

## OS DESAFIOS DA APLICAÇÃO DIRETA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SEM A MEDIAÇÃO DAS REGRAS<sup>1</sup>

### THE CHALLENGES OF THE DIRECT APPLICATION OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES WITHOUT THE MEDIATION OF RULES

Vinícius Klein<sup>2</sup>

#### RESUMO

*O artigo traça um panorama das dificuldades e possibilidades presentes na aplicação direta dos princípios constitucionais pelo Poder Judiciário em situações nas quais não há regra aplicável ao fato concreto em questão. Inicialmente enfrenta-se a necessidade de superação das críticas de desrespeito ao Estado de Direito e decisionismo na atuação do Judiciário na situação objeto de estudo. Para isso analisam-se na doutrina especializada e na jurisprudência do STF como os meios de controle da decisão judicial funcionam nessas situações. Por fim, enumeram-se condições capazes de facilitar uma aplicação direta dos princípios constitucionais de forma segura, sem avanços na direção do decisionismo e da discricionariedade judicial excessiva.*

**PALAVRAS CHAVE:** *Aplicação Direta dos Princípios, Hermenêutica Constitucional, Decisionismo.*

#### ABSTRACT

*The article presents an overview of the difficulties and possibilities presented in the direct application of constitutional principles by the Judiciary in situations where there is no rule applicable to the concrete fact in question. Initially it faces the need to overcome the criticism of disrespect for the rule of law and decisionism on the Judiciary role in the situation under study. For this we analyze in the specialized doctrine and the STF's jurisprudence how the mean to control the judicial decision function in those situations. Finally, it list conditions able to facilitate the direct application of constitutional principles safely, without advances toward decisionism and excessive judicial discretion.*

**KEY WORDS:** *Direct Application of Principles, Constitutional Hermeneutics, Decisionism*

<sup>1</sup> Artigo recebido em 10 de maio de 2010.

<sup>2</sup> Procurador do Estado do Paraná, Professor contratado de Direito Empresarial da Universidade Positivo, Professor contratado de Direito Empresarial da Universidade Tuiuti do Paraná, Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Federal do Paraná, Doutorando em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Doutorando em Desenvolvimento Econômico pela Universidade Federal do Paraná, Diretor Acadêmico da Associação Paranaense de Direito e Economia, Pesquisador do CNPQ ligado ao Grupo de Pesquisa Institucional intitulado "Liberdades Públicas e Mercado" na Universidade Positivo. E-mail: viniciusklein78@yahoo.com.br

**SUMÁRIO:** Introdução; I.O Decionismo e a Aplicação Direta dos Princípios; II.O Estado de Direito e a aplicação direta dos princípios; III. As Condicionantes da Aplicação Direta dos Princípios; Conclusão; .Bibliografia.

*“Mas, o que são essas manchas sombrias  
deste corpo, que lá embaixo na Terra  
sobre Caim despertam fantasias?”  
Bastante ela sorriu e então; “Se erra  
a opinião”, tornou-me, “dos mortais cuja chave dos sentidos não descerra,  
não deverias admirar-te mais  
por serem para o exame de suas crenças  
as asas da razão curtas demais.”  
Dante Alighieri – A Divina Comédia – Paraíso – Canto II*

## INTRODUÇÃO

A adoção das premissas metodológicas que fundamentam o direito-civil constitucional determinam a aplicação direta dos princípios constitucionais, independente da mediação das regras<sup>3</sup>. Todavia, a referida aplicação introduz e acentua desafios que acabam por repercutir na própria base do direito civil-constitucional. Assim, parte-se da idéia de que os princípios constitucionais podem ser aplicados diretamente, sem a necessidade da mediação do legislador através das regras. A questão passa a ser como torna essa aplicação compatível com a figura do intérprete responsável<sup>4</sup> e com a necessidade de normas claras e prévias consubstanciada no princípio do Estado de Direito, para que se mantenham firmes os pilares da constitucionalização do direito civil.

Para que se possa discutir a questão com maior profundidade deve-se inicialmente delimitar o objeto do presente trabalho, em especial as possíveis situações

<sup>3</sup> Ver por todos TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª. ed., Rio de Janeiro:Renovar, 2008, Tomo I, p. 1-23.

<sup>4</sup> Essa preocupação com a responsabilidade do intérprete pode ser observada, dentre outros autores, em PERLINGIERI, que afirma: “A interpretação é atividade vinculada mais especificamente às escolhas e valores do rodenamento; é controlada, porque deve ter uma motivação idônea, a dquada; é responsável porque o dolo e a culpa grave na decisão justificam a reposabilidade da aprte que se encontre em tais condições (art 55 Cód. Proc. Civ.; 54§ 2, Const).” ( PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: uma introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2007, p. 81).

por ele abarcadas. Uma primeira possibilidade é a aplicação de um princípio constitucional para afastar a incidência de uma regra. Ora, aí não se tem uma aplicação do princípio sem a mediação da regra, mas sim a verificação pelo Poder Judiciário da compatibilidade do preconizado pela regra com um determinado princípio constitucional. Uma outra situação é aplicação de um princípio constitucional em um determinado caso concreto no contexto da falta de uma regra, aí se tem a situação objeto do estudo. Mas nessa hipótese pode-se antever dois cenários diversos: um primeiro é a aplicação do princípio como vetor interpretativo chave para decidir um caso concreto e um segundo caso é a demanda voltada ao Poder Judiciário para que regule a aplicação de determinado princípio num caso concreto. A hipótese de maior complexidade é, sem dúvida, a última, por gerar maior avanço do órgão judicial nas competências em tese relacionadas ao Poder Legislativo, sobretudo se a questão for direcionada ao Tribunal Constitucional, já que a decisão possuiria eficácia *erga omnes*. Mas, mesmo nesses casos, não fica impossibilitada a aplicação de um princípio constitucional de forma direta. Contudo, alguns condicionantes devem ser observados, evitando-se uma fuga da hermenêutica responsável. A situação problematizada aqui é a referente à necessidade de regulamentação pelo juiz de um princípio num determinado caso concreto, aplicando-o sem a mediação das regras.

As demais situações, embora igualmente difíceis têm sido tratadas pela doutrina com mais frequência. Assim, a aplicação direta de um princípio constitucional para afastar uma regra, como vetor interpretativo da regra ou mesmo complementando uma cláusula geral ou expressão indeterminada atualmente não parecem gozar de grande oposição da doutrina<sup>5</sup>. Nesse ponto afirma PERLINGIERI

---

<sup>5</sup> Sobre a referida discussão pode-se citar como exemplo de defensores da aplicação direta: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 259 (afirmando a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais em virtude do art. 5º. da CF/88) ; TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil – tomo I**. 4ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.18/19 (afirmando que posição contrária igualaria os princípios constitucionais aos princípios gerais de direito, subvertendo a hierarquia normativa); CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p.438 (afirmando a aplicabilidade direta e analisando disposição da constituição portuguesa similar ao srt. 5º. da CF).

“Não existem, portanto, argumentos que contrariem a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil”<sup>6</sup>

Como campo de maiores embates tem-se a aplicação direta dos princípios as relações privadas, a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Todavia, a doutrina pátria tem se posicionado afirmativamente<sup>7</sup>. Apesar de se tratar de debate instigante, reforça-se, o objeto aqui é a aplicação direta dos princípios constitucionais sem a mediação das regras nos casos em que a situação concreta demanda a regulamentação de como se instrumentaliza a situação em termos de procedimentos administrativos a serem utilizados ou conteúdos abarcados pelo princípio.

A discussão tem alguns pontos que merecem ser explicitados, dentre eles a questão da ponderação ou sopesamento, a pretensão de correção da argumentação jurídica, a oposição ao que se convencionou denominar decisionismo judicial. Esses temas serão tratados em seções próprias. Outras questões incidentais ao tema serão mencionadas durante o trabalho, mas apenas enquanto afetem o objeto principal definido.

## I. O DECISIONISMO E A APLICAÇÃO DIRETA DOS PRINCÍPIOS

Um obstáculo claro a ser enfrentado na aplicação direta dos princípios é a acusação de que se nesse caso se permitiria afastar a aplicação das regras de forma sistemática e arbitrária. Ora, se a aplicação direta for feita sem uma possibilidade de controle adequado da decisão judicial a acusação é claramente procedente e impede a referida aplicação. Não se pode esquecer, que mesmo nas teorias contemporâneas que surgiram como uma reação ao positivismo não se prega, em regra, o descolamento do direito da norma. Ao menos nos autores referidos no presente estudo – PERLINGIERI,

---

<sup>6</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.589.

<sup>7</sup> Nesse sentido aponta: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 289-297.

DWORKIN, ALEXY, HABERMAS E MACCORMICK – não se pode encontrar tal afirmação.

Mas como é possível obter esse controle adequado? A resposta a ser dada depende da linha teórica seguida, mas pode se afirmar que o controle se dá por meio da retórica. O avanço da retórica, em virtude da possibilidade da argumentação por meio da razão prática, foi sem dúvida uma revolução capaz de questionar diversos postulados, em especial a impossibilidade de uma argumentação racional acerca de juízos morais.

Dentre as possibilidades de controle da decisão judicial por meio da retórica o instrumental desenvolvido por ALEXY (a máxima da proporcionalidade) é o que possui maior destaque. Apesar de sofrer críticas severas trata-se da ferramenta mais citada pela doutrina como capaz de controlar a aplicação do direito nas situações de colisão entre princípios jurídicos que encerram valores antagônicos.

Todavia, antes do estudo do funcionamento da máxima da proporcionalidade fez-se necessária a menção a um antecedente importante na teoria desenvolvida por ALEXY, que vem a ser a tese do caso especial e a pretensão de correção.

A noção de pretensão de correção pode ser derivada da tese do caso especial da argumentação jurídica com relação à argumentação da razão prática em geral defendida por ALEXY e que pode ser assim indicada:

*“Acima afirmamos a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Isso aconteceu com base em: (1) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não deve ser feito ou deixado de fazer e (2) essas questões são discutidas com a exigência de correção. É questão de ‘caso especial’ porque as discussões jurídicas acontecem sob limites do tipo descrito.”<sup>8</sup>*

Assim, ALEXY parte da argumentação e do discurso moral, dada à possibilidade de uma argumentação racional nesse campo, para construir a sua teoria da argumentação jurídica. Todavia, a argumentação jurídica é diversa da moral, em

---

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 212.

realidade é um caso especial dessa, na medida em que tem uma característica diferenciadora, que é a concepção particular de correção. A pretensão de correção é própria do campo jurídico porque visa à identificação de argumentos inadequados e adequados ao arcabouço legal vigente, não se buscando uma correção em termos absolutos, próxima à verdade ou certeza. ALEXY não pretende com isso afirmar que a pretensão de correção significa a identificação de uma resposta absolutamente correta, mas sim a identificação de uma resposta adequada ao ordenamento jurídico. Afinal, a certeza absoluta não pode se tida como um pré-requisito da racionalidade. Nesse sentido afirma ALEXY:

*“Qualquer pessoa que equipare racionalidade com certeza terá que renunciar à idéia de uma teoria de argumentação jurídica racional. Não existe, é claro, nenhuma razão para insistir nessa identificação. Mesmo nas ciências naturais, que muitas vezes são sustentadas em contraste com a jurisprudência como um paradigma da ciência autêntica, não pode haver questão de chegar à certeza conclusiva. O fato de a certeza se inatingível não pode, portanto, em e por si mesmo ser visto como uma razão suficiente para negar o caráter científico da jurisprudência ou sua natureza como uma atividade racional.”<sup>9</sup>*

Assim, partindo-se da afirmação de que a argumentação jurídica é capaz de determinar quais respostas são adequadas ao ordenamento jurídico pode-se avançar para as discussões subseqüentes. A crítica formulada a tese do caso especial por HABERMAS será discutida posteriormente, dada a sua abrangência.

A teoria dos direitos fundamentais, pelo menos na linha defendida por ALEXY, tem como ponto fulcral a diferenciação entre regras e princípios. Essa diferenciação é feita a partir do momento de conflito entre normas jurídicas, não se tratando de classificação baseada na estrutura da norma ou no seu grau de abstração. Uma outra definição de princípio pode ser obtida na obra de DWORKIN, que apesar de conceituar de forma diversa os princípios os diferencia também com base em situações de conflito. Além dos conceitos de regra e princípio nessas teorias deve-se mencionar outros dois conceitos de princípio: o delineado por MACCORMICK e defendido por

---

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. Ob. cit, p. 272.

PERLINGIERI, que não trabalham com esse referencial da situação de conflito, mas sim com a estrutura da norma em questão.

A definição de princípio exposta por ALEXY é que se tratam de mandatos de otimização, que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes<sup>10</sup>. A definição em questão é contraposta a de regras, que sempre devem ser satisfeitas. Trata-se da definição que é utilizada durante toda a teoria dos direitos fundamentais.

A definição de princípios jurídicos encontrada em DWORKIN é de que os princípios, ao contrário das regras, têm uma dimensão de peso relativo que os retira dos juízos de tudo ou nada típicos das regras<sup>11</sup>. A teoria do direito de DWORKIN não se utiliza do mecanismo da proporcionalidade de ALEXY para resolver o conflito entre princípios, fazendo uso, em última instância, dos valores políticos comuns de uma determinada comunidade, que são reconstruídos racionalmente pelo juiz Hércules, para definir qual princípio tem o maior peso relativo num determinado caso concreto.

Já MACCORMICK, na exposição de sua teoria institucional do direito, define os princípios como os elementos que racionalizam as regras e instituições específicas de forma a que se obtenha um conjunto consistente e coerente de objetivos desejados pelo direito. Nesse caso os princípios seriam: “o ponto de encontro entre as regras e os valores”<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Nesse sentido afirma o autor: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, pro consequente, mandatos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90)

<sup>11</sup> Nesse sentido afirma o autor; “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42)

<sup>12</sup> Afirma o autor: “Certainly, there is a relationship between legal principles and legal rules or institutions; principles express the underlying purposes of detailed rules and specific institutions, in the sense that they are seen as rationalizing them in term of consistent coherent and desirable goals. Thus principles are the meeting point of rules and values.” (MACCORMICK, Neil e WEINBERGER, Ota. **An Institutional Theory of Law: new approaches to legal positivism**. Dordrecht e Hingham: Kluwer Academic Publishers, 1986, p. 73).

Por fim, na tradição do direito civil-constitucional pode-se ter como referência a noção de princípio trazida por PERLINGIERI que o define na acepção de um valor de fundo que caracteriza o ordenamento<sup>13</sup>. Os princípios, sobretudo os constitucionais, representam os valores fundamentais de um ordenamento necessariamente sistemático e unitário, sendo a sistematicidade obtida pela primazia dos princípios sobre as regras. A visão adotada foge da conceitualização pela situação de conflito e da noção de racionalidade inserta no conceito de MACCORMICK.

Verifica-se que a definição de princípio não é unânime na doutrina especializada e que, além da concepção dominante no direito constitucional, pode-se optar por uma definição que não trabalha com a identificação a partir da situação de conflito/colidência. Contudo, dada a importância do mecanismo da proporcionalidade desenvolvido por ALEXY parece ser relevante discutir a sua aplicabilidade ao presente objeto de estudo, mesmo sem uma adesão incondicional a sua noção de princípio.

A máxima proporcionalidade se subdivide em três: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação se refere à necessidade da verificação da adequação da restrição em um princípio para a proteção do princípio colidente. Trata-se de um critério negativo. Ainda, como defendido nos ajustes mais recentes, a máxima da adequação é uma forma de expressão da eficiência de Pareto<sup>14</sup>.

A máxima da necessidade afirma que entre dois meios adequados para a concretização de determinado princípio seja adotado aquele que restrinja em menor intensidade o princípio colidente. Novamente a idéia de otimização<sup>15</sup> leva a adoção de

---

<sup>13</sup> De acordo com: PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 174/175.

<sup>14</sup> Uma situação é tida como Pareto eficiente quando não se pode alterá-la para melhorar a condição de alguém sem que outrem tenha sua situação piorada, ou seja, não é possível mais melhorar a condição de todos.

<sup>15</sup> A idéia de maximização dos princípios é criticada por HABERMAS, uma vez que valores não podem ser maximizados, sob pena de serem tratados como meros objetivos (finalidades). Nesse sentido afirma o autor: “A distinção entre esses tipos de regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não tem estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela ‘ponderação dos bens’ nas demais doutrinas metodológicas – , porque isso suprimiria o seu sentido de validade teleológica.” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1, P. 258). Na tradução inglesa: “Both rules and principles are norms that claim to be deontologically valid; that is, they have an obligatory character. The distinction between these types of norms must not to be confused with that between norms and policies. Neither rules nor principles have teleological structure. Contrary to what legal methodologies tend to suggest when they refer to ‘weighing values’ (*Güterabwägung*), principles must not be understood as optimizing prescriptions, because that would eradicate

um critério próximo à eficiência de Pareto, uma vez que para a obtenção de benefícios similares opta-se pela medida que gera menores custos.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito afirma que quanto maior a restrição em um dos princípios colidentes, maior deve ser o benefício produzido em relação ao outro princípio. Portanto, restrições expressivas em um dos princípios que gerem contribuições mínimas em outro não são proporcionais.

O mecanismo pode ser explicado a partir de conceitos matemáticos, como tem feito ALEXYY, a fim de se defender das críticas acerca da possibilidade de aplicação racional do mecanismo, que em algumas situações pode se tornar extremamente complexo<sup>16</sup>. A máxima da proporcionalidade exige que, por exemplo, seja indicada se a restrição decorrente da medida analisada é leve, média ou séria, havendo uma escala numérica a ser introduzida na fórmula final.

Ora, se a crítica de HABERMAS de que não existem parâmetros racionais para tal operação, for aceita pode-se afirmar que o mecanismo é incapaz de ser aplicado racionalmente e, portanto, tem como consequência o decisionismo judicial<sup>17</sup>. A crítica do autor é ampla, mas no ponto específico que interessa a esse estudo, enuncia que a posição defendida por ALEXYY, de que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação moral, assume que o discurso jurídico tem uma posição subordinada ao discurso moral, podendo ser tido como moralmente neutro. Mas, como o discurso moral não tem a capacidade de selecionar respostas corretas, a racionalidade da decisão

---

their deontological character.” HABERMAS, Jurgen. **Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Trad. Willian Rehg. Cambridge: MIT Press, 1988, p.208.

<sup>16</sup> Para a formulação matemática ver: ALEXYY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 599-611.

<sup>17</sup> Nesse sentido afirma o autor; “Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores tem que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.” (HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1, p. 321). SCHUARTZ faz uma análise da questão, afirmando que a crítica de HABERMAS é parcialmente im procedente, uma vez que não se pode afirmar que o sopesamento preconizado por ALEXYY pode ser equiparado ao decisionismo arbitrário, mas faltam critérios de seleção no sistema jurídico capazes de produzir racionalmente uma solução ótima que deva ser seguida. De acordo com: SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, Contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 179-228.

jurídica seria verificada em relação às normas existentes. Desse modo, na medida em que a racionalidade do ordenamento não está disponível para o aplicador – ela tem que ser reconstruída - a proporcionalidade não será capaz de identificar racionalmente respostas corretas. Portanto, a máxima da proporcionalidade por si não é capaz de produzir respostas racionais. A única solução seria proceder a uma reconstrução racional do ordenamento jurídico.<sup>18</sup>

A crítica de HABERMAS quanto à tese do caso especial foi respondida por ALEXY afirmando-se que ele se funda em divergência de significado. A tese do caso especial se refere ao discurso da razão prática, que não é equivalente ao discurso moral como afirma HABERMAS, já que o discurso da razão prática na concepção defendida por ALEXY se identifica com um discurso em que as razões morais, éticas e pragmáticas estão conectadas, explicitando-se a unidade da razão prática. Na medida em que se aceita esse argumento verifica-se que o discurso jurídico ao aplicar os argumentos da razão prática e os jurídicos conjuntamente não estaria restrito a determinada parcela de argumentos morais. Quanto à acusação da dependência da racionalidade do discurso jurídico com a racionalidade da legislação tem-se que uma decisão que aplica uma lei válida e injusta, não havendo espaço para interpretação contrária, é legalmente válida, mas moralmente criticável, não apenas do ponto de vista externo, mas igualmente do ponto de vista interno, relativizando-se a correção da decisão. Todavia, isso não seria capaz de afastar a tese do caso especial. Por fim, afirma ALEXY que a integração do discurso da razão prática e do discurso jurídico deve ser feita de forma procedimental e é precisamente o que a tese do caso especial faz<sup>19</sup>.

Nesse ponto deve-se mencionar que PERLINGIERI ao entender não ser possível encontrar um ordenamento assistemático, aponta para a necessidade/possibilidade da sua reconstrução racional, desde que a partir dos requisitos da coerência e unicidade,

---

<sup>18</sup> Essa reconstrução racional do direito poderia ser feita pelo Hercules de Dworkin, que além das suas características sobre-humanas se apóia nas convicções política comuns da comunidade, ou pela própria teoria habermasiana, que entende que o discurso jurídico desde o início se refere a lei democraticamente produzida, sendo que a sua institucionalização não é resultado de construções dogmáticas, mas do próprio princípio democrático, que é aplicável a interações relacionadas a portadores de direitos. Já o princípio da moralidade tem aplicação em interações pessoais ou informais. Ainda, as formas institucionais de comunicação jurídica, incluindo as leis, estão embutidas no sistema de direitos, de forma a compensar a impossibilidade do cumprimento de todos os requisitos do discurso racional. De acordo com (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1, p 285/295)

<sup>19</sup> De acordo com: ALEXY a crítica de HABERMAS ver: ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. **Ratio Juris**, vol. 12, n. 4, dezembro 1999, p. 374-384

mas sem a necessidade de se recorrer a ideologias externas<sup>20</sup>. Nesse contexto, a ordenação dos valores previstos nos diversos princípios do ordenamento pode ser feita de forma racional, uma vez que a prevalência da dignidade da pessoa humana e dos valores existências é uma máxima fundamental da qual parte o interprete responsável. Nessa perspectiva a situação problemática seria restrita aos conflitos entre princípios exclusivamente patrimoniais e entre princípios exclusivamente existenciais. Mas, mesmo nesses casos, entende o autor ser possível encontrar a solução dentro dos valores do ordenamento, sem ferir a coerência lingüística e lógica.

A solução dada por DWORKIN se concentra na noção de direito como integridade. Inicialmente pode-se afirmar que a integridade em termos políticos será satisfeita sempre que o Estado agir segundo um conjunto coerente e único de princípios. O conceito de integridade no direito é enunciado por DWORKIN nos seguintes termos:

”Segundo o direito como integridade as proposições jurídicas são verdadeiras se contam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”<sup>21</sup>

A integridade, portanto, está claramente ligada a possibilidade de uma reconstrução racional da moral política da comunidade a partir dos princípios constitucionais presentes no ordenamento. Em cada decisão judicial a aplicação de um princípio deve ser feita a partir de um exame de adequação com a interpretação construtiva já feita até aquele momento, agindo o juiz como se estivesse escrevendo mais um capítulo de um romance já iniciado, sendo que nos casos em que a reconstrução racional chegue a algum impasse o intérprete utilizará a moral política da comunidade para solucionar a questão. A identificação da tarefa enfrentada pelos juízes é enunciada por DWORKIN:

<sup>20</sup> Nesse sentido afirma o autor: “Um ordenamento assistemático, isto é, feito de normas que não exprimem relações internas, não se verificou até hoje na história. A hipótese não é somente acadêmica, mas é inaceitável porque logicamente contraditória.” (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 627.)

<sup>21</sup> De acordo com: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.272.

“Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.”<sup>22</sup>

Para tal tarefa o autor sugere a figura do Hercules, dotado de atributos sobre-humanos, capaz de pensar subjetivamente e com uma capacidade cognoscitiva perfeita, que ao refletir sobre cada caso concreto é capaz de reconstruir todo o ordenamento segundo as exigências da integridade.

Apesar de sofrer críticas em especial pela figura solitária de Hercules<sup>23</sup>, que é insuscetível de um diálogo comunicativo, deve-se observar que a necessidade de se respeitar requisitos de coerência e universalidade pode fazer o mesmo papel que a máxima da proporcionalidade desempenha em termos de controle da correção da decisão judicial.

Na visão de PERLINGIERI a interpretação se sujeita a dois parâmetros, capazes de garantir a correção da interpretação produzida: o parâmetro sistemático e o parâmetro axiológico. Como não existem teorias parciais da interpretação o parâmetro sistemático se refere à necessidade de se interpretar o ordenamento como um todo sempre, nunca de forma compartimentalizada; o parâmetro axiológico exige que a atividade argumentativa não seja apenas logicamente perfeita, mas adequada aos valores de fundo do ordenamento, já que ele é uno<sup>24</sup>.

Assim, pode-se concluir parcialmente que a formulação de uma teoria da argumentação capaz de permitir um controle das decisões judiciais é viável. A discussão se restringe mais a sua conformação do que a sua possibilidade. No caso de questões

<sup>22</sup> De acordo com: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.305.

<sup>23</sup> Dentro os críticos pode-se mencionar MICHELMAN que afirma: “O que está faltando é diálogo. Hércules, o juiz mítico de Dworkin, é um solitário. Ele é demasiadamente heróico. Suas construções narrativas são monólogos. Ele não conversa com ninguém, exceto através de livros. Ele não tem embates. Ele não encontra nenhuma alteridade. Nada o sacode. Nenhum interlocutor viola o inevitável isolamento da sua experiência e visão” Tradução livre do original: “What is lacking is dialogue. Hercules, Dworkin’s mythic judge, is a loner. He is much too heroic. His narrative constructions are monologues. He converses with no one, except through books. He has no encounters. He meets no otherness. Nothing shakes him up. No interlocutor violates the inevitable insularity of his experience and outlook.” (MICHELMAN, Frank I. *The Supreme Court, 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government*. In: **Harvard Law Review**, v. 100, 1986, n. 1, p. 70.)

<sup>24</sup> De acordo com: PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 594-597.

que envolvem princípios conflitantes as discussões acerca do conceito de princípio, da possibilidade de questionamento moral das decisões e da precisão da identificação da resposta correta podem levar a posições opostas, mas em nenhuma delas se verifica algum obstáculo intransponível a aplicação direta dos princípios constitucionais.

Voltando a máxima da proporcionalidade, para que se afaste a acusação de decisionismo é necessário investigar a sua aplicação em situações diversas do conflito de dois princípios prontamente identificados. Então, agora deve-se tratar da hipótese que se funda em um conflito entre princípios e regras. A solução adotada pela doutrina dos direitos fundamentais é a de que deveria haver uma colisão não entre a regra e o princípio, mas sim entre o princípio que fundamenta a regra e o outro princípio<sup>25</sup>.

Essa opção não é isenta de problemas, uma vez que a identificação desse princípio por si só é problemática e sujeita a grande subjetividade. As regras normalmente são resultados de sopesamentos feitos pelo próprio legislador entre dois ou mais princípios aplicáveis ao caso em questão. Verifica-se que mesmo sendo possível a solução desse problema ela implica em uma perda de precisão da máxima da proporcionalidade, já que a adaptação feita torna nebulosa a própria escolha das variáveis que vão entrar na fórmula do balanceamento. Mas, seria possível permitir que a proporcionalidade fosse feita com mais de um princípio, como o próprio ALEXY prevê, ao construir uma fórmula de balanceamento estendida com essa finalidade. Todavia, ainda assim seria necessário identificar no máximo dois grupos de princípios em conflitos e inserir o peso abstrato de cada princípio<sup>26</sup>. A complexidade do mecanismo aumenta a sensação de imprecisão e irracionalidade identificadas por HABERMAS. O problema seguinte é de solução ainda mais complexa. E no caso da aplicação direta dos princípios, seria possível adotar a máxima da proporcionalidade, já que não há uma situação de colisão propriamente dita? A opinião da doutrina especializada é negativa, como se depreende de SILVA:

<sup>25</sup> Nesse sentido afirma SILVA: “Essa resposta é a seguinte: quando um princípio entra em colisão com uma regra deve haver um sopesamento. Mas esse sopesamento não ocorre entre o princípio e a regra, já que as regras não são sopesáveis. Ele deve ocorrer entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia.” (SILVA, Vírgilio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52.).

<sup>26</sup> Nesse sentido consultar: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 604.

*“Mas, nos casos em que se deve aplicar princípios diretamente ao caso concreto, falta essa variável de referência. Se não há medida adotada, não há possibilidade alguma de se adotar a regra da proporcionalidade.”<sup>27</sup>*

Assim, a aplicação direta do princípio, sem a mediação das regras, não estaria sujeita à proporcionalidade, uma vez que não há medida a ser analisada e tampouco há um princípio em colisão com o que estaria sendo aplicado. Essa constatação deixa dois problemas graves: i) é possível controlar as decisões judiciais que aplicam diretamente os princípios nessas condições? Deveria a aplicação direta dos princípios, sem a mediação das regras, ser afastada? A resposta ao primeiro questionamento é positiva e ao segundo negativa, uma vez que a pretensão de correção do discurso jurídico se funda no caráter argumentativo do direito. Ora, a teoria da argumentação não se resume a máxima da proporcionalidade, mas tem nos requisitos da coerência, consistência e universalidade, pontos capazes de controlar as decisões judiciais, além dos constrangimentos institucionais inerentes a função judicial. Essa posição, com conotações e estruturas próprias, pode ser observada em diversos autores tais como DWORKIN, MACCORMICK, HABERMAS E PERLINGIERI. Todavia, ressalvando-se o último, os demais apontam que para casos mais complexos pode ser necessário recorrer a fatores exteriores ao ordenamento jurídico. Portanto, a aplicação dos princípios sem a mediação das regras seria afastada somente no caso em que a máxima da proporcionalidade fosse o único instrumental capaz de controlar as decisões judiciais.

Essa ponderação não afeta os casos em que o princípio é um fator interpretativo, pois nessa hipótese, há sim uma medida implementada, que é a própria regra que está sendo interpretada. A eventual insuficiência do discurso jurídico seria restrita a situação em que o princípio é aplicado diretamente de forma a regular uma situação concreta, que é o objeto de estudo. Mas, mesmo assim, a insuficiência apontada não é absoluta, conforme será demonstrado.

Ainda, deve-se analisar a diversidade de enunciados normativos que podem ser enquadrados como princípios. Uma situação especial é a dos princípios que implicam em uma prestação estatal, já que eles trazem a necessidade de se investigar as

---

<sup>27</sup> SILVA, Vírgilio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179.

condicionantes institucionais necessárias – como a construção de escolas, hospitais, contratação de servidores públicos e outras – para a sua concretização. Apesar da possibilidade da aplicação direta, a afirmação de que o Judiciário é capaz de alterar de forma radical essa estrutura envolve complexidades adicionais que fogem ao objeto de estudo. Todavia, a imposição de prestações estatais referente a políticas públicas como saúde e educação poderá ser feita, ao menos, de forma restrita ao caso concreto e em situações emergenciais ou de clara afronta ao fim constitucional.

## II. O ESTADO DE DIREITO E A APLICAÇÃO DIRETA DOS PRINCÍPIOS

Mesmo concluindo-se que a aplicação direta dos princípios não é afastada pelo risco de decisionismo, tem-se que enfrentar o argumento de que pode haver uma afronta ao princípio do Estado de Direito, pois o cidadão não mais saberia de antemão quais regras jurídicas que devem ser obedecidas. Uma análise dessa questão é feita por MACCORMICK<sup>28</sup>, que inicia defendendo a ausência de uma incompatibilidade entre Estado de Direito e alguma incerteza jurídica. O meio adotado pelo autor para que se compatibilize o Estado de Direito com a ausência de certeza plena é a aceitação do caráter argumentativo do direito. A argumentação poderá cumprir essa função em ao menos três estratégias. A primeira seria a retórica, que se destina a limitar o processo de argumentação a partir da conclusão já analisada que o direito é um caso especial da razão prática. As regras adotadas terão o papel de eliminar os argumentos equivocados. A segunda, denominada procedimental por MACCORMICK, está ligada a possibilidade de se determinar racionalmente argumentos adequados, dotados necessariamente de universalidade e coerência, tendo-se duas teorias expressivas: o mecanismo da proporcionalidade de ALEXY e a argumentação em uma situação de ação comunicativa, como delineado por HABERMAS. A última estratégia seria a própria lei, que apesar de ganhar alguma indeterminabilidade no processo hermenêutico, estabelece limites para a atuação do Estado. Como o próprio Estado de Direito se caracteriza pela possibilidade de questionamento e, assim argumentação, sobre a fundamentação legal das atuações estatais e privadas pode-se afirmar que o direito produz uma certeza

<sup>28</sup> O raciocínio aqui desenvolvido se baseia em: MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Campus, 2008, p.17-42.

provisória e excepcionável, que é inerente a lógica do próprio Estado de Direito. A concepção de legalidade como uma certeza absoluta sobre a aplicação das normas jurídicas deve ser deixada de lado, para ser substituída pela concepção de uma incerteza aceitável.

Portanto, deve-se evitar o tratamento da interpretação como algo destrutivo ou negativo, o interpretativismo é um componente necessário do direito. Todavia, isso não significa o abandono da importância da previsibilidade do direito, mas sim a adoção de uma visão realista sobre o assunto. A certeza e a previsibilidade devem ser buscadas, desde que não signifiquem uma descaracterização da atividade argumentativa necessária à interpretação da norma.

Quanto à questão da objetividade do direito, apesar de se tratar de questão complexa e lateral ao tema, pode-se mencionar que existem diversos sentidos para o enunciado da objetividade do direito<sup>29</sup>. A questão se restringe alguns poucos casos mais complexos em que MACCORMICK indica a possibilidade de resolver a questão com o uso de elementos externos ao ordenamento visto como um todo. Porém, mesmo assim, verifica-se que o direito tem um grau de objetividade razoável, tendo-se em vista a sua característica argumentativa.

A partir dessas considerações pode-se afastar a alegação de que a aplicação direta dos princípios, em especial em situações que impliquem a regulamentação de condutas com eficácia *erga omnes* pelo Judiciário, é obstada pelo princípio da legalidade ou do Estado de Direito. O que tem que ser buscado é um grau de incerteza aceitável para que o direito cumpra suas funções punitivas e promocionais na sociedade.

Essa constatação permite que se avance no problema de modo a demonstrar que em diversas situações essa aplicação direta é razoável e não um sinônimo de decisionismo judicial.

---

<sup>29</sup> Por exemplo, GREENAWALT afirma que se pode falar em dois em sentidos para a objetividade do direito. Em um sentido fraco a justificação jurídica teria que ter alguma validade intersubjetiva. Já num sentido forte haveria alguma forma correta, ou melhor de justificação jurídica capaz de produzir uma resposta distinta para os problemas jurídicos. Nesse sentido afirma o autor: "A judge's reliance on a form of reasoning is itself not enough to establish that the reasoning is objective. The reasons offered must be something other than an expression of the particular judge's feelings and attitudes. For one weak sense of objectivity, the reasons in law must have some interpersonal validity. Another weak sense might be that reasoning in law is rooted in something outside itself. For a much stronger sense, there might be a best or correct form of reasoning that would yield distinctive right answers to legal problems." (GREENAWALT, Kent. **Law and Objectivity**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 197)

### III. AS CODICIONANTES NA APLICAÇÃO DIRETA DOS PRINCÍPIOS

A análise anterior implica a possibilidade da aplicação direta dos princípios, todavia tanto a doutrina quanto a jurisprudência enfrentam alguns desafios para operacionalizar essa aplicação. A presente seção visa enunciar alguns condicionantes importantes a partir da experiência recente do Supremo Tribunal Federal (STF).

A aplicação direta de um princípio que implique a regulamentação dos procedimentos necessários a sua operacionalização quando feita pelo STF pode implicar em uma legislação temporária ou excepcional do assunto. Isso traz desafios relevantes. O primeiro é a validade do silêncio legislativo. A não edição de uma legislação é uma opção política válida do Poder Legislativo. No campo político tem-se a possibilidade de deixar de regulamentar um assunto, pela falta de consenso ou pela opção de não impor normas sobre determinada atividade. Deve-se lembrar que o debate legislativo é o local adequado para as discussões não apenas de justiça, mas igualmente utilitárias, consequencialistas ou pragmáticas. Uma argumentação exclusivamente jurídica, mesmo que compartilhada pela totalidade dos participantes do debate político, não encerra a questão política, afinal inexiste uma pretensão de correção no debate legislativo, já que os argumentos pragmáticos e de conveniência fogem do raciocínio dedutivo a partir de normas, o que permite o controle da decisão judicial. Não há que se falar, por exemplo, em controle amplo das razões válidas no espaço político.

Essa situação, entretanto, não é válida nos dispositivos constitucionais em que há indicação de regulamentação necessária. Nessas hipóteses o Poder Legislativo, que também se submete aos ditames constitucionais, está obrigado a produzir a legislação demandada pela Constituição. A ausência de regulamentação de um direito fundamental pode dificultar a sua aplicação e assim atentar contra a própria Constituição. Nesse caso o Poder Legislativo está claramente obrigado a regular o assunto em um prazo razoável. A definição desse prazo razoável é problemática, mas casos extremos são mais facilmente identificáveis. A não regulamentação de uma questão exigida pela redação originária da CF, ou seja, passados mais de 20 anos, não pode ser tida como razoável.

Todavia, mesmo que se aponte uma situação de regulamentação obrigatória de um princípio constitucional ainda resta o problema do conteúdo da lei que vai

regulamentar esse princípio. O conteúdo da lei é de competência do Poder Legislativo, estando sujeito a juízos diversos dos contidos no discurso jurídico. Na maioria das situações isso pode ser um óbice grave. Todavia, em algumas situações o campo de atuação do Legislativo é mais reduzido, tendo em vista a existência de uma diversidade de comandos constitucionais de observância obrigatória já incidentes sobre a questão. Nesse ponto a regulamentação da aplicação de um princípio pela via judicial torna-se menos complexa. Nesse sentido se pronunciou MENDES em voto proferido no MI 712 (que versou sobre a regulamentação do direito de greve do servidor público):

*“No caso do direito de greve dos servidores públicos, afigura-se inegável o conflito inexistente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9º caput c/c art. 37, VII) de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, 9º, 1§1º) de outro. Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na constituição.”<sup>30</sup>*

No trecho do voto acima verifica-se que apesar de se reconhecer um espaço de discricionariedade forte para o Poder Legislativo na edição de uma lei, como o assunto é alvo de diversos princípios constitucionais, esse espaço não é tão amplo a ponto de permitir qualquer regulamentação desejável em virtude argumentos exclusivamente pragmáticos ou de conveniência política, havendo uma conformação forte do conteúdo legislativo por meio da argumentação jurídica. Esse fator permite que a aplicação direta dos princípios seja mais controlável, já que ao se controlar o espaço de argumentação jurídica se controla uma parte significativa da decisão acerca do conteúdo da lei.

Assim, além da necessidade de regulamentação tem-se a questão da existência de espaço amplos ou mais restritos para a opção a ser exercida pelo Legislativo no

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Injunção n. 712-8/PA. Requerente Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará e requerido Congresso Nacional. Relator Min. Eros Grau . 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 de abril de 2009, p. 436.

exercício da sua função legislativa. Em alguns casos tem uma lei quase que obrigatória tamanha a conformação constitucional prévia existente.

A especificidade do caso e a impossibilidade do Judiciário regulamentar todos os princípios constitucionais ainda pendentes de atuação legislativa foi alertada por MENDES no mesmo caso:

*“Ressalto que estamos a fazer esta proposta – tanto da parte do voto do Ministro Eros Grau quanto do meu – a partir da singularidade do caso da greve, tão somente em relação ao caso da greve. Claro que temos aí outras discussões envolvendo políticas públicas que não tem as mesmas singularidades e que podem sugerir até políticas alternativas. Assim como se diz ‘a casa do Pai tem muitas moradas’, também o caminho para lá pode ser diverso. Mas aqui, a rigor, não há muito espaço para o legislador. Estamos diante daquele modelo ,em que, de fato, ele está obrigado a legislar.”<sup>31</sup>*

Portanto, o raciocínio anterior não é idôneo para permitir que o Poder Judiciário passe a regulamentar todos os princípios constitucionais de forma ampla, impondo a lógica da argumentação jurídica a espaços que não estão presos a ela. A aplicação direta de princípios que dependem de prestações estatais fora do caso concreto e das situações de emergência claramente equivaleria a formulação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, o que deve ser evitado.

A preocupação de que o discurso jurídico seja incapaz de responder as questões pragmáticas, de conveniência, típicas do debate político foi externada por GRACIE no mesmo caso:

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Injunção n. 712-8/PA. Requerente Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará e requerido Congresso Nacional. Relator Min. Eros Grau . 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 de abril de 2009, p. 464.

*“Só tenho receio, ministro Sepúlveda Pertence, que nessa omissão legislativa estejam presentes inúmeras matérias árduas, polêmicas, impopulares, e o Tribunal seja chamado, então, a legislar sobre todas elas.”<sup>32</sup>*

Outro ponto relevante é a impossibilidade de se fazer uma ponderação no caso estudado. Como demonstrado sem medida estatal e um princípio colidente não há como se aplicar a máxima da proporcionalidade. Todavia, seria proporcional a situação decorrente da ausência de regulamentação de um princípio constitucional? Esse ponto foi abordado por PERTENCE no mesmo caso:

*“Sou muito respeitoso à prerrogativa, ao poder, que é do Congresso, de não legislar (...) Agora, o que me impressionou no voto do ministro Gilmar Mendes foi realmente a demonstração de que a opção aqui não é de continuar legislando ou não, porque há uma realidade social, a qual enfatizei muito no MI 20 – o direito de greve não se formou a partir da lei, ele surgiu a partir da ilegalidade –, mas com que estamos convivendo nessas duas décadas, com que o Ministro Gilmar Mendes chamou de “lei da selva”<sup>33</sup>*

Assim, a decisão traz uma perspectiva diversa da doutrina especializada. O STF entendeu que seria possível operacionalizar a máxima da proporcionalidade substituindo a medida estatal pela realidade social decorrente da ausência de regulamentação e aplicação do princípio constitucional. Mesmo que se possa questionar se a forma de apreensão dessa realidade pelo STF é adequada tem-se um raciocínio que avança na identificação de um fator adicional de controle da decisão judicial nesse contexto.

A possibilidade de o Legislativo tratar do tema e suplantando a regulamentação preferida pelo STF não é capaz de afastar de forma completa a alegação de que se estaria legislando, como bem demonstrou PERTENCE no mesmo caso:

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Injunção n. 712-8/PA. Requerente Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará e requerido Congresso Nacional. Relator Min. Eros Grau . 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 de abril de 2009, p. 459.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Injunção n. 712-8/PA. Requerente Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará e requerido Congresso Nacional. Relator Min. Eros Grau . 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 de abril de 2009, p. 458.

*“Quando numa das reformas constitucionais, salvo engano a do Judiciário, propunha-se a fórmula do que se chamou ‘a solução constitutiva concreta’, edição da norma para o caso concreto, até que o legislador editasse a lei. E um deputado disse: ‘Já estamos sufocados pelas medidas provisórias do Executivo, agora teremos as medidas provisórias do Judiciário.’”<sup>34</sup>*

A questão da repartição dos poderes não é objeto do presente estudo, mas pode-se afirmar com razoável segurança que a presença de uma situação extrema, em que os condicionantes acima descritos estão presentes, autoriza a atuação legislativa do Poder Judiciário sem que se possa opor uma divisão de poderes estanque como empecilho. A questão será retomada logo adiante na análise da lei da conexão de ALEXY.

Outra questão diz respeito à necessidade de escolha ampla de meios para a aplicação de um princípio. Como cada vez é maior a disponibilidade de meios similares possíveis e válidos para atingir a finalidade constitucional, mais complexa a regulamentação da situação pelo Judiciário. Já que se a Constituição não indica o meio a ser utilizado, mas apenas a finalidade a ser perseguida é razoável pressupor que a escolha dentre os meios realmente eficazes para alcançar a finalidade constitucional é de competência do Poder Legislativo. É evidente, entretanto, que meios inadequados devem ser afastados pelo Judiciário, já que não estão dentro do âmbito de liberdade do legislador.

Esse pensamento se coaduna com o exposto por ALEXY ao discorrer sobre a discricionariedade que goza o legislador numa ordem constitucional delineada por normas e princípios. O autor mencionado divide a discricionariedade em estrutural e epistêmica. A estrutural é a prevista pela própria Constituição, que permite que o legislador faça diversas escolhas. A discricionariedade estrutural seria dividida em: discricionariedade para definir objetivos, discricionariedade para definir meios e a discricionariedade para sopesar. A discricionariedade para definir objetivos se refere às hipóteses em que a Constituição autoriza o legislador a atuar quando for de sua

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Injunção n. 712-8/PA. Requerente Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará e requerido Congresso Nacional. Relator Min. Eros Grau . 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 de abril de 2009, p. 465.

conveniência ou apenas permite, mas não obriga a atuação do legislador em determinada hipótese<sup>35</sup>. A discricionariedade para escolher meios se refere à possibilidade de o legislador escolher os meios que julgar mais convenientes, dentre os adequados, para atingir determinada finalidade constitucional. Trata-se de situação comuns nos direitos que exigem prestações do Estado<sup>36</sup>. A discricionariedade para sopesar surge nas hipóteses em que a máxima da proporcionalidade chega num impasse. Já a discricionariedade epistêmica decorre da impossibilidade em algumas situações de se determinar aquilo que é facultado, proibido ou obrigatório em razão dos direitos fundamentais. Uma vertente é a do tipo empírico, assim cabe ao legislador determinar se o consumo de álcool ou de cigarro podem ser enquadrados como drogas, dado o direito fundamental a saúde. Uma segunda possibilidade é a discricionariedade epistêmica normativa relacionada à incerteza da valoração/quantificação dos direitos fundamentais, havendo um espaço para que o legislador faça suas próprias valorações (por exemplo até que ponto a exploração de espaços de publicidades como outdoors pode ser valorada como poluição visual e uma ofensa grave ao meio ambiente). No caso da discricionariedade epistêmica ALEXY tenta solucioná-la apontando para um conflito entre o princípio formal/procedimental de competência do legislador e princípio material/substancial do direito fundamental. A precedência absoluta de qualquer um dos dois é tida como inviável, tanto pela ofensa a separação dos poderes e ao princípio democrático de um lado, quanto pela autorização para o enfraquecimento sistemático dos direitos fundamentais por outro. E conclui pela denominada segunda lei do sopesamento (a primeira lei é a máxima da proporcionalidade) que afirma que o Legislativo só pode intervir em um direito fundamental quando houver grande certeza acerca da validade empírica das razões nas quais se baseia. Por fim, ALEXY enuncia a lei da conexão, que afirma que um princípio formal de competência não pode prevalecer sobre um princípio material de direito fundamental, salvo se estiver em conexão com

---

<sup>35</sup> Poderia-se citar como exemplo a norma constitucional do art. 273 caput a CF/88 que apenas permite, mas não obriga, a exploração direta da atividade econômica nos casos de relevante interesse coletivo ou segurança nacional, *verbis*: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

<sup>36</sup> Poderia-se citar como exemplo o princípio da ordem econômica da redução das desigualdades regionais, que apenas indica a finalidade, cabendo ao Legislador definir os meios necessários para tanto, *verbis*: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...).VII - redução das desigualdades regionais e sociais;”

outro direito fundamental. Assim, apesar de restar alguma discricionariedade ela seria limitada e controlável<sup>37</sup>.

Esse instrumental permite que se retome o caso julgado pelo STF abordado anteriormente. A lei da conexão impede que a separação de poderes feita de forma estanque seja um obstáculo intransponível a aplicação direta dos princípios constitucionais. Pois, enquanto, a competência legislativa é um princípio formal o direito de greve dos servidores públicos está conectado a um direito fundamental material. Então, a lei da conexão permite o afastamento do princípio formal de competência, desde que haja um grau considerável de certeza empírica sobre as razões que fundamentaram a regulamentação feita pelo STF (segunda lei do sopesamento). Ora, no caso visto como o espaço para análises pragmáticas era reduzido e a identificação da realidade social decorrente da não regulamentação não pareceu questionável ou por demais complexa tem-se a possibilidade da regulamentação, mesmo dentro da teoria dos direitos fundamentais.

Desse raciocínio, ainda, conclui-se que nos casos de discricionariedade estrutural, ou seja, outorgada pela Constituição ao Legislativo, a atuação do Judiciário deve ser restrita a invalidar os meios claramente inadequados aos fins constitucionais, as situações que não poderiam autorizar a medida constitucional implementada. Nesses casos a aplicação direta do princípio que implique na regulamentação da situação concreta é mais difícil, uma vez que invade âmbito sujeito expressamente a escolhas de conveniência. Já nas situações de discricionariedade epistêmica a atuação do Judiciário tende a ser mais ampla e simples, já que se trata de uma interpretação dos comandos constitucionais, algo que pode ser controlado facilmente em termos argumentativos.

Por fim, a existência de padrões ou conteúdos previamente postos para o princípio em questão é algo que auxilia a aplicação direta. Afinal, um princípio completamente novo na tradição jurídica de uma nação traria uma maior dificuldade para a aplicação direta. A definição de conteúdos para um comando normativo dotado de grande abstração e generalidade não pode ser feita sem algum conhecimento prévio da operacionalização do princípio, tal como decisões passadas, comentários doutrinários

---

<sup>37</sup> De acordo com: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 575-627.

ou análises de direito comprado. Já que o Judiciário enfrenta a dura tarefa de regulamentar um princípio sem avançar sobre questões exclusivamente dedicadas a juízos políticos, faz-se necessário um bom conhecimento do conteúdo/significado do princípio em questão. Nesse ponto afirma MACCORMICK ao discorrer sobre o a evolução dos princípios a partir do requisito da coerência:

“Esses vigorosos pronunciamentos por parte dos lordes Reid e Pearson são de interesse na medida em que passam da aceitação do princípio do próximo como um enunciado geral que pode ser aplicado ao reconhecimento de novas áreas de responsabilidade por negligência, se amparado por fortes razões de política e pela semelhança da analogia, para um que deveria ser aplicado, a menos que sejam comprovadas razões que se contraponham a ele. A presunção, o ônus da argumentação mudou. A razão para esta mudança é o constante acúmulo de experiência judicial da evolução e refinamento desse ramo do direito; e, portanto da sujeição do princípio a testes em casos diferentes, bem como do incessante fortalecimento decorrente da sua adoção – modificada conforme necessário – em situações novas.”<sup>38</sup>

Assim, a tarefa de aplicação direta de um princípio constitucional sem a mediação das regras, que gera um ônus argumentativo de grande monta para o Judiciário, seja na exposição da decisão, seja na atividade de controle dela, ficaria muito complicada sem o recurso da analogia a casos passados ou situações próximas. Ainda, como o Judiciário, em regra, estaria realizando juízos pragmáticos, a existência de algum conhecimento passado acerca das potencialidades dos meios disponíveis para atingir o fim constitucional é importante, caso contrário seria difícil até mesmo valorar a realidade social existente.

## CONCLUSÃO

O presente estudo procurou definir espaços nos quais os desafios decorrentes da aplicação direta dos princípios são superados com maior facilidade, tornando a questão

---

<sup>38</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.207

viável tanto metodologicamente quanto faticamente. Todavia, não se está a afirmar que fora desse espaço a aplicação direta dos princípios constitucionais sem a mediação de regras em situações que impliquem necessidade de regulamentar o princípio é inviável ou impossível, mas sim que essa aplicação traz uma problemática que parece ainda não solucionada na teoria do direito.

A questão central é que fora dessas condições a discricionariedade judicial se amplia bastante, levando a um maior risco de decisionismo, na medida em que o controle da decisão judicial é mais difícil. A interpretação inerente a solução de qualquer caso concreto é controlada em termos de raciocínio dedutivo com relação aos princípios aplicáveis ao caso concreto, seja na lei de sopesamento, seja na noção de integridade, seja na noção de coerência. Entretanto, quando a decisão se baseia em juízo avaliatórios, de consequência ou conveniência os mecanismos de controle judicial perdem boa parte da sua eficácia. Ora, como controlar por meio da proporcionalidade a melhor maneira de regulamentar o exercício do direito de greve ou o procedimento de perda de mandato por fidelidade partidária, haveria outra solução que atendesse igualmente ao direito fundamental em questão? Como comparar as possíveis formas de regulamentação em termos de adequação? Essas perguntas trazem um questionamento que a princípio encontra uma resposta parcial, ou seja, é possível algum controle, mas como menos eficácia que no caso da aplicação do princípio somente para afastar uma regra ou para decidir um caso concreto como vetor interpretativo. Esse déficit de controle é o grande risco que corre uma teoria que aposta tanto na capacidade do Poder Judiciário como o direito civil-constitucional. A aposta, todavia, tem sido responsável e controlada, mas isso não pode significar levá-la adiante em situações de regulamentação abstrata de políticas públicas ou definições de alocação e escolha ampla de recursos e organização administrativa dos Estados ou particulares. Caso contrário, a figura do interprete responsável, que está na base do direito civil-constitucional, perderia sua força e isso poderia colocar em risco o avanço dessa perspectiva.

Portanto, fora dos condicionantes apresentados a aplicação direta dos princípios que demandam regulamentação (não a sua utilização como vetor interpretativo ou para afastar regras), apesar de possível, encontra obstáculos teóricos e empíricos relevantes que ainda não parecem ser superados.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001

\_\_\_\_\_. The Special Case Thesis. Ratio Juris, vol. 12, n. 4, dezembro 1999, p. 374-384.

\_\_\_\_\_. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. Ratio Juris, vol. 16, n. 2, junho 2003, p. 131-140.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.086-3/DF. Requerente Procurador-Geral da República e requerido Tribunal Superior Eleitoral. Relator Ministro Joaquim Barbosa. 12 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de abril de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.999-7/DF. Requerente Partido Social Cristão e requerido Tribunal Superior Eleitoral. Relator Ministro Joaquim Barbosa. 12 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de abril de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.602-3/DF. Requerente Partido Popular Socialista e requerido Presidente da Câmara dos Deputados. Relator Ministro Eros Grau. 04 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de abril de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Injunção n. 712-8/PA. Requerente Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará e requerido Congresso Nacional. Relator Min. Eros Grau . 25 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de abril de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandato de Injunção n. 715/DF. Requerente João Bosco Maciel Júnior e requeridos Congresso Nacional e Outros. Relator Min. Celso de Mello . 06 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de abril de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus n. 82.424-2/RS. Paciente Siegfried Ellwanger Coator Superior Tribunal de Justiça. Relator originário Min. Moreira Alves e Relator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de abril de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.946-5/DF (Medida Cautelar). Requerente Partido Socialista Brasileiro e requeridos Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social. Relator Ministro Sydney Sanches. 29 de abril de 1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 23 de abril de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 161.243-6/DF. Recorrente Joseph Halfin e recorrida Compagnie Nationale Air France. Relator Min. Carlos Velloso. 29 de outubro de 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de abril de 2009.

CANARIS, Claus- Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina, 2003;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FISS, Owen. The Supreme Court, 1978 Term – Foreword: The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, 1979.

GREENAWALT, Kent. Law and Objectivity. Oxford: Oxford University Press, 1992,

HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

HABERMAS, Jurgen. Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy. Trad. Willian Rehg. Cambridge: MIT Press, 1988

MACCORMICK, Neil. Retórica e Estado de Direito. São Paulo: Campus, 2008.

\_\_\_\_\_. Argumentação Jurídica e Teoria do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_ e WEINBERGER, Ota. An Institutional Theory of Law: new approaches to legal positivism. Dordrecht e Hingham: Kluwer Academic Publishers, 1986

MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court, 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. In: Harvard Law Review, v. 100, 1986, n. 1, p. 4-77.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito civil constitucional. 3ª. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3ª. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003;

SARLET, Ingo Wolfgang (org). A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000;

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

SILVA, Vírgilio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Vírgilio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SULLIVAN, Kathleen. Foreword: The Justices of Rules and the Justices of Standards. In: Harvard Law Review vol. 106, 1992, p. 22-123;

SUNSTEIN, Cass. Legal Reasoning and Political Conflict. New York: Oxford University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. After the Rights Revolution: reconveiving the regulatory state. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

\_\_\_\_\_. Constitucional Agreements without constitucional theories. In: Ratio Juris, vol. 13, nº 1, março 2000 (p. 177-130)

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 4ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, Tomo I.