

Os diferentes aspectos sobre princípios e regras no ordenamento jurídico brasileiro

The different aspects of principles and rules in the Brazilian legal system

Tiago Nunes da Silva

Advogado; Pós-graduando em Direito Público.

E-mail: adv.tiagonunes@yahoo.com.br

Luiz Carlos Figueira de Melo

Professor da Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Doutor pela UFMG.

E-mail: figueiramelo@uol.com.br

Resumo: A distinção entre princípios e regras apresenta-se como matéria da mais notável importância. Um ordenamento jurídico composto unicamente por princípios não seria capaz de produzir segurança, pelo fato de transportar elevada carga valorativa e abstrata. Também, reconhecer um sistema composto somente por regras ensejaria um sistema mais do que rígido, propiciando outro problema, o não acompanhamento das necessidades que surgem naturalmente inerentes à sociedade. Assim sendo, para viabilizar as duas previsões, se torna imperativo reconhecer que sobre toda regra sempre estará presente um princípio.

Palavras-chave: Princípios. Regras. Conflito.

Abstract: The distinction between principles and rules is presented as a matter of most remarkable importance. A legal system composed solely of principles would not be able to produce security, by the fact that it carries high evaluative and abstract load. Also, recognize a system composed entirely of rules would cause a system more than rigid, providing another problem, not the monitoring of the needs that arise naturally, inherent in society. Therefore, to enable the two predictions, it is imperative to recognize that for every rule, a principle will always be present.

Keywords: Principles. Rules. Conflict.

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo realizar um breve estudo concernente à temática dos princípios e regras no ordenamento jurídico brasileiro.

Na primeira etapa, será feita breve análise histórica no que tange aos princípios e as suas consideráveis mudanças no processo evolutivo a partir das fases jusnaturalista, positivista e pós-positivista, bem como sua positivação na ordem Constitucional brasileira.

Na segunda, demonstrar-se-ão os princípios em sua concepção de explícitos e implícitos e o modo atual de sua aplicabilidade. Também será demonstrado o modo de se dirimir aparentes conflitos entre princípios, ressaltando-se, desde logo, que se reputa plenamente possível.

Na terceira e última, serão demonstradas as posições da doutrina a respeito da aplicabilidade das regras e o modo de se resolver o conflito entre elas. Ainda sobre as regras, partindo da premissa de que persiste divergência na doutrina mais notável acerca do assunto, será demonstrado o entendimento do Supremo Tribunal Federal concernente à aplicabilidade das regras.

Adota-se, neste trabalho, o método dedutivo com base em pesquisas bibliográficas.

O estudo que se desenvolverá a seguir pretende trazer contribuições valorosas para a ciência do Direito e, em especial, a melhor forma para a aplicação dos princípios e das regras se valendo do justo equilíbrio no caso concreto.

2 Noções gerais de princípios

Inicialmente, é importante registrar que não se tem a intenção de realizar uma análise de forma pormenorizada no que concerne aos conceitos e valores discutidos pela doutrina acerca de princípios, devido à percepção do elevado grau de aguçadas dissonâncias. Assim sendo, limitar-nos-emos a pinçar algumas considerações a respeito do alcance e aplicabilidade dos princípios no ordenamento jurídico.

Imperioso destacar, nesta quadra, que todo e qualquer conhecimento ainda que seja teórico ou prático deriva da existência de um princípio. Com base nessa constatação, note-se, portanto, que, em relação aos princípios, seria inegável afirmar que eles detêm valores normativos.

Os preceitos da Constituição da República em seu texto normativo valorou um conteúdo basicamente principiológico. Em face disso, os princípios são tidos como normas gerais e abstratas do ordenamento jurídico, sendo indispensáveis para o estudo e aplicação do Direito.

Para melhor compreendermos a concepção de princípios, a doutrina representada por Marcelo Harger (2001, p. 16) assim dispõe:

são normas positivadas ou implícitas no ordenamento jurídico, com um grau de generalidade e abstração elevada e que, em virtude disso, não possuem hipóteses de aplicação pré-determinadas, embora exerçam um papel de preponderância em relação às demais regras, que não podem contrariá-los, por serem as vigas mestras do ordenamento jurídico e representam os valores positivados fundamentais da sociedade.

Para esta corrente doutrinária, não há como dissociar que os princípios podem ser considerados como normas explícitas e implícitas no ordenamento jurídico, levando a crer que todos os princípios são dotados de eficácia, ainda que seja de eficácia programática.

Num aspecto, contudo, constata-se que os princípios possuem tanto função interpretativa como função integrativa, sendo de crucial importância a sua existência no sistema jurídico, atuando como normas centrais e conferindo unidade ao sistema. Assim sendo, é importante assinalar a lição de Luís Roberto Barroso (2006, p. 30):

na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Em razão da tamanha relevância dada aos princípios, atualmente, é impossível se conceber uma Constituição, norma maior de um Estado, sem princípios. Na Carta Maior, é que se delinea o núcleo principiológico básico que conferirá unidade ao sistema jurídico por inteiro.

Para bem se compreender a valoração dos princípios no ordenamento jurídico, há de se partir da observação de que, nos Estados contemporâneos, a lei é um ato de vontade emanado pelos cidadãos por meio dos órgãos aos quais é confiada a tarefa legislativa.

É de se anotar que a essência de um princípio no campo do Direito é fornecer uma diretiva jurídica para que se aplique corretamente a regra posta. De tal arte, é relevante observar que os princípios não são revestidos de normatividade própria, não sendo possível a sua aplicação imediata e autônoma.

Todavia, ainda sobre a aplicação imediata e autônoma de um princípio, é importante assinalar que não há condição, a título de exemplo, de o Poder Judiciário apreciar qualquer entrega de prestação jurisdicional invocada em juízo com sustentação única e simplesmente em um princípio. Nesse contexto, oportuna a percuciente advertência de Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 64), se valendo das lições de Ronald Dworkin, que preceitua que “a norma é gênero, do qual princípio e regra são espécie”.

De acordo com a concepção clássica de Jorge Miranda (1990, p. 197-198), os princípios expressam importância significativa em seu desempenho e aplicabilidade, demonstrando sua potencialidade:

o Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si, o Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos. Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles - numa visão ampla, superadora de concepções positivas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições.

Segundo Norberto Bobbio (1999, p. 159), “a palavra princípios leva ao engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”. Note-se que

Bobbio refere-se à relevância dos princípios gerais de direito como fator determinante da completude do ordenamento jurídico.

Nessa mesma linha raciocínio, Robert Alexy (2008, p. 87) lembra que

tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre as duas espécies de normas.

É necessário deixar claro que tanto regras quanto princípios são normas, entretanto o principal traço distintivo no que tange à classificação de regras e princípios consubstancia-se na estrutura dos direitos que tais normas garantem.

Destarte, é o caso de mencionar que a diferença de estrutura decorre das distintas formas de aplicação das normas jurídicas: no caso das regras, a subsunção, ao passo que, no caso dos princípios deverá se prestigiar o método do sopesamento.

Princípios é, também, uma expressão que designa a espécie de norma jurídica, que não raras vezes possui conteúdo genérico, contrapondo-se às regras, que possuem normatividade clara e determinada.

De acordo com o que leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 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.

Ressoa evidente a relevância dos princípios em um sistema jurídico constitucional, isso pelo fato de alguns princípios estarem consignados para sua aplicabilidade somente naquelas situações em que se deparar possível rachadura no alicerce da Lei Maior, causando insegurança jurídica e, conseqüentemente, descrédito.

À luz dessas considerações, é o caso de mencionar o princípio da isonomia, tido como pilar da sociedade democrática, anunciado pela Carta Magna, o qual tem a missão constitucional de disseminar as desigualdades a fim de valorar a proteção à dignidade humana.

Há que ressaltar, ainda, que Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 72) reconhece que

a ideia de princípio associa-se à de sistema. Desse modo, o princípio é o mandamento nuclear do sistema, espargindo sua força por todos os escaninhos da Constituição. Alicerce, pedra de toque, disposição fundamental, seja qual for o adjetivo que prefira usar, ele compõe o espírito da lógica e da racionalidade que preside o sistema jurídico positivo.

No que pertine aos princípios, a concepção de lógica e racionalidade, segundo Lammêgo Bulos (2008), traduz a ideia de segurança jurídica. Com isso, as normas

assumem, no sistema, um caráter instrumental na busca de determinados valores idealizados pela sociedade.

Por todos os conceitos expostos acerca de princípios, cumpre assinalar que, em razão das inúmeras especificidades que as proposições de cada um desses autores detêm, seria por demais explorar minuciosamente cada uma delas nessa sede.

2.1 Princípios nas fases jusnaturalista, positivista e pós-positivista

A fase jusnaturalista é permeada pelo viés metafísico jurídico de alta abstração.

Os princípios, na fase jusnaturalista, não eram contemplados na ordem jurídica. Havia existência do conhecimento dos princípios, porém plasmados em uma visão de mera ficção jurídica (nessa fase, assim eram vistos os princípios pelos indivíduos).

Com efeito, é importante registrar os ensinamentos de Paulo Bonavides (1997, p. 232):

a primeira - a mais antiga e tradicional - é a fase jusnaturalista; aqui, 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 ideia que inspira os postulados de justiça.

Alocados no campo da abstratividade e da generalidade, os princípios, na fase jusnaturalista, ensejavam silentes dúvidas quanto à sua aplicabilidade. É de todo oportuno que se justifique que as dúvidas pairavam de modo contínuo, pelo fato dos princípios não possuírem a ideia de normatividade, e sim uma visão meramente abstrata tornando impossível a sua aplicação como norma.

Importante assinalar, nesse contexto, que os princípios não tinham força normativa em decorrência da falta de positivação. Outrossim, a falta de positivação transpunha ao entendimento de que os princípios eram tidos como filosóficos, lastreados em ideais de justiça que emanavam da lei divina e humana.

Como resultado, diante da não integralização e/ou recepção dos princípios na era do direito natural, continuou-se a ter os princípios somente como meros idealizadores de justiça, não sendo aplicáveis para o preenchimento de lacunas em virtude da falta de positivação.

Além disso, não havia como conciliar, no ordenamento jurídico, um comando normativo que tinha como esteio a idealização de justiça, o que restaria frustrado pela falta de positivação, ensejando insuficiência de aplicabilidade no caso concreto.

Perquirindo-se a origem histórica dos princípios, na fase do positivismo, diferentemente da fase jusnaturalista, os princípios paulatinamente foram entranhados nos Códigos, sendo divorciados daquela visão idealizadora, começando a ser visto como fonte normativa no ordenamento jurídico.

Demais disso, uma característica que inovou os princípios na era positivista foi o seu reconhecimento como fonte de eficácia, com escopo de suprir a omissão normativa. Nesse tempo, já não se justificava sustentar que os princípios continuassem estribados no direito natural ou ideal, mas, ao revés, os princípios no positivismo passaram a derivar das próprias leis.

Vê-se, pois, que na fase do positivismo os princípios foram recepcionados com uma nova roupagem, não centrados em ideais de justiça, e tampouco tidos com base na discricionariedade subjetiva do intérprete, assim como outrora eram tidos na fase jusnaturalista, quando ensejavam tamanho descrédito.

Nesse contexto, vislumbrou-se a plenitude dos princípios, elevando-os ao ápice do edifício jurídico, valorando sua força axiológica já convertida em cunho normativo, chegando até a alcançar *status* constitucional nas últimas décadas do século XX.

Cumprir destacar que os princípios, nessa fase, foram reconhecidos como instrumentos aptos a dirimir as controvérsias, passando a ser aplicados nos casos de lacuna. Após o reconhecimento dos princípios, a doutrina à época foi despertada para tecer suas conclusões acerca da efetividade dos princípios.

De tal modo, observe-se que os princípios, no pós-positivismo, passaram por grande metamorfose, ou seja, houve uma transformação na concepção em relação aos princípios. Isso porque outrora eram vistos isoladamente como fatores preponderantes, lastreados em ideais de justiça e fundados em uma ideologia filosófica, ao passo que, nessa fase, houve uma ruptura daquele paradigma, passando, os princípios, a serem vistos como fonte normativa.

Entretanto, não há como negar que, a partir dessa nova concepção acerca dos princípios, eles foram recepcionados, reconhecendo-se a possibilidade no sentido de que tanto um princípio quanto uma regra positivamente estabelecida poderiam ser capazes de impor uma obrigação a ser cumprida.

2.2 Princípios como diretrizes para soluções interpretativas

Os princípios tornaram-se, nas últimas décadas, temas centrais do pensamento constitucional. Por outro lado, não é razoável explorar a trajetória dos princípios do ponto de vista da concepção clássica à concepção contemporânea traçada pela doutrina brasileira, o que logo causaria enfado.

Para bem compreender a recepção e eficácia dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, colhe-se, por pertinente, a teoria apresentada pelo doutrinador Humberto Ávila.

A propósito, Humberto Ávila é autor da obra "*Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*", a qual confirma o tratamento devido aos princípios constitucionais em termos de observância com valor normativo.

Cumprir anotar que, em relação à eficácia dos princípios sob a ótica constitucional, Ávila apresenta sua tese com uma abordagem enfática e pormenorizada do conteúdo e aplicabilidade dos princípios.

A despeito da tese inaugurada por Ávila, por questão de didática ela não será abordada em toda a sua integralidade, mas tão somente no que concerne ao conteúdo e aplicação dos princípios, valendo-se destacar dois pontos: a eficácia interna direta e a eficácia interna indireta.

A despeito da eficácia interna direta, Humberto Ávila (2012, p. 105) preceitua que,

no plano da eficácia direta, os princípios exercem uma função integrativa, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda sim o princípio irá garanti-lo. Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo - mas elas são necessárias -, elas deverão ser garantidas com base direta no princípio do devido processo legal.

É fácil perceber que, no plano da eficácia direta, os princípios alcançaram status de atuação direta de forma independente. Ou seja, mesmo que a regra não clarifique a situação, no caso concreto da manifestação da parte no processo, se dará por conta do princípio do devido processo legal.

Em relação, à eficácia interna indireta, Humberto Ávila dispõe que “a eficácia indireta traduz-se na atuação com intermediação ou interposição de um outro (sub-) princípio ou regra. No plano da eficácia indireta, os princípios exercem várias funções”. Segundo Ávila, são funções dos princípios a “função definitória”, a “função interpretativa”, a “função bloqueadora” e a “função rearticuladora”.

Ressoa evidente que os princípios apontam as finalidades a serem buscadas. Lado outro, importa salientar que os princípios necessitam da complementação de outros princípios no processo de aplicação. Um bom exemplo seria destacar o princípio da segurança jurídica, que deve ser invocado assim que houver a ruptura do princípio da boa-fé.

José Afonso da Silva (1982, p. 70) contribui, também, no esclarecimento dos princípios constitucionais, defendendo que “todo princípio inserto numa Constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático”.

Assim, já à época de seus estudos, José Afonso afirmava que a doutrina orientava o reconhecimento da eficácia plena e da aplicação imediata à maioria das normas constitucionais que possuíam caráter sócio-ideológico, as quais, até então, eram consideradas meramente como princípios programáticos, acrescentando, ainda, que qualquer norma que integrasse uma Constituição teria obrigatoriamente natureza jurídica, não se admitindo o contrário.

Desse modo, os princípios, no direito constitucional, passaram a ser tidos como enunciados lógicos, servindo de vetores para soluções interpretativas. Assim, no momento em que examinados com visão de conjunto, os princípios alcançaram a pertinência necessária para conferir coerência geral ao sistema, exercendo função dinamizadora e prospectiva, refletindo a sua força sobre as normas constitucionais.

Os princípios foram, então, valorizados pelo constituinte, sendo recepcionados como vetores para soluções interpretativas das normas constitucionais. Exemplos disso são as diretrizes consagradas no bojo do art. 1º da Constituição de 1988, quais sejam a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo jurídico.

Outros exemplos podem ser listados, como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), o princípio da legalidade administrativa (art. 37,

caput), o princípio da ocupação de cargo através de concurso público (art. 37, II), dentre outros.

Nesse prisma, a essência de um princípio, no campo do Direito, é fornecer uma diretiva jurídica para que se aplique corretamente a norma positivada. Em consequência, ele não possui uma normatividade própria que implique em se tornar possível a sua aplicação imediata e autônoma.

Por derradeiro, conclui-se que não há condição, por exemplo, de se receber o pedido de qualquer entrega de prestação jurisdicional invocada em juízo com sustentação, simplesmente, em um princípio. Com efeito, resta frisar que há de se indicar a norma positiva que clarifique e delimite a pretensão, tornando concreta a atuação jurisdicional estatal.

3 Princípios implícitos e explícitos

Cumprir advertir que não é tarefa fácil tecer sobre princípios. Isso pelo fato de os princípios estarem delineados em uma situação de abstração. Nesse sentido, convém lembrar que existem princípios que estão descritos de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro. A título de exemplo, é o que exprime o art. 5º, XXXV, da Carta Magna, ao determinar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A amplitude desse princípio, também denominado de “princípio da inafastabilidade do controle judiciário”, implica em se considerar a existência de meios processuais que protejam o cidadão contra todos os atos do poder público, quer atos da Administração, do Legislativo ou do Judiciário. Para se tornar efetivo esse princípio, deve o ordenamento jurídico assegurar meios de assistência judiciária aos necessitados quando se tornar necessária a imposição de respeito aos direitos fundamentais.

Consagra-se, outrossim, a esse modelo de princípio explícito os princípios que derivam de entendimento por parte da doutrina e da jurisprudência, ou seja, que não são vislumbrados no ordenamento jurídico. São os chamados “princípios implícitos”, como é o caso do princípio da proporcionalidade, dentre outros.

O princípio da proporcionalidade não é vislumbrado de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, não há dúvidas de sua elevadíssima importância como elemento crucial para o melhor direcionamento na construção de futuras decisões por parte da Administração Pública e do Poder Judiciário.

Para melhor compreensão dos exemplos de princípios implícitos, convém destacar o princípio da supremacia da Constituição, o qual é tido como “pedra angular da Constituição da República”. Nesse diapasão, adverte Pinto Ferreira (1983, p. 90) que

o princípio da supremacia constitucional é reputado como pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito público. De efeito, as regras constitucionais são dotadas de superioridade profunda com relação às demais normas jurídicas. Essa hierarquia se justifica, a fim de se melhor manter a estabilidade social do grupo, estabelecendo-se um sistema de preceitos básicos a que se submete a conduta coletiva.

Os princípios independem de configurar-se de forma implícita ou explícita para sua efetividade. Sobre isso, convém, aliás, notar que sua força normativa deve ser declarada na situação em que for invocado, para meio de resolução e/ou como direcionador para a decisão no caso concreto.

Os princípios implícitos são tidos como genéricos porque comportam uma série indefinida de aplicação, ou seja, não há determinabilidade de forma clara e objetiva, concentrando-se na melhor medida, sopesando-se os fatos para a devida aplicabilidade.

3.1 Da aplicabilidade dos princípios

Bom exemplo no que concerne à aplicabilidade dos princípios está alocado no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que assim preceitua: "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".

É de todo oportuno destacar que os princípios não estão revestidos de um caráter normativo pleno, ou seja, de forma direta e autônoma, devendo, pois, acautelarse, sempre condicionado a lembrar de que não é fator determinante de decisão antes de analisar o fato e a regra, e sim um transporte de cláusulas de reservas, passando a intermediar para suplantar eventuais apresentações opostas de regras.

Assim sendo, embora não se pretenda aqui aprofundar o ponto, cumpre destacar que não há nenhuma razão e argumento *a priori* capaz de impedir que se chegue à conclusão de que os princípios podem claramente dispor de eficácia jurídica.

3.2 Colisão entre princípios

Nos casos de colisão, a aplicação de um princípio não leva necessariamente à perda de validade do princípio contraditório. Outrossim, frente à existência de princípios opostos, deve se furta do meio utilizado por via das regras, valorando, ademais, a dimensão dos valores discutidos em apreço, não afastando um em detrimento de outro.

4 Conceito de regras

No tocante às regras, De Plácido e Silva (2008, p. 1.190) ensinaram que, "por esta razão, regra exprime a pauta que deve ser seguida na execução dos atos ou servem para traçar a linha indicativa da ordem ou do modo de proceder." Assim, se entende que as regras são editadas tão somente para serem aplicadas a situações jurídicas determinadas.

Veja-se que o grau de determinabilidade demonstra a força da norma, devendo-se buscar a subsunção do fato à regra. É oportuno destacar que não se deve buscar a subsunção, de plano, da regra ao fato, mas ao revés.

Mas afinal, qual o verdadeiro sentido da regra imposta no ordenamento jurídico? Vê-se, assim, o que logo leva-nos a saber que as regras têm como preceito

fundamental a proposta de dirimir conflitos de interesses já existentes e/ou conflitos futuros.

4.1 O modo de se aplicar as regras segundo Ronald Dworkin e Robert Alexy

Em uma análise crítica, Humberto Ávila, na referida obra citada (2012, p. 48), buscou como coluna de base para sua pesquisa acerca de normas, regras e princípios autores como Dworkin e Alexy. Seguindo essa trilha, Humberto Ávila destaca o entendimento de Dworkin de que as regras são aplicadas de modo “tudo ou nada”.

Noutro ponto, Humberto Ávila (2012, p. 48) destaca o posicionamento de Alexy, que advoga com toda veemência na defesa de que “as regras não podem e nem devem ser ponderadas”.

Segundo Robert Alexy (2008, p. 92), as regras instituem obrigações definitivas e, uma vez constatadas regras contrapostas, o critério a ser invocado será a invalidação de uma delas, como se vê:

não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução da cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.

A doutrina não é unânime quanto à mais adequada forma de aplicabilidade das regras, contudo elas não podem ser tidas com rigor excessivo, do tipo “tudo ou nada”, mas ao revés, é razoável que no ato de sua efetividade se busque uma visão mais atualizada.

Noutras palavras, o fato é que há casos em que mesmo valorando a regra descrita, esta carece ser vista e aplicada sob a ótica de ponderabilidade, ainda mais quando não detectado relevante prejuízo moral, social ou econômico. Logo, as regras devem ser ponderadas.

Um bom exemplo citado por Humberto Ávila de que as regras podem ser ponderadas foi o caso levado ao Supremo Tribunal Federal de uma prefeita que contratou um gari sem observância do requisito prescrito no inciso II, do art. 37 da Constituição da República de 1988, segundo o qual, para ser investido em cargo ou emprego público mister se faz a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de modo que a contratação feita sem esse requisito deverá ser declarada inválida, sem prejuízo do ingresso de ação penal cabível contra o responsável pela contratação.

Não obstante a norma sobredita, o Pretório Excelso deixou de dar seguimento à ação cabível em que a prefeita era denunciada por ato de improbidade administrativa, tendo em vista o fim a que a norma constitucional se destina e a capacidade do ato ímprobo de comprometer o erário público.

O Supremo, no caso em apreço, ponderando a norma constitucional e o princípio da razoabilidade, concluiu afastando a incidência daquela, por atentar contra

a ordem natural das coisas, ao exigir realização de concurso público com o fulcro de se contratar uma única pessoa para o exercício de uma função de menor hierarquia (STF, 2ª Turma, HC 77.003-4-PE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.6.1998).

Convém lembrar, nesse passo, que não é razoável perdurar no entendimento, ao ponto de afirmar que as regras estão enraizadas na aplicabilidade do modo “*tudo ou nada*” e/ou que “*não devem ser ponderadas*”. Vale dizer que tal entendimento seria demasiadamente embrionário, ensejando uma concepção formalista lastreada de excesso rigoroso do valor normativo descrito pela regra.

Não obstante balizadas opiniões terem sustentado de que a regra deve ter aplicabilidade do modo “*tudo ou nada*”, defendido por Dworkin, e da impossibilidade de ponderação das regras, conforme a teoria de Alexy, nada impede que se imagine que as regras podem e devem ser ponderadas, isto é, desvencilhadas do rigor legalista, conforme demonstrado por Humberto Ávila.

4.2 Conflito entre regras

Da análise do conteúdo e da potencialidade das regras, por ora cumpre consignar sobre a probabilidade de eventual colisão entre a mesma regra. Na lição de Humberto Ávila (2102, p. 30), o modo de se dirimir tal colisão deve ser da seguinte forma:

quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso.

Humberto Ávila propõe a ruptura do paradigma da forma de se dirimir a colisão entre regras, indagando da seguinte forma: “será mesmo que as regras não podem ser objetos de ponderação?”, tudo isso da forma mais direta possível e mediante a apresentação de exemplos no curso da argumentação, o que urge em dizer que não seria prudente adentrar nessa seara, pois logo trilharia outro caminho diferente do tema proposto.

Desse modo, é relevante lembrar que, em se tratando de regras, é possível prever aparente conflito, ou seja, de antinomia, e que, no caso concreto, o mecanismo a ser utilizado será a invalidação de uma delas, ao passo que flagrante situação em relação a princípios será dirimida pelo critério da ponderação, por força da pertinência significativa do fundamento axiológico, sopesando-se valores normativos para melhor aplicabilidade no caso concreto.

5 Conclusão

Em relação aos princípios, é importante assinalar que não eram tidos como instrumento normativo em decorrência da falta de positivação. Outrossim, a falta de positivação transpunha ao entendimento de que os princípios eram tidos como filosóficos, lastreados em ideais de justiça que emanavam da lei divina e humana.

Logo, é cabível assegurar, conforme evolução histórica, que os princípios alcançaram elevado grau de normatividade no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, a principiologia consignada no art. 37 da Constituição da República que determinou a observância do Poder Público em sua atuação sempre com vistas àqueles princípios contidos no referido dispositivo.

Ademais, havendo conflito entre princípios, a aplicação de um princípio não leva necessariamente à perda de validade do princípio contraditório. O princípio eventualmente não aplicado jamais perderá sua validade. De modo contrário, quando instaurado conflito entre regras, ainda permanece divergência pela doutrina mais notável.

A despeito das regras, conforme se verificou, a doutrina de Robert Alexy tem defendido que "as regras não podem e nem devem ser ponderadas". Diferentemente, a doutrina de Ronald Dworkin tem se firmado no entendimento de que "as regras são aplicadas de modo 'tudo ou nada'".

No entanto, conforme bem relatado por Humberto Ávila, o Supremo Tribunal Federal tem se inclinado ao entendimento de que as regras podem ser ponderadas (STF, 2ª Turma, HC 77.003-4-PE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.6.1998), afastando a tese proposta defendida por Alexy e Dworkin.

Ademais disso, veja-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o paradigma delineado por valores, ou seja, princípios, e pela conduta, que logo se extrai a noção de regra.

Feitos esses esclarecimentos, pode-se perceber que já não persistem mais dúvidas em relação à harmonização dos princípios e das regras no ordenamento jurídico brasileiro, se tornado compatíveis com a natureza democrática da ordem jurídica brasileira.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1983.

HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4.ed. Coimbra: Coimbra, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2.ed. São Paulo: RT, 1982.