

# Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção

*Virgílio Afonso da Silva\**

Pesquisador na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas  
[atualmente Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo]

607 ↓

O conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies são temas de infindáveis controvérsias e os juristas parecem ter uma grande dificuldade para chegar ao menos perto de algum denominador comum acerca do objeto de sua disciplina. Essa dificuldade é o pano de fundo deste artigo, pois pretendo discutir uma distinção entre duas espécies de *normas*: os princípios e as regras. De início, saliento que não tenho qualquer pretensão de, ao fim deste trabalho, oferecer soluções pretensamente definitivas sobre

↑ 607 | 608 ↓

o tema. Se há diferentes formas *coerentes* de se proceder a essa distinção, não há por que querer lutar contra isso. O objetivo principal deste artigo é bem menos pretensioso. Tendo como ponto de partida o fato de que essa distinção vem sendo cada vez mais levada a cabo sobre uma base teórica determinada, que é aquela difundida por Robert Alexy em sua *teoria dos direitos fundamentais*, pretendo discutir alguns pontos polêmicos, algumas impropriedades metodológicas, enfim, alguns equívocos acerca dessa base teórica e suas conseqüências.

Uma outra delimitação do tema faz-se necessária: neste artigo, vou me concentrar precipuamente na recepção da distinção entre princípios e regras *no direito brasileiro*. Isso não exclui, obviamente, referências a obras estrangeiras, mas essas serão limitadas à medida do necessário para a discussão.<sup>1</sup>

---

\* Agradeço a Luís Renato Vedovato, Diogo Rosenthal Coutinho e Marco Aurélio Sampaio a leitura e os comentários críticos a versões preliminares deste trabalho.

<sup>1</sup> À análise da literatura estrangeira, especialmente da alemã, já me dediquei em outro trabalho. Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 37-66.

A estrutura do presente trabalho é bastante simples. Ele é dividido em duas grandes partes principais, uma expositiva (tópico 1), na qual a distinção entre regras e princípios é brevemente apresentada, e outra (tópicos 2 a 7) dedicada à análise da recepção dessa distinção no Brasil e principalmente das críticas a alguns dos conceitos usados na parte expositiva. Nessa segunda parte, discuto, em cada tópico, problemas isolados. Cada tópico é, por assim dizer, independente, apesar de guardarem eles uma estreita relação entre si. Os tópicos a serem abordados são: (2) um problema terminológico e tipológico; (3) texto e norma; (4) deveres *prima facie* e deveres definitivos; (5) mandamentos de otimização; (5.1) colisão total de princípios; (5.2) realização "no todo" e realização "na máxima medida"; (6) liberdade estrutural; (7) a teoria estruturante do direito e a distinção entre princípios e regras.<sup>2</sup>

↑608|609↓

A discussão levada a cabo nessa segunda parte pretende desempenhar também um outro papel: estimular o *dissenso* e o *debate*. É essa díade, cada vez mais rara no Brasil, que desempenha o papel motor no desenvolvimento da literatura jurídica no mundo todo. Espero que esse possa ser o início de um debate interessante e frutífero.

Antes, porém, de entrar na discussão crítica, um breve esboço da teoria que serve de pano de fundo, isto é, da teoria sobre princípios e regras.

---

<sup>2</sup> Boa parte dessa segunda parte é dedicada a rebater algumas críticas feitas por Humberto Bergmann Ávila acerca da distinção entre regras e princípios (cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *RDA* 215 (1999): 151-179). Rebater os argumentos de Humberto Ávila, não significa, contudo, ignorar a importância de seu trabalho. Ao contrário do que frequentemente acontece nos casos de recepção de teorias estrangeiras, Humberto Ávila não se limita a meramente reproduzir acriticamente algo recebido, mas expõe, com argumentos, o que entende ser problemático na distinção entre regras e princípios. Se os argumentos são para todos convincentes, essa é uma questão que não altera a importância da discussão iniciada. O importante é que se tenha sempre em mente que não é a reprodução do maior número possível de teorias que contribuirá para o aperfeiçoamento da produção jurídica pátria. Essa ânsia por reproduzir teorias pode, na verdade, ter o efeito contrário. Veja, sobre esse problema, o último tópico deste artigo.

## 1. Princípios e regras

Ainda que a distinção entre princípios e regras não seja recente,<sup>3</sup> não há dúvida de que a grande discussão sobre esse problema ganhou a força atual com as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy.<sup>4</sup> Vou me limitar, portanto, a uma *brevíssima* exposição das teses desses dois autores.<sup>5</sup>

Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico.<sup>6</sup> Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade.<sup>7</sup> Essa é a tese mais difundida no Brasil. Por fim, há aqueles que, por diversas razões, rejeitam a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios.<sup>8</sup>

↑609|610↓

### 1.1. Ronald Dworkin

O ponto de partida da teoria de Dworkin é uma crítica ao positivismo jurídico, principalmente ao positivismo na forma desenvolvida por seu antecessor em Oxford, Herbert Hart. Segundo Dworkin, o positivismo, ao entender o direito como um sistema composto exclusivamente de regras, não consegue fundamentar as decisões de casos complexos, para as quais o juiz não consegue identificar nenhuma regra jurídica aplicável, a

<sup>3</sup> Cf., por exemplo, Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, 1956. Cf. também Walter Wilburg, *Die Elemente des Schadensrechts*, 1941.

<sup>4</sup> Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977 e Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1984.

<sup>5</sup> Para um aprofundamento, recomenda-se a leitura das obras citadas na nota anterior. A obra de Dworkin tem tradução para o português: Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002. O livro de Alexy tem tradução espanhola (Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993) e uma tradução brasileira (*Teoria dos direitos fundamentais*) está sendo preparada por mim e será publicada pela Editora Malheiros, de São Paulo. Cf. também Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pp. 39-52.

<sup>6</sup> Cf., além de Dworkin e Alexy, Jan-R. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, pp. 52 e s., 74 e ss.; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 98; Marius Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, p. 176 e ss.

<sup>7</sup> Cf., por exemplo, Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, p. 49; Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras", p. 167.

<sup>8</sup> Cf., por exemplo, Aulis Aarnio, "Taking Rules Seriously", *ARSP Beih.* 42 (1989), p. 188.

não ser por meio do recurso à discricionariedade judicial. O juiz, nesses casos, cria direito novo.<sup>9</sup>

Dworkin argumenta que, ao lado das regras jurídicas, há também os princípios.<sup>10</sup> Estes, ao contrário daquelas, que possuem apenas a dimensão da validade, possuem também uma outra dimensão: o peso. Assim, as regras *ou valem*, e são, por isso, aplicáveis em sua inteireza, *ou não valem*, e portanto, não são aplicáveis. No caso dos princípios, essa indagação acerca da validade não faz sentido. No caso de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso.<sup>11</sup> Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se.

## 1.2. Robert Alexy

Alexy parte de um pressuposto semelhante ao de Dworkin: o de que a distinção entre princípios e regras é uma distinção qualitativa e não de grau. Sua principal contribuição foi precisar algumas premissas básicas dessa idéia e, principalmente, desenvolver a idéia de princípios como mandamentos de otimização.

Segundo Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização.<sup>12</sup> Impor-

↑610|611↓

tante, nesse ponto, é a idéia de que a realização completa de um determinado princípio pode

<sup>9</sup> Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 17 e 31.

<sup>10</sup> Dworkin fala também em políticas e outros tipos de *standards*. Não há necessidade, aqui, de desenvolver esses elementos.

<sup>11</sup> Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 43.

<sup>12</sup> Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 75. A idéia de mandamento de otimização não significa que seja impossível que um princípio seja cumprido em sua inteireza, conforme sustenta Fábio Konder Comparato, "As garantias institucionais dos direitos humanos", *Boletim dos Procuradores da República* 40 (2001), pp. 5 e 8, nota 4. Princípios podem, sim, ser realizados na medida máxima, isto é, em sua inteireza. Para que isso aconteça, basta que as condições fáticas e jurídicas, *no caso concreto*, sejam ideais. E a idéia de mandamento de otimização deve ser aplicada *a cada caso concreto*.

ser - e freqüentemente é - obstada pela realização de outro princípio. Essa idéia é traduzida pela metáfora da *colisão* entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 - (P1 P P2) -, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C - (P1 P P2) C.<sup>13</sup>

Visto que para se chegar a um resultado ótimo é necessário, muitas vezes, limitar a realização de um ou de ambos os princípios, fala-se que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes.<sup>14</sup> Diante disso, a diferença entre princípios e regras fica ainda mais clara. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos.<sup>15</sup> No caso dos princípios, o grau de realização pode, como visto, variar.

Como dito acima, o intuito deste primeiro tópico era uma explanação muito breve da base teórica da discussão a ser levada a cabo. É claro que, dada a limitação de espaço, muitos detalhes tiveram que ser ignorados. Muitos deles, contudo, virão à tona na discussão que segue, sobre a recepção dessa base teórica no Brasil, que é o objeto deste artigo.

↑611|612↓

## 2. Um problema terminológico e tipológico<sup>16</sup>

Como ficou claro na exposição acima, o conceito de princípio usado por Robert Alexy, como espécie de norma contraposta à regra jurídica, é bastante diferente do conceito de

<sup>13</sup> Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 82 e s.

<sup>14</sup> Exemplo: a liberdade de expressão consiste, *prima facie*, na liberdade de exprimir o que se deseja por meio da forma que se deseja. Esse direito só pode ser um direito *prima facie*, já que não é difícil imaginar que o exercício dessa liberdade poderá colidir com outros direitos, principalmente com a honra e a privacidade. Em cada caso ou grupos de casos, aquele direito *prima facie* poderá revelar-se, então, menos amplo.

<sup>15</sup> Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 76. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 51, denomina as regras de "comandos de definição", em oposição aos princípios, chamados por ela de "comandos de otimização". Parece-me que a expressão "comandos definitivos" ou, como usado neste trabalho, "deveres definitivos", seja mais adequada para expressar a idéia presente nessa contraposição entre regras e princípios. Sobre essa contraposição, ver tópico 4, mais adiante.

<sup>16</sup> A esse problema terminológico, no âmbito do chamado "princípio" da proporcionalidade, já me referi em trabalho recente. Cf. Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *RT* 798 (2002), p. 26.

princípio tradicionalmente usado na literatura jurídica brasileira. "Princípios" são, tradicionalmente, definidos como "mandamentos nucleares" ou "disposições fundamentais" de um sistema,<sup>17</sup> ou ainda como "núcleos de condensações".<sup>18</sup> A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor - e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil - mas a idéia costuma ser a mesma: *princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema*, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental. No âmbito dessa distinção, são inúmeras as tentativas de classificação dos princípios constitucionais. Canotilho, por exemplo, fala de princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia.<sup>19</sup> José Afonso da Silva, por sua vez, fala em princípios constitucionais fundamentais e princípios constitucionais gerais.<sup>20</sup> Jorge Miranda fala, ainda, em princípios axiológicos fundamentais, princípios político-constitucionais e princípios constitucionais instrumentais.<sup>21</sup> Luís Roberto Barroso, por fim,<sup>22</sup> fala em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais.<sup>23</sup>

Não pretendo discutir qual dessas classificações é a mais adequada - se é que há uma que seja mais adequada que as outras. Minha intenção, ao fazer essa breve exposição, é simplesmente explicitar as diferenças entre essas con-

↑612|613↓

cepções de princípios e aquela exposta nos tópicos anteriores. É meu objetivo, além disso, analisar qual a relação possível entre ambas.

A principal diferença entre ambas as propostas é facilmente identificável. O conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que *nada* diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um "mandamento nuclear do sistema", *mas pode*

<sup>17</sup> Cf., por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 408.

<sup>18</sup> Cf. J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da constituição*, p. 49.

<sup>19</sup> Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, pp. 1038 e ss.

<sup>20</sup> Cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, pp. 97 e ss.

<sup>21</sup> Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, II, pp. 202 e s.

<sup>22</sup> Com "por fim" quero apenas apontar o fim dessa pequena exposição de caráter exemplificativo. Outras muitas classificações existem e poderiam ser citadas. Para a finalidade aqui visada, contudo, isso não é necessário.

<sup>23</sup> Cf. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da constituição*, pp. 147 e ss.

também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade.

Essa diferença entre os conceitos de princípio tem conseqüências importantes na relação entre ambas as concepções. Essas conseqüências, no entanto, passam muitas vezes despercebidas, visto que é comum, em trabalhos sobre o tema, que se proceda, preliminarmente, à distinção entre princípios e regras com base nas teorias de Dworkin ou Alexy, ou em ambas, para que seja feita, logo em seguida, uma tipologia dos princípios constitucionais, nos moldes das concepções que acima chamei de mais tradicionais.<sup>24</sup> Há, contudo, uma contradição nesse proceder. Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, não princípios*.<sup>25</sup> Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses "mandamentos fundamentais" de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria das regras.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Seguindo esse modelo, cf., por exemplo, Walter Claudius Rothenburg, *Princípios constitucionais*, pp. 24, 32 e ss. (distinção entre regras e princípios segundo Alexy) e pp. 67 e ss. (classificação "tradicional" dos princípios segundo vários autores). Walter Rothenburg, após citar as tipologias de Canotilho, Edilson Farias e Luís Roberto Barroso, conclui: "Todas essas propostas de classificação podem ser adotadas" (p. 71). Isso somente é verdade caso não seja adotada a distinção proposta por Alexy, visto que muito daquilo que Canotilho, Farias e Luís Roberto Barroso classificam como princípios são, segundo os critérios usados por Alexy, regras. Em sentido semelhante ao de Rothenburg, cf. Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de princípios constitucionais*, pp. 69 e ss. (distinção entre regras e princípios segundo Dworkin e Alexy) e 221 e ss. (classificação dos princípios segundo o modelo de Canotilho); também Francisco M. Marques de Lima, *O resgate dos valores na interpretação constitucional*, pp. 131 e ss. e 136 e ss.

<sup>25</sup> Cf., contudo, Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos*, pp. 26 e s. (distinção entre regras e princípios segundo Alexy) e pp. 33 e ss. (tipologia dos princípios constitucionais, incluindo o *nulla poena sine lege* entre os chamados princípios-garantia).

<sup>26</sup> Talvez o caso mais complexo, neste ponto, seja o da dignidade humana. Ninguém discordará que sua proteção seja uma das normas mais fundamentais de qualquer ordenamento jurídico democrático contemporâneo. É nesse sentido que se fala em *princípio* da dignidade da pessoa humana. Porém, caso se entenda que essa seja uma norma que não comporte sopesamento diante de uma colisão com outros princípios, sua classificação como "princípio" fica comprometida, pelo menos se seguirmos os critérios propostos por Alexy. Esse é, contudo, um caso mais complexo e não há como discuti-lo de passagem em uma nota de rodapé. Cf., sobre os problemas de classificação da dignidade como regra ou princípio, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 95 e ss. (Alexy "divide" a norma relativa à dignidade humana em regra e princípio). Para uma discussão ampla e atual sobre a dignidade humana, cf., por todos, a ótima dissertação de Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

↑613|614↓

O que precisa ficar claro, como já salientei acima, é que não há que se falar em classificação mais ou menos adequada, ou, o que é pior, em classificação mais ou menos moderna.<sup>27</sup> Classificações ou são coerentes e *metodologicamente* sólidas, ou são contraditórias - quando, por exemplo, são misturados diversos critérios distintivos - e, por isso, pouco ou nada úteis.<sup>28</sup> Se se define "princípio" pela sua fundamentalidade, faz sentido falar-se em *princípio* da legalidade ou em *princípio* do *nulla poena sine lege*. Essas são, sem dúvida, duas normas fundamentais em qualquer Estado de Direito. Caso, no entanto, se prefira usar os critérios estabelecidos por Alexy, expostos no tópico anterior, é preciso cuidado ao se fazer uma "tipologia de princípios" - se é que uma tal tipologia faz algum sentido quando se distinguem princípios e regras por aqueles critérios - e, mais importante, é preciso deixar de fora dessa tipologia aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios - legalidade etc. -, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria das regras.<sup>29</sup>

↑614|615↓

<sup>27</sup> Cf., em sentido oposto, Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de princípios constitucionais*, pp. 182, 252 e *passim*, que se dedica a demonstrar quais autores e teorias são atualizados e modernos e quais não o são. É o critério para levar tal tarefa a cabo costuma ser pura e simplesmente uma análise das obras que cada autor cita. Sobre esse critério duvidoso, cf. nota de rodapé 60, *infra*.

<sup>28</sup> Cf. Stefano Bartolini, "Metodologia della ricerca politica", p. 58; Virgílio Afonso da Silva, *Sistemas eleitorais*, pp. 67 e ss.

<sup>29</sup> Cf., todavia, Rogério Gesta Leal, *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos fundamentais no Brasil*, pp. 166 e ss. O autor, ao mesmo tempo em que parece adotar os critérios propostos por Alexy (pp. 171 ss.), não deixa de salientar várias vezes a fundamentalidade e a superioridade formal dos princípios: "Esses princípios apresentam-se como efetivos valores elegidos pela comunidade política local e, enquanto tais, afiguram-se como a pedra de toque ou critério com que se aferem conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada" (p. 166). Também Fábio Konder Comparato, "O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais", texto apresentado no *XVIII Encontro Nacional dos Procuradores da República*, Manaus/2001, a despeito de adotar os critérios propostos por Alexy, também se refere à "supremacia normativa" dos princípios. Diz o autor: "Que uma norma de princípio tenha mais importância e, por conseguinte, mais força jurídica que uma *simples regra* é verdade imediatamente apreendida pelo bom senso" (grifei). Não me parece ser assim. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, não há como não se chegar à conclusão de que há regras tão ou mais importante que muitos princípios, como é o caso da legalidade ou da *nulla poena sine lege*, já citados acima.

Como se percebe, o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito *axiologicamente neutro* e seu uso não expressa nenhuma opção por esta ou aquela disposição fundamental, nem por este ou aquele tipo de constituição.<sup>30</sup>

### 3. Texto e norma

Como já mencionado acima,<sup>31</sup> Humberto Ávila sustenta que a diferença entre regras e princípios é uma mera diferença no grau de abstração, sendo os princípios mais abstratos do que as regras.<sup>32</sup> Como sustentação para sua tese, argumenta ele que as regras não são aplicadas seguindo o modelo "tudo ou nada", pois, tanto quanto os princípios, devem passar elas por um processo interpretativo.<sup>33</sup> Nas palavras de Bergmann Ávila:

Isso [...] importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência pré-determinada) só pode surgir *após a sua interpretação*. [...] Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada

↑615|616↓

no suposto método "tudo ou nada" de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio - e por vezes longo e complexo como o dos princípios - de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o *grau de abstração anterior à interpretação*.<sup>34</sup>

Há, neste ponto, não somente uma imprecisão no uso do termo "tudo ou nada" como sinônimo de "imediatidade", como também a desconsideração de uma distinção trivial na teoria geral do direito: a distinção entre texto e norma.<sup>35</sup> Segundo essa distinção, de

<sup>30</sup> Posição contrária é defendida por Gilberto Bercovici, "O princípio da unidade da constituição", *RIL* 145 (2000), p. 96: "Os princípios assumem força normativo constitucional, superando definitivamente a idéia de Constituição como mero instrumento de governo (Constituição-garantia), prevalecendo a adoção da Constituição dirigente, isto é, determinadora de fins e tarefas do Estado". No sentido aqui proposto, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, pp. 1037 s.: "A compreensão principal da Constituição serve de arrimo à concretização metódica *quer se trate de um texto constitucional garantístico [...] quer se trate de um texto constitucional programático*" (grifei).

<sup>31</sup> Cf. nota 7, *supra*.

<sup>32</sup> Cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras", p. 167.

<sup>33</sup> No mesmo sentido, cf. Inocêncio Mártires Coelho, "Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?", *RDA* 221 (2000), p. 59.

<sup>34</sup> Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras", p. 161.

larguíssima aceitação, independente de corrente doutrinária,<sup>36</sup> texto e norma não se confundem, pois o primeiro é apenas um enunciado lingüístico, enquanto que a norma é o *produto da interpretação desse enunciado*.<sup>37</sup> Um breve exemplo é suficiente para deixar clara essa distinção. O inc. XL do art. 5º da Constituição tem a seguinte redação: "a lei penal não

↑616|617↓

retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Isso é o que aqui se chama de *texto* ou *enunciado*. Esse texto exprime uma *norma* que *proíbe* a retroação da lei penal, a não ser que essa retroação beneficie o réu. Nesse último caso, existe um *dever* de retroação. A mesma norma poderia ser expressa por meio de outros enunciados, como, por exemplo, "a lei penal retroagirá somente em benefício do réu", ou ainda "é proibida a retroação penal, a menos que seja para beneficiar o réu" etc. Como se vê, a despeito das variações na redação dos enunciados apresentados, por meio da interpretação de todos eles chega-se à mesma norma. Toda norma é, pois, produto da interpretação de um sinal lingüístico, quase sempre um texto.<sup>38</sup>

Diante da diferença entre texto e norma, o argumento de Ávila perde força. A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de *normas* e não entre dois tipos de *textos*. É por isso que tanto as regras, quanto os princípios pressupõem uma interpretação prévia. Isso não significa, contudo, que ambos tenham a mesma estrutura. Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica é já subsumível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso,

<sup>35</sup> Quando digo que Humberto Ávila não leva em consideração a distinção entre texto e norma, não quero dizer que ele a ignore ou rejeite. Muito pelo contrário, ele a utiliza em seu trabalho e afirma categoricamente: "não há identificação entre norma e texto." (cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras", p. 171). Mas ainda que ele use essa distinção para outros propósitos - para demonstrar que a regra da proporcionalidade não resulta de um texto específico - passa ele ao largo dela, quando de sua crítica à distinção entre regras e princípios.

<sup>36</sup> Mesmo que a terminologia utilizada varie, exemplos da distinção entre texto e norma podem ser encontrados em: Alf Ross, *Directives and Norms*, § 9 e ss., p. 34 e ss.; Christiane Weinberger / Ota Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, pp. 20 e 108; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 42; Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, pp. 122 e ss.; do mesmo autor, *Strukturierende Rechtslehre*, pp. 147 e ss. Em português, cf. sobretudo o recente trabalho de Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, pp. 71 e ss.

<sup>37</sup> Cf. J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da constituição*, p. 47. No caso da metódica de Friedrich Müller, a norma não é apenas o produto da interpretação do texto, já que essa é apenas a parte inicial de um processo mais complexo. Cf. Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, pp. 272 e ss. e *passim*.

<sup>38</sup> Mas não exclusivamente. Uma mesma norma pode ser expressa, por exemplo, mediante o texto "dê a preferência", bem como por um triângulo invertido, de contornos vermelhos e fundo branco, preso a um poste. Em ambos os casos, contudo, a norma só surge depois da interpretação.

que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los. Assim, "ser passível ou carente de interpretação" é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios. Mas "ser passível ou carente de sopesamento" é característica exclusiva dos princípios.

Para que esse pensamento fique ainda mais solidificado, pode-se usar o seguinte exemplo: partindo-se da premissa de que o texto "é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão" (CF art. 150, VI, *d*) expressa uma regra, e que o texto "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas" (CF art. 5º, X, primeira parte), um princípio, percebe-se com clareza que ambos carecem de interpretação. Poderá ser discutido, por exemplo, se os termos *jornais* e *periódicos* abarcariam também os encartes de propaganda comercial distribuídos juntamente com os jornais,<sup>39</sup> da mesma forma que se poderá discutir o significado de *intimidade*, *vida privada*, *honra* e *imagem*. Mas, depois que se chega a uma decisão acerca do significado dos primei-

↑617|618↓

ros (jornais e periódicos), já é possível, para se usar a expressão positivista de uso corrente na tradição jurídica brasileira, subsumir o fato à norma e aplicá-la ao caso concreto. No segundo caso, mesmo que se chegue a uma decisão sobre o significado dos termos *intimidade*, *vida privada*, *honra* e *imagem*, ainda assim pode não ser possível proceder à subsunção. Pode ser que outros princípios - principalmente a liberdade de expressão e de imprensa - sejam aplicáveis ao mesmo caso concreto que, dessa forma, só poderá ser solucionado após um sopesamento entre os princípios envolvidos. Esse segundo passo - o sopesamento - é característico dos princípios.

#### 4. Deveres *prima facie* e deveres definitivos

Inocência Mártires Coelho, com respaldo em Bergmann Ávila, sugere que a idéia de colisão entre princípios não tem fundamento e que tal colisão só poderá ser uma *colisão aparente*.<sup>40</sup> O fundamento da afirmação é simples: os princípios não possuem uma hipótese e

<sup>39</sup> Cf. RTJ 171, 336.

<sup>40</sup> Cf. Inocência Mártires Coelho, "Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?", p. 56 e ss.; Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras", p. 162, nota 48.

uma conseqüência abstratamente determinada; se não há conseqüência determinada, não há como haver colisão. Mas esse pressuposto é falso, pois os princípios têm, sim, conseqüências abstratamente determinadas. A liberdade de expressão, por exemplo, é um princípio que deve ser realizado na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes. Ou seja, a liberdade de poder se exprimir deve ser otimizada. Diante disso, é fácil perceber que essa otimização pode *colidir* com a otimização do direito à privacidade, que também é um princípio. Há, portanto, poucos indícios de que a colisão aqui seja apenas aparente.

Segundo Bergmann Ávila, a colisão é aparente porque o problema que surge na aplicação dos princípios "reside muito mais em saber qual dos princípios será aplicado e qual a relação que mantêm entre si."<sup>41</sup> Com tal afirmação quer-se dizer algo como "depois de resolvida, a colisão revelou-se apenas aparente". Ora, nesse sentido, todas as colisões são aparentes, exceção feita às irresolúveis. O problema em questão, antigo no âmbito da filosofia moral,<sup>42</sup> é mais

↑618|619↓

complexo e merece ser discutido com um pouco mais de detalhe. Trata-se da distinção entre deveres *prima facie* e deveres definitivos.

O exemplo mais recorrente para ilustrar essa distinção é o seguinte: João promete ir à festa de aniversário de seu amigo José. Entrementes fica João sabendo que seu outro amigo, Jorge, está extremamente doente e precisa de sua ajuda. Para João, tanto quanto cumprir as promessas feitas, ajudar um amigo também é um dever. Nesse caso concreto, contudo, não é possível cumprir ambos os deveres. Após ponderação, decide João ajudar seu amigo doente e não ir à festa de José. Isso não significa, porém, que "cumprir promessas" tenha deixado de ser um dever para João. A constelação aqui é simples e clara: tanto o dever de cumprir promessas, como o dever de ajudar os amigos, são deveres *prima facie*. Isso significa que, diante das possibilidades do caso concreto, o dever pode não se revelar um dever definitivo, realizável. No caso concreto, o dever definitivo é aquele que é produto de uma ponderação

<sup>41</sup> Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras", p. 163, nota 18 (continuação).

<sup>42</sup> Cf., por exemplo, ainda que com variações teóricas, W.D. Ross, *The Right and the Good*, pp. 19 e ss. e 30 e ss.; Richard M. Hare, *Moral Thinking*, pp. 27 e ss. e 38 e ss.; Kurt Baier, *The Moral Point of View*, pp. 102 e ss.; John Searle, "Prima Facie Obligations", pp. 84 e ss.; Bernard Williams, "Conflict of Values", pp. 73 e ss.

ou sopesamento e que é expresso por uma regra com a seguinte redação: "Em situações como a do tipo *SI*, o dever de ajudar os amigos tem prioridade em face do dever de manter promessas".<sup>43</sup> A colisão entre ambos os deveres, como se vê, não é apenas aparente, mas real. Nesse exemplo simplório, pode-se dizer que a decisão é fácil. Isso, contudo, não suaviza a colisão que existe entre dois deveres *prima facie*.

Não é também difícil de se perceber que a situação descrita no exemplo é a mesma que ocorre com a colisão de direitos fundamentais. A característica que distingue princípios e regras não é a existência de uma "conseqüência determinada" ou de "vagueza". A diferença é de outra natureza: regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*.<sup>44</sup>

## 5. Mandamentos de otimização

Humberto Ávila rejeita também a idéia de princípios como mandamentos de otimização, pois, segundo ele, nem sempre os princípios devem ser realizados

↑619|620↓

"na máxima medida".<sup>45</sup> Para demonstrar sua tese, Bergmann Ávila sugere que as colisões entre princípios sejam classificadas em quatro categorias distintas:

(1) a realização do fim instituído por um princípio *leva à realização* do fim determinado pelo outro: nesse caso, não haveria que se falar em máxima medida, mas somente em realização na medida necessária.

(2) a realização do fim instituído por um *exclui a realização* do fim determinado pelo outro: nesse caso, o problema só poderia ser solucionado com a rejeição de um dos princípios. Esse tipo de colisão seria, segundo ele, semelhante aos casos de conflito entre

<sup>43</sup> Cf. Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, p. 261.

<sup>44</sup> Isso não significa dizer que seja complicado ou quase impossível "reconhecer um direito subjetivo por aplicação direta de um princípio", como sustenta Walter Claudius Rothenburg, *Princípios constitucionais*, p. 25. O fato de os princípios expressarem deveres "apenas" *prima facie* faz somente com que os direitos assegurados sejam também *prima facie*. Independente do que Rothenburg queira dizer com aplicação *direta*, o fato é que quase todos os direitos fundamentais têm estrutura de princípios e, mesmo assim, asseguram *diretamente* direitos subjetivos. Sobre a distinção entre deveres *prima facie* e deveres definitivos no âmbito jurídico, cf., por exemplo, Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 79; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 73.

<sup>45</sup> Cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras", p. 163

regras.<sup>46</sup> Isso o leva a afirmar que "a diferença não está no fato de que as regras devem ser aplicadas '*no todo*' e os princípios só na '*máxima medida*'. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente."<sup>47</sup>

(3) a realização do fim instituído por um só leva à *realização de parte* do fim determinado pelo outro.

(4) a realização do fim instituído por um *não interfere* na realização do fim buscado pelo outro.

Examinemos as quatro categorias propostas por Humberto Ávila com um pouco mais de atenção. Salta aos olhos, logo de início, que apenas a segunda delas configura uma colisão de princípios. Nas outras três hipóteses, simplesmente não há colisão. Ora, se não há colisão entre princípios, as condições *jurídicas* para a sua otimização são *ideais* e nada impede que eles sejam realizados na máxima medida. Como Ávila não desenvolve a idéia presente nas duas últimas categorias, apesar de as ter classificado como *hipóteses de colisão entre princípios*, discutirei apenas as duas primeiras.

↑620|621↓

No caso da primeira das categorias, não se pode dizer que o simples fato de que a realização de um princípio leve à realização de outro implicaria, como afirma Ávila, que o primeiro deva ser realizado *apenas na medida necessária à realização do fim instituído pelo segundo*. Essa afirmação pressupõe não somente que o primeiro princípio exista exclusivamente em função do segundo, mas, além disso, que o primeiro seja apenas um instrumento para a realização do segundo. Como Humberto Ávila não fornece exemplos, não é fácil imaginar a que tipo de situação ele quis se referir. E fica difícil sustentar que o primeiro princípio seja realmente um princípio.

As duas idéias subjacentes à segunda categoria merecem uma análise mais atenta, feita nos tópicos a seguir.

<sup>46</sup> Cf., sobre esse argumento, o tópico 5.2, abaixo.

<sup>47</sup> Cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras", p. 164.

### 5.1 Colisão total de princípios

Como visto acima, Humberto Ávila - no que é seguido por Mártires Coelho -<sup>48</sup> afirma que, quando a realização do fim instituído por um princípio *exclui a realização* do fim determinado por outro, o problema só poderia ser solucionado com a *rejeição de um dos princípios*. Esse tipo de colisão seria, ainda segundo Ávila, semelhante aos casos de conflito entre regras.<sup>49</sup> Com base no que foi visto na parte expositiva deste artigo,<sup>50</sup> não há como sustentar tal argumento. No caso de conflito total entre regras, uma delas, necessariamente, deverá ser declarada inválida, já que ambas não podem conviver no mesmo sistema. No caso em que Humberto Ávila classifica como colisão total entre princípios, a hipotética não-realização de um princípio em nada se aproxima à solução dada ao conflito entre regras, já que o princípio afastado não é declarado inválido e, por isso, não deixa de pertencer ao ordenamento jurídico.<sup>51</sup> O que ocorre é uma simples impossibilidade de aplicação de um dos princípios para a solução de um problema concreto, o que não significa que, em outros casos, o mesmo princípio afastado não

↑621|622↓

possa ser aplicado e, mais importante, que não possa até mesmo prevalecer àquele princípio que, no primeiro caso, prevaleceu a ele.

Não faltam exemplos para demonstrar que a rejeição da aplicação de um princípio em um caso concreto não se assemelha a tratá-lo como "não pertencente ao ordenamento jurídico", como afirma Mártires Coelho. Assim, se um juiz proíbe a publicação de um determinado livro, por entendê-lo incompatível com a proteção constitucional à honra de alguém, isso não significa que a liberdade de expressão tenha sido tratada como "não pertencente ao ordenamento jurídico". Ao contrário, o juiz só pode decidir pela prevalência de um princípio sobre outro se pressupor que ambos fazem - e continuarão a fazer - parte do ordenamento jurídico. *Prevalecer* não se confunde, portanto, com *pertencer*.

<sup>48</sup> Cf. Inocêncio Mártires Coelho, "Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?", p. 59.

<sup>49</sup> Cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras", p. 163.

<sup>50</sup> Cf. tópico 1, acima.

<sup>51</sup> Mártires Coelho afirma que, nesses casos, a aplicação de determinado princípio afastaria os outros, eventualmente colidentes, *como não pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico*. Cf. Inocêncio Mártires Coelho, "Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?", p. 59.

## 5.2 Realização "no todo" e realização "na máxima medida"

Como visto acima, Humberto Ávila afirma que "a diferença [entre regras e princípios] não está no fato de que as regras devem ser aplicadas '*no todo*' e os princípios só na '*máxima medida*'. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever seja realizado totalmente."<sup>52</sup> Diante de tudo o que já foi visto acima, e diante da existência, na prática, das mais variadas colisões entre princípios, fica difícil afirmar que o "conteúdo de dever-ser" dos princípios terá que ser sempre realizado totalmente. Como o próprio Ávila reconhece, e como já visto acima, os princípios expressam deveres *prima facie*. Na aplicação concreta deles, contudo, o dever definitivo poderá diferir do dever *prima facie* expressado pelos princípios isoladamente considerados. Aquele dever definitivo terá, sim, que ser realizado "no todo", mas isso não significa que a distinção entre regras e princípios seja afetada, pois não é "o conteúdo de dever-ser" *dos princípios* que estará sendo realizado "no todo", mas somente o "conteúdo de dever-ser" *de uma regra* que terá surgido como produto do sopesamento entre os princípios colidentes e que, frise-se, valerá somente para aquele caso concreto ou para casos cujas possibilidades fáticas e jurídicas sejam idênticas. O dever que os princípios expressam continuará sendo um dever apenas *prima facie*, a ser realizado na medida ótima diante das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto.

Se usarmos o mesmo exemplo da proibição de um livro, acima mencionado, teríamos a seguinte constelação: de um lado, temos a liberdade de expressão,

↑622|623↓

que deve ser realizada na máxima medida dentro das condições fáticas e jurídicas existentes (é esse o seu "conteúdo de dever-ser", o seu dever *prima facie*); do outro lado, temos o direito à honra, que também deve ser realizado na máxima medida dentro das condições fáticas e jurídicas existentes (esse é o seu "conteúdo de dever-ser"). No caso concreto, após sopesamento entre ambos, diante das condições fáticas e jurídicas, chegou-se à conclusão de que, dadas as condições *x*, *y* e *z*, presentes no caso concreto, o direito à honra deveria prevalecer sobre a liberdade de expressão. Desse procedimento de ponderação ou sopesamento resulta uma *regra*, aplicável ao caso concreto, cujo enunciado seria: "dadas as

<sup>52</sup> Cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras", p. 164.

condições *x*, *y* e *z*, o direito à honra prevalece sobre a liberdade de expressão".<sup>53</sup> É essa regra que deverá ser realizada "no todo". Mas ela não se confunde com o "conteúdo de dever-ser" dos princípios, já que aplicável somente no caso concreto. O "conteúdo de dever-ser" dos princípios continua sendo *prima facie* e, por isso, realizável em medidas diversas.

## 6. A liberdade estrutural

Ana Paula de Barcellos indica dois critérios suplementares para a distinção entre regras e princípios: o primeiro relaciona-se à indeterminação de seus efeitos e o segundo refere-se à multiplicidade de meios para atingi-los.<sup>54</sup> Com relação ao primeiro critério, valem as considerações feitas acima, visto que ele em muito se assemelha àquilo que Humberto Ávila defende. Neste tópico discutirei, por isso, apenas o segundo. A autora diz:

"Além dessa indeterminação dos efeitos naquilo que transborda o núcleo essencial do princípio, há ainda uma segunda distinção entre princípios e regras. Ela consiste em que, muitas vezes, ainda que o efeito pretendido por uma norma seja determinado [...], os meios para atingir tal efeito são múltiplos."<sup>55</sup>

↑623|624↓

Para exemplificar essa característica, a autora usa a norma constitucional sobre o pleno emprego. Ainda que essa norma seja bastante clara quanto aos efeitos pretendidos - que todos tenham emprego -, é fato que isso pode ser alcançado de diversas maneiras, como, por exemplo, por meio da abertura de frentes de trabalho ou do incentivo a pequenas e médias empresas, dentre tantas outras.<sup>56</sup> Essa existência de vários meios para atingir o fim pretendido pela norma seria, segundo Ana Paula de Barcellos, uma característica dos princípios.

Esse fato não é, todavia, uma característica *dos princípios*, mas de qualquer norma que não imponha uma omissão, mas uma ação, uma prestação ou o alcance de uma finalidade.

<sup>53</sup> Se se substitui direito à honra por P1, liberdade de expressão por P2 e as condições *x*, *y* e *z* por C, tem-se a fórmula proposta por Alexy, vista acima: (P1 P P2) C, que significa que o primeiro princípio (P1) prevalece sobre o segundo (P2), se presentes o conjunto de condições C. Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 83.

<sup>54</sup> Cf. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, pp. 52 e ss.

<sup>55</sup> Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 54.

<sup>56</sup> Cf. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 55.

Um exemplo bastante difundido para ilustrar essa *diferença estrutural* entre esses dois tipos de imposições utiliza-se da contraposição entre *matar* e *salvar*.<sup>57</sup> De um lado, a proibição de matar impõe uma omissão: não matar. Isso implica a vedação de *todos* os atos que tenham como conseqüência a morte de alguém. Do outro lado, a imposição de salvamento não implica a realização de todos os atos possíveis para salvar alguém. A estrutura da imposição, nesse caso, é disjuntiva. Assim, se uma pessoa está se afogando e é possível salvá-la (1) lançando a ela uma bóia de salvamento, (2) nadando até a ela e trazendo-a à borda ou ainda (3) chamando o salva-vidas, *apenas uma* dessas condutas é devida, não todas.<sup>58</sup> Aquele que deve salvar tem, por isso, uma *liberdade de ação que decorre da própria estrutura do comando*.<sup>59</sup>

Se examinarmos as normas de direitos fundamentais, veremos que quase todas elas impõem tanto uma omissão quanto uma ação. A liberdade de imprensa, por exemplo, impõe tanto omissões - a não-existência de censura, por exemplo - quanto ações - a garantia de uma imprensa plural, com o combate a

↑624|625↓

monopólios, poderia ser uma delas. O mesmo vale para o direito à vida, já que o Estado deve abster-se de matar - vedação da pena de morte, por exemplo - e, ao mesmo tempo, garantir que a vida dos cidadãos não seja ameaçada, criando e mantendo, para isso, aparatos policial e judicial eficientes, ou elaborando leis penais eficazes, dentre outros.

A "multiplicidade de meios para atingir efeitos pretendidos", citada por Ana Paula de Barcellos, é, portanto, *uma característica apenas parcial* dos princípios, ou seja, ela é somente aplicável ao âmbito positivo deles, não estando presente no seu aspecto meramente negativo, conhecido como "direito de defesa". Isso fica ainda mais claro nos casos de direitos fundamentais que são precipuamente direitos de defesa, como é o caso da liberdade de manifestação do pensamento. Nesse caso, *ainda que se trate de um princípio*, não há que se falar

<sup>57</sup> Cf. Robert Alexy, "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", pp. 278 e s.

<sup>58</sup> Essa estrutura fica bastante clara nas formalizações lógicas. Fórmulas conjuntivas, como  $p \wedge q$ , são somente verdadeiras se tanto  $p$  quanto  $q$  forem falsos. Já as fórmulas disjuntivas, como  $p \vee q$ , são verdadeiras se (1)  $p$  for verdadeiro, (2)  $q$  for verdadeiro ou (3)  $p$  e  $q$  forem verdadeiros. Cf., a esse respeito, Rudolf Carnap, *Einführung in die symbolische Logik, mit besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendung*, p. 17.

<sup>59</sup> Essa liberdade estrutural é um dos argumentos usados contra uma tendência crítica à teoria dos princípios, segundo a qual a definição dos princípios como mandamentos de otimização eliminaria qualquer liberdade do legislador para definir meios para atingir os fins almejados. Cf., sobre essa tendência crítica e sobre outros argumentos contra ela, Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pp. 123-135.

em "multiplicidade de meios para atingir os efeitos pretendidos". E se essa característica não é uma característica imprescindível dos princípios, não pode ela ser usada como critério para distingui-los das regras.

## 7. A teoria estruturante do direito e a distinção entre princípios e regras

A intenção deste artigo foi esclarecer alguns pontos polêmicos na recepção da discussão sobre regras e princípios no Brasil. Espero ter atingido o objetivo proposto e ter colaborado para que a discussão continue. Para isso, nada mais fundamental do que dissenso. Como conclusão, ficam algumas poucas palavras sobre um fenômeno que, no Brasil, vem ganhando proporções cada vez maiores, fenômeno que eu chamaria de "sincretismo metodológico". Esse *sincretismo metodológico*, em termos simples, consiste na adoção de teorias incompatíveis, como se compatíveis fossem.<sup>60</sup> Como exemplo desse fenômeno, pode ser

↑625|626↓

mencionada, para manter-me dentro do tema deste artigo, a recepção da distinção entre regras e princípios e a recepção da chamada teoria estruturante do direito, difundida no Brasil por meio da obra de Friedrich Müller. Um dos traços fundamentais da teoria de Müller é a separação entre *programa da norma* e *âmbito da norma*, separação que visa, nas palavras do próprio Müller, a superar a concepção positivista segundo a qual a aplicação do direito seria um mero processo de subsunção do fato a uma norma preexistente a esse mesmo fato. Segundo o autor, isso não passa de uma ilusão, já que a norma não existe antes do confronto com os fatos.<sup>61</sup> Mais do que descer a detalhes da teoria estruturante do direito, o que aqui interessa é salientar uma de suas principais conseqüências: a *rejeição expressa do sopesamento como método de aplicação do direito*. Segundo o próprio Müller, o sopesamento é um método irracional, uma mistura de "sugestionamento lingüístico", "pré-compreensões mal

<sup>60</sup> Um exemplo bastante acentuado de sincretismo metodológico no campo da distinção entre regras e princípios pode ser encontrado na obra de Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de princípios constitucionais*, p. 252 e *passim*. O autor critica a doutrina brasileira sobre princípios por não se utilizar dos "clássicos principialistas" (sic), como Boulanger, Dworkin, Alexy, Canaris, Esser, Luhmann, Larenz, Müller, Krawietz, Zagrebelsky, Crisafulli, Enterría, Scheuner, Engisch e Ross. O próprio Espíndola, entretanto, não só não se utiliza de obras de quase nenhum deles, como também não explica como compatibilizar autores tão díspares, muitos dos quais, a despeito de serem por ele chamados de "clássicos principialistas", nunca se dedicaram a construir uma teoria sobre princípios constitucionais. Como se verá no seguimento do texto, as teorias de alguns desses autores - principalmente Alexy e Müller - não são compatíveis entre si.

<sup>61</sup> Cf. Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, p. 268.

esclarecidas" e "envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos", cujo resultado não passa de mera suposição.<sup>62</sup>

A distinção entre regras e princípios, como foi visto, tem como uma de suas principais características exatamente a *exigibilidade de sopesamento de princípios como forma de aplicá-los*. Como explicar, porém, que ambas as teorias, a despeito de serem *incompatíveis*, sejam defendidas, no Brasil, como se complementares fossem?<sup>63</sup> Responder a essa pergunta é tarefa difícil, já que não se costuma deixar clara a forma de harmonizar ambas as teorias, sendo elas apenas apresentadas, ficando apenas *implícito* o caráter complementar delas.<sup>64</sup> Mas não é possível-

↑626|627↓

vel discutir esse problema de forma rápida e superficial neste fim de artigo, pois, como se vê, não são poucos que se alinham pela complementaridade entre as teorias citadas. Uma resposta a essas questões exige a análise de outras manifestações do chamado "sincretismo metodológico". Voltarei a esse tema em trabalho futuro.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Cf. Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, S. 209. Para uma análise um pouco mais detalhada da crítica de Friedrich Müller - e também das de Habermas, Böckenförde e Schlink - à racionalidade do sopesamento, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, 89-102.

<sup>63</sup> Não são poucos os autores, no Brasil, que defendem ambas as teorias simultaneamente. Cf., por exemplo, Fábio Konder Comparato, "O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais", texto apresentado no *XVIII Encontro Nacional dos Procuradores da República*; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, pp. 247 e ss.; Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, pp. 64 e ss. e 172 e ss.; Luiz Vergílio Dalla-Rosa, *Uma teoria do discurso constitucional*, pp. 222 e ss. e 230. No âmbito forense, cf. a petição inicial da ADC 9-6 (acionamento de energia), elaborada pelo então Advogado Geral da União, Gilmar Ferreira Mendes (cf. pp. 106 e ss. para uma defesa da separação entre âmbito da norma e programa da norma - tese de Müller -, e pp. 111 e ss. para uma argumentação com base na proporcionalidade e na ponderação como forma de solucionar colisões entre princípios - tese de Alexy).

<sup>64</sup> Uma exceção parece ser Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1038, que se dedica, *expressamente*, à construção do direito constitucional "com base numa perspectiva 'principlista' (baseado em princípios), perspectiva esta inspirada em Dworkin e Alexy, mas com aberturas para as concepções sistêmicas e estruturantes (sentido de Luhmann e de Müller)". Difícil é saber se essa tarefa é realizável. Pelo menos no que diz respeito a uma teoria sobre as normas de direitos fundamentais e de sua aplicação, entendo que não, como tentei, em breves palavras, deixar claro acima. A mesma incompatibilidade entre teorias sobre as normas de direitos fundamentais existe entre as concepções de Alexy, de um lado, e Habermas e Günther, de outro. Cf., sobre essa incompatibilidade, Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, pp. 310 e ss. e Robert Alexy, "Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse", *Cardozo Law Review* 17 (1996), especialmente p. 1030. Idéia contrária, isto é, pela compatibilidade dessas teorias, fica implícita em passagem de Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, pp. 172 e ss.

<sup>65</sup> Cf. Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, no prelo, a ser publicado ainda no primeiro semestre de 2003, pela Editora Malheiros, de São Paulo.

## 8. Bibliografia

- Aarnio, Aulis. "Taking Rules Seriously". *ARSP*, Beiheft 42 (1989): 180-192.
- Alexy, Robert. "Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen", in Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995: 262-287.
- \_\_\_\_\_. "Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse". *Cardozo Law Review* 17 (1996): 1027-1034.
- \_\_\_\_\_. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- Ávila, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade". *Revista de Direito Administrativo* 215 (1999): 151-179.
- Baier, Kurt. *Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*. Ithaca: Cornell University Press, 1969.
- Barcellos, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- Bartolini, Stefano. "Metodologia della ricerca politica", in Gianfranco Pasquino (a cura di), *Manuale di scienza della politica*. Bologna: Il Mulino, 1986: 39-82.
- Bercovici, Gilberto. "O princípio da unidade da constituição". *Revista de Informação Legislativa* 145 (2000): 95-99.
- Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- Borowski, Martin. *Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998.
- Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998.
- Canotilho, J. J. Gomes / Moreira, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- Carnap, Rudolf. *Einführung in die symbolische Logik, mit besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendung*. 2. Aufl., Wien: Springer, 1960 (1. Aufl., 1954).
- Coelho, Inocêncio Mártires. "Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?". *Revista de Direito Administrativo* 221 (2000): 47-70.
- Comparato, Fábio Konder. "As garantias institucionais dos direitos humanos", *Boletim dos Procuradores da República* 40 (2001): 3-8.
- \_\_\_\_\_. "O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais", *XVIII Encontro Nacional dos Procuradores da República*. Manaus, 2001.
- Dalla-Rosa, Luiz Vergílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.

- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.
- Espíndola, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed., São Paulo: RT, 2002.
- Esser, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 3. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1974.
- Farias, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.
- Grau, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- Günther, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988.
- Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- Hare, Richard M. *Moral Thinking: Its Levels, Method And Point*. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- Leal, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- Lima, Francisco Meton Marques de. *O resgate dos valores na interpretação constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como "ser-moralmente-melhor"*. Fortaleza: ABC, 2001.
- Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo II: Introdução à teoria da constituição*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- Müller, Friedrich. *Juristische Methodik*. 6. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1995 (1. Aufl., 1971).
- \_\_\_\_\_. *Strukturierende Rechtslehre*. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1994 (1. Aufl., 1984).
- Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1975.
- Ross, Alf. *Directive and Norms*. London: Routledge & Kegan Paul, 1968.
- Ross, William D. *The Right and The Good*. Oxford: Clarendon Press, 1930.
- Rothenburg, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- Searle, John. "Prima Facie Obligations", in: Raz, Joseph (ed.), *Practical Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 1978: 80-90.
- Sieckmann, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990.
- Silva, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

Silva, Virgílio Afonso da. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

\_\_\_\_\_. "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

\_\_\_\_\_. "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003 (no prelo).

\_\_\_\_\_. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Weinberger, Christiane / Weinberger, Ota. *Logik, Semantik, Hermeneutik*. München: C.H. Beck, 1979.

Williams, Bernard. "Conflict of Values", in Bernard Williams, *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.