

## Uma tipologia das normas constitucionais

Juan Ruiz MANERO<sup>1</sup>

**RESUMO:** Seguindo a tradição europeia legal o texto aponta escolhas e caminhos possíveis que são influenciados pelas escolhas de opções de Teoria do Direito na perspectiva constitucional. Antes mesmo de se falar em técnicas de interpretação constitucional e suas metodologias dos trabalhos constitucionais o intérprete e teórico do direito está conectado argumentativamente a um modelo constitucional, seja por normas regulatórias, seja por normas constitutivas. O presente texto trabalha as dimensões teóricas das normas constitucionais normativas e das normas constitucionais constitutivas, seja pela visão legislativa, seja pela visão judicial, realizando contrapontos estruturais no debate. Ao final é apontada a forma mais condizente com a estrutura constitucional argumentativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tipologia das Normas; tipologia dos princípios; validade das normas constitucionais e sua argumentação.

**SUMÁRIO:** Introdução. Normas Constitutivas e Normas Reguladoras, Modelos de Constituição e Modelos Constitucionais; – 1. As normas constitucionais reguladoras; a) uma tipologia geral das normas reguladoras; b) o alcance da tipologia precedente; c) quatro notas sobre princípios e diretrizes; d) princípios explícitos e princípios implícitos. Uma particularidade francesa: “os princípios reconhecidos pelas leis da República”; – 2. As Normas Constitucionais Constitutivas; a) duas espécies de normas constitutivas. As estruturas das normas que conferem poderes e, especialmente, das que conferem poder para legislar; b) validade constitutiva e validade reguladora. Uma tensão irresolvida nos critérios constitucionais de validade jurídica; – 3. Argumentação e Constituição.

*ENGLISH TITLE: A Typology of Constitutional Norms*

*ABSTRACT: Following the European legal tradition the present article look forward to the possible choices and it's influences by Jurisprudence in the constitutional perspective. Even before the constitutional interpretation technics and consequents methodology in the constitutional field, the interpreter and theoretical of law are connected in an argumentative way to one constitutional model, in one hand by regulative norms, in other jand by constitutive norms. The present article work the theoretical dimensions of normative constitutional norms and regulative constitutional norms, namely by legislative view or by the judicial view, realizing on it structural cross examination in this debate. In the end, is selected the way according to the argumentative constitutional structure.*

*KEYWORDS: Typology of norms; typology of principles; validity of constitutional norms and its argumentation.*

---

<sup>1</sup> Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Universidad de Alicante. Tradução por Eduardo RIBEIRO MOREIRA (Professor Associado de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Livre-Docente pela USP. Mestre e Doutor em Direito Constitucional. Bolsista em Produtividade do CNPQ).

*CONTENTS: Introduction. Constitutive Norms and Regulatory Norms, Models of Constitution and Constitutional Models; – 1. Constitutional regulatory norms; a) one general typology of regulatory norms; b) the scope of constitutional precedent; c) four rules about principles and directives; d) explicit principles and implicit principles. One French singularity “the principles are recognized by Republic legal statutes”; – 2. Constitutional constitutive norms; a) two species of constitutive norms. The structure of norms whom give powers and, in special, of those that give legislative powers; b) constitutive enforcement and regulative enforcement. One tension not resolved by constitutional criterion of judicial validity; – 3 Constitution and argumentation.*

## **Introdução. Normas constitutivas normas reguladoras, modelos de Constituição e concepções constitucionais**

Ainda que historicamente tenha se falado, e se continue falando, de “Constituição” em diversos sentidos, e hoje sem dúvida, predominante o uso de “Constituição” no sentido de “Constituição formal”<sup>2</sup>. Isto é, o termo “Constituição” se emprega principalmente para referir-se ao documento normativo, situado no vértice do sistema jurídico e dotado de um regime jurídico especial, que, por um lado, estabelece as competências dos principais órgãos do Estado e, por outro, põe limites e proporciona diretrizes positivas para o exercício dessas competências. Enquanto que o estabelecimento de limites tem lugar principalmente na forma de direitos subjetivos garantidos aos cidadãos, as diretrizes positivas vêm aportadas principalmente pela estipulação de determinados objetivos coletivos como fins para cuja consecução deve ordenar-se o exercício dessas mesmas competências.

Pois bem: a configuração das competências dos órgãos do Estado requer *normas constitutivas*, e mais especificamente, *normas que conferem poderes normativos*, que, ao estabelecer as condições para isso, possibilitem a cada um destes órgãos a produção dos resultados institucionais ou mudanças normativas em que consistem, precisamente, suas competências. E ao contrário, o estabelecimento de limites e diretrizes no exercício dessas mesmas competências requer, não de normas constitutivas mas de *normas reguladoras*, isto é, de normas que contenham modalizações deônticas em forma de obrigações, proibições e permissões.

De forma que as duas grandes funções da Constituição – conferir competências e disciplinar seu exercício – aparecem vinculadas, cada uma delas, à bipartição mais

---

<sup>2</sup> Cfr. GUASTINI (2001).

básica na tipologia das normas: a que distingue entre normas constitutivas e normas reguladoras.

A articulação dessa bipartição, no entanto, e a importância relativa das diversas espécies que colocamos dentro de cada um desses dois grandes gêneros, apresentam na Constituição traços característicos singulares, tanto em relação ao sistema jurídico em seu conjunto, como em relação a outros textos jurídicos ou fontes do Direito. Vejamos algumas dessas peculiaridades. A primeira delas reside em que, em relação ao sistema jurídico em seu conjunto, as normas reguladoras são funcionalmente mais básicas do que as normas constitutivas e, especialmente, do que as normas que conferem poderes. Quer dizer que as normas reguladoras (com alguma exceção que podemos agora deixar de lado) têm funcionalmente sentido por si mesmas, isto é, na ausência de qualquer tipo de inter-relação sistemática com outras normas e em particular com normas que confirmam poderes<sup>3</sup>. Assim, por exemplo, a proibição do homicídio, ou do roubo ou a obrigação do cuidado com a prole, poderiam existir como *standards* sociais significativos na ausência de inter-relações sistemáticas de qualquer tipo com outras normas e, em particular, sem fazer parte de um sistema normativo que regule sua própria composição, reforma e aplicação<sup>4</sup>. No entanto, não acontece o mesmo com as normas que conferem poderes para promulgar novas normas ou derogar as antigas: tais poderes só têm funcionalmente sentido se, mediante seu exercício, podem promulgar-se ou derogar-se normas reguladoras. Outro tanto ocorre com as normas que conferem poderes para determinar de modo autoritário se foram violadas ou não outras normas e impor, caso sim, sanções ou remédios: tal determinação de autoridade, e a eventual e ulterior imposição de sanções ou remédios, não pode senão referir-se a normas reguladoras.

De forma que é cabível que uma sociedade seja regulada unicamente por um conjunto de normas reguladoras – ainda que a esse conjunto negaríamos o título de sistema *jurídico* e talvez também o de *sistema* – mas não cabe um sistema normativo com ancoragem social composto unicamente por normas que confirmam poderes normativos: pois tais poderes normativos só têm funcionalmente sentido enquanto orientados, no fim das contas, à produção ou aplicação de normas reguladoras.

---

<sup>3</sup> A exceção é a das normas reguladoras que disciplinam o uso de poderes normativos, pois tais normas reguladoras pressupõem normas que confirmam os poderes de que se trate. Assim, por exemplo, a norma que impõe ao juiz o dever de decidir ou a que impõe ao legislador o dever de respeitar certos direitos e liberdades pressupõem normas que confirmam poder jurisdicional e legislativo, respectivamente.

<sup>4</sup> Cfr. MacCORMICK (1981).

Mas se do sistema jurídico em seu conjunto passamos a esse documento ao que chamamos “Constituição”, a situação parece reverter-se: pois se bem cabe uma Constituição que careça de normas reguladoras, não cabe de modo algum uma Constituição que só contenha normas desse tipo, isto é, uma Constituição que careça de normas constitutivas e, em particular, de normas que confirmam poderes. E isso porque aquilo sem o qual um documento normativo não merece o título de “Constituição” é precisamente o estabelecimento das competências – dos poderes normativos – dos órgãos superiores do Estado. Disciplinar o uso dessas competências mediante normas reguladoras tem como condição necessária seu prévio estabelecimento. Uma vez estabelecidas as competências já é possível – é questão contingente – que seu exercício apareça ou não disciplinado com maior ou menor intensidade mediante normas reguladoras. Se a Constituição não contem em absoluto normas reguladoras orientadas à tal disciplina, a Constituição limitar-se-á a operar como fonte das fontes do Direito – isto é, a estabelecer o mapa das fontes do Direito (ou, pelo menos, daquelas de maior hierarquia) --; se, e na medida em que, a Constituição não se limite a estabelecer tal mapa dos poderes normativos, como também contenha normas reguladoras que operem como parâmetros de correção dos resultados – das mudanças normativas – produzidas mediante o uso de tais poderes, a Constituição já não será somente fonte das fontes, mas sim fonte do Direito<sup>5</sup>: a fonte de maior hierarquia, que, como tal, designará certos conteúdos como indisponíveis para as demais fontes e, em particular, para a legislação.

A grande divisão entre normas constitutivas, e, em especial, normas que conferem poderes, por um lado, e normas reguladoras, por outro, também se encontra associada à classificação das Constituições (e das concepções da Constituição) em mecânicas e normativas<sup>6</sup>. Uma Constituição mecânica pura seria composta unicamente por normas que conferem poderes, enquanto que uma concepção puramente mecânica da Constituição advogaria por um texto constitucional composto unicamente por normas desse tipo. Isso não significa que uma Constituição mecânica ou uma concepção mecânica da Constituição sejam indiferentes à qualidade dos conteúdos normativos e decisórios que resultem do exercício dos poderes constitucionais. Mas uma Constituição ou uma concepção constitucional desse tipo se baseiam na ideia de que a melhor maneira de tornar mais prováveis os conteúdos desejados (por exemplo, uma legislação *moderada* ou, em geral, conteúdos normativos e decisórios respeitosos aos direitos humanos) é delineando os diferentes órgãos e seus poderes normativos de tal

---

<sup>5</sup> AGUILÓ (2004).

<sup>6</sup> Sobre esta classificação, TROPER (1999).

forma que sua atuação conjunta maximize, através principalmente de mecanismos de *checks and balances*, a probabilidade de conteúdos desse tipo.

Uma Constituição normativa, ou uma concepção normativa da Constituição, por seu lado, tendem a assegurar a desejabilidade dos conteúdos que resultem do exercício dos poderes dos órgãos constitucionais preferencialmente por meio de normas reguladoras que disciplinem, mediante o estabelecimento de obrigações e proibições, o exercício desses poderes. E também mediante órgãos, como os Tribunais Constitucionais, que sejam destinatários de normas também reguladoras que lhes imponham o dever de anular os conteúdos normativos e decisórios que violem tais obrigações ou proibições relativas ao exercício dos poderes.

Esta grande divisão entre, de um lado, normas constitutivas e, particularmente, normas que conferem poderes e, de outro, normas reguladoras, se associa também às duas grandes concepções do sistema jurídico que podemos vincular, emblematicamente, à imagem do mesmo como sistema dinâmico de Hans Kelsen e à concepção do Direito como integridade de Ronald Dworkin.

Na reconstrução de Kelsen, efetivamente, a ordem jurídica aparece como uma unidade, como um sistema, tanto que essa ordem jurídica se apresenta – desde a Constituição às sentenças judiciais ou resoluções administrativas – como uma estrutura escalonada na qual as normas de certo grau recebem, por um lado, sua validade das normas de grau superior, conforme as quais foram produzidas e, por outro, essas mesmas normas, regulando a produção normativa inferior, fundamentam a validade de normas de grau inferior. De modo que uma norma jurídica, em qualquer de seus graus “não vale – como escreve o próprio Kelsen – por ter um conteúdo determinado [...] mas por ter sido produzida de determinada maneira” (Kelsen, 1986, p. 205) que pode reconduzir-se à Constituição e mais ainda, à norma fundamental pressuposta que fundamenta a validade da Constituição. A necessidade desta norma fundamental pressuposta reside em que “a busca do fundamento de validade de uma norma não pode prosseguir até o infinito” mas “tem que concluir em uma norma que suporemos a última, a suprema” e tal norma suprema “tem que ser *pressuposta*, dado que não pode ser imposta por uma autoridade cuja competência teria que basear-se em uma norma ainda superior” (Kelsen, 1986, p. 202). A unidade do sistema jurídico reside, assim, em que todos seus atos de produção normativa podem reconduzir-se a uma mesma Constituição e, através dela, a uma mesma norma fundamental pressuposta.

Muito diferente é a concepção da unidade do Direito que encontramos em um autor como Ronald Dworkin. Para este, o conceito de Direito ou de sistema jurídico é um conceito interpretativo. O Direito não é algo que nos seja dado pelas fontes como um produto acabado, mas algo que resulta da interpretação construtiva, e a interpretação construtiva – própria da interpretação de produtos culturais como as obras de arte ou de práticas sociais como o Direito “consiste em atribuir um propósito a um objeto ou a uma prática, a fim de fazer dele o melhor exemplo possível da forma ou do gênero ao qual se considera que pertença” (Dworkin, 1986, p. 52). A interpretação construtiva é “um assunto de interação entre propósito e objeto” (id.). No caso do Direito, o ponto de partida da empresa interpretativa é um necessário acordo pré-interpretativo consistente na identificação geralmente compartilhada de seu objeto: “o Direito não pode florescer como uma empresa interpretativa em nenhuma sociedade salvo que haja nela um acordo inicial suficiente sobre quais práticas são práticas jurídicas de forma que os juristas argumentem acerca da melhor interpretação de mais ou menos os mesmos dados” (Dworkin, 1986, PP. 90-91). Porém esse objeto cuja identificação resulta geralmente compartilhada – o Direito baseado em fontes, poderíamos dizer – não esgota, de modo algum, aquilo no qual o Direito consiste. O “assunto mais abstrato e fundamental” do Direito “é guiar e limitar o poder” do Estado no seguinte sentido: “o Direito insiste em que a força não deve ser usada ou esgrimida, independentemente de quão útil seria isso para as finalidades em perspectiva, e independentemente de quão benéficas ou nobres sejam essas finalidades, exceto se esse uso vem permitido ou exigido por direitos e responsabilidades individuais que surgem de decisões políticas passadas acerca de quando a força coletiva está justificada” (Dworkin, 1986, p. 93). E de acordo com a concepção do Direito defendida pelo próprio Dworkin, “direitos e responsabilidades surgem de decisões passadas e contam assim como jurídicos, não só quando se encontram explícitos em ditas decisões como também quando são seguidos por princípios de moralidade pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem pela via de justificação” (Dworkin, 1986, p. 96). De forma que, na concepção de Dworkin, o Direito está formado não só pelas normas baseadas em fontes, como também pelas normas que cabe coerentemente derivar da doutrina política mais sólida que justifica as normas baseadas em fontes.

Dessa forma, Kelsen e Dworkin nos aparecem como arquétipos de dois paradigmas distintos na hora de entender a unidade do Direito: para Kelsen, a unidade da ordem jurídica consiste na unidade de seu sistema de fontes, na possibilidade de remeter cada uma delas a uma única norma fundamental: “Todas as normas cuja validade possa remeter-se a uma e mesma norma fundamental básica, constituem um sistema de

normas, uma ordem normativa. A norma fundamental básica é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e a mesma ordem” (Kelsen, 1986, p. 202). Para Dworkin, bem diversamente, a unidade do Direito consiste na coerência unitária de sentido de seus conteúdos, no fato de que todos eles podem ver-se como derivações de, e integráveis em, uma mesma filosofia política coerente.

Essa diferença em relação à concepção do sistema jurídico se traduz também, como não poderia ser de outro modo, em que as visões da Constituição de Kelsen e Dworkin acentuam aspectos muito diferentes da mesma. Para Kelsen, o aspecto essencial de “a forma Constituição que, como forma, pode receber qualquer conteúdo” é o de “estabilizar” a Constituição “no sentido material”, expressão esta última que designa “a norma ou normas positivas que regulam a produção das normas jurídicas gerais” (Kelsen, 1986, pp. 232-233). E enquanto que isto é o essencial na Constituição, a incorporação a seu texto de invocações a ideais tais como “a equidade, a liberdade, a igualdade, a justiça, a moralidade, etc.” merecem-lhe uma valoração muito negativa: tais invocações “não têm [...] de forma geral, um grande significado” e “não acrescentam nada à realidade efetiva do Direito” enquanto as concepções acerca desses valores “são até certo ponto diferentes entre si [...], que se o Direito positivo não consagra uma dentre essas concepções, toda regra jurídica pode justificar-se com base em alguma delas” (Kelsen, 1988, p. 142). Para Dworkin, ao contrário, invocações desse gênero, ao expressar os princípios substantivos básicos do exercício justificado do poder, constituem o aspecto central mais característico das Constituições: “a maioria das Constituições contemporâneas – escreve – declaram direitos individuais contra o governo mediante uma linguagem muito ampla e abstrata” e tais “cláusulas abstratas” devem interpretar-se e aplicar-se “sobre a base da compreensão de que as mesmas invocam princípios morais sobre a decência política e a justiça”. Essa compreensão subjaz, mesmo de forma implícita, aos processos de interpretação e aplicação dos textos constitucionais: “juristas e juízes, em seu trabalho diário, tratam instintivamente a Constituição como expressando exigências morais abstratas que só podem aplicar-se aos casos concretos por meio de novos julgamentos morais”. E isso implica que uma concepção adequada da Constituição, isto é, uma concepção que pretenda dar conta das práticas reais de interpretação e aplicação constitucionais, “coloque a moralidade política no coração do Direito constitucional” (Dworkin, 1996, PP. 2-3).

A tipologia das normas e a importância relativa concedida a cada um de seus dois grandes gêneros (normas constitutivas e normas reguladoras) vincula-se, pois, a numerosas distinções e tomadas de posição capitais relativas às funções



constitucionais, às concepções (descritivas e prescritivas) da Constituição e do sistema jurídico em seu conjunto, à natureza da interpretação e do raciocínio jurídico, à relação, enfim, entre Direito e moral. E, como antes advertíamos, a importância relativa das diversas espécies normativas que cabe distinguir em cada um desses dois grandes gêneros apresenta peculiaridades no texto constitucional, que o diferenciam de outros textos jurídicos. Bastante dessas coisas irão aparecendo nos tópicos que seguem.

## 1. As normas constitucionais reguladoras

### A) Uma tipologia geral das normas reguladoras<sup>7</sup>

Toda norma reguladora – constitucional ou não – correlaciona um antecedente, caso ou condições de aplicação (estas três expressões serão entendidas como sinônimas) com um conseqüente ou solução normativa (expressões que também serão entendidas como sinônimas) na qual se modula deonticamente uma certa conduta. Dessa forma, os diferentes tipos de normas reguladoras – constitucionais ou não – obedecerão às diferentes maneiras como é cabível configurar tanto o caso como a solução normativa. Enquanto à configuração do caso, a primeira possibilidade é que este esteja integrado por um conjunto de propriedades que resultem independentes das razões em pró ou em contra da conduta modulada na solução normativa. Ao configurar desta maneira o caso, pretende-se que, quando tais propriedades acontecem, é gerado um dever conclusivo no destinatário da norma de fazer o que foi ordenado na solução normativa, independentemente de sua própria deliberação acerca do peso das razões em pró ou em contra daquilo. A segunda possibilidade em relação à configuração do caso é que esta faça referência simplesmente a que haja uma oportunidade para realizar a conduta prescrita na solução normativa, o que geraria um dever somente *prima facie* de realizar tal conduta. Este dever *prima facie* tornar-se-ia dever conclusivo sempre que (na medida em que) as razões em pró de realizar tal conduta tivessem o peso suficiente para deslocar eventuais razões em sentido contrário.

Enquanto à solução normativa, o modalizado deonticamente – como obrigatório, proibido ou permitido – pode ser, ou bem a realização de uma ação, ou bem a produção de um estado de coisas. E como bem certa ação simplesmente se realiza ou não se realiza (sem que caibam modalidades graduais de realização), mas um determinado estado de coisas (caracterizado pela presença de certa propriedade) pode dar-se em

---

<sup>7</sup> Essa tipologia geral das normas reguladoras, como também a que aparece mais adiante referente às normas constitutivas, provém de ATIENZA e RUIZ MANERO (1996).



maior ou menor medida (a propriedade em questão pode apresentar graus diferentes de intensidade) as normas que ordenam a produção de um estado de coisas podem ordenar, ou bem produzir esse estado de coisas em certa medida determinada, ou bem produzi-lo na maior medida possível, levando em conta outros estados de coisas cuja produção é também ordenada por outras normas.

Da combinação desses critérios podemos obter pelo menos *quatro tipos ideais* de normas reguladoras, duas delas consignáveis no terreno das regras – as regras de ação e as regras de finalidade – e outras duas consignáveis no terreno dos princípios em sentido amplo – os princípios em sentido estrito e as diretrizes ou normas programáticas --. Vejamos cada um deles:

a) Em primeiro lugar, as *regras de ação*. Entenderemos como tais aquelas normas que configuram o caso mediante um conjunto de propriedades genéricas e nas quais a conduta modalizada deonticamente na solução normativa consiste na realização (ou omissão) de uma ação. É o tipo mais comum de normas jurídicas reguladoras e aquele no qual se realiza em maior grau a pretensão de redução da complexidade do raciocínio prático que acompanha, em geral, à regulamentação jurídica. As regras de ação possibilitam que seu destinatário, dando-se as condições – propriedades – que configuram o caso, realize a ação ordenada sem deliberar sobre as razões em pró ou em contra disso e ignorando, ao mesmo tempo, as consequências da realização dessa ação<sup>8</sup>. Imaginemos, como exemplos de regras de ação, uma norma do tráfico que ordena não ultrapassar certa velocidade em certo tipo de estradas ou uma norma tributária que ordena pagar determinado imposto no caso de realizar certa atividade industrial ou mercantil. Tais normas podem ser seguidas, na imensa maioria dos casos aos quais se aplicam, sem necessidade de nenhuma deliberação – nem em relação às razões para

---

<sup>8</sup> Esta pretensão de excluir a necessidade de deliberação para determinar o que conclusivamente deva fazer-se fracassa, no entanto, quando o caso individual com que nos enfrentamos obedece a algum dos dois pressupostos seguintes. O primeiro deles é que, mesmo sendo subsumível no caso genérico considerado na regra, não se lhe apliquem, no entanto, as principais razões que respaldam esta. De tais casos dizemos, utilizando categorias de RAZ (1991) que se encontra *fora do alcance* da regra. Um exemplo disso seria, em relação à regra que proíbe a circulação de veículos em um parque, a introdução nele de automóveis, nas horas em que o parque se encontra fechado ao público, para uma exposição dos mesmos. O segundo deles é que o caso individual, mesmo sendo subsumível no caso genérico contemplado na regra e aplicando-lhe as principais razões que respaldam a regra, no entanto se lhe apliquem também razões mais fortes não levadas em conta na regra. De tais casos dizemos, usando as mesmas categorias, que constituem *exceções* à regra. Um exemplo seria, em relação a mesma regra do exemplo precedente, o que uma ambulância penetre no parque, em um momento em que este se encontre aberto ao público, para recolher um ferido que poderia morrer ao não receber uma assistência imediata. Sobre esses problemas, além, de RAZ (1991), veja-se principalmente, RÓDENAS (1998) e ATIENZA e RUIZ MANERO (2000).

não superar o limite de velocidade ou para pagar o imposto nem em relação às consequências de fazer um e outro.

b) Em segundo lugar, as *regras de finalidade*. Entenderemos por tais aquelas normas que configuram o caso mediante um conjunto de propriedades genéricas e nas quais o modalizado deonticamente na solução normativa consiste, não na realização de uma ação, e sim na produção de um estado de coisas em certa medida determinada<sup>9</sup>. As regras de finalidade têm uma pretensão de redução da complexidade do raciocínio prático de seu destinatário algo menor que o característico das regras de ação. O destinatário de uma regra de finalidade pode claro, e de maneira análoga a como acontece no caso das regras de ação, ignorar as razões em pró e em contra de produzir o estado de coisas ordenado e também as consequências que, uma vez produzido, derivem-se de tal estado de coisas. Porém não pode ignorar as consequências de suas ações: pois o que se ordena não é a realização de nenhuma ação determinada pela própria norma, mas precisamente a realização de ações que resultem causalmente idôneas para produzir o estado de coisas que a norma ordena. Algum exemplo é requerido aqui. Pensemos em uma lei tributária que estabeleça que as prefeituras devem, a partir de uma certa data, não incorrer em déficits superiores a certa porcentagem (ponhamos 3%) de suas receitas. As prefeituras, que suporemos antes deficitárias em porcentagens superiores, podem dar lugar ao estado de coisas ordenado através de diversos caminhos de ação: podem incrementar alguns impostos (que selecionarão), limitar certos serviços (que também selecionarão) que antes prestavam com maior generosidade, combinar em diversas medidas uma coisa e outra, etc.

c) Em terceiro lugar, o que chamaremos *princípios em sentido estrito*, Essas normas se caracterizam porque em seu antecedente não é contida outra coisa senão que se dê uma oportunidade de realizar a ação modalizada no consequente, e neste último a obrigação (ou proibição ou licença) meramente *prima facie* de realizar tal ação. A obrigação (ou proibição ou licença) é meramente *prima facie* porque a ação ordenada ou permitida no consequente de certo princípio pode ser, dependendo da oportunidade, uma ação proibida, naturalmente também *prima facie*, por outro princípio. Por exemplo, certa preferência verbal pode ver-se de entrada como um caso de uso da liberdade de

<sup>9</sup> A distinção entre regras de ação e regras de finalidade é relevante – e não mera questão de estilo redacional da autoridade normativa—quando o estado de coisas cuja produção se ordena não é o *resultado* – no sentido de Von WRIGHT (1979) – de nenhuma ação determinada. Como é sabido, vonWRIGHT denominava *resultado* de uma ação aquela mudança no mundo que guarda uma relação *intrínseca* ou *conceitual* com a ação de que se trate; as *consequências* de uma ação são, por sua parte, -- sempre de acordo com Wright – mudanças no mundo que guardam uma relação *extrínseca* ou *causal* com a ação correspondente. Esta última é a relação pertinente no caso das regras de finalidade e também, como se verá, no caso das diretrizes.

expressão, e portanto como uma ação permitida, mas também como um caso de intromissão na intimidade de uma pessoa, e portanto como uma ação proibida.

Dito de outro modo: os princípios, ao não determinar – fora da condição analítica de que haja uma oportunidade para isso –, quais são as condições nas quais deve (ou pode) realizar-se a conduta prescrita em seu consequente, não podem evitar que, em muitas circunstâncias, se dê uma oportunidade para realizar o conteúdo de certo princípio e, também ao mesmo tempo, o conteúdo de algum outro princípio que resulte incompatível com o primeiro. Por isso que os princípios, por sua própria configuração, não possam eximir a seus destinatários da tarefa de determinar se em certas condições o ordenado por um princípio deve, ou não, prevalecer sobre outro princípio que resulte concorrente. Os princípios não possibilitam, diferentemente das regras, evitar a deliberação sobre as razões em pró ou em contra de realizar a ação ordenada por cada um deles frente às razões em pró ou em contra de realizar a ação ordenada por outro princípio eventualmente concorrente. Esta deliberação ou, como se diz usualmente, esta *ponderação*, desemboca na formulação de uma regra que estabelece, dada certas circunstâncias genéricas ou condições de aplicação, a prevalência de um dos princípios sobre o outro ou, dito de outra forma, que, dadas certas circunstâncias genéricas ou condições de aplicação, deve ser *conclusivamente* o ordenado por alguns dos princípios em concorrência. Um exemplo pode, mais uma vez, ser de utilidade aqui. Pensemos, por exemplo, no caso constituído por um concurso para o recrutamento de médicos para hospitais da Previdência Social ao que aspiram acadêmicos que religiosamente se definem como testemunhas de Jeová e que, portanto, consideram que as transfusões de sangue estão sujeitas a uma proibição divina absoluta. Há de se concordar que aqui concorrem, de um lado, o princípio de proibição de tratamento desigual por razões de crenças religiosas e, por outro, o princípio de proteção da vida humana. Suponhamos que entendemos que as coisas se apresentam de forma distinta no caso dos médicos nutricionistas, por um lado, e no dos médicos especialistas no tratamento intensivo, por outro. No caso dos nutricionistas entendemos que um médico testemunha de Jeová não acarreta um risco considerável para a vida dos pacientes, pois nesta especialidade não é usual a prescrição de transfusões sanguíneas e, em todo caso, ao não ter os tratamentos caráter de urgência, sempre poderia intervir um médico de diferente concepção religiosa. O caso é diferente, nos parece, no caso dos médicos especialistas em cuidados intensivos. Estes têm que tomar decisões rapidamente em contextos nos quais a realização ou não de uma transfusão sanguínea é, literalmente, questão de vida ou morte para os pacientes. Suponhamos que, em virtude destas considerações, no caso do recrutamento de nutricionistas prevalece o princípio de proibição de tratamento

desigual por razão das crenças religiosas, enquanto que no caso do recrutamento de especialistas em cuidados intensivos prevalece o princípio de proteção da vida humana. As regras nas quais desembocam nossas ponderações estabelecerão, pois, que no primeiro caso (dos nutricionistas) excluir as testemunhas de Jeová que, por isso, creem que as transfusões sanguíneas estão sujeitas a uma proibição divina absoluta, está conclusivamente proibido, enquanto que no segundo caso (no dos especialistas em cuidados intensivos) tal exclusão das testemunhas de Jeová, que sustentam essa crença, é conclusivamente obrigatória.

d) Em quarto lugar, o que chamaremos *diretrizes* ou *normas programáticas*. Estas normas se assemelham, pelo lado do antecedente, aos princípios em sentido estrito: pois não contém nele outra coisa a não ser a condição (analítica) de que haja uma oportunidade de realizar a conduta prescrita no conseqüente; mas pelo lado do conseqüente não modalizam deonticamente a realização de uma ação, mas, a produção de certo estado de coisas, na maior medida possível. Trata-se das normas que, sem especificar uma determinada medida (ou umbral) de cumprimento, ordenam aos poderes públicos perseguir determinados objetivos coletivos de variada índole, como a preservação de um meio ambiente saudável, a proteção do patrimônio histórico-artístico de uma determinada comunidade, o pleno emprego, a estabilidade econômica. Estes objetivos coletivos, ou estados de coisas cuja realização vem ordenada pelas diretrizes, podem manter relações causais com ações muito heterogêneas entre si. Por exemplo, o pleno emprego pode ser promovido mediante políticas financeiras, salariais, comerciais, educativas, fiscais, de função pública, etc. Por outro lado, essas ações, por sua vez, podem manter relações causais também muito heterogêneas com estados de coisas ordenados por diferentes diretrizes: certa política financeira pode, inicialmente, contribuir a fomentar o pleno emprego (cuja realização, por exemplo, está ordenada, no caso espanhol, pelo art. 40 da Constituição), mas também contribuir a deteriorar a estabilidade econômica, estado de coisas ao qual aponta outra diretriz (contida, no caso espanhol, no mesmo art. 40 da Constituição); e essa deterioração da estabilidade econômica pode, por sua vez, acabar tendo efeitos negativos sobre o emprego. É por isso que, levando em conta que a propriedade que caracteriza o estado de coisas ordenado por cada diretriz é uma propriedade graduável e não ou tudo ou nada, o ordenado por cada uma das diretrizes seja maximizar tanto quanto seja possível essa propriedade, traçando políticas que articulem a procura dessa maximização com a procura da maximização das propriedades caracterizadoras dos estados de coisas cuja persecução ordenam outras diretrizes.

Daí que a necessidade de deliberação para agir guiado por eles, que é comum a todos os princípios (em sentido amplo), se coloque de forma diferente dependendo que se trate de princípios em sentido estrito ou de diretrizes: no caso dos princípios em sentido estrito, como vimos, trata-se de determinar a prevalência ou não do princípio considerado com outros princípios eventualmente concorrentes; no caso das diretrizes ou normas programáticas, trata-se de esboçar e levar a cabo políticas que proporcionem o maior grau de satisfação possível dos diversos objetivos, interdependentes entre si, aos quais apontam as diversas diretrizes.

## **B) O alcance da tipologia precedente**

Como foi indicado, essa tipologia das normas reguladoras, a qual distingue quatro tipos das mesmas (regras de ação, regras de finalidade, princípios em sentido estrito e diretrizes) é uma tipologia de *tipos ideais*. O que quer dizer que não fica excluída: a) a possibilidade de normas que se situem na *zona de penumbra* entre alguns dos tipos distinguidos porque, mesmo respondendo do ponto de vista de sua configuração ou estrutura a um deles, comportam-se necessariamente, no entanto, do ponto de vista de seu modo de operar no raciocínio prático de seus destinatários, talvez no modo de algum outro desses tipos. E também não fica excluída: b) a possibilidade de normas que do próprio prisma de sua configuração ou estrutura constituam *tipos mistos*, isto é, integrem elementos correspondentes a mais de um dos tipos que distinguimos. Vejamos um exemplo de cada uma dessas possibilidades.

a) É possível, como exemplo do primeiro, que uma norma tenha estrutura de regra de ação, mas que não se possa seguir sem deliberação, isto é, sem levar a cabo uma ponderação de razões. Que tenha estrutura de regra de ação quer dizer, conforme ao que já foi visto, que determine, no antecedente, as circunstâncias que constituem suas condições genéricas de aplicação e que ordene, no consequente, a realização (ou omissão) de uma determinada ação. Essa estrutura é, pelo que faz à configuração do antecedente, condição necessária para que uma norma possa ser seguida por seu destinatário sem necessidade de deliberação. Pois se uma norma – como é o caso dos princípios em sentido estrito – não determina em seu antecedente as circunstâncias que constituem as condições genéricas nas quais deve conclusivamente realizar-se o ordenado no consequente, essa norma não pode evitar a necessidade, na hora de segui-la, de deliberar para ponderar as razões em pró de realizar a ação com as eventuais razões em contra derivadas de outro ou de outros princípios que resultem concorrentes. Mas se a estrutura de regra é condição necessária para que seja possível evitar a

deliberação não é, no entanto, condição suficiente. Para completar o conjunto de condições suficientes é preciso, além do mais, que a regra possua o que F. Schauer<sup>10</sup> denominou *autonomia semântica*, isto é, que o destinatário da mesma possa identificar tanto a conduta exigida pela regra quanto suas condições de aplicação – as circunstâncias em que a conduta deve ser realizada – sem necessidade de adentrar-se nas *razões subjacentes* à mesma. Os exemplos de regras aos quais se aludiu antes (a que estabelece o limite de velocidade no caso de circular por certo tipo de estradas ou a que ordena pagar tal imposto em caso de realizar certa atividade mercantil) reúnem esse requisito: podemos identificar o que a regra exige e em que circunstâncias o exige sem necessidade de adentrarmos nas razões que a autoridade normativa tenha podido levar em consideração para ditá-las. Mas é óbvio que isto não é possível em relação a outras normas que também compartilham a estrutura própria das regras. Podemos pensar, por exemplo, em uma regra que ordene ao juiz de família que, em caso de separação ou divórcio entre os progenitores, caiba a custódia dos filhos menores ao progenitor que resulte “no melhor interesse do menor”. Aqui, a identificação da ação ordenada (dar a custódia à mãe? dá-la ao pai?) requer deliberação acerca das razões para considerar “no melhor interesse do menor” a uma ou a outra de ambas as possibilidades. Outro exemplo seria o de uma norma que, como a contida no Código civil espanhol (art. 200), ordene ao juiz que, dado o correspondente processo, declare incapazes – isto é, prive da capacidade de trabalhar – àquelas pessoas que apresentem “enfermidades ou deficiências persistentes de caráter físico ou psíquico que impeçam à pessoa de governar-se por si mesma”. Aqui, determinar quando alguém se encontra impossibilitado para “governar-se por si mesmo” no sentido relevante é simplesmente um disparate sem atender às razões – de proteção de certas pessoas frente a si mesmas, suponhamos --, que subjazem à instituição da incapacitação.

b) É possível também, como se indicou antes, que uma norma exiba uma estrutura mista, isto é, que nela integre elementos correspondentes a mais de um dos tipos distinguidos. Em particular, são possíveis, e não infrequentes normas que respondam parcialmente ao modelo das regras de finalidade e parcialmente ao das diretrizes. Isto é normas cujo antecedente apareça configurado no modo das regras de finalidade – isto é, determinando as circunstâncias genéricas que constituem suas condições de aplicação – e que ordenem em sua consequente, no entanto, ao modo das diretrizes, procurar o êxito de um estado de coisas na maior medida possível. Um exemplo seria o

---

<sup>10</sup> SCHAUER (1991).

de uma norma que ordene a certo órgão administrativo, em caso de epidemia, a adoção de todas as medidas convenientes para minimizar seu impacto<sup>11</sup>.

### **C) Quatro observações sobre princípios e diretrizes constitucionais**

A) Dentre os diversos tipos de normas reguladoras destacadas, as do tipo mais comum – isto é, as regras de ação – não apresentam características especiais pelo fato de figurar em um texto constitucional. Enquanto às regras de fim, estas são raras nos textos constitucionais por razões fáceis de compreender: e é que normas que estipulam lograr um estado de coisas em uma medida determinada parecem encontrar-se, na maior parte dos casos, vinculadas em sua fundamentação a dados mais ou menos conjunturais e ser, por isso, em geral pouco apropriadas para inserir-se em um texto, como o são os constitucionais, com vocação de duração longa.

É precisamente essa vocação de longa duração o que explica a abundância e a centralidade, nos textos constitucionais, de princípios dos dois gêneros destacados: princípios em sentido estrito e diretrizes. Certamente, uma constituição próxima a um modelo puramente mecânico pode ter êxito em sua pretensão de longa duração. E uma Constituição normativa, mas flexível não tem simplesmente essa pretensão de longa duração para as normas que a integram: por isso poderia estar integrada, enquanto a suas normas reguladoras, basicamente por regras, sem que disso derivasse nenhum problema especial, pois ditas regras poderiam ser mudadas mediante simples leis ordinárias. Mas uma Constituição que – como é o caso das europeias da segunda pós-guerra --une rigidez<sup>12</sup> e pretensão de supremacia (com o correspondente mecanismo de controle de constitucionalidade para assegurar-la) se vê exigida, se quer ter probabilidades de permanência, a construir principalmente sua dimensão reguladora mediante princípios em sentido estrito e diretrizes. Os princípios em sentido estrito ordenam, em seu conseqüente, aquelas ações (ou omissões) que o constituinte considera valiosas em si mesmas, sem prejudicar a hierarquia entre as mesmas nas, em princípio ilimitadas, combinações de circunstâncias em que possa haver uma oportunidade para realizar ao menos duas delas incompatíveis entre si; as diretrizes ordenam, em seu conseqüente, a obtenção de certos estados de coisas à qual deve estar

---

<sup>11</sup> Sobre isto, LIFANTE, (2002).

<sup>12</sup> Entendemos por “constituições flexíveis” aquelas em relação a cujas normas vale, como mecanismo derogatório, o simples jogo do princípio de *Lex posterior* por obra de simples leis ordinárias. Uma Constituição é rígida se exige condições mais gravosas para a derrogação de suas normas. O mínimo grau de rigidez viria dado pela exigência, para a substituição de umas normas constitucionais por outras, da derrogação expressa das primeiras [neste sentido AGUILÓ (2004), p. 127 e BAYÓN (2004)].



orientada a ação dos poderes públicos, sem prejudicar como deve articular-se entre si a obtenção destes diversos objetivos nem quais sejam as políticas que mais eficazmente podem conduzir ao maior êxito conjunto possível dos mesmos.

Dessa forma, por um lado, se situam à margem das decisões de política ordinária, do jogo ordinário de maiorias e minorias, aqueles valores compartilhados que formam o consenso básico da comunidade política, tanto em relação aos limites que devem respeitar os cursos da ação dos poderes públicos para ser considerados constitucionalmente legítimos como em relação às finalidades gerais a que devem orientar-se esses mesmos cursos de ação. E, por outro lado, ao não especificar nem as relações de prevalência entre princípios que operam como limite nem a maneira em que devem ser articulados e perseguidos os fins constitucionalmente ordenados, uma Constituição composta basicamente, em sua dimensão reguladora, por princípios e diretrizes, mantém aberto o processo deliberativo e evita em bastante a “tirania dos mortos sobre os vivos” que se atribui com frequência ao constitucionalismo rígido. A essa “abertura” também contribui – e através dela a durabilidade da Constituição – que a ação ordenada pelos princípios apareça caracterizada em boa parte deles – senão em todos – mediante esses conceitos com forte carga valorativa<sup>13</sup> -- liberdade, igualdade, honra, intimidade pessoal, livre desenvolvimento da personalidade, não discriminação – que não precisam as propriedades descritivas que constituem suas condições de aplicação<sup>14</sup>, e aos que é usual referir-se, desde Gallie<sup>15</sup>, como “conceitos essencialmente controvertidos”. A este manter aberto o processo deliberativo contribui também a que os estados de coisas cujo encaixe vem ordenado pelas diretrizes apareçam caracterizados mediante conceitos, em boa medida, indeterminados (“pleno emprego”, “estabilidade econômica”) quando não, usando também, conceitos valorativos (“moradia digna e adequada”). Tudo isso contribui para que a Constituição possa constituir, durante um amplo horizonte temporal, o terreno compartilhado a partir do qual – como escreve, por exemplo, Josep Aguiló – “pode construir-se uma prática jurídico-política centralmente discursiva ou deliberativa” (Aguiló, 2004, p. 143).

---

<sup>13</sup> Ambas as circunstâncias – não estabelecimento das relações de prevalência entre princípios e caracterização da ação mediante propriedades com forte carga valorativa – se justificam – como indica Juan Carlos Bayón – “porque *não sabemos ser mais precisos* sem correr o risco de comprometermo-nos com regras frente a cuja aplicação estrita nós mesmos retrocederíamos em circunstâncias que, no entanto, não somos capazes de estabelecer exaustivamente de antemão” (Bayón, 2000, p. 84).

<sup>14</sup> A distinção entre o *significado* e as *condições de aplicação* dos termos que designam propriedades valorativas provem de HARE (1952).

<sup>15</sup> GALLIE (1956).

B) A contribuição a essa prática discursiva ou deliberativa é, no entanto, caracteristicamente diferente no caso dos princípios em sentido estrito, por um lado, e no das diretrizes, por outro<sup>16</sup>.

Pelo que faz aos princípios em sentido estrito, o essencial a esse respeito é, primeiro, que – como já insistimos – as relações de prevalência entre eles não se encontram predeterminadas no texto constitucional e, segundo, que – como também já indicamos – tais princípios costumam encontrar-se formulados mediante termos que remetem a conceitos essencialmente controvertidos. Estes conceitos essencialmente controvertidos, em um sentido especial, são centralmente vagos. A explicação do sentido em que os conceitos essencialmente controvertidos são centralmente vagos requer que levemos em conta duas características dos mesmos: a primeira delas é que, por seu caráter de conceitos valorativos, os conceitos essencialmente controvertidos deixam aberta a determinação das propriedades descritivas que constituem suas condições de aplicação; a segunda característica que agora resulta relevante dos conceitos essencialmente controvertidos é que – como escreveu Marisa Iglesias – estes conceitos “referem-se a padrões e bens sociais aos quais atribuímos um caráter ou estrutura complexa”, pois “apesar de que consideramos e avaliamos o bem em seu conjunto, este tem diferentes aspectos que podem ser relacionados entre si de diversas formas” (Iglesias, 2003, p. 258). A aplicabilidade destes conceitos – e dos princípios que os incorporam – exige assim a elaboração de concepções complexas que articulem cada um desses aspectos com o bem em seu conjunto, de um lado, e que estabeleçam suas relações de prioridade com os diferentes aspectos de outros bens aos quais aludem outros conceitos essencialmente controvertidos incorporados a outros princípios.

Essas concepções possibilitam tornar operativos os princípios respondendo às questões de tipo binário que estabelece sua aplicação, tanto em relação ao alcance dos princípios constitucionais (encontra-se ou não a pornografia amparada pelo princípio da liberdade de expressão?) quanto às relações de prevalência entre eles dados os diferentes conjuntos de circunstâncias genéricas (em relação à difusão de uma notícia com relevância pública, mas que afeta a honra de uma pessoa, tem prevalência a liberdade de expressão ou o direito à honra? A resposta é diferente se a notícia tenha sido ou não diligentemente contrastada? E, supondo a prevalência da liberdade de

---

<sup>16</sup> O sustentado aqui se separa, como se verá a continuação, da conhecida tese de Robert Alexy segundo a qual todos os princípios em amplo sentido – isto é, princípios em sentido estrito e diretrizes, indiferenciadamente – constituíram *mandatos de otimização*. Sobre essa tese veja-se ALEXY (1988, 1993, 2003) e, criticamente, ATIENZA e RUIZ MANERO (1996, 2000) e RUIZ MANERO (2005), onde se sustenta que a tese do mandato de otimização é unicamente adequada para as diretrizes.

expressão sobre o direito à honra no caso de notícias de relevância pública que tenham sido diligentemente contrastadas, esta prevalência se mantém no caso de que para sua difusão sejam empregadas expressões injuriosas?). As perguntas são, como se vê, de natureza binária, tanto se se referem ao alcance de cada princípio (a difusão de pornografia é ou não um caso de uso da liberdade de expressão?) como se se referem às relações de prevalência entre eles: dada tal combinação de circunstâncias, prevalece o princípio A ou o princípio B? Ou para dizê-lo de outra forma: dada a mesma combinação de circunstâncias, a ação X deve considerar-se conclusivamente permitida em virtude da prevalência do princípio A ou conclusivamente proibida em virtude da prevalência do princípio B? O caráter binário das perguntas implica em que o juízo acerca do estabelecimento de uma relação de prevalência entre princípios dado certo conjunto de circunstâncias – e o juízo de uma decisão assim fundamentada – é um juízo do tipo tudo ou nada. Ou, dito de outra forma, a relação de prevalência estará corretamente estabelecida ou incorretamente, e a decisão nela fundamentada será correta ou incorreta.

Pelo que faz às diretrizes, o essencial a respeito do que agora nos interessa, é que os fins ou estados de coisas aos quais cada uma delas indicam, necessitam, de um lado, ser concretizados e, de outro, articulados com os outros fins aos quais apontam as outras diretrizes. Propor concretizações desses fins, elaborar e adotar políticas que os articulem entre si e procurem o maior grau possível de satisfação de todos eles é assunto fundamentalmente encomendado ao processo político, à regra da maioria e à discricção das autoridades constitucionais. E aqui, diferentemente do que ocorre com os princípios em sentido estrito, o juízo acerca das políticas delineadas para dar cumprimento às diretrizes não é um juízo tudo ou nada, mas sim graduável: em relação a certo objetivo há políticas ou vias de ação mais ou menos eficientes, mas o juízo acerca da eficiência de uns e outros e as decisões acerca de sua adoção são encomendados ao processo político ordinário e só resultariam constitucionalmente inadmissíveis aquelas vias de ação que qualquer pessoa razoável não poderia ver mais do que absolutamente ineficientes, isto é, como absolutamente inidôneos em proporcionar em algum grau o objeto ordenado.

C) Em um famoso texto que está na origem de toda discussão das últimas décadas sobre a teoria dos princípios, Ronald Dworkin afirmou que “os argumentos de princípio são argumentos que propõem estabelecer um direito individual; os argumentos de diretriz são argumentos que se propõem a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos, as diretrizes são proposições que

descrevem objetivos” (Dworkin, 1978, p. 90). Deixando de lado o uso peculiar dworkiano de termos como “proposições” ou “descrever”, deve observar-se que isso já foi lido em algumas ocasiões, algo apressadamente, como se houvesse uma correspondência biunívoca entre princípios e direitos individuais. Isto é, compreendendo-se não só que todo princípio fundamenta direitos individuais, como que todos os direitos individuais fundamentam-se em princípios e só em princípios. E isso não é assim, porque em nossos sistemas jurídicos – e, dentro deles, também em nossas Constituições – podemos encontrar tanto direitos individuais fundamentados em princípios como direitos individuais fundamentados em diretrizes e direitos individuais que têm uma fundamentação mista, isto é, uma fundamentação na qual ocorrem tanto princípios como diretrizes. A descrição de direitos individuais – entendidos como feixes de posições normativas hohfeldianas<sup>17</sup> ou, o mesmo visto desde outra perspectiva, como os conjuntos de regras que configuram ditos feixes – pode, naturalmente, obedecer à formação de princípios no sentido estrito. Esse é o caso dos direitos constitucionais mais fundamentais, daqueles direitos que – como acontece, por exemplo, com as liberdades individuais ou com o direito à igualdade de tratamento – a Constituição engloba a todos igualmente. E é também certo que todo princípio em sentido estrito implica um direito individual *prima facie*. Mas os feixes de posições normativas, ou conjuntos de regras que as configuram, aos que chamamos direitos individuais, podem ser também instrumentos para o sucesso de objetivos coletivos ou obedecer a uma combinação de ambas as coisas, isto é, de combinação de princípios e de instrumento de perseguição de objetivos simultaneamente. De forma que, dentre os direitos individuais devemos distinguir entre direitos que correspondem a princípios em sentido estrito, direitos que se configuram para contribuir para implementar diretrizes e direitos que em parte correspondem a princípios em sentido estrito e em parte se orientam a implementar diretrizes<sup>18</sup>.

Correspondem a princípios em sentido estrito aqueles direitos que se orientam à proteção de bens ou interesses que se consideram dignos de igual proteção para todos e cada um dos indivíduos<sup>19</sup>. Trata-se de direitos que adscvem-se igualitariamente e universalmente, isto é, direitos dos quais são titulares todo e cada um dos indivíduos e nos quais os bens ou interesses que se trata de proteger ou promover são bens ou interesses de cada um dos titulares do direito. Um exemplo desse tipo de direito seria,

<sup>17</sup> A alusão é, naturalmente, a HOHFELD (1968)

<sup>18</sup> Continuo aqui o exposto por M. Atienza e por mim em ATIENZA e RUIZ MANERO (2000), pp. 49 e ss.

<sup>19</sup> “Todos e cada um dos indivíduos” é, aqui, uma expressão ambígua. De acordo ao direito que se trate, pode significar “todos os seres humanos”, “todos os cidadãos” ou “todos os capazes de trabalhar” (cfr. FERRAJOLI, 2001). Prescindiremos aqui desta complicação.

junto com as liberdades individuais ou o direito à igualdade de tratamento aos que antes já se fez referencia, o direito de todos a não ser “submetidos a torturas nem a penas ou tratos desumanos ou degradantes” (usando a fórmula do art. 15 da Constituição espanhola). Correspondem, pelo contrário, a diretrizes aqueles direitos que se orientam à proteção ou promoção de bens ou interesses coletivos, de bens ou interesses distintos, pois, dos do próprio titular do direito. Um exemplo de direito deste tipo é o direito “à cláusula de consciência e ao segredo profissional” de que gozam de acordo com o art. 20.1 da Constituição espanhola, os indivíduos de uma determinada classe, os jornalistas. A justificativa desses direitos está em que eles servem para maximizar um bem coletivo e público, o da informação publicamente disponível. Como escreveu Francisco Laporta, é para “incentivar o fluxo de informação em uma sociedade deliberante” para o qual se protegem, mediante o segredo, as fontes da informação; algo análogo ocorre com a cláusula de consciência: com ela não se trata de proteger a consciência do jornalista – que não se considera que tenha, como tal, um valor superior à consciência de um empregado de um aviário, trabalhador da construção ou professor universitário – mas para evitar, dito de novo com palavras de Laporta, que “algumas informações ou opiniões sobre aspectos da realidade, cujo veículo é um informante ou grupo de informantes, deixem de aceder ao âmbito do discurso público como consequência de um condicionamento econômico de caráter pessoal” (F.J. Laporta, 1997, PP. 16-17).

O exemplo paradigmático de direito individual provido de uma justificativa mista, isto é, de direito em cuja fundamentação incidem tanto princípios como diretrizes, é o direito à propriedade. Pois resulta claro que na configuração desse direito intervêm tanto considerações de princípio – considerações que exigem que esse direito se inscreva igualitariamente e universalmente – como considerações em termos de objetivos coletivos – considerações que possibilitam uma distribuição desigual desse direito. A justificativa em termos de princípio do direito à propriedade está na conexão entre esse direito e a autonomia pessoal: um certo *quantum* de propriedade – isto é, de controle individual de recursos – é condição necessária para a eleição e materialização de quaisquer planos de vida. O que esta justificativa de princípio à propriedade exige é meramente a adscrição a todos e a cada um do controle individual sobre o *quantum* de recursos necessários para poder levar a cabo uma existência autônoma. Mas na configuração concreta do direito à propriedade (isto é, no sistema de regras em que consiste essa configuração) contam, além dessa razão de princípio, razões de diretriz que podem incidir na hora de delinear essa configuração concreta de forma que resulte funcional para inúmeros objetivos coletivos. Entre eles, cabe mencionar, de um lado, a

maximização da riqueza social, que explica que a configuração da propriedade privada seja mais ampla (tanto aos bens susceptíveis de virem a ser propriedade privada de alguém, quanto às faculdades do proprietário – por exemplo, pelo que faz à transmissibilidade hereditária – e quanto à possibilidade de acumulação de propriedade) do que exigiria a mera razão da autonomia. E, de outro, uma ampla lista de objetivos heterogêneos (para limitarmos-nos a alguns que aparecem mencionados em uma Constituição como a espanhola, o logro de uma distribuição de renda pessoal e regional mais equitativa, a modernização e o desenvolvimento de todos os setores econômicos, o acesso ao trabalho, a conservação do patrimônio histórico, cultural e artístico, o acesso a uma moradia digna e adequada, a proteção dos consumidores e usuários, a proteção da família, etc.) que podem operar como razões para cotar de uma ou outra maneira – em muitas ocasiões, segundo a natureza dos bens – o alcance das posições normativas que as regras configuradoras da propriedade designam ao proprietário. De forma que em direitos como o da propriedade privada tanto princípios em sentido estrito como diretrizes operam como fundamentos justificativos da própria configuração do direito. Os primeiros – o princípio de autonomia – plasmam-se em regras que exigem que em relação a certo *quantum* de bens seja acessível a todos um conjunto de posições normativas que assegure a cada um o controle sobre ele; as segundas – praticamente todas as diretrizes – contribuem para delinear essas regras constitutivas do conjunto de posições normativas de forma que resulte funcional para o logro dos mais diversos objetivos coletivos.

D) Algumas considerações, para terminar estas anotações, sobre a prevalência dos princípios no sentido estrito sobre as diretrizes em nossos ordenamentos constitucionais<sup>20</sup>. Como já foi sugerido na observação precedente, a diferença decisiva entre que uma Constituição trate a certo bem como assunto de princípio ou como assunto de diretriz é a seguinte: quando a Constituição considera certo bem como assunto de diretriz, o que exige que se leve em conta em nossos juízos correspondentes é o montante global que desse bem se tenha conseguido produzir, sem atender aos problemas de distribuição individualizada. E isso é o que leva em conta, evidentemente, quando se trata de bens públicos, que não são susceptíveis a distribuição individualizada, como um meio ambiente limpo ou um patrimônio histórico ou artístico adequadamente conservado. Mas também fazemos juízos desse tipo em relação a bens que resultam sim susceptíveis a distribuição individualizada como, por exemplo, o emprego ou o acesso a uma moradia digna e adequada. Assim, julgaríamos com bem sucedida uma política de emprego que no lapso, digamos, de uma legislatura, lograsse

---

<sup>20</sup>A respeito desse problema, continuo no texto o já exposto em RUIZ MANERO (2005).

reduzir a cifra de desempregados de 15%, para 5% da população ativa, mesmo que esse sucesso se distribuísse, evidentemente, desigualmente, pois 5% não se beneficiariam dele. E também julgaríamos como bem sucedida uma política de moradia que no mesmo lapso temporal lograsse eliminar uma parte substancial das inframoradias existentes, realojando a seus ocupantes em moradias dignas, por mais que certo número de pessoas continuasse residindo em inframoradias. E também, em algumas ocasiões, operamos assim em relação a bens que, como o respeito à vida ou à integridade física, entendemos que devem ser conferidos a todos por igual. Também em relação com este último tipo de bens, valorizamos positivamente políticas que consigam diminuir significativamente os casos em que tais bens são lesados. Por exemplo, valorizaríamos positivamente uma política criminal que, em certo lapso, conseguisse diminuir pela metade os casos de delitos contra a vida, mesmo quando continuassem perdendo-se vidas humanas por delitos desse tipo.

Em todos esses casos tratamos o bem que se trate como assunto de diretriz. Observe-se que pode tratar-se (I) de bens não susceptíveis a ser distribuídos individualmente, nem igualitária nem desigualmente, como é o caso do meio ambiente limpo; ou bem (II) de bens susceptíveis a ser distribuídos individualmente, mas em relação aos quais a ordem jurídico-constitucional só prescreve a maximização e não um determinado modelo distributivo, como é o caso do emprego; ou bem (III) de bens a respeito dos quais a ordem jurídico-constitucional prescreve a distribuição individualizada igualitária, como é o caso do respeito à vida.

Quando, de acordo com a Constituição, consideramos que certo bem é assunto de princípio, isso implica – em constituições como a nossa – que tal bem deve adscrever-se individualizada e igualitariamente, isto é, por igual a todos e a cada um. Isto é, consideramos, de acordo com a Constituição, como assunto de princípios os bens que, na tripartição precedente, ocupam o parêntesis (III). E o consideramos como assunto de princípio porque entendemos que, de acordo com a Constituição, o respeito e a proteção ao aproveitamento igual desse bem por todos e por cada um, opera como limite aos cursos de ação admissíveis para alcançar a maximização de bens do tipo (I), do tipo (II) ou do próprio tipo (III). É por isso que afirmar a primazia dos princípios sobre as diretrizes não implica de nenhum modo, como já se insinuou em algumas ocasiões, uma orientação ideológica conservadora. Afirmer a primazia dos princípios frente às diretrizes implica, bem ao contrário, é que todos e cada um dos seres humanos devem ser tratados como iguais em certos aspectos importantes e que essa exigência



igualitária prevalece, impondo limites, frente ao plano de políticas maximizadoras de qualquer tipo.

***D) Princípios explícitos e princípios implícitos. Uma peculiaridade francesa: os “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”***

Tanto se se trata de princípios no sentido estrito como de diretrizes, é usual distinguir, no âmbito dos princípios constitucionais, entre princípios explícitos e princípios implícitos. Entendemos por princípios constitucionais explícitos aqueles que se encontram enunciados no texto constitucional, e por princípios constitucionais implícitos aqueles que o texto constitucional não enuncia, mas dos quais se sustenta que subjazem ao mesmo, como razões justificativas de regras constitucionais expressas. Até agora todos os exemplos de princípios constitucionais que temos utilizado eram de princípios explícitos, e em relação a eles assinalamos – limitando-nos agora aos princípios no sentido estrito – que para sua produtibilidade no raciocínio jurídico aplicativo requerem, em primeiro lugar e com muita frequência, ser precisados, pois tendem a encontrar-se formulados mediante conceitos essencialmente controvertidos e requerem também, em segundo lugar e isto para todos eles, a elaboração de regras que estabeleçam, para certos casos genéricos, suas relações de prevalência em relação a outros princípios eventualmente concorrentes. A essas exigências, nos princípios implícitos se acrescenta outra, certamente prévia, a saber, a de sua identificação como tais princípios. Nesse sentido, parece que quando alguém afirma que “X é um princípio implícito” subjacente a uma determinada instituição ou conjunto de regras constitucionais está afirmando, por um lado, que as regras e princípios explícitos dessa instituição ou conjunto de regras são coerentes com X e recomendando, por outro lado, que essas regras e princípios explícitos se interpretem de maneira coerente com X. Mas esse requisito de coerência ou adequação entre o princípio afirmado como implícito e os materiais normativos explícitos pode ser satisfeito, às vezes, tanto pelo princípio X como por outros candidatos competitivos ao título de princípio implícito. Daí que a identificação de princípios implícitos constitua, comumente, terreno de controvérsia. Apesar de que não vamos nos aprofundar nisso, vale a pena assinalar que a circunstância de que a negação de certo princípio produza necessariamente incoerências na tentativa de apresentar como um todo dotado de sentido uma instituição ou conjunto de regras é um argumento mais forte, para considerá-lo como um princípio implícito dessa instituição ou conjunto de regras, do que sua mera

coerência de sentido com elas, que, como se acaba de indicar, vê-se com frequência desafiada por outros possíveis princípios.

E todo caso, a vigente Constituição francesa apela, em matéria de princípios, a uma espécie que se situa além dessa bipartição entre princípios constitucionais explícitos e princípios constitucionais implícitos. Pois o primeiro parágrafo do preâmbulo da Constituição francesa de 1958 diz que “o povo francês proclama solenemente sua adesão aos direitos do homem e aos princípios da soberania nacional tal como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”. E no número 1 do preâmbulo da Constituição de 1946, por sua vez, se lê que o povo francês “reafirma solenemente os direitos e liberdades do homem e do cidadão consagrados pela Declaração de direitos de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” Através dessa dupla remissão, resultam ter caráter constitucional na França certos princípios que, nem se encontram explicitamente enunciados no texto constitucional, nem se entendem implicitamente presentes nele, como razões justificativas que dotam de sentido a disposições constitucionais expressas. Os “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” são princípios cuja existência e caráter constitucional vem confirmado pelo texto constitucional, mas cuja identidade depende de seu reconhecimento pela legislação ordinária<sup>21</sup>. Tal caráter constitucional implica, pelo menos desde a decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971<sup>22</sup>. Que tais “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” devem ser utilizados, junto com os consagrados na Declaração de 1789 e os “princípios políticos, econômicos e sociais” enumerados no preâmbulo da Constituição de 1946 e qualificados pelo próprio preâmbulo como “particularmente necessários para nosso tempo”, como parâmetro de ajuizamento da constitucionalidade das leis. Mas, no caso dos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, antes de seu uso se apresenta, naturalmente, o problema de sua identificação. De acordo com o Conselho Constitucional, o teste de identificação

---

<sup>21</sup> Por isso, a categoria dos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” ultrapassa, de certo modo, a usual distinção entre princípios constitucionais explícitos e princípios constitucionais implícitos e pode considerar-se, como indicou V. Champeil-Desplats (2001), “uma categoria explícita de princípios implícitos”. Pois, como escreveu esta autora, “la notion de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, parce qu’elle se trouve inscrite dans Le préambule de la Constitution Du 27 octobre 1946 auquel fait référence celui de la Constitution de 4 octobre 1958, peut recevoir la qualification de principes constitutionnels explicites. Em revanche, puisque les principes auxquelles cette notion renvoie sont censés être identifiables dans les textes juridiques – les lois de la République – mais qui ne son enumeres nulle part, nous les qualifierons d’implicites” (CHAMPEIL-DESPLATS, 2001, p. 33).

<sup>22</sup> Trata-se da decisão em que, por primeira vez, o Conselho Constitucional afirma explicitamente que o controle de constitucionalidade das leis se estende também à conformidade destas com o preâmbulo da Constituição.

incorpora quatro condições necessárias: tratar-se-á de um princípio (1) reconhecido sem descontinuidade; (2) por disposições legislativas; (3) adotadas por um parlamento republicano; (4) antes de 1946. Mas esse conjunto de quatro condições necessárias não constitui um conjunto suficiente de condições, pois uma vez reunidas as quatro condições, ainda deve distinguir-se entre aquelas disposições legislativas que resultam de uma vontade genuína de reconhecer um princípio daquelas outras que, ainda que expressando um conteúdo que possa razoavelmente ver-se como principal, deve entender-se que respondem mais a razões de oportunidade, mesmo se estas tenham se apresentado em uma pluralidade de ocasiões e o legislador tenha reagido de forma uniforme, ao longo do tempo, em relação às mesmas. Naturalmente, determinar se certa disposição (ou o conjunto delas) obedece à intenção de proclamar um princípio ou a simples razões de oportunidade não é algo que se possa fazer por meio da apelação a meros fatos, mas depende, mais e inevitavelmente, de certa concepção acerca do que possui valor constitucional, isto é, acerca de quais conteúdos normativos devem permanecer, como portadores de tal valor, indisponíveis para o legislador ordinário. Só assim cabe entender que, enquanto o Conselho constitucional e o Conselho de Estado tenham afirmado o caráter de princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República da liberdade de associação, da liberdade de ensino, ou da independência dos professores de ensino superior, tenham negado esse mesmo caráter a uma instituição tão vinculada à imagem da França como o *ius soli* em matéria de nacionalidade.<sup>23</sup> A determinação, por outro lado, de se ocorre a circunstância de que o princípio em questão tenha sido reconhecido *sem descontinuidade* pela legislação republicana não é também uma questão de puros fatos: segundo a concepção, referida ao princípio em questão, da qual se parta, certas disposições aparecerão ou bem como exceções que não afetam à continuidade do princípio ou bem como rupturas dessa mesma continuidade<sup>24</sup>.

## **2. As normas constitucionais constitutivas**

### **A) *Dois espécies de normas constitutivas.***

---

<sup>23</sup> As leis da República estabeleceram sem descontinuidade que toda pessoa nascida na França tem, só por esse fato, direito a adquirir a nacionalidade francesa, mas tal Constancia legislativa, segundo o Conselho Constitucional, não é expressão do reconhecimento de um princípio mas que deve explicar-se “pour des motifs tenant notamment à la conscription”, isto é, por razões de oportunidade de caráter não principal.

<sup>24</sup> Nesse sentido Bruno Genevois escreveu que “l’expérience démontre qu’il n’est pas toujours aisé de faire le départ entre les exceptions qui n’entrent pas le principe dans sa substance et les dérogations qui en affectent l’autorité” (BRUNO GENEVOIS, 2000, p. 29).

### ***A estrutura das normas que conferem poderes e, especialmente, das que conferem poder para legislar***

As normas reguladoras – de cujas diversas variedades vimos nos ocupando até agora – modalizam deonticamente a realização de ações ou a produção de estados de coisas. As normas constitutivas, por seu lado, estabelecem quais são as condições para o surgimento ou a produção de resultados institucionais ou mudanças normativas. Dentre elas podemos distinguir basicamente duas espécies, conforme se trate do surgimento (não intencional) ou da produção (intencional) de tais resultados institucionais ou mudanças normativas.

As normas da primeira espécie – às que chamaremos *normas puramente constitutivas* – vinculam o surgimento de um resultado institucional ou mudança normativa à ocorrência de um determinado estado de coisas (um fato ou um conjunto de fatos). Sua estrutura vem a ser a seguinte: “Se se dá o estado de coisas X, então surge o resultado institucional (ou mudança normativa) R”. Um exemplo desse tipo de normas seria a expressa pela disposição da Constituição espanhola (art. 12) de acordo com a qual a maioria se alcança aos 18 anos. Isto é, se se produz o estado de coisas de que uma pessoa de nacionalidade espanhola faz 18 anos de idade, então essa pessoa passa a ter o *status* normativo de maior de idade (isto é, passa ter plena capacidade de operar, plenos direitos políticos, etc.). Ou, se preferir dizê-lo assim, em sintonia com a apresentação já clássica de Searle (1995), o fato de ter feito 18 anos de idade *conta como* ser maior de idade (ter plena capacidade para operar, etc.). Outro exemplo seriam as normas que, em nossos sistemas, determinam o surgimento de fontes-fato, ou, mais especificamente, de hábitos que o juiz deve reconhecer como jurídicos. Numa versão algo simplificada, poderíamos dizer que, de acordo com tais normas, se se produz o estado de coisas de que (1) existe uma regra social (isto é, a repetição geral, frequente e pública de certo padrão de conduta que socialmente se considera como obrigatório), (2) o conteúdo dessa regra social não é inconsistente com o de outras normas jurídicas e (3) esse mesmo conteúdo é relevante para o Direito, esse estado de coisas conta como o surgimento de um hábito jurídico, que o juiz deve usar, dando-se o caso, como fundamento de sua resolução (cfr. sobre isso, Aguiló, 2000, pp. 87 e ss.).

A outra espécie de normas constitutivas é composta pelas normas que conferem poderes normativos. Estas normas vinculam a produção de um resultado institucional ou mudança normativa na ocorrência de um estado de coisas junto com a realização deliberada de uma ação (ou de uma sequência de ações: um procedimento) orientada a

essa produção. De forma que sua estrutura vem a ser a seguinte: “se se da o estado de coisas X e um sujeito S realiza a ação (ou sequencia de ações) Y, então se produz o resultado institucional ou mudança normativa R”. Para por um exemplo muito simplificado: se se da o estado de coisas de duas pessoas sem vinculo matrimonial entre si nem com outras pessoas, e ambas realizam a ação de manifestar seu consentimento para isso perante um funcionário, então se produz o resultado institucional ou mudança normativa de que passam a estar casadas entre si, isto é, passam a ter direitos e obrigações recíprocos que antes disso não tinham. Ou: se se da o estado de coisas de que certo projeto de lei é submetido a votação em sessão plenária do Parlamento e a favor vota um número superior de parlamentares dos que votam contra, então se produz o resultado institucional ou mudança normativa consistente na edição de uma nova lei.

Dentre os poderes conferidos por essas normas devemos distinguir entre poderes de autonomia (poderes característicos do Direito privado e que possibilitam produzir mudanças normativas que afetam ao próprio titular do poder: contrair matrimônio, contratar, etc.) e poderes de heteronomia (poderes característicos do Direito público e que possibilitam introduzir mudanças normativas que afetam a pessoas distintas do próprio titular do poder: poderes para nomear cargos públicos, para resolver autoritariamente as disputas entre particulares, para ditar normas gerais, para controlar a regularidade do exercício de outros poderes normativos, etc.). Dentro do âmbito constitucional nos interessa especialmente uma subespécie das normas que conferem poderes de heteronomia: as normas que conferem poderes para ditar normas jurídicas gerais, isto é, leis (em sentido amplo). Tais normas que conferem poderes para ditar normas gerais constituem, de acordo com Kelsen, a “constituição em sentido material” (Kelsen, 1986, pp. 232 e ss.). Esse conceito de “constituição em sentido material” é um conceito alheio a estas páginas, nas quais estamos trabalhando com o conceito de “constituição formal”. Mas tal “constituição em sentido material” constitui o conteúdo *sine qua non* da constituição em sentido formal, isto é, do documento normativo que entendemos como situado na cúspide do sistema jurídico precisamente porque, entre outras coisas, determina quem e mediante que ações (procedimentos) têm a capacidade de produzir normas jurídicas gerais.

Linhas acima expúnhamos a estrutura geral das normas que conferem poderes. Mas, no caso das normas que conferem poder para produzir normas jurídicas, em seu antecedente acrescentaremos, junto aos elementos do estado de coisas, do sujeito ou sujeitos e da ação (ou procedimento), um elemento ulterior: o do conteúdo (cfr. Atienza

e Ruiz Manero, 2003). De forma que a estrutura de uma norma que confere poder para produzir outras normas (e, mais concretamente, de uma norma constitucional que confere poder para legislar) seria a seguinte: se se dá o estado de coisas X e os sujeitos S realizam a sequência de ações (o procedimento) Y dando lugar a um conteúdo C, então se produz o resultado institucional R (isto é, no caso que estamos considerando, uma lei válida).

Dentro do esquema anterior, o estado de coisas X compreenderia, dentro da norma que confere poder para a produção legislativa, os diversos âmbitos de competência (âmbitos de validade) da lei: material, pessoal, temporal e espacial. A sequência de ações Y equivale ao procedimento complexo do ditado de uma lei: a série de ações que configuram o *iter* que vai desde a apresentação do projeto de lei até a publicação da lei. Os sujeitos S seriam os órgãos aos quais corresponde efetuar cada uma da série de ações que integram esse procedimento complexo: o Governo, na hora da apresentação de um projeto de lei, a mesa (ou o Presidente da Câmara) na hora de convocar uma sessão, etc. O elemento C (conteúdo) alude ao conteúdo proposicional constitucionalmente admissível (ou, se preferir dizer assim, aos limites do conteúdo proposicional constitucionalmente admissível) na regulação legislativa.

### ***B) Validez constitutiva e validade reguladora.***

#### ***Uma tensão irresolvida nos critérios constitucionais de validade jurídica***

O resultado institucional do uso de uma regra que confere poder para legislar é uma lei válida. Mas este último termo (“válida”, “validade”) é ambíguo, pois pode significar duas coisas distintas: de um certo resultado institucional dizemos que é “válido” para significar que é uma instância daquilo do que pretende ser uma instância. Nesse sentido dizemos, por exemplo, que uma sentença ditada por um juiz penal, em um caso que lhe haja correspondido ajuizar, é uma sentença “válida”, enquanto não o é uma “sentença” ditada por um estudante numa classe de práticas de Direito penal; ou, para seguir com os exemplos, que uma lei que tenha recebido a maioria dos votos do Parlamento é uma lei “válida”, enquanto não o é uma “lei” que tenha recebido a maioria dos votos de uma assembleia sindical. Para este sentido de validade reservaremos o termo “validade constitutiva”. Que um resultado institucional seja constitutivamente válido significa que, de acordo com o Direito, deve ser reconhecido como uma instância daquilo do que pretende ser uma instância: de sentença ou de lei, para continuar com os exemplos.

Mas também falamos de “validez” em um segundo sentido, de acordo com o qual poderíamos dizer, dependendo das circunstâncias, que a sentença, ditada pelo juiz penal, ou a lei, votada majoritariamente pelo Parlamento, são inválidas. Isso diríamos, por exemplo, se a sentença tivesse sido ditada sem respeitar as formas essenciais do processo (vulnerando completamente, ponhamos o caso, os direitos de defesa) ou houvesse imposto uma pena distinta da prevista pelo Código penal. E, tratando-se da lei diríamos isso, por exemplo, se uma lei estadual espanhola versasse sobre matérias que, de acordo com a Constituição e o correspondente Estatuto de Autonomia, são da competência exclusiva de uma certa Comunidade Autônoma ou se a regulação expressa no texto da lei vulnerasse o conteúdo essencial de algum direito fundamental. Para esse sentido de validade reservaremos o termo “validade reguladora”.

Pois bem: em ambas as acepções, “validade” parece funcionar como um termo de ligação entre certos antecedentes e certas consequências. Isto é, se afirmarmos que uma lei (ou qualquer outro resultado institucional) é válida podemos estar apontando, ou bem a que sua produção foi levada a cabo de acordo com certos requisitos, ou bem a que de acordo com o sistema jurídico, deve exercitar os efeitos próprios da lei (ou do resultado institucional de que se trate). Se considerarmos, por enquanto, ao *antecedente da validade*, diríamos que a validade reguladora de uma lei requer que a mesma tenha sido produzida de acordo com todos os requisitos (de matéria, de órgão, de procedimento e de conteúdo) estabelecidos na regra que confere poder para ditá-la, enquanto que para sua validade constitutiva – para que deva ser reconhecida como tal lei – basta, enfim, com a mera circunstância de que tenha sido ditada por um órgão não manifestamente incompetente, por muito que esse órgão (por exemplo, as Cortes espanholas) tenha invadido matérias reservadas à competência de outro órgão (por exemplo, o Parlamento de uma Comunidade autônoma) ou tenha vulnerado os limites de conteúdo admissível das leis fixadas pela Constituição (por exemplo, porque tenha desconhecido o conteúdo essencial de algum direito fundamental). Mas se do *antecedente da validade* passamos às *consequências da validade* acontece que, tanto no caso da lei que goza de validade reguladora como no caso da lei que é tão somente constitutivamente válida, as consequências são de entrada, as mesmas: as normas contidas em ambas as leis são, enquanto não sejam anuladas pelo Tribunal Constitucional, juridicamente obrigatórias. Poderia se dizer, com razão, que no caso da lei reguladoramente inválida o Tribunal Constitucional tem o dever de anulá-la, enquanto que em relação à lei reguladoramente válida tem o dever de recusar as pretensões de que seja anulada. Isso, naturalmente é assim, mas do mesmo modo que não está garantido que o legislador não dite leis



inconstitucionais, tampouco está garantido que o órgão de controle da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional, atue de acordo com seus deveres constitucionais. E se o Tribunal Constitucional resolve declarar que é constitucional uma lei inconstitucional, a obrigatoriedade jurídica das normas contidas nessa lei é, trás essa resolução, juridicamente inatacável. De forma análoga, se, pelo contrário, resolve anular, taxando-a de inconstitucional, uma lei constitucional, essa lei fica, trás essa resolução, expulsa definitivamente do ordenamento.

Que isso seja assim, que as decisões das autoridades normativas (no exemplo que agora nos ocuparemos, do Tribunal Constitucional) estejam investidas de autoridade mesmo quando sejam contrárias aos deveres que gravitam sobre essas mesmas autoridades, não é um traço acidental de nossos sistemas jurídicos, mas sim algo que depende da própria noção de autoridade. Pois ser autoridade implica, como enfatizou Joseph Raz (1991) que, no âmbito em que se é, as próprias decisões são vinculantes por muito que estejam equivocadas. O qual, por seu lado, encontra sua razão de ser, pelo que faz às autoridades jurídicas, em que, como escreve Ángeles Ródenas (2006), “a eficácia de toda essa trama institucional de autoridades depende em boa medida de dotar de força presuntiva às decisões que alcançam” de forma que “a mínima aparência de cumprimento das exigências [que constam na norma que confere poderes] põe em marcha todos os efeitos jurídicos previstos para os resultados normativos regulares”.

Mas isso, contudo, não encerra a questão. Pois se bem é verdade que uma Constituição exige obrigatoriedade para as prescrições das autoridades que ela própria institui, não o é menos que, no caso das Constituições normativas, também exige obrigatoriedade para todos os princípios (e regras) que ela própria contém. Que peso se deve dar ao que podemos chamar *princípio de obediência às autoridades instituídas pela Constituição* frente a outros princípios contidos na mesma Constituição é algo que, naturalmente, o texto da Constituição não determina, nem pode de terminar, porque se trata de uma questão de critérios *últimos* de interpretação constitucional. Isto é, de critérios que, por seu caráter *último* não podem ser mais do que critérios *aceitos*, não critérios *ordenados* pela Constituição. E que não podem deixar de constituir, por isso, terreno de enfrentamento entre diversas concepções constitucionais. E, se me é permitido concluir assim, direi que a capacidade para articular em um todo coerente essas duas dimensões principais da Constituição – sua dimensão constitutiva de autoridades e sua dimensão substantiva (de princípios e outras normas) – é uma das *regras ideais* (no sentido de Von Wright, 1979) mais importantes pelas quais avaliar concepções constitucionais em competência.

**Como citar:** MANERO, Juan Ruiz. Uma tipologia das normas constitucionais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/uma-tipologia-das-normas-constitucionais/>>. Data de acesso.