

CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – ATRAVÉS DE CONSTRUÇÃO JURÍDICA

*Manuel Cid Jardón**

Juiz do Trabalho da 21ª Vara do Trabalho de Porto Alegre
Mestrando em Letras

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo apresentar algumas reflexões para demonstrar como devem ser aplicados os princípios constitucionais pelos juízes, pois algumas decisões judiciais interpretam os princípios, quando o correto seria aplicá-los mediante um raciocínio de concretização e não uma simples operação interpretativa.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios Constitucionais; Juízes; Decisões Judiciais; Concretização.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Conceito de Princípio; 1.1 Distinção dos Princípios das Regras; 1.2. Da Aplicação dos Princípios; 2. Da concretização dos Princípios; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Mas em que consiste precisamente aquilo de que sou acusado de ignorar?

O que são princípios jurídicos, e de que modo diferem ou mesmo das regras jurídicas?

Tal como são usados pelos autores jurídicos, os “princípios” incluem frequentemente um vasto conjunto de considerações teóricas e práticas, das quais apenas algumas são relevantes para as questões que Dworkin pretendeu suscitar.

(Herbert Hart, O conceito de Direito).

1. CONCEITO DE PRINCÍPIO

O vocábulo “princípio”, etimologicamente segundo o dicionário de Plácido e Silva (1994:447) deriva da raiz latina “principium”, que significa: início, começo e origem das coisas. Já, os gregos diziam “arque” significa a ponta, a extremidade, a origem.

Essa noção de princípio é explicada por:

Platão (Fedro, 245), nos seguintes termos:

Um princípio é algo de não-engendrado; porque é necessariamente a partir de um princípio que vem a existência tudo que aí vem, enquanto o princípio não provém de nada: se um princípio viesse a existir a partir de alguma coisa, não seria a partir de um princípio que viria a existir aquilo que existe.

* jardon@portoweb.com.br.

Aristóteles *Tópicos*, L. I, 100 b 18, cf. trad. De Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, a partir da edição inglesa de W.A. Pickard, Cambridge. São Paulo, Abril Cultural, 1983,

são verdadeiras e primeiras aquelas coisas nos quais acreditamos em virtude de nenhuma outra coisa que não seja elas próprias; pois, quanto aos primeiros princípios da ciência, é descabido buscar mais além o porquê e as razões dos mesmos; cada um dos primeiros princípios deve impor a convicção da sua verdade em si mesmo e por si mesmo.

Kant apresenta os princípios como “juízos a priori” (A crítica da Razão Pura A149-B188)

que têm esse nome não apenas porque são o fundamento de outros juízos, mas também porque não se fundam em outros conhecimentos mais gerais e elevados.

O conceito de princípio na literatura jurídica converge, unicamente, na afirmação de que o princípio é uma norma indeterminada. Mas essa definição é incompleta, porque em termos gerais, a indeterminação não seria um predicamento de todas as normas?

Para Ricardo Guastini, o princípio deve apresentar as seguintes características:

a) é uma norma fundamental;

b) tem conteúdo indeterminado em uma ou outra das seguintes formas: possui um antecedente aberto ou é defectível ou, ainda é genérico.

Refere, ainda, que a identificação de uma norma como regra ou princípio é algo discricionário. Apresenta como exemplo a interpretação do artigo 3º, § 1º, da Constituição italiana. Tudo vai depender dos juízos de valor dos intérpretes.

Já, para Celso Antônio Bandeira de Melo (1986: 230),

princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...).

Juarez Freitas (2004:56) expõe o seguinte conceito de princípios – denominando-os de princípios fundamentais – como

[...] os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e aos próprios valores (mais genéricos e indeterminados), sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas.

1.1 Distinção dos Princípios das Regras

A distinção dos princípios e regras é feita não em razão da estrutura, conteúdo; mas sim, em razão da forma que é feito o raciocínio dos juízes, isto porque os princípios não possuem um campo de aplicação determinado.

Os princípios e as regras, na sua estrutura lógica, são normas heterogêneas, por essa razão, o confronto direto e impossível.

Para Ronald Dworkin (1999: 77-78), quando distingue regras e princípios, ressalta que estes têm uma dimensão que está ausente naquelas, ou seja, a dimensão do peso ou importância. Afirma que, quando incidem dois princípios, devemos levar em conta o peso relativo de cada uma; mas esse peso não é passível de cálculo exato. Já, referente às regras – não é saber qual o seu peso, mas apurar qual delas têm validade.

Em Robert Alexy (1998: 9) ao defender que os princípios constituem comandos otimizadores, entende que tanto as regras como os princípios podem ser concebidos como normas, é o critério mais frequente para distingui-los é o da generalidade, no qual os princípios têm grau de generalidade relativamente alto, enquanto que as regras seriam normas de grau relativamente baixo.

Humberto Ávila (2009:71),

as regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos.

Assim, verifica-se que a tese Humberto Ávila diferencia-se em parte de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, porque na prática, a diferença entre os princípios e as regras estaria no uso argumentativo.

É importante destacar que aplicar regras e princípios exigem operações intelectuais distintas.

Na aplicação das regras é utilizado simplesmente o raciocínio dedutivo; mas para a aplicação os princípios devem ser utilizados a concretização que decorre de uma construção jurídica e não de uma simples operação interpretativa.

1.2. Da aplicação dos princípios

Este tema na prática não está bem resolvido.

Os princípios constitucionais, não podem ser aplicados sem prévia concretização, ou seja, concretizar um princípio significa usá-lo como premissa num raciocínio.

Guastini afirma “para que um princípio possa contribuir à motivação de uma decisão jurisdicional é necessário extrair dele uma regra (não expressa) dotada de um antecedente (relativamente) determinado.” Conclui que os princípios pertencem não à justificação interna das decisões jurisdicionais, mas à sua justificação externa, ou seja, à argumentação que justifica a escolha das premissas – em especial, da premissa normativa, da justificação interna.

2. DA CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Como já foi dito, a aplicação de um princípio se resolve pela concretização. Mas na prática, observa-se que algumas decisões judiciais interpretam os princípios, quando estes deveriam ser aplicados em decorrência de um raciocínio de concretização, sob pena de o livre convencimento acabar gerando a discricionariedade e arbitrariedade.

Por essas razões, Guastini ressalta que “aplicar um princípio não significa usá-lo diretamente para resolver um caso, mas concretizá-lo, isto é, usá-lo para elaborar uma regra não expressa”.

No mesmo sentido merecem serem ressaltadas as ponderações de Rafael Tomaz de Oliveira (2008: 27-28):

Isto porque, detectada a discricionariedade judicial como o principal problema do positivismo jurídico, **os princípios** passaram a ser articulados, dos mais diversos modos, como fatores minorativos do poder discricionário do juiz no momento da decisão. Todavia, o conceito de princípio longe está de uma determinação rigorosa. **Continuamos sem saber ao certo o que são os princípios** e em que medida eles são distintos das regras. (grifei).

Igual pensamento é retratado por Lenio Luiz Streck (2010: 48-49), ao declarar que merecem cuidado especial as decisões que lançam mão especialmente da “razoabilidade” (com ou sem “ponderação de valores”) – isto porque a interpretação não pode depender dessa “loteria” de caráter finalístico. Refere, ainda, este jurista que a maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre cometimento de ativismos.

Por essas razões, reafirma Streck (2010:49) que é preciso ter cuidado com o manejo dos princípios e mormente com esse corriqueiro “sopesamento”. A ponderação criada pelo Robert Alexy não pode ser uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais”.

CONCLUSÃO

Em síntese, vem-se observando que a aplicação dos princípios constitucionais é articulada com base no poder discricionário juiz, em razão desses princípios não possuírem um campo de aplicação determinado; algumas decisões judiciais, apenas, interpretam os princípios, quando estes deveriam ser aplicados em decorrência de uma construção jurídica, ou seja, através do raciocínio de concretização, e não por uma simples operação interpretativa.

Portanto, é preciso ter muito cuidado com a aplicação dos princípios, sob pena incorrer-se no exercício da arbitrariedade e discricionariedade sem controle, a ponto de ficarmos sem entender ao certo o que são os princípios.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. 2. ed. Trad. Manuel Atienza. México: BEFDP, 1998.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986.

- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos em Serio*. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1999.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed. rev e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.
- OLIVEIRA, Elton Somensi. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, Organizadores. *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. São Paulo: Editora Manole Ltda, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2008.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. vol. III. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.