estes os avanços da área naquela época:

O reconhecimento da eficácia normativa das disposições constitucionais exclusivamente programáticas, as quais enunciam verdadeiras normas jurídicas, que são por isso preceptivas, tanto quanto as demais, se bem que dirigidas tão-somente, de maneira originária e direta, aos órgãos estatais e antes de tudo, certeza, pelo menos aos órgãos legislativos.

O reconhecimento, no vigente ordenamento, da natureza propriamente obrigatória do vínculo que deriva das normas constitucionais programáticas para os órgãos legislativos, como consequência da eficácia formal prevalente de sua fonte (a Constituição) com respeito às outras leis ordinárias.

O reconhecimento, por isto, da invalidade das leis subseqüentes, que estejam em contraste com as normas constitucionais programáticas e, segundo a corrente doutrinária que parece preferível, também das disposições de leis preexistentes, se contrastarem e enquanto contrastarem com tais normas.

Todas as normas desta classificação, que aqui foram adotadas por ser mais pertinente ao tema da aplicabilidade, seja ela uma norma de organização, seja uma norma definidora de direito, ou uma norma programática, que já afirmou-se tratar-se de um princípio, tendem a verter efeitos concretos. Sua aplicabilidade cinge-se a fatores das mais variadas ordens: fatores reais de índole econômica, política, cultural e, principalmente, fatores jurídicos de conformação entre as muitas normas que animam a ordem jurídica positiva, sem, no entanto, ficarem desprovidas da qualidade que lhe é inerente: sua disposição para a concretização dos valores que encampam.

3.7 Mandado de injunção

O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão representam instrumentos de autodefesa do sistema normativo constitucional adotados pelo constituinte contra os comportamentos renitentes em negar aplicabilidade as normas constitucionais, em especial aquelas que se apresentam sob a forma de princípio. Passa-se agora a expor a repercussão jurisprudencial em termos de efetivabilidade, que ambos instrumentos (ADIN por omissão e mandado de injunção) se propõem a alcançar no Direito Constitucional brasileiro.

O mandado de injunção tão logo adentrou ao mundo jurídico já passou a sofrer os efeitos que eram exatamente a sua razão de ser: a indisposição de se conferir aplicabilidade às normas constitucionais. Dois argumentos representam com perfeição a velha hermenêutica constitucional. Conforme Luis Roberto Barroso (2006, p. 244), logo de cara houve o questionamento no sentido de se saber se o mandado de injunção

seria imediatamente aplicável ou se dependeria, para tornar-se efetivo, de norma que o regulamentasse, notadamente nos seus aspectos processuais. Não faltou quem cultivasse a ironia de sustentar que o instituto, criado precisamente para superar a paralisia resultante de normas constitucionais não auto-aplicáveis, não era em si auto-aplicável.

A outra tese paradoxal consistia em restringir as matérias tuteláveis pelo mandado de injunção àquelas previstas no artigo 5º, que versa sobre *direitos e deveres individuais e coletivos*; artigos 12 e 13, que estabelecem direitos relativos a *nacionalidade*; e artigos 14 a 16, que definem *direitos políticos*. Esta interpretação restritiva não encontra amparo no texto da Constituição, que menciona “direitos constitucionais”, não fazendo qualquer especificação. Quanto à isso, afirma Luis Roberto Barroso (2006, p. 246) que:

como não há *clausula restritiva*, estão abrangidas todos os direitos constitucionais, sejam individuais, coletivos, difusos, políticos ou sociais. Alias, é precisamente no campo dos direitos sociais que se registram os principais casos de omissão legislativa [...]. Semelhantemente se passa com as prerrogativas referidas, em sua grande parte regidas por normas de eficácia plena, que prescindem de regulamentação.

A expressão “*direitos constitucionais*” deve ser compreendida, por sua vez, de forma extensiva, para fins de tutela por mandado de injunção, não se limitando àqueles direitos estampados *expressamente* na Carta Política, porque não há taxatividade desta em arrolar direitos, mas também aos direitos abrigados em princípios constitucionais explícitos. É a própria Constituição (art. 5º, § 2º) que, visando mais uma vez, afastar interpretações empobrecedoras de seu acervo normativo, dispõe que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros *decorrentes do regime e dos princípios* por ela adotados, ou dos *tratados internacionais* de que o Brasil seja signatário. Dispõe ainda que quando os “tratados e convenções internacionais” versarem sobre direitos humanos e que forem aprovados no Congresso Nacional segundo o processo legislativo das Emendas Constitucionais, serão equivalentes a estas (art. 5º, § 3º).

Logo, a locução *direitos constitucionais* para os fins colimados no mandado de injunção compreende os direitos “da Constituição”, contidos em princípios expressos e

implícitos, e os estabelecidos em documentos internacionais aprovados no Congresso Nacional na forma procedimental das Emendas Constitucionais.

3.7.1 Efeitos da decisão do mandado de injunção

O mandado de injunção é uma ação de natureza civil, instituída na Constituição Federal de 1988 com a finalidade precípua de assegurar a eficácia normativa das regras e princípios que tutelem direitos constitucionais.

Existem quatro correntes acerca dos efeitos da decisão do mandado de injunção. São elas: concretista geral, concretista individual direta, concretista individual intermediária, e não concretista.

Pela posição *concretista geral*, a decisão que o STF ou qualquer outro órgão jurisdicional adotasse deveria, desde logo, conferir eficácia concreta ao direito pleiteado pela parte. Em outros termos, o Judiciário deveria dar configuração normativa plena à norma não regulamentada pelo legislativo e aplicá-la não só ao caso concreto, e esta é a parte controversa desta corrente, porém, atribuir-lhe efeitos *erga omnes*, para todas as situações análogas em que o exercício dos mesmos direitos fossem reclamados, até a superveniência da norma legislada.

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência rejeitam a corrente concretista geral sob o argumento de que ela viola o princípio da separação dos poderes, pela usurpação das funções tipicamente atribuídas ao Poder Legislativo.

A segunda corrente é a *concretista individual direta*, que difere da concretista geral pelo fato de defender que a norma “elaborada jurisdicionalmente” ter efeitos tão somente *inter partes*. A decisão emanada do Poder Judiciário seria a norma para aquela situação específica, ao contrário do que sucederia caso se adotasse a corrente concretista geral, para a qual a norma deveria ter efeitos *erga omnes*, para todas as situações análogas em que o exercício dos mesmos direitos fossem reclamados, até a superveniência da norma legislada. Esta posição é referendada, dentre outros, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio: “sob a minha ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante” (apud Alexandre de Moraes: 2005, p. 160).

A terceira corrente é a denominada *concretista individual intermediária*, cujo defensor de maior expressão é o Ministro de STF Néri da Silveira, para quem a Justiça não

deve prover o mandado de injunção com uma norma aplicável imediatamente à lide, mas, primeiramente, com uma cientificação ao órgão legislativo do qual deva emanar a norma delimitadora do direito alegado pelo impetrante do mandado de injunção. Mediante esta cientificação referido órgão legislativo produziria a norma regulamentadora faltante. Caso assim não procedesse num prazo de 120 dias, aí sim, dever-se-ia tornar viável a fruição do direito pelo seu sujeito.

Entende a doutrina que desta forma restariam conciliadamente aplicados os princípios constitucionais da separação dos poderes: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (CF, art. 2.º); com os da inafastabilidade da Jurisdição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, XXXV), e o direito da pessoa titular dos direitos constitucionais inviabilizados pela falta de norma regulamentadora de impetrar o mandado de injunção com o fito de ver removidos os óbices que lhe turbam ou impedem a fruição. Esta é a posição de Alexandre de Moraes (2005, p. 161):

Assim agindo, não estará o Judiciário regulamentando abstratamente a Constituição Federal, com efeitos *erga omnes*, pois não é sua função; mas ao mesmo tempo, não estará deixando de exercer uma de suas funções precípua, o resguardo dos direitos e garantias fundamentais. Como destaca Carlos Augusto Alcântara Machado, “não se trata de pretensa usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário e, sim, de exercício de uma atribuição conferida constitucionalmente”.

Por fim, tem-se a quarta e última corrente dita não concretista. Apesar da simpatia que a corrente concretista individual intermediária desperta em parte da doutrina, é a posição *não concretista* que vem prevalecendo no Supremo Tribunal Federal. Ao tribunal cabe, tão somente, dar ao Poder Público ciência da carência normativa inviabilizadora do “exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (CF, art. 5º, LXXI). Eis aqui um caso patente do desrespeito institucionalizado à Constituição Cidadã perpetrado justamente por quem tem o grave ministério da autuação de suas normas – o Supremo Tribunal Federal.

Das quatro posições expostas acima, entende-se ser a *concretista individual direta*, a segunda citada, a que mais se coaduna com a implementação otimizada dos princípios constitucionais. Se o direito subjetivo existe concretamente como criação do legislador constituinte (originário ou derivado), é extremamente atentatório ao valor *estado democrático de direito* que seu exercício fique pendente por uma inatividade dos Poderes constituídos.

Se o Judiciário não pode determinar o Legislativo a expedir a norma, sob pena de medida coercitiva, o que implica admitir direito sem sanção, só resta a ele, Judiciário, conceder a tutela reclamada para que o mandado de injunção não seja mero palavreado constitucional sem eficácia. O Ministro do STF Carlos Veloso é da opinião de que o Judiciário deve suprir a ausência da norma infraconstitucional, para que se viabilize a implementação do direito, não tendo, portanto, o mandado de injunção o mesmo efeito da ação de inconstitucionalidade por omissão. São palavras do Ministro (apud BARROSO, 2006, p. 247):

No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável.

A posição do referido Ministro ainda é minoritária na Corte Suprema. A melhor doutrina aponta pela concretização otimizada dos direitos. A solução defendida pela corrente *não concretista*, que atribui ao mandado de injunção os efeitos que a Constituição previu para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deve ser revista, pois quando a Carta Magna estabeleceu que a declaração de inconstitucionalidade por omissão, será cientificado o Poder competente para adotar as providências em 30 (trinta) dias se for órgão da Administração, e sem prazo para órgão Legislativo (Art. 103, § 2º), referia-se a ADIN por omissão, e não ao mandado de injunção, que surgiu justamente como um reforço da aplicabilidade dos direitos subjetivos constitucionais.

Tudo o que o jurisdicionado consegue, se impetrar perante o tribunal competente um mandado de injunção, é que o Poder Legislativo ou o Executivo fique sabendo que está sendo omissor, e que sua omissão está obstando a fruição de um “direito, uma garantia, ou uma prerrogativa” que a Constituição Federal, desenhada na década de 1980 para ser o instrumento jurídico bastião da ruptura com o atraso institucional impregnado na História do Brasil, ousou outorgar. Certamente o constituinte originário não reservou para o mandado de injunção um destino tão depauperado quanto o que até agora lhe vem dando a Jurisdição constitucional brasileira.

O Judiciário só não pode viabilizar o exercício do direito se a edição da norma regulamentar for atribuição de órgão detentor de conhecimentos técnicos especializados, e ainda assim, nesse caso, por normalmente se tratar de órgão administrativo, não há maiores problemas em se impor a este o seu dever regulamentar, em face do cada vez mais legítimo controle judicial da Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios são, inevitavelmente, o presente e o futuro do direito. Sua trajetória ascendente não encontra obstáculos lógicos e científicos capazes de interrompê-la, o que se dará somente se grave crise social e política se abater sobre o modo de vida da civilização atual, fato bastante improvável considerando-se a atual estágio das sociedades, cujos interesses predominantes são calcados na democracia, na cidadania e na liberdade. Presencia-se a era da informação rápida e de abundância global. As ditaduras não são mais benquistas; a humanidade ainda sente repugnância ao lembrar de misérias como o *apartheid* e “os holocaustos” da Segunda Guerra mundial e estas memórias não passarão ao menos pelas próximas gerações.

Feitas estas considerações, é oportuno se reportar ao primeiro capítulo deste trabalho, onde se buscou retratar a evolução conceitual dos princípios, passando do abstrato e secundário para a concretude e primazia; do metafísico, para o jurídico e do mediato e subsidiário, para aplicabilidade imediata, que consubstancia a “revolução principiológica”. Viu-se, quando da descrição da evolução principiológica, que os princípios partiram do jusnaturalismo, onde não faziam parte ao direito positivo, mas ao direito natural de caráter filosófico, metafísico, para, sob a ótica do positivismo jurídico, adquirirem juridicidade, ainda que secundária, pois não eram tidos como normas aplicáveis diretamente na regulação do caso concreto, mas supletivamente, quando da ocorrência de vazios normativos (aquelas situações em que a norma legislada não disciplinava em pormenores).

A negação à discricionariedade judicial é um dos pontos altos da doutrina da aplicabilidade dos princípios. O julgador não age discricionariamente, porém, aplica a decisão que mais se aproxima da ética e da máxima concretização do valor albergado no princípio aplicável ao caso concreto. É sempre vinculado o caráter da decisão judicial, e não discricionário. Portanto, adota-se o que a doutrina chama de opção ética, que não é realmente opção entre várias alternativas, mas a que representa o conteúdo axiológico do ordenamento jurídico.

Na solução das colisões entre princípios, ao contrário do que acontece no conflito entre regras, não se suplanta por completo um princípio em favor da prevalência de outro, sendo indispensável a sua compatibilização em face dos demais princípios constitucionais, valendo-se para tanto do método da ponderação dos valores protegidos pelos respectivos princípios colidentes.

A normatividade imediata é a qualidade que se contrapõe a programaticidade. Esta é o caráter das normas que se prestam somente a orientar, de modo vago e abstrato, a aplicação do direito, distanciando-se da concepção normativa atual, que classifica os princípios como espécies normativas, ao lado das chamadas regras de direito, que são normas legisladas. A atribuição normatividade dos princípios constitucionais, conforme foi visto, implicou também, a própria normatividade da Constituição, antes vista como um programa político despidido da força vinculante inerente às normas jurídicas. Logo os progressos experimentados pelos princípio em termos de normatividade/aplicabilidade entrelaçam-se com a normatividade das Constituições, sendo causa e efeito desta.

A juridicização dos valores é outro ponto merecedor de destaque no trabalho ora encerrado. Afirmou-se que a juridicização dos valores confunde-se com a normatividade dos princípios, porque estes têm uma acentuada dimensão axiológica. Dessa forma, a tutela dos valores implicou, diretamente a normatividade/aplicabilidade dos princípios, pois é pela autuação destes como espécies normativas que se atinge a salvaguarda dos valores.

Os princípios integram a Constituição, possuem supremacia em relação às demais normas, servindo de fundamento de validade do sistema jurídico. Os princípios constitucionais têm forma imediata, com eficácia e aplicabilidade direta, prestando-se a funções interpretativas, supletórias e, principalmente, normativas primárias, restando a possibilidade de utilizar-se tais normas para resolver problemas jurídicos concretos, repelindo qualquer desconformidade com a Constituição.

Por fim, trabalho abordou o mandado de injunção, por ser este o instrumento que o constituinte lançou contra as tendências tradicionalistas, que se revelam sonegadas da plena aplicabilidade dos princípios constitucionais. No entanto, as expectativas depositada neste mandamus encontra-se frustrada pela posição ainda majoritária no Supremo Tribunal Federal, denominada *não-concretista*, que não é a que melhor se coaduna com a nova hermenêutica constitucional, nem com a compreensão principiológica do direito. O provimento do mandado de injunção deveria implicar a imediata fruição do direito pendente de pormenorização legislativa.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de. *Normatividade dos princípios e princípio da dignidade da pessoa humana no Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 221: 159-188, jul./set. 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, disponível em: www.jusnavigandi.com.br acesso em: 15.09.2007.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2ª ed., atual. – São Paulo: Saraiva, 1992.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público*, Trad. de Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977.

MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. *O princípio constitucional da irretroatividade da lei: a irretroatividade da lei tributaria*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* (tomo II). 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino, *Princípios constitucionais reguladores da administração pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judicial*. São Paulo: Atlas, 2000.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *O julgamento como opção ética e a discricionariedade judicial*. Revista espaço acadêmico, nº 65, outubro de 2006. disponível em: < www.espacoacademico.com.br > acesso em: 02.07.2007.