

**MARCELO NOVELINO
FLAVIO COSTA**

CURSO
DE **DIREITO**

CONSTITUCIONAL



2025

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Classificações das normas constitucionais

Sumário: 1. Esclarecimentos preliminares – 2. Classificações quanto à eficácia: 2.1. Classificação proposta por José Afonso da Silva: 2.1.1. Normas constitucionais de eficácia plena; 2.1.2. Normas constitucionais de eficácia contida; 2.1.3. Normas constitucionais de eficácia limitada; 2.1.3.1. Normas de princípio institutivo (ou organizatório); 2.1.3.2. Normas de princípio programático; 2.2. Classificação proposta por Maria Helena Diniz; 2.3. Classificação proposta por Celso Bastos e Carlos Ayres Britto; 2.4. Outras classificações – 3. Classificações quanto à espécie: 3.1. Critérios de distinção entre princípios e regras; 3.1.1. Critério distintivo proposto por Peczenik e Hage; 3.1.2. Critérios distintivos propostos por Humberto Ávila; 3.1.3. Critério distintivo proposto por Ronald Dworkin; 3.1.4. Critério distintivo proposto por Robert Alexy.

1. ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES

A compreensão da diversidade dos efeitos produzidos pelas normas constitucionais é de fundamental importância na concretização da constituição. A fim de evitar imprecisões terminológicas e conceituais capazes de obscurecer a compreensão adequada do tema, faz-se relevante distinguir os planos normativos da *vigência*, *validade*, *eficácia* e *efetividade*.

Considera-se existente a norma elaborada por uma autoridade aparentemente competente para a sua criação. A existência da norma no mundo jurídico é denominada *vigência*. Uma norma está vigente se existente e não revogada.

Em geral, a doutrina utiliza os termos *vigência* e *vigor* como equivalentes. Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2001) adverte, no entanto, que designam qualidades distintas, porquanto o vigor de uma norma está relacionado com sua imperatividade, com sua força vinculante, não se ligando necessariamente à sua vigência (“tempo de validade”), como ocorre no caso de ultratividade.

A *validade*, em termos jurídicos, traduz uma relação de conformidade entre a norma inferior e a norma superior (“fundamento de validade”). Uma norma é válida se produzida em conformidade com as que disciplinam o procedimento de sua criação e delimitam o seu conteúdo, como ocorre com as leis em relação à Constituição. Quando se diz que uma norma é válida até a declaração de sua inconstitucionalidade, o termo “validade” está sendo utilizado no sentido de *obrigatoriedade* da observância daquela norma, não no sentido de pertinência desta a um sistema.

Eficácia (eficácia jurídica) é a aptidão da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios. Uma norma é eficaz quando capaz de produzir efeitos ou de ser aplicada. Em regra, a eficácia surge no mesmo momento da vigência, exceto nas

hipóteses em que é *diferida*, ou seja, adiada para o futuro, como no caso das leis que criam ou majoram tributos (CF, art. 150, III, “b”).

A **efetividade (eficácia social)** está relacionada à produção concreta de efeitos. O fato de uma norma existir, ser válida, vigente e eficaz não garante, por si só, que os efeitos por ela pretendidos serão efetivamente alcançados. Para ter efetividade, é necessário que a norma cumpra sua finalidade, atenda à função social para a qual foi criada. Algumas normas constitucionais, em especial as que tratam de direitos fundamentais sociais, apresentam sérios problemas de efetividade em razão de limitações orçamentárias ou de omissões inconstitucionais em sua regulamentação. É o que ocorre, por exemplo, no caso do direito à moradia (CF, art. 6.º), na proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7.º, I) ou em relação ao direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 37, VII).

2. CLASSIFICAÇÕES QUANTO À EFICÁCIA

A força normativa da constituição impõe o reconhecimento de valor jurídico, obrigatório e vinculante aos preceitos da constituição, sendo a eficácia atributo reconhecido a todas as espécies de normas constitucionais, ainda que em diferentes graus. A seguir, serão analisadas algumas das principais classificações baseadas na aptidão da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios.

2.1. Classificação proposta por José Afonso da Silva

A primeira obra a tratar de forma sistematizada o tema no Brasil foi publicada em 1967, sendo, ainda hoje, a classificação mais adotada por aqui. Em monografia sobre o tema, José Afonso da Silva (2004) faz uma distinção entre normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.

2.1.1. Normas constitucionais de eficácia plena

A despeito de a Constituição de 1988 revelar acentuada tendência no sentido de deixar ao legislador ordinário a complementação de suas normas, a maioria de seus dispositivos consagra normas de eficácia plena. Essas possuem aplicabilidade *direta e imediata* por não dependerem de legislação posterior para sua inteira operatividade, estando aptas a produzir, desde sua entrada em vigor, seus efeitos essenciais (eficácia *positiva* e *negativa*).¹ Contém todos os elementos e requisitos à sua incidência direta, isto é, sua configuração normativa é precisa a ponto de possibilitar que sejam extraídas condutas positivas ou negativas independentemente da intermediação do legislador.

1. Em outras classificações, assemelham-se às chamadas normas *autoaplicáveis*, *autoexecutáveis* (*self-executing provisions*) ou *bastantes em si*.

Por terem *aplicabilidade integral*, não podem sofrer restrições infraconstitucionais, embora admitam regulamentação. Tal distinção é criticada por Virgílio Afonso da Silva (2010), pois, por um lado, toda restrição também é regulamentação; e, por outro, toda regulamentação importa em restrição, “já que regular o exercício de um direito implica excluir desse exercício aquilo que a regulação deixar de fora.”

Pertencem a esta categoria, de um modo geral, as normas que contenham *proibições* (CF, art. 145, § 2.º) ou *vedações* (CF, art. 19); as que confirmam *isenções* (CF, art. 184, § 5.º), *imunidades* (CF, arts. 53 e 150, I a VI) ou *prerrogativas* (CF, art. 128, § 5.º, I); além daquelas que não indiquem processos especiais para a sua execução ou que já se encontrem suficientemente explicitadas na definição dos interesses nelas resguardados.

2.1.2. Normas constitucionais de eficácia contida

São normas com aplicabilidade *direta, imediata*, mas *possivelmente não integral*. Apesar de aptas a regular de forma suficiente os interesses relativos ao seu conteúdo, desde sua entrada em vigor, reclamam a atuação legislativa no sentido de reduzir o seu alcance. Em outras palavras, embora admitam limitação por norma infraconstitucional, sua aplicação ao caso concreto não está condicionada à existência de normatização infraconstitucional ulterior.

As normas de eficácia contida possuem eficácia *positiva* e *negativa*. Enquanto não elaborada a norma regulamentadora restritiva, terão aplicabilidade integral, como se fossem normas de eficácia plena passíveis de restrição. Ante a mera *possibilidade* de restrição, o termo “*normas de eficácia redutível (ou restringível)*” revela-se mais adequado.

Ao consagrarem direitos restringíveis costumam utilizar expressões como “nos termos da lei” ou “na forma da lei”. À guisa de exemplo, podem ser mencionados: I) o direito de greve dos empregados da iniciativa privada (CF, art. 9.º, § 1.º), passível de ser exercido sem restrições até o advento da Lei nº 7.783/1989, na qual foram definidos os serviços e atividades essenciais; II) a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas (CF, art. 5.º, XII), restringida com o advento da Lei nº 9.296/1996, regulamentadora das hipóteses em que a interceptação pode ser judicialmente autorizada; e, III) a liberdade profissional (CF, art. 5.º, XIII), restringível por leis que estabeleçam qualificações para o seu exercício.

Algumas normas de eficácia contida indicam elementos restritivos diversos da lei, como conceitos de direito público (ordem pública, segurança nacional, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente...). Em certos casos, a restrição poderá advir de outra norma constitucional, como ocorre com a liberdade de reunião (CF, art. 5.º, XVI), sujeita à restrição durante o estado de defesa (CF, art. 136, § 1.º, I) ou à suspensão em estado de sítio (CF, art. 139, IV).

A distinção entre normas de eficácia plena e contida é criticada ante a possibilidade de *todas* as normas constitucionais serem restringidas pela legislação ordinária. Para

Virgílio Afonso da Silva (2010), a única forma de manter essa distinção e, ao mesmo tempo, reconhecer a inexistência de direitos absolutos é utilizando a figura dos *limites imanes*, partindo-se “do pressuposto de que os direitos garantidos por normas de eficácia plena (e irrestringível) estão submetidos *apenas aos limites que decorrem expressa ou implicitamente do texto constitucional*, enquanto as normas de eficácia dita contida estariam sujeitas a outros limites ou restrições, impostas pelo legislador ordinário.”

2.1.3. Normas constitucionais de eficácia limitada

Determinadas normas possuem eficácia limitada ou reduzida por só manifestarem a plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo legislador constituinte após a emissão de atos normativos previstos ou requeridos por ela. Têm aplicabilidade *indireta, mediata e reduzida*, por só incidirem totalmente sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica “após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência *reduzida* e surtam outros efeitos não essenciais.”

O dever jurídico de legislar decorrente de tais normas é pouco eficaz, devido à inexistência de sanção específica e à impossibilidade de obrigar o legislador a criar leis. A discricionariedade do legislador só se verifica, no entanto, quanto ao momento da iniciativa, pois havendo lei integrativa preexistente, não se admite a revogação se dela decorrer um vácuo legislativo.

As normas de eficácia limitada, embora nem sempre dotadas de eficácia positiva, possuem *eficácia negativa*, no sentido de não recepcionar a legislação anterior incompatível e de impedir a edição de normas em sentido oposto aos seus comandos.

2.1.3.1. Normas de princípio institutivo (ou organizatório)

São normas de conteúdo eminentemente organizatório e regulativo dependentes de intermediação legislativa para estruturar entidades, órgãos ou instituições contemplados no texto constitucional. Têm por característica fundamental indicar uma “legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação.”² O constituinte limita-se a traçar esquemas gerais reservando ao legislador ordinário a função de complementá-los conforme os critérios, requisitos, condições e circunstâncias previstas na norma.

Podem determinar a emissão de legislação integrativa de forma peremptória (*normas impositivas*) ou apenas possibilitá-la, sem imposição (*normas facultativas* ou *permissivas*), hipótese na qual a discricionariedade de iniciativa do legislador é total, sendo descabida a declaração de inconstitucionalidade por omissão.³

2. Exemplos: art. 18, § 2.º; art. 33; art. 91, § 2.º; art. 93; art. 113; art. 161; art. 163 e art. 192, todos da Constituição de 1988.

3. Exemplos: a) *normas impositivas* – art. 20, § 2.º; art. 32, § 4.º; art. 33; art. 88; art. 90, § 2.º; art. 107, parágrafo único; art. 109, VI; art. 111, § 3.º; art. 113; art. 128, § 5.º e art. 121; e, b) *normas facultativas* ou *permissivas* – art. 22, parágrafo único; art. 25, § 3.º; art. 125, § 3.º; art. 154, I; e art. 195, § 4.º.

2.1.3.2. Normas de princípio programático

Há normas nas quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente o interesse, opta por fixar apenas diretrizes indicativas de fins e objetivos a serem perseguidos pelos poderes públicos. Tais princípios se distinguem por seus fins e conteúdos, impondo aos órgãos estatais uma finalidade a ser cumprida (*obrigação de resultado*), embora sem determinar os meios a serem adotados.

Vinculadas à disciplina das *relações econômico-sociais*, as normas de princípio programático estão localizadas, sobretudo, nos Títulos VII e VIII, apresentando-se no texto constitucional consubstanciadas em esquemas genéricos, diretrizes e programas de ação. Segundo José Afonso da Silva (2004), “envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social.”

Por serem as *normas programáticas* tradicionalmente consideradas como “‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade”, Canotilho (2000) aponta a necessidade de se declarar a “morte” de referida espécie normativa, a fim de estabelecer uma ruptura definitiva com a doutrina clássica.

2.2. Classificação proposta por Maria Helena Diniz

Utilizando como critério a intangibilidade e a produção de efeitos concretos, Maria Helena Diniz (1997) distingue quatro espécies de normas constitucionais.

As normas de *eficácia absoluta* (ou *supereficazes*) não podem ser alteradas nem mesmo por emenda à Constituição, porquanto contêm uma “força paralisante total de qualquer legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las.” Possuem *eficácia positiva*, por estarem aptas a serem imediatamente aplicadas aos casos concretos; e *negativa*, decorrente de sua força paralisante total de qualquer norma, criada por emenda ou por lei infraconstitucional, em sentido contrário. Incidem imediatamente, sem necessitarem de legislação posterior, tais como as *cláusulas pétreas* referentes à federação (CF, art. 1.º), à separação dos poderes (CF, art. 2.º), ao voto direto, secreto, universal e periódico (CF, art. 14) e aos direitos e garantias individuais.

As normas com *eficácia plena* possuem idoneidade para serem imediatamente aplicadas por conterem todos os elementos imprescindíveis para a produção imediata de efeitos. Distinguem-se das normas de eficácia absoluta em razão da possibilidade de serem emendadas.

As normas com *eficácia relativa restringível* correspondem às normas de eficácia contida, ou seja, possuem aplicabilidade imediata e plena, embora suscetíveis à restrição nos casos e formas estabelecidas em lei.

As normas com *eficácia relativa complementável* (ou *dependente de complementação legislativa*) são preceitos de aplicação mediata, dependentes da emissão de normatividade futura para terem capacidade de executar os interesses visados. Assim como na classificação de José Afonso da Silva (2004), são distinguidas em normas de *princípio institutivo* e normas *programáticas*. Na concepção de Maria Helena Diniz (1997), não se pode considerar inaplicável, *a priori*, norma programática carente de legislação integradora, sendo necessário “analisar cada caso concreto, ante o fim social tutelado constitucionalmente, visto que, na realidade fática, podem ocorrer situações que geram direitos subjetivos.”

2.3. Classificação proposta por Celso Bastos e Carlos Ayres Britto

Celso Bastos e Carlos Ayres Britto diferenciam as normas de aplicação das normas de integração (BASTOS, 1997).

As *normas de aplicação* são aquelas que possuem capacidade de atuação, sem a necessidade de nenhum outro querer legislativo infraconstitucional. São normas “cheias”, que não demandam complementação. As *normas de aplicação irregulamentáveis* são aquelas que, além de incidirem diretamente sobre os fatos ou realidades que regulam, são insusceptíveis de outro tratamento que não seja o constitucional. As *normas de aplicação regulamentáveis*, embora sejam aptas para incidir de forma imediata, necessitam de uma melhor conformação de seu preceito.

As *normas de integração* são aquelas que permitem a composição com uma vontade legislativa ordinária, podendo ser de duas espécies: restringíveis e complementáveis. As *restringíveis* são configuráveis apenas mediante expressa previsão. Por terem um arquétipo superabundante, a regulamentação legislativa terá por finalidade restringir ou reduzir o seu âmbito de incidência. As *complementáveis* são normas que demandam um aditamento, uma soma de conteúdo, independentemente da existência de qualquer previsão explícita.

2.4. Outras classificações

Na classificação formulada por Uadi Lammêgo Bulos (2007), destacam-se as *normas constitucionais de eficácia exaurida* (ou *esvaída*), compreendidas como aquelas que, embora vigentes, são insusceptíveis de continuar a produzir efeitos por já terem efetivado seus comandos. Tais normas estão contidas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias como, por exemplo, a que determinou a realização, em 07 de setembro de 1993, de um plebiscito para a escolha da forma e sistema de governos (ADCT, art. 2.º) e a que dispôs sobre a revisão constitucional, realizada entre 1.º de março e 7 de junho de 1994 (ADCT, art. 3.º). Referidas normas, enquanto não implementados seus comandos, podem ser designadas como de *eficácia exaurível*.

Há outras classificações adotadas no Brasil que, a despeito de superadas, merecem referência por seu relevante papel na evolução histórica da normatividade constitucional.

A classificação proposta por Rui Barbosa (1933), tendo como referência a distinção formulada por Thomas Cooley, distingue as normas constitucionais *autoexecutáveis* (*self-executing*), passíveis de aplicação direta e imediata aos casos a que se referem, por dispensar qualquer tipo regulamentação; das normas *não autoexecutáveis* (*not self-executing*), carentes de ulterior ação legislativa para sua execução.

Pontes de Miranda diferencia as normas constitucionais em *bastantes em si*, aplicáveis independentemente de norma regulamentadora; das normas *não bastantes em si*, dependentes de regulamentação para serem aplicadas aos casos concretos; das normas *programáticas*, definidoras de diretrizes a serem implementadas pelos poderes públicos.

3. CLASSIFICAÇÕES QUANTO À ESPÉCIE

A distinção clássica entre *princípios* e *normas* encontra-se superada pela concepção de que tanto os *princípios* como as *regras* são espécies do gênero *norma jurídica*. O caráter normativo dos princípios, hoje algo trivial, não era plenamente reconhecido até meados do século XX, quando eram considerados meras proclamações políticas, sem caráter vinculante para os poderes públicos. Vezio Crisafulli (1952) foi um dos primeiros a romper com a lógica conservadora dominante ao afirmar que um princípio, seja expresso ou implícito, constitui “uma norma aplicável como regra de determinados comportamentos públicos ou privados.” Ainda de acordo com o jurista italiano, se os princípios fossem simples diretivas teóricas, seria necessário admitir, por questão de coerência que, nas hipóteses de solução de casos judiciais com base em um princípio, “a norma é posta pelo juiz, e não, ao contrário, somente *aplicada* por ele ao caso específico.” Outro relevante contributo para a superação da carência de normatividade dos princípios, foi o dado por Josef Esser (1961) que, embora negasse aos princípios a condição de normas jurídicas em sentido técnico, admitia sua concretização pela via judicial ou legislativa. Não obstante, os aportes teóricos determinantes para o reconhecimento definitivo da normatividade dos princípios foram formulados por Ronald Dworkin (1977) e Robert Alexy (2008b).

Ao identificar os princípios como uma classe distinta das regras e destacar sua importância na solução de casos difíceis, Dworkin (1977), argumenta ser possível adotar dois pontos de vista muito distintos: I) conferir aos princípios *o mesmo tratamento dado às normas*, isto é, destacar sua obrigatoriedade como direito e a necessidade de sua apreciação nas decisões judiciais; ou II) *negar-lhes obrigatoriedade* e admitir que, em certos casos, as decisões judiciais são baseadas em vetores extrajurídicos observados de acordo com a livre vontade de cada juiz. A relevância da escolha entre um dos pontos de vista reside na diferença fundamental entre aceitar uma norma como obrigatória e ter o costume de seguir algo como se fosse uma norma. No primeiro enfoque, ao aplicarem um princípio, os juízes estariam impondo o cumprimento de direitos e deveres jurídicos preexistentes. No segundo, o juiz estaria criando uma norma discricionária *ex post facto*. Na perspectiva adotada por Dworkin

(1977), os juízes não têm discricionariedade em relação aos princípios, considerados como normas obrigatórias e vinculantes.

Influenciado pela teoria de Dworkin, Robert Alexy (2008b) sustenta serem os princípios e as regras espécies normativas dotadas das seguintes *características em comum*: I) ambos dizem o que deve ser; II) ambos podem ser formulados com a ajuda de expressões deônticas básicas (ordem, permissão, proibição); e III) ambos são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de tipo diferente.

3.1. Critérios de distinção entre princípios e regras

Os critérios distintivos são diversificados. Tradicionalmente, princípios e regras eram diferenciados quanto ao *grau de abstratividade* (ou *generalidade*). Sob essa óptica, os princípios são considerados normas “generalíssimas” por serem aplicáveis a diversos casos heterogêneos, ao passo que as regras se caracterizam por abranger em seu pressuposto fático (ou hipótese) apenas casos homogêneos.

A distinção quanto à *determinabilidade*, inicialmente adotada para diferenciar princípios e normas, também foi empregada para distinguir princípios e regras. Para Josef Esser (1961), o aspecto distintivo dos princípios não é o grau de abstração ou o caráter geral, mas sim a impossibilidade de precisar os casos de aplicação. Por isso, enquanto as regras são aplicadas de forma direta e imediata aos casos previstos em seu preceito, os princípios não são mandamentos em si mesmos, mas apenas a sua causa, critério ou justificação. No mesmo sentido, Karl Larenz (1997) afirma serem os princípios jurídicos “pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia do direito que, todavia, não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar ‘fundamentos justificativos’ delas.”

3.1.1. Critério distintivo proposto por Peczenik e Hage

Princípios e regras podem ser diferenciados quanto à *natureza das razões* fornecidas para o resultado decisório. Sob tal perspectiva, as *regras* fornecem razões decisivas (*decisive reasons*) para se chegar a determinadas conclusões, ao passo que os *princípios* fornecem apenas razões contributivas (*contributing reasons*), ou seja, argumentos favoráveis ou contrários a certos resultados, mas incapazes de determinar, por si mesmos, a conclusão específica.

Peczenik e Hage (2000) explicam serem os princípios, em sua forma mais pura, unilaterais (*one-sided*) por fazerem referência apenas a um dos aspectos do caso ao qual se aplicam. Como princípios diversos fornecem razões conflitantes correspondentes a lados distintos do mesmo caso, um julgamento equilibrado exige o balanceamento das razões contributivas fornecidas pelos diferentes objetivos neles consagrados. Nessa perspectiva, “é o conjunto de *todas* as razões relativas a uma determinada conclusão, razões favoráveis e contrárias, que determinam se a conclusão se mantém.”

3.1.2. **Crítérios distintivos propostos por Humberto Ávila**

Na obra “Teoria dos princípios”, uma das principais referências sobre o tema na doutrina brasileira, Humberto Ávila (2012) diferencia as duas espécies normativas a partir de critérios distintos.

Quanto ao *modo como contribuem para a decisão*, categoriza as regras como normas “preliminarmente decisivas e abarcantes” com pretensão de gerar uma solução específica para o conflito de razões, e os princípios como normas “primariamente complementares e preliminarmente parciais” vocacionadas a fornecer razões contributivas para a decisão.

Quanto à *natureza do comportamento prescrito*, as regras são normas imediatamente descritivas que estabelecem obrigações, permissões e proibições; os princípios são normas imediatamente finalísticas que estabelecem um estado de coisas a ser atingido.

Quanto à *justificação* adotada na interpretação e aplicação, a das regras exige uma construção conceitual dos fatos correspondente à da norma e de sua finalidade; a dos princípios impõe a correspondência entre o “estado de coisas posto como fim” e os “efeitos decorrentes da conduta havida como necessária”.

Com base nesses critérios de dissociação entre princípios e regras, propõe as seguintes definições:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

A par dessas espécies normativas, Ávila (2012) aponta, ainda, a existência de *postulados normativos*, definidos como deveres de segundo grau que, situados no âmbito das metanormas, estabelecem a estrutura de aplicação e prescrevem modos de raciocínio e argumentação no tocante a outras normas. É o caso, por exemplo, do postulado da proporcionalidade. Embora tradicionalmente denominada de princípio, a rigor, a proporcionalidade é condição de possibilidade do raciocínio com princípios.

3.1.3. **Crítério distintivo proposto por Ronald Dworkin**

Na *distinção lógica* adotada por Ronald Dworkin (1977) as normas apontam para decisões próprias em circunstâncias específicas, mas se diferenciam pelo caráter da direção fornecida. O jusfilósofo norte-americano aponta a existência de três espécies normativas: regras (*rules*), diretrizes políticas (*policies*) e princípios (*principles*).

As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada (“*rules are applicable in all-or-nothing fashion*”), isto é, caso ocorram os fatos estipulados por regras válidas, as respostas dadas devem ser aceitas. As consequências jurídicas devem ser aplicadas quando se realizam as condições previstas. Por terem caráter de definitividade, impõem determinados resultados, sendo aplicáveis na forma de juízos disjuntivos: se os fatos estipulados por uma regra válida se dão, a resposta dada deve ser aceita. Por isso, o enunciado preciso deve conter todas as possíveis exceções. Quando se chega a um resultado contrário ao estabelecido, é porque foi alterada ou abandonada.

Os princípios, por sua vez, trazem em si uma “exigência de justiça, de equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.” Os juízes, assim como estão obrigados a aplicar uma regra válida, devem decidir conforme os princípios de maior peso, mesmo quando existem outros apontando em sentido contrário. Os princípios indicam, apenas de forma provisória (caráter *prima facie*), o sentido da decisão a ser dada, sendo que seu preterimento em um caso específico, não significa invalidade. Atuam com maior destaque nos casos difíceis (*hard cases*), orientando as decisões e servindo como base argumentativa para sua fundamentação.

As diretrizes políticas (*policies*) designam normas (*standards*) consagradoras de objetivos a serem alcançados, geralmente por promoverem melhorias econômicas, políticas ou sociais. É o caso, por exemplo, do dispositivo constitucional que prescreve a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução de desigualdades sociais e regionais como objetivos fundamentais do estado brasileiro (CF, art. 3.º, III). Na maior parte das vezes, Dworkin (1977) utiliza o termo princípio (*lato sensu*) para se referir ao “conjunto dos *standards* que não são regras”, reconhecendo a fragilidade da distinção entre as diretrizes e os princípios interpretados como normas enunciativas de objetivos sociais.

3.1.4. Critério distintivo proposto por Robert Alexy

Na teoria dos princípios formulada por Robert Alexy (2008b), a diferença qualitativa, e não apenas gradual, entre princípios e regras resulta na distinção estrutural dos direitos consagrados nas duas espécies normativas.

Os princípios são definidos como *mandamentos de otimização*, ou seja, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” Caracterizam-se por dois aspectos centrais: I) podem ser satisfeitos em graus variados; e II) a medida devida dessa satisfação depende não somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, as quais são determinadas por outros princípios e regras. Fornecem apenas razões provisórias (*prima facie*) para as decisões, ou seja, comandos aceitos em um primeiro momento, mas dependentes de verificações subsequentes, em face de outros fornecidos por princípios opostos. Por não definirem “a extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”, tais razões são afastáveis,

no caso concreto, por outras antagônicas mais fortes, motivo pelo qual os princípios nunca asseguram direitos ou impõem deveres de forma definitiva.

Embora a noção de princípio formulada por Ronald Dworkin tenha inspirado a teoria desenvolvida por Robert Alexy, as duas concepções se diferenciam em aspectos de fundamental importância. Para Alexy, os “princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos”, enquanto Dworkin correlaciona princípios a direitos individuais e diretrizes políticas (*policies*) a interesses coletivos. No mais, Alexy rejeita a tese da *única resposta correta* e Dworkin não considera os princípios como mandamentos de otimização.

As *regras* são definidas por Alexy (2008b) como *mandamentos definitivos*, ou seja, “normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.” Enquanto os princípios admitem diferentes graus de concretização, as regras válidas exigem o cumprimento na medida exata de suas prescrições. Algumas podem ter caráter provisório (*prima facie*), embora diferente e essencialmente mais forte que o dos princípios. Como ressaltado por Thomas Bustamante (2008d), no mundo real – e não em um “mundo deonticamente perfeito” – a obrigação de realizar a consequência jurídica poderá ser elidida em caso de conflito com outra mais forte. Isso revela que o caráter da obrigação não era definitivo, mas apenas provisório. As regras somente fornecem razões definitivas quando aplicáveis sem qualquer exceção, isto é, quando garantem direitos ou impõem deveres de maneira inafastável.

Para Alexy (2008b), as razões fornecidas pelos princípios, ante a possibilidade de superação por outras mais fortes, têm sempre caráter provisório, enquanto as fornecidas pelas regras têm caráter definitivo, desde que não comportem exceções. São diferenciados dois tipos de regras. As *completas* são aquelas cuja determinação contida no enunciado é suficiente para a decisão e que, por conseguinte, fornecem razões definitivas para um juízo concreto de dever-ser. Por serem aplicáveis sem qualquer exceção, asseguram direitos e impõem deveres definitivos. As *incompletas*, por sua vez, não podem ser aplicadas independentemente de sopesamentos, sendo necessário recorrer ao nível dos princípios para se chegar à decisão. Sob essa óptica, aquelas devem ser compreendidas como mandamentos definitivos e estas como mandamentos provisórios, embora de caráter essencialmente mais forte que o dos princípios.

Conflito de normas

Sumário: 1. Conflitos entre regras – 2. Conflitos entre princípios – 3. Conflitos entre regras e princípios.

A constituição é um “sistema normativo aberto de princípios e regras” (CANOTILHO, 2000) que, assim como os demais, necessita das duas espécies normativas para exteriorizar os seus comandos.

Um sistema constituído exclusivamente por regras exigiria disciplina legislativa exaustiva e completa, além de inviabilizar a realização dos sopesamentos necessários à resolução dos conflitos inerentes ao pluralismo que, como assinalado por Bobbio (2009), antes de ser uma teoria “é uma situação objetiva, na qual estamos imersos.”

Por outro lado, um sistema composto apenas por princípios produziria situações de grave insegurança jurídica, além de tornar o processo decisório lento e extremamente complexo. O raciocínio com princípios tende a gerar incertezas em virtude da subjetividade presente na identificação e avaliação das razões favoráveis e contrárias, bem como da falta de clareza sobre como as razões conflitantes devem ser sopesadas.

As regras, além de proporcionarem maior clareza e previsibilidade a seus destinatários, possuem processo de aplicação mais simples e rápido, menos custoso e com menores riscos de erro, conferindo maior segurança jurídica aos destinatários de seus comandos.

As constituições democráticas contemporâneas se caracterizam por consagrar grande diversidade de valores plurais, não raro, conflitantes entre si, tornando frequente o surgimento de antinomias. As *antinomias jurídicas* consistem no conflito entre normas pertencentes ao mesmo ordenamento e dotadas do mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material.

Quanto ao conteúdo, as antinomias podem ser *próprias*, quando duas normas impõem condutas inconciliáveis entre si (uma obriga e a outra proíbe; uma permite e a outra obriga; ou, uma proíbe e a outra permite), ou *impróprias*, quando envolvem o conflito entre princípios (antinomia de princípios), valores (antinomia de valorativa) ou meios e fins (antinomia teleológica).

Quanto à forma de solução, podem ser *reais*, quando solucionáveis apenas com a exclusão de uma das normas envolvidas, ou *aparentes*, quando puderem ser resolvidas pela via interpretativa.

Os conflitos normativos têm como ponto em comum a produção de resultados distintos a depender da norma prevalecente. A diferença está nos meios de resolução empregados, variáveis conforme as espécies normativas envolvidas.

1. CONFLITOS ENTRE REGRAS

A validade simultânea de normas contraditórias entre si é incompatível com o princípio da unidade do ordenamento jurídico.

O *conflito de primeiro grau* entre regras pode ser eliminado quando se introduz uma “cláusula de exceção” como, por exemplo, no caso da proibição de sair da sala de aula antes de tocar o sinal e do dever de deixar a sala quando soar o alarme de incêndio: “se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio” (ALEXY, 2008b).

Tais cláusulas são constituídas, segundo Humberto Ávila (2012), mediante um processo de valoração de argumentos e contra-argumentos, semelhante ao juízo de sopesamento de razões, no qual “em função da existência de uma razão contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, decide-se criar uma exceção.”

Para solucionar os conflitos de regras insuperáveis pelas técnicas tradicionais da hermenêutica jurídica, Ana Paula de Barcellos (2005) propõe a “ponderação de valores ou bens” por considerar necessário, para escolha da regra a ser aplicada, “ascender na escala de abstração e examinar os fins, as razões e os valores que, em última análise, justificam cada uma das duas regras em confronto.” A rigor, em conflitos envolvendo esta espécie normativa, o que se pondera não são as regras em si, mas os princípios nos quais se fundamentam.

Quando não for possível introduzir uma cláusula de exceção, a invalidade deve declarada com base nos critérios hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) ou cronológico (*lex posterior derogat priori*),¹ salvo nas hipóteses de contradição entre regras gerais e específicas, à quais se aplica o critério da especialidade (*lex generalis non derogat speciali*).²

Na dimensão da validade podem ocorrer, ainda, **conflitos de segundo grau** envolvendo mais de um critério, como nos casos de antinomia entre (I) norma constitucional anterior e norma legal posterior (hierárquico x cronológico); ou entre (II) norma geral de lei posterior e norma específica de lei anterior (especialidade x cronológico); ou, ainda, entre (III) norma constitucional geral e norma legal específica (hierárquico x especialidade). Com exceção da primeira hipótese, quando o critério hierárquico sempre prevalece sobre o cronológico, a solução depende da análise do caso concreto. O critério da especialidade geralmente prevalece sobre o cronológico,

1. Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), art. 2.º, § 1.º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

2. Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), art. 2.º, § 2.º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

assim como o critério hierárquico tende a prevalecer sobre o da especialidade. Em ambas as hipóteses, no entanto, uma resposta definitiva somente é possível caso a caso, após a interpretação dos dispositivos envolvidos.

2. CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS

O conflito entre princípios, embora possível também na dimensão da validade, ocorre com maior frequência na **dimensão do peso (importância ou valor)**. Em sociedades democráticas e plurais, a constituição resulta de pequenos pactos entre grupos representativos de setores distintos e com valores, por vezes, antagônicos. O consenso fundamental responsável pela positivação das normas constitucionais não apaga “o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador” (CANOTILHO, 2000), responsáveis pelo surgimento de tensões (*colisões*) normativas.

Na antinomia jurídica imprópria, a validade das normas conflitantes é pressuposta. A solução para antinomias de princípios deve ser dada, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso concreto, por meio da *ponderação (sopesamento ou balanceamento)*, procedimento estruturado em três etapas: inicialmente, as (I) normas aplicáveis ao caso são identificadas e agrupadas conforme a direção que apontam; em seguida, são analisadas as (II) circunstâncias fáticas e suas repercussões; após as duas etapas preparatórias, é atribuído o (III) peso relativo aos princípios envolvidos (“ponderação propriamente dita”). A *ponderação propriamente dita* também é subdividida em três momentos: (III.a) definição da intensidade da intervenção; (III.b) análise da importância dos fundamentos justificadores da intervenção; e (III.c) realização da ponderação em sentido estrito. Nos termos da *lei de ponderação*, formulada por Robert Alexy (1998), “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.”

A *ponderação de princípios* (e não de bens ou valores) deve ser empregada como último recurso metodológico, ou seja, apenas para a resolução de casos de maior complexidade nos quais os elementos interpretativos tradicionais sejam insuficientes para solucionar o problema. Se os princípios são normas e se as normas são resultantes da interpretação do texto, a ponderação de princípios somente deve ser realizada após a atribuição de sentido aos enunciados normativos.

Em casos difíceis, marcados por fortes incertezas quanto às circunstâncias fáticas e/ou jurídicas, deve ser reconhecida a competência do Poder Legislativo para avaliar as variáveis empíricas, sendo autorizada a intervenção legislativa no âmbito de proteção de direitos fundamentais, mesmo quando não constatada a veracidade das premissas pressupostas, mas apenas a sua incerteza (“margem de ação epistêmica empírica”). Se as dúvidas estiverem relacionadas à melhor quantificação dos princípios em jogo, também deve ser reconhecida uma área de manobra na qual o legislador pode tomar decisões com base em suas próprias valorações (“margem de

ação epistêmica normativa”). Vale dizer: a *margem de ação epistêmica normativa* surge quando há incerteza acerca dos pesos dos princípios em colisão, ao passo que a *margem de ação epistêmica empírica* se refere às hipóteses de insegurança quanto às premissas empíricas que sustentam a intervenção legislativa (ALEXY, 2008b).

Quando as normas constitucionais não obrigam nem proíbem algo, há uma *margem de ação estrutural* para definir os objetivos, escolher os meios e para sopesar. Existindo norma regulamentadora, três vetores interpretativos impõem aos julgadores o dever de conferir primazia às escolhas feitas pelos órgãos legislativos e administrativos: o *princípio democrático*, referido por Alexy (2008b) como “princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado”; o *princípio da presunção de constitucionalidade das leis*; e o *princípio das capacidades institucionais*. Qualquer teoria interpretativa será incompleta se não tiver em conta aspectos empíricos sobre as capacidades interpretativas das instituições e os efeitos sistêmicos gerados na sociedade pela alocação do poder decisório (VERMEULE, 2006).

Da ponderação resulta uma regra definidora da *relação de precedência condicionada* entre os princípios envolvidos, isto é, uma norma específica contendo as condições sob as quais determinado princípio tem preferência sobre outro. Tal relação é condicionada, pois em condições diversas o resultado pode ser diferente. Ante a inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, somente à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto é possível definir o peso relativo de cada princípio e a intensidade da precedência de um sobre o outro. Isso não impede, todavia, a doutrina de contribuir para a resolução de conflitos no âmbito judicial fornecendo modelos pré-elaborados de soluções ponderativas a serem utilizados como parâmetros para a solução de casos concretos.

De acordo com a *lei de colisão*, “as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro constituem o pressuposto fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente” (ALEXY, 2008b). As regras resultantes de ponderações de princípios devem ser generalizáveis e aplicáveis a casos futuros envolvendo os mesmos elementos fáticos e jurídicos essenciais. Tais regras simplificam a ulterior solução de casos originariamente complexos, além de permitir aos destinatários da norma antever o tipo de conduta a ser adotada, evitando, assim, a supressão do caráter orientador do direito. Como ressaltado por Luis Prieto Sanchís (2005b), “a ponderação se configura, pois, como um passo intermediário entre a declaração de relevância de dois princípios conflitantes que regulam provisoriamente certo caso e a construção de uma regra para regular esse caso em definitivo; regra que, por certo, graças ao precedente, pode ser generalizada e que termina por fazer desnecessária a ponderação nos casos centrais ou reiterados.”

Os críticos da ponderação costumam acusá-la de ser um procedimento discricionário, capaz de permitir arbitrariedades e de conduzir à exacerbação do subjetivismo, mas não apontam alternativas metodológicas melhores, desprovidas desses defeitos. A rigor, tais problemas não decorrem da ponderação em si, mas sim da existência