

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PRECISA DE IOLAU: RESPOSTA ÀS
OBJEÇÕES DE MARCELO NEVES AO
SOPESAMENTO E À OTIMIZAÇÃO**
// THE BRAZILIAN SUPREME COURT
NEEDS IOLAUS: A REPLY TO MARCELO
NEVES' OBJECTIONS TO
BALANCING AND OPTIMIZATION

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

>> RESUMO // ABSTRACT

Talvez não exista, no direito constitucional brasileiro atual, um debate que tenha gerado uma produção tão intensa quanto aquele sobre princípios constitucionais. Muito dessa produção, contudo, é mera reprodução do que já foi escrito antes. O recente livro de Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, é com certeza uma exceção nesse cenário. Ele traz novas luzes ao debate e propõe mudanças de rumos. Neste breve artigo, pretendo defender minhas ideias em face das objeções que o autor suscita, para mostrar que ele, de um lado, não tem razão nessas objeções e, de outro, não oferece de fato uma alternativa àquilo que ele chama de "modelos ainda dominantes". // In current Brazilian constitutional debate there may be no subject that has generated so many publications as that of constitutional principles. Many of these publications, however, are a mere repetition of what has been written before. The publication of Marcelo Neves' book "Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico" is certainly an exception in this scenario. Marcelo Neves' book brings new light to the debate and proposes a change of course. In this short article, I intend to defend my views against the objections Neves raises in his book in order to show that, on the one hand, his objections are unsound and on the other, that he does not in fact offer an alternative to what he calls "still dominant models".

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Marcelo Neves; Princípios Jurídicos; Regras Jurídicas; Direito Constitucional; Supremo Tribunal Federal. // Marcelo Neves; Legal Principles; Legal Rules; Constitutional Law; Brazilian Supreme Court.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo (USP) // Full Professor of Constitutional Law of the University of São Paulo (USP)

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Agradeço a Conrado Hübner Mendes, Josecleyton Geraldo da Silva, Rafael Bellem de Lima e Fernando Leal pela leitura crítica das versões preliminares deste texto. Artigo traduzido para o inglês por Teo Pastor e revisto pelo autor. // Article translated to English by Teo Pastor and reviewed by the author.

INTRODUÇÃO

Talvez não exista, no direito constitucional brasileiro atual, um debate que tenha gerado uma produção tão intensa quanto aquele sobre princípios constitucionais. Muito dessa produção, contudo, é mera reprodução do que já foi escrito antes. A publicação do livro de Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, é com certeza uma exceção nesse cenário. E, dada a trajetória acadêmica do autor, não há nenhuma surpresa nesse fato.

O livro de Marcelo Neves traz novas luzes ao debate e propõe mudanças de rumos. Embora eu concorde com algumas das teses defendidas pelo autor, nossas visões sobre a questão são, em parte, incompatíveis. Neste breve artigo, pretendo defender minhas ideias em face das objeções que o autor suscita em seu livro para mostrar que Marcelo Neves, de um lado, não tem razão nessas objeções e, de outro, não oferece de fato uma alternativa àquilo que ele chama de “modelos ainda dominantes”.

Para tanto, este artigo está estruturado da seguinte forma. De início, procuro responder a algumas das críticas que Marcelo Neves faz a trabalhos meus que não têm ligação direta com as ideias de princípios e sopesamento (tópico 1). A partir do segundo tópico, o artigo dedica-se exclusivamente ao debate sobre princípios. Começo com um comentário breve sobre a metáfora que dá título ao livro de Neves (tópico 2), depois analiso a estratégia do autor para rejeitar as formas tradicionais de distinção entre princípios e regras (tópico 3). Em seguida, discuto aquilo que Neves chama de formas híbridas (tópico 4), para, logo após, discutir o seu conceito de princípios e regras (tópico 5). A seguir, procuro analisar aquilo que Neves chama de colisão intraprincípios (tópico 6) para mostrar que esse é um fenômeno menos relevante do que ele supõe. Logo após, procuro mostrar que em vários momentos, Neves não distingue claramente que problemas são teóricos e quais são institucionais (tópico 7). Isso prepara terreno para o tópico seguinte, no qual discuto o “abuso de princípios”, para mostrar que há uma confusão entre supostos problemas teóricos e a aplicação prática das teorias analisadas (tópico 8). O tópico seguinte (tópico 9) é o mais longo e se ocupa da alternativa que Marcelo Neves propõe ao modelo da teoria dos princípios, especialmente à análise daquilo que ele denomina “ponderação comparativa”. Da mesma forma que ocorre no livro de Neves, a conclusão deste artigo (tópico 10) recorre ao juiz Iolau, para demonstrar que, a não ser talvez para juízes mitológicos, pode haver uma diferença (às vezes enorme) entre aquilo que uma teoria propõe e aquilo que juízes (e outros profissionais do direito) fazem quando afirmam que estão aplicando essa teoria. Procurarei mostrar, assim, que as críticas de Neves, ainda que possam ser procedentes em relação a uma determinada prática forense que recorre a princípios, não conseguem atingir a teoria em si.

1. ALGUMAS RESPOSTAS A CRÍTICAS ESPARSAS

Em inúmeras partes do livro de Marcelo Neves, meus trabalhos são usados como contraponto àquilo que ele pretende defender. Contudo, muitas das objeções levantadas não tem ligação direta com o objeto do livro de Neves. Ainda assim, não gostaria de deixar essas objeções sem respostas. É o que faço neste tópico inicial, antes de, no próximo tópico, entrar no verdadeiro debate sobre princípios constitucionais.

A primeira delas tem relação com a interpretação conforme a constituição. Em trabalho anterior, sobre princípios de interpretação constitucional e sincretismo metodológico, afirmei que é um fato curioso que a interpretação conforme a constituição seja incluída pela literatura jurídica brasileira dentre os chamados princípios de interpretação constitucional, “visto que é fácil perceber que, quando se fala em interpretação conforme a constituição, *não se está falando de interpretação constitucional*, pois não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as *leis infraconstitucionais*. A interpretação conforme a constituição pode ter algum significado, então, como um critério para a *interpretação das leis*, mas não para a interpretação constitucional”.¹ De passagem, afirmo que a interpretação conforme à constituição não faz parte do rol de princípios de interpretação constitucional elaborado por Konrad Hesse, que costuma servir de base para os trabalhos brasileiros sobre o assunto.²

A objeção de Neves, baseada no texto de Hesse, apoia-se em dois argumentos: (1) quando se faz interpretação conforme à constituição não é só a lei que é interpretada, mas também a constituição; e (2) não houve recepção inadequada de Hesse no Brasil, já que ele incluía a interpretação conforme a constituição dentre os princípios de interpretação constitucional.³

Quanto ao primeiro ponto, a resposta à objeção está em outro trabalho meu, publicado no mesmo ano do trabalho citado por Neves, mas que não consta de sua bibliografia.⁴ Nesse trabalho, deixo claro que embora a interpretação conforme a constituição seja um método de interpretação da legislação infraconstitucional, é claro que o parâmetro para tanto é a constituição e que, “ao definir a constituição como parâmetro para se saber como a lei deve ser interpretada, não há como escapar de um mínimo de interpretação da própria constituição”.⁵ Mas, ainda assim, concluí: “na interpretação conforme a constituição o objetivo principal não é interpretar a própria constituição, mas as leis infraconstitucionais, razão pela qual ela não pode ser considerada um princípio de interpretação constitucional”. Minha conclusão, portanto, não decorre da suposição de que quando se faz interpretação conforme a constituição é apenas a lei que é interpretada. Óbvio que não. Minha conclusão decorre do fato de que, ao contrário do que ocorre com os outros princípios de interpretação constitucional, no caso da interpretação conforme a constituição o texto constitucional é um parâmetro para a interpretação das leis, não dela mesma. Logo, não se trata de um princípio de interpretação constitucional.

Quanto à recepção adequada ou inadequada de Hesse, embora essa questão me pareça menos relevante, é preciso reafirmar que Hesse não inclui

diretamente a interpretação conforme a constituição dentre os princípios de interpretação constitucional. O que ele faz é incluí-la de forma indireta, por meio da “interpretação da constituição conforme a lei”.⁶ Mas não me parece que a doutrina brasileira tinha isso em mente ao incluir a interpretação conforme a constituição no rol de princípios constitucionais.

Em seguida, Neves levanta objeções a alguns exemplos de sincretismo metodológico que aponto no trabalho mencionado acima. A principal delas está relacionada à incompatibilidade entre as teorias normativas de Alexy e Müller, especialmente no que diz respeito ao sopesamento. Segundo Neves, porque a norma jurídica, em Müller, surge apenas ao final do processo de concretização, ela seria naturalmente insuscetível de sopesamento, da mesma forma que ocorreria com a norma definitiva, construída após o sopesamento, em Alexy. Diante disso, ele conclui que não há nada de incompatível entre as duas teorias.⁷

Os argumentos não são convincentes. É o próprio Marcelo Neves que afirma que “para Müller, durante a concretização, a ponderação apresenta-se como um fator potencialmente irracional no processo de produção da norma jurídica”.⁸ Diante disso, se Müller defende que, durante o processo de concretização, o sopesamento seria um fator de irracionalidade e que, após a concretização, não há mais espaço para sopesamento, como isso pode ser compatível com uma teoria que, como faz a de Alexy, elege o sopesamento como figura central? A resposta a essa indagação simples e direta não é encontrada no livro de Neves.⁹

A última objeção à minha tese sobre o sincretismo metodológico é aquela que sustenta que a crítica que faço a diversos autores é aplicável também aos meus próprios trabalhos, ao menos “no que concerne ao local e ao universal”.¹⁰ Com isso, Marcelo Neves quer sugerir que, ao recepcionar a teoria dos princípios de Robert Alexy, eu faria aquilo que supostamente crítico, isto é, importar uma teoria desenvolvida para a realidade de um país e, sobretudo, uma teoria que não é unanimemente aceita, e tentar fazer crer que se trata de uma teoria universal. Para fundamentar essa objeção, Neves salienta que (1) Alexy não pretendia fazer uma teoria universal, mas uma teoria dos direitos fundamentais da constituição alemã; (2) que mesmo no caso da Alemanha, a jurisprudência que serviu de base para a reconstrução teórica de Alexy vem sendo paulatinamente superada; e (3) que essa jurisprudência não encontra correspondência em outros países com sólida tradição jurídica.¹¹

A resposta a esses argumentos é relativamente simples. No primeiro caso, é mais do que conhecido o alerta que Alexy faz, em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de que se trata de uma teoria dos direitos fundamentais da constituição alemã vigente:

“Uma teoria dos direitos fundamentais da constituição alemã é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivos vigentes. Isso a diferencia tanto de teorias sobre direitos fundamentais que tenham vigido no passado (teorias histórico-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais per se (teorias filosófico-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais que não os da constituição alemã,

*por exemplo, teorias sobre direitos fundamentais de outros países ou teorias sobre direitos fundamentais dos estados federados alemães”.*¹²

Esse aspecto local, contudo, não é capaz de controlar o alcance que a teoria pode ter para além dessa delimitação feita pelo autor. E é o próprio Alexy que salienta isso, quando afirma que “teorias de direitos fundamentais de outros países, no âmbito da interpretação comparada, podem desempenhar um significativo papel para a interpretação dos direitos fundamentais da constituição alemã”,¹³ o que implica, claro, que teorias de direitos fundamentais de outros países, como a sua teoria dos direitos fundamentais, podem, no âmbito da interpretação comparada, desempenhar um significativo papel para a interpretação dos direitos fundamentais da constituição brasileira ou de outras constituições.

Além disso, a objeção de Marcelo Neves parece supor que, quando afirmei não haver indícios de que Hesse tenha querido criar uma teoria geral da interpretação constitucional e que seu trabalho era sobre o direito constitucional alemão, eu pretendia sustentar que a delimitação da origem impediria uma recepção internacional. Mas seria ingenuidade supor isso e uma leitura atenta do meu texto confirmaria que meu argumento não era esse. De forma explícita, afirmei: “É claro que não é o simples fato de Hesse limitar o âmbito de sua obra ao direito alemão que impede que ela tenha importância na discussão sobre outros ordenamentos jurídicos”.¹⁴

Quando Neves afirma que a jurisprudência que serviu de base à reconstrução teórica de Alexy vem sendo abandonada, esse também não é um argumento relevante. Minha preferência por essa ou aquela teoria não tem relação com os tribunais que a adotam. Estou ciente de que a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, especialmente a sua ideia de mandamentos de otimização, nunca teve grande aceitação na Alemanha. E estou ciente, também, de que a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que serviu de base para a teoria de Alexy também vem sendo colocada em xeque. Neves com certeza sabe disso, já que, para embasar sua informação, usa o mesmíssimo debate — entre Kahl e Hoffmann-Riem — que usei em obra anterior.¹⁵

Mas saber se essa ou aquela teoria é aceita ou não por esse ou aquele tribunal, nesse ou naquele país, nunca foi o cerne da minha crítica sobre o sincretismo metodológico. De forma bastante explícita, afirmei no já citado trabalho: “a pouca difusão que esse rol de princípios de interpretação alcançou em seu próprio país de origem não seria, em si, um problema, não fosse também a pouca importância prática que esses princípios têm para a interpretação constitucional”.¹⁶ Em outras palavras: o que importa não é a quantidade de pessoas ou instituições que adotam determinada teoria, mas o quão relevante ela é para a interpretação constitucional. O que questioneei, à época, foi a importação, muitas vezes diletante e retórica, sem qualquer preocupação com consistência, compatibilidade e aplicabilidade prática dessas teorias.

Feitas essas considerações sobre as objeções esparsas que Marcelo Neves faz a algumas de minhas ideias, sem relação específica com o objeto principal de seu livro, passo, a partir do tópico seguinte, a analisar mais especificamente o debate sobre princípios constitucionais.

2. A METÁFORA QUE DÁ TÍTULO AO LIVRO

Marcelo Neves inicia explicando a metáfora que dá título ao livro. A referência a Hércules está claramente associada à figura do juiz Hércules, proposta por Dworkin.¹⁷ Segundo a reconstrução de Neves, o juiz Hércules é “capaz de identificar os princípios adequados à solução do caso, possibilitando a única resposta correta ou, no mínimo, o melhor julgamento”. Com base nisso, Neves afirma que “pode-se dizer também que os princípios são hercúleos”.¹⁸ A partir daí, Neves propõe uma inversão: para ele, são as regras que são hercúleas, os princípios têm o caráter de Hidra.¹⁹ Isso porque, tanto quanto Hidra, uma figura mitológica com inúmeras cabeças, os princípios também teriam um caráter policéfalo, em razão de seu caráter plural, que enriquece o processo argumentativo, “abrindo-o para uma diversidade de pontos de partida”.²⁰

As regras é que seriam, em contraposição, hercúleas, pois, da mesma forma que Hércules cortava as cabeças de Hidra, as regras teriam como escopo diminuir a pluralidade, fechar o processo de argumentação, absorvendo a incerteza.²¹

Embora não seja o cerne de trabalho, o fato de a metáfora ter dado título ao livro merece alguns comentários. Há claramente um passo injustificado no raciocínio de Neves, quando ele, ao reconstruir a ligação do juiz Hércules (de Dworkin) com os princípios constitucionais, conclui que seria possível dizer que os princípios são hercúleos. O fato de Hércules ser encarregado de identificar todos os princípios jurídicos relevantes para a decisão de um dado caso não nos autoriza classificar os princípios como hercúleos. Talvez a tarefa de Hércules seja, como não poderia deixar de ser, hercúlea, mas os princípios não são hercúleos. Até porque Hércules não tem como tarefa apenas identificar e manejar princípios, mas também regras, precedentes, legislação. Isso não torna regras, precedentes e legislação hercúleos. Hercúleo continua sendo simplesmente o trabalho de Hércules, e princípios são apenas um entre tantos outros “materiais jurídicos” que ele maneja.

Ao que parece, a estipulação dos princípios como hercúleos serve para justificar a novidade: uma inversão no papel dos princípios e das regras constitucionais. É claro que há um paralelo entre Hércules cortando as cabeças de Hidra e as regras restringindo a amplitude dos princípios. Mas hercúleo continua a ser o papel do juiz, Hércules ou não.

3. A REJEIÇÃO DA DISTINÇÃO GRADATIVA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Da mesma forma que Alexy²² e outros adeptos de sua teoria dos princípios,²³ Marcelo Neves rechaça as inúmeras distinções tradicionais entre princípios e regras, baseadas em graus de precisão, discricionariedade, generalidade, dentre outros. Essas distinções são denominadas por Alexy como distinções fracas.²⁴

No entanto, parece-me que a estratégia usada por Neves para rejeitar as distinções gradativas entre regras e princípios peca por uma certa

circularidade. Para ilustrar essa afirmação, usarei o exemplo de distinção baseada no grau de generalidade. Segundo esse critério, princípios são mais gerais que as regras. Para rechaçar esse critério, Neves usa a legalidade penal (constituição, art. 5º, XXXIX) como exemplo: embora tenha um alto grau de generalidade, essa norma é uma regra, não um princípio, porque “serve como critério definitivo para a tomada de decisão solucionadora de um caso”.²⁵ Para ele, isso seria a demonstração de que o grau de generalidade não pode ser utilizado como critério para a distinção entre regras e princípios.²⁶

Mas essa demonstração mistura dois critérios. Não é possível afirmar que a legalidade penal, embora geral, não é um princípio porque “serve como critério definitivo para a tomada de decisão solucionadora de um caso” sendo, portanto uma regra, porque esse conceito de regra simplesmente não vale para aqueles que classificam a legalidade penal como um princípio. Para estes, basta que a norma tenha alto grau de generalidade para que seja considerada como princípio.

Um exemplo mais exagerado pode deixar isso mais claro. Vamos supor que alguém defina o seguinte critério para a distinção entre regras e princípios no âmbito dos direitos fundamentais da constituição brasileira: se o direito é garantido por um inciso par do art. 5º, trata-se de um princípio; se ele é garantido por um inciso ímpar, trata-se de uma regra. Assim, a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) e a liberdade profissional (art. 5º, XIII) seriam direitos garantidos por regras, enquanto a liberdade de expressão (art. 5º, IV) e a garantia da anterioridade da lei penal (art. 5º, XL) seriam direitos garantidos por princípios. Não importa o quão *nonsense* esse critério seja, o certo é que não é possível refutá-lo por meio da afirmação de que a anterioridade da lei penal é garantida por uma regra, não por um princípio, já que ela não admite sopesamento ou porque ela “serve como critério definitivo para a tomada de decisão solucionadora de um caso”. A não ser que esses conceitos de regras sejam unanimemente aceitos, o que não é o caso. Em outras palavras, eu não posso usar o meu próprio conceito de regra (ou de princípio) para rejeitar a inclusão, em uma classificação baseada em critérios distintos, dessa ou daquela norma na categoria “regra” (ou “princípio”).²⁷

É claro que essa afirmação não impede a crítica ao próprio critério de classificação. É possível apontar algumas fraquezas metodológicas ou ausência de utilidade em determinadas classificações. Nesse sentido, afirmo em trabalho publicado já há algum tempo:

*“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. 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, [...] 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”.*²⁸

4. QUASE REGRA, QUASE PRINCÍPIO: AS FORMAS HÍBRIDAS

Quando se fala em regras e princípios, um tema recorrente é a existência de categorias intermediárias, ou a menção a normas que ora são princípios, ora são regras. Nesse âmbito, Marcelo Neves recorre ao conceito de híbrido, nos seguintes termos: “normas que se encontram em uma situação intermediária entre princípios e regras”.²⁹ Para chegar a essa conclusão, Neves recorre ao conceito weberiano de tipos ideais. Para Weber, tipos ideais são construídos a partir de uma ênfase unilateral em uma ou algumas variáveis do objeto a ser analisado.³⁰ Trata-se, portanto, de uma abstração, de uma construção intelectual que serve como método de análise sociológica.

Ainda que se aceite que o conceito de tipo ideal tenha alguma relevância na compreensão da distinção normativa entre regras e princípios,³¹ com certeza não seria para a configuração de algumas figuras como híbridas. Se é verdade, como afirma Weber, que os tipos ideais são uma utopia e que, “em sua pureza conceitual, essa construção mental não é encontrada em lugar algum”,³² então a conclusão óbvia seria a de que, no mundo real, *tudo é híbrido*. Mas faria sentido dizer, por exemplo, que a monarquia sueca não é uma monarquia, mas um híbrido, porque eventualmente algumas características do tipo ideal monarquia não estão presentes? Ou que, pelas mesmas razões, o parlamentarismo alemão não é um parlamentarismo, mas um híbrido? Ou que a nona sinfonia de Beethoven, porque contém um coral, não é uma sinfonia, mas um híbrido?

No caso das regras e princípios, mesmo que se aceitasse que há casos duvidosos, essa dúvida é apenas classificatória e não tem relação com o conceito de tipo ideal. Se se aceita que princípios são normas que estabelecem um dever *prima facie* e regras são normas que estabelecem um dever definitivo, não parece haver espaço para híbridos. Em outras palavras, pode haver dificuldades, em diversos casos, em se definir se estamos diante de uma regra ou de um princípio, mas isso não decorre da existência de figuras híbridas. Trata-se apenas de uma dificuldade classificatória.

Para tentar demonstrar o contrário, Neves, com apoio em Aarnio,³³ fala em “regras que são como princípios” e “princípios que são como regras”,³⁴ como exemplos daquilo que ele chama de *híbridos*. O exemplo concreto, também emprestado de Aarnio, é o do princípio da liberdade de expressão que, se aplicado de forma isolada em algum caso, sem colidir com outro princípio, comporta-se como uma regra, porque pode ser aplicado diretamente à solução de um caso.³⁵

A impressão de que se trata de um híbrido decorre da atribuição da característica “ser aplicado diretamente à solução de um caso” apenas às regras, algo que Marcelo Neves faz, a meu ver, sem justificativa plausível. Mais do que isso: ao misturar dois critérios para definir o que distingue uma regra de um princípio, cria-se automaticamente a figura do híbrido. Se se define princípio como uma norma passível de sopesamento e, ao mesmo tempo, como uma norma que não pode servir diretamente à solução do caso, cria-se, por meio da própria definição, a possibilidade dos híbridos: quando a norma é passível de sopesamento e, ao mesmo tempo, serve para a solução direta de um caso, ela não se enquadra perfeitamente nem

na categoria dos princípios (justamente porque soluciona diretamente o caso) nem na categoria das regras (porque é sopesável). O surgimento do híbrido, aqui, não tem nenhuma relação com o conceito de tipos ideais, mas com uma mistura indevida de critérios distintivos. Isso será explorado no tópico seguinte.

5. OS CONCEITOS DE REGRAS E DE PRINCÍPIOS

Para Marcelo Neves, princípios são normas que estão no nível reflexivo da ordem jurídica, servindo tanto para o balizamento ou a construção hermenêutica de outras normas, não sendo, contudo, razão definitiva para uma norma de decisão. Regras, por sua vez, são “normas suscetíveis de atuar como razão definitiva de questões jurídicas, não atuando como mecanismo reflexivo”.³⁶

Nessa passagem citada e em diversas outras,³⁷ o principal critério distintivo mencionado por Neves é a capacidade ou incapacidade para servir como razão definitiva para uma decisão. É por isso que toda vez que uma norma serve para decidir diretamente um caso concreto ela é prontamente classificada por Neves como regra ou como híbrido (um princípio que é como uma regra). Parece-me que essa é a fonte de diversos equívocos.

O exemplo emprestado de Aarnio — um caso no qual a liberdade de expressão (um princípio) não colide com nenhum princípio e, por isso, serve diretamente para resolver um caso — parece ser útil para ilustrar meu argumento. E para tanto, farei uma transcrição um pouco mais longa de algo que escrevi já há algum tempo:

Não é correto afirmar que, sempre que uma norma não colida com outra e, por conseguinte, que ela seja diretamente subsumida, trata-se então de uma regra. [...] O fato de uma norma ter sido aplicada em toda a sua amplitude não significa que se trate de uma regra, tampouco que não tenha havido otimização. [...] O fato de a aplicação de princípios nem sempre exigir um sopesamento não altera em nada o fato de que a aplicação de princípios pode exigir um sopesamento. Esse é o ponto decisivo: apenas normas que são passíveis de serem sopesadas podem ser otimizadas e, por conseguinte, classificadas como princípios.³⁸

No exemplo utilizado, o fato de a liberdade de expressão não colidir, em alguns casos, com nenhum princípio e, portanto, ser aplicada sem sopesamento não muda em nada a sua classificação como princípio, já que essa norma — liberdade de expressão — pode ser sopesada se a situação assim o exigir. Ela não se transforma em um híbrido, ou em um “princípio que é como regra” pelo simples fato de ser, em determinadas situações, aplicada diretamente ao caso e resolvê-lo definitivamente. E a razão é simples: a capacidade de ser aplicada diretamente e resolver casos não é um critério diferenciador entre regras e princípios, ao menos não na versão defendida por Alexy. Não é possível, portanto, criticar a sua teoria por não aceitar híbridos se, na verdade, os híbridos só surgem porque um critério novo,

estranho à teoria, foi adicionado por Neves. Seu novo critério pode até ser útil para outros fins analíticos, mas não para criticar uma classificação que, boa ou não, foi feita com base em outro critério.

6. COLISÃO INTRAPRINCÍPIOS

Neves argumenta que a ideia segundo a qual princípios seriam, *prima facie*, ilimitados, não pode ser aceita. A demonstração disso seria, segundo ele, a existência de colisões intraprincípios, por exemplo aquela que decorre “da invocação do mesmo princípio como fundamento simultâneo das partes em conflito no processo de concretização constitucional”.³⁹ Diante disso, seria possível afirmar que, mesmo *prima facie*, “todo direito fundado em um princípio, quando afirmado por uma parte, sempre estará intrinsecamente limitado pelo mesmo direito afirmado por outra”.⁴⁰

Não me parece haver diferença entre uma colisão entre dois princípios distintos e uma colisão que envolva o mesmo princípio. Especialmente para a definição sobre o quão ilimitado os princípios são *prima facie*, essa é uma distinção que não me parece relevante. E os exemplos usados por Neves não são suficientes para demonstrar o contrário. Especialmente aqueles exemplos relacionados a choques culturais — como os distintos valores atribuídos ao direito à vida na cultura ocidental e em algumas culturas indígenas — não parecem ter ligação direta com a distinção teórica entre princípios e regras. Esses choques — e todos as suas consequências — ocorrem não importa que teoria sobre normas jurídicas seja adotada.

7. O PLANO NORMATIVO E O PLANO INSTITUCIONAL

Algumas objeções suscitadas à distinção entre princípios e regras e às figuras do sopesamento e da otimização muitas vezes parecem misturar indevidamente os planos normativo e institucional. Uma das objeções de Neves também falha em distinguir esses dois planos.

Ao analisar a relação entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e os tribunais nacionais, Neves afirma, tendo em vista especialmente o Tribunal Constitucional alemão, que, no atual grau de integração europeia, “a negação narcisista das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos por parte de tribunais nacionais, com base na ponderação otimizante dos seus respectivos princípios constitucionais, não parece suportável”.⁴¹

O pano de fundo da crítica foi a postura do Tribunal Constitucional alemão de mitigar os efeitos da decisão do Tribunal Europeu no caso Caroline de Mônaco (ou Caroline de Hanover). Ao invés de aceitar um efeito vinculante e direto das decisões do tribunal supranacional, o tribunal alemão atribuiu a elas um valor sobretudo argumentativo. Ainda segundo o tribunal alemão, o dever dos tribunais nacionais é o de levar em consideração, na medida do metodologicamente sustentável, as normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos, na interpretação que o Tribunal Europeu delas faz.⁴²

Não há dúvidas de que, nesse e em outros casos, há uma tensão entre jurisdição doméstica e jurisdição supranacional. Mas o que essa tensão tem a ver com a ideia de otimização é algo que não fica esclarecido na análise de Marcelo Neves. O fato de o tribunal alemão — supostamente — ter uma “postura otimizante”⁴³ não é argumento suficiente. Da mesma forma que ocorre no exemplo das colisões intraprincípios, o exemplo da tensão entre diferentes planos jurisdicionais independe da teoria das normas adotada. Parece-me ser possível — e necessário — tratar tensões institucionais e tensões normativas de forma independente, a não ser nos casos em que a tensão institucional é causada — ou ao menos potencializada — pela teoria da norma adotada. Mas Marcelo Neves não aponta nenhum argumento para mostrar que estamos diante de uma situação como esta. O fato de o Tribunal Constitucional alemão — supostamente — adotar uma “postura otimizante” não é argumento suficiente. Seria necessário demonstrar o nexó entre essa postura e a tensão institucional apontada. Mas esse nexó não existe.

8. ABUSO DE PRINCÍPIOS: O BRASIL DE HOJE E O BRASIL DE ANTES

Um dos argumentos mais recorrentes dos autores que pretendem criticar a teoria dos princípios e o recurso à otimização e ao sopesamento é aquele que aponta para um abuso no uso desses instrumentos. O argumento costuma ter a seguinte estrutura: juizes por todo o Brasil, em todos os níveis, têm tomado as decisões mais disparatadas com base em sopesamentos de princípios, logo a teoria dos princípios deve ser rejeitada.⁴⁴

Neves, ainda que a partir de um marco teórico distinto das críticas mais recorrentes, também levanta objeção semelhante. Em primeiro lugar, Neves argumenta que o modelo baseado em princípios é superadequado à realidade social e política brasileira, o que, em termos concretos, estaria ligado à falta de autonomia do direito em face a outras variáveis sociais.⁴⁵ Essa falta de autonomia faz com que o direito fique subordinado “aos particularismos e fatores sociais diversos”, minando a relevância das regras e dos princípios.⁴⁶ Partindo do pressuposto de que a consistência jurídica só é garantida se houver uma relação recíproca entre prática e teoria, e se essa relação recíproca não existe no Brasil, dada a submissão do direito a outros interesses, então a reflexão teórica fica fragilizada.⁴⁷

A conclusão a que Neves chega é a de que, ao contrário do que ocorre com as regras, com seus deveres definitivos, que tornariam mais difíceis os desvios apontados, os princípios facilitariam o escamoteamento de interesses particularistas por trás de uma roupagem aparentemente jurídica. Em palavras bastante incisivas: “os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização”.⁴⁸

De certa forma, supõe-se que a falta de autonomia do direito, se não é causada, é ao menos intensamente potencializada pelo recurso aos princípios. Seria a teoria dos princípios, portanto, responsável, se não totalmente, ao menos em boa medida, por uma contaminação do direito por interesses

particulares e por desvios. O recurso a princípios serviria, então, em grande parte à acomodação de interesses concretos e particulares.⁴⁹

Ainda que eu também identifique um certo fascínio desmedido pelos princípios no Brasil, o qual em muitos casos cria o ambiente para sopesamentos injustificados, que levam a decisões mal fundamentadas, não me parece fazer sentido atribuir aos princípios (e ao sopesamento) os efeitos nefastos que os críticos em geral, e Marcelo Neves também, parecem atribuir a eles. Da mesma forma que a crítica que aponta uma suposta irracionalidade no sopesamento, especialmente no Brasil, parece supor que a jurisprudência brasileira anterior à “descoberta” da teoria dos princípios era um exemplo de consistência, coerência, objetividade e racionalidade, características que teriam sido então destruídas pelo fascínio pelos princípios, a crítica de Neves, que vê nos princípios o canal pelo qual os interesses particularistas entram no direito e minam a sua autonomia, parece supor que, antes dos princípios, essa autonomia estava presente e as regras, às quais se dava o devido valor, impediam que interesses econômicos, políticos, relacionais, familiares impusessem bloqueios contra a realização daquilo que a constituição prevê.

Mas é o próprio Marcelo Neves que sublinha: “A história constitucional brasileira é marcada por esse problema de baixa capacidade de reprodução constitucionalmente consistente do direito. Tanto no passado quanto no presente [...] vem-se apontando para esse problema”.⁵⁰ Mas, diante disso, se a teoria dos princípios é de fato superadequada ao caso brasileiro, a mesma conclusão teria valer para tudo o que veio antes.⁵¹ Mas - tanto para o passado quanto para o presente - essa é uma questão empírica, não meramente teórica. Nesse sentido, ela exige demonstração, não apenas suposição, por mais plausível que seja.

Contudo, mesmo se deixarmos de lado essa exigência de demonstração empírica e nos limitarmos ao âmbito teórico, parece ingênuo supor que um modelo composto apenas por regras estritas e absolutas tornaria mais difíceis desvios, porque esses ficariam supostamente mais explícitos.⁵² Não por outra razão, o modelo proposto por Neves não supõe um sistema composto apenas por regras, tampouco rejeita o sopesamento como ferramenta interpretativa. Diante disso, é necessário indagar se e por que a alternativa oferecida por Neves teria alguma capacidade para aumentar a relação recíproca entre a teoria e a prática constitucionais no Brasil.

9. A CRÍTICA À OTIMIZAÇÃO

A principal crítica de Marcelo Neves à teoria dos princípios na versão defendida por Alexy é direcionada ao conceito de otimização. Na medida em que Neves parte do pressuposto de que a ponderação é inafastável, é possível afirmar que, apesar das objeções pontuais analisadas até aqui, seu modelo em grande parte coincide com o modelo de Alexy, que também tem na ponderação um elemento central. A tentativa de se afastar de Alexy, então, baseia-se na estratégia de aceitar a ponderação, mas sem aceitar a otimização.

9.1. OTIMIZAÇÃO E ÚNICA RESPOSTA CORRETA

Uma das principais razões para a afirmação acima é a aproximação que Neves faz entre otimização, no sentido de Alexy, e a noção de única resposta correta, no sentido de Dworkin.⁵³ Não é o caso de analisar aqui a fundo o debate sobre a ideia dworkiniana de única resposta correta.⁵⁴ Parece-me ser suficiente: (1) remeter à objeção que o próprio Alexy faz a tese da única resposta, a qual, segundo ele, é “condenada ao fracasso”⁵⁵ e (2) constatar que, se otimizar fosse “buscar a única resposta correta”, então o legislador não teria, nunca, liberdade para legislar, já que essa liberdade está baseada diretamente na existência de diferentes respostas (corretas) a um mesmo problema.⁵⁶

9.2. ALTERNATIVA À OTIMIZAÇÃO?

Ao aceitar a ponderação como inafastável e, ao mesmo tempo, rejeitar a ideia de otimização (ainda que, a meu ver, por razões equivocadas, já que baseadas em uma associação injustificada entre otimização e única resposta correta), cria-se a expectativa da construção de uma proposta alternativa. Em outras palavras, o leitor do livro de Marcelo Neves que aceitar as objeções levantadas contra aquilo que ele chama de “ponderação otimizante” necessariamente espera que Neves forneça seu próprio modelo. Pode-se dizer que essa seria a expectativa central de qualquer leitor. Neste ponto, contudo, parece-me que há uma certa frustração dessa expectativa.

Marcelo Neves usa a decisão da ADI 3510, sobre a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, como exemplo de como a ponderação otimizante seria inadequada. Neste ponto, Neves acrescenta algo à sua crítica à otimização, algo que vai além da (equivocada) associação com a ideia de única resposta correta: a inadequação da otimização estaria ligada ao fato de que, segundo ele, a ponderação otimizadora não seria capaz de levar em consideração variáveis que vão além dos direitos subjetivos em jogo e não conseguiria incorporar o impacto de uma decisão “nas diversas esferas sociais envolvidas”.⁵⁷

No entanto, também aqui, Neves não justifica por que a ponderação baseada na otimização seria incapaz de incorporar outras variáveis que vão além dos direitos subjetivos envolvidos. O segundo exemplo usado por ele também não esclarece o ponto. Segundo Neves, na decisão da ADPF 101, sobre a importação de pneus usados:

*“não cabe falar de uma otimização de princípios, mas sim de reação ao perigo e à tendência de desdiferenciação econômica da sociedade, em detrimento de uma ordem de direitos fundamentais. [...] a questão não se limitou aos interesses individuais dos eventuais envolvidos (direito econômico versus direito à saúde), mas também ao seu impacto na relação entre esferas sociais: o sistema de saúde, indissociável de um ambiente saudável, em face da economia”.*⁵⁸

E conclui, em parte com base em Ladeur, que:

*“o paradigma da ponderação otimizante está fortemente vinculado à posição de grupos e, portanto, ‘concentra a atenção, tanto cognitiva quanto normativamente, sobretudo nos efeitos de curto prazo, negligenciando os de longo prazo’”.*⁵⁹

Não há, como se percebe, justificativa para as objeções de Neves. Afirma-se, pura e simplesmente, que a chamada “ponderação otimizante” tem essa ou aquela deficiência, usa-se essa ou aquela decisão para ilustrar algo, sem que nem mesmo tenhamos certeza de que nessas decisões foi usada alguma forma de ponderação, cita-se esse ou aquele autor crítico à ponderação, mas, ao final, não sabemos exatamente o que exatamente, no conceito de otimização, justifica as conclusões do autor.

9.3. O VALOR DOS PRECEDENTES

A isso soma-se a insistência de Neves em ignorar o valor dos precedentes na teoria dos princípios. Como se viu, em diversos momentos, Neves afirma que a ponderação está ligada a uma racionalidade *ad hoc*, “sem perspectiva de longo prazo”,⁶⁰ e que os argumentos utilizados tendem a limitar-se ao caso concreto *sub judice* e “não oferecem critérios para que se reduza o ‘valor surpresa’ das decisões de futuros casos”.⁶¹

Contudo, não há, na teoria dos princípios, nenhum elemento que limite a argumentação apenas ao caso *sub judice*, tampouco alguma característica refratária ao uso de precedentes judiciais. A reiterada menção aos precedentes por toda obra de Alexy e de outros adeptos de sua teoria dos princípios é uma clara evidência disso.⁶² Como já afirmei em outra oportunidade: insegurança jurídica está intimamente ligada à ideia de decisão *ad hoc*, algo que ocorre quando não há controle social, independente do método de interpretação e aplicação do direito e da teoria que subjaz a esse método.⁶³

9.4. PONDERAÇÃO COMPARATIVA

Como afirmado acima, o leitor do livro de Marcelo Neves com certeza espera que ele forneça seu próprio modelo, como alternativa ao modelo baseado na otimização. A despeito das inúmeras críticas que Neves faz à teoria de Alexy, uma de suas ideias centrais - a necessidade de sopesamento entre princípios - não é rejeitada. Como já foi mencionado mais de uma vez acima, o próprio Neves afirma: “Não há dúvida de que a exigência de ponderação ou sopesamento em caso de colisão entre princípios constitucionais (e, em geral, entre normas) é, *tout court*, inafastável”.⁶⁴

Assim, a despeito de algumas divergências pontuais, as quais, como se procurou demonstrar ao longo deste texto, não são convincentes, a divergência central, analisada acima, é a rejeição da ideia de otimização, central

na teoria de Alexy. Como visto acima, essa rejeição baseia-se em uma interpretação equivocada do significado da otimização na teoria dos princípios. Ao contrário do que Neves afirma, a otimização não implica a existência de uma única resposta correta, não é incapaz de levar em consideração variáveis que vão além dos direitos subjetivos em jogo, não se limita ao caso concreto *sub judice* e, com isso, não é sinônimo de argumentação *ad hoc*.

Ainda assim, ou seja, mesmo isentando a otimização das críticas acima, seria ainda possível que Neves fornecesse um modelo de sopesamento que fosse *ainda melhor* do que aquele baseado no conceito de otimização. Mas qual é o modelo proposto? Que tipo de sopesamento seu modelo incorpora (já que o sopesamento, nas suas palavras, é inafastável)?

Marcelo Neves propõe um modelo que inclui aquilo que ele denomina de “ponderação comparativa”.⁶⁵ Não é fácil, contudo, compreender quais seriam as características que diferenciariam esse tipo de ponderação daquilo que Neves chama de “ponderação otimizante”. De início, Neves apenas afirma que “[p]ara se falar de otimização impõe-se que se pressuponha não apenas comparabilidade, mas também comensurabilidade”.⁶⁶ Essa afirmação, contudo, não é fundamentada. Ela apenas serve como ponte para a sua conclusão: como direitos fundamentais são incomensuráveis, a ponderação otimizante é inadequada. Mas essa é uma conclusão equivocada, já que não é correto afirmar que a ponderação — qualquer que seja — depende de comensurabilidade. É justamente o contrário o que ocorre: ponderação só é exigível quando há *incomensurabilidade*, já que, se houver uma métrica comum entre duas coisas, não há ponderação, mas simples mensuração. Em nosso dia-a-dia, constantemente nos deparamos com opções incomensuráveis para as nossas ações e decisões. Isso, contudo, não impede nossas decisões e não as torna irracionais.⁶⁷

A dificuldade em compreender o que Neves chama de “ponderação comparativa” decorre, portanto, de sua estratégia de defini-la sobretudo por meio de uma contraposição às características negativas que Neves vê na otimização. Assim, o que caracterizaria a ponderação comparativa seria o fato de ela não ter nenhum dos supostos defeitos da ponderação otimizante. Mas se, conforme se procurou demonstrar acima, os defeitos da “ponderação otimizante” parecem decorrer da interpretação (a meu ver equivocada) de Neves e não do próprio conceito de otimização, então as diferenças entre ambas as formas de ponderação caem por terra. Além disso, é sintomático que, ao contrário do que ocorre nos trabalhos da teoria dos princípios quase que à exaustão, Neves não se esforce em demonstrar como a sua “ponderação comparativa” funcionaria na prática, por meio de exemplos (reais ou construídos). Não basta apenas afirmar que a ponderação comparativa é capaz disso ou daquilo ou que ela não tem esse ou aquele defeito que a “ponderação otimizante” supostamente tem. É preciso demonstrar isso. Essa demonstração, contudo, não é encontrada no livro de Neves.⁶⁸

10. CONCLUSÃO: O JUIZ IOLAU

Uma última tentativa de tentar compreender o modelo de Neves e suas diferenças em relação à teoria dos princípios seria por meio da figura do juiz Iolau. Mas essa tentativa derradeira também é frustrada.

Na mitologia grega, Iolau era o sobrinho de Hércules e o ajudou na luta contra Hidra. Da mesma forma que Dworkin usou a figura do juiz Hércules, já mencionado acima, Marcelo Neves recorre ao juiz Iolau. Para conhecê-lo, parece ser necessária uma transcrição mais longa:

*“O juiz Iolau [...] não se subordina desorientadamente ao poder dos princípios [...]. Não modifica sua posição ad hoc para satisfazer exclusivamente a cada nova estratégia em que se invocam princípios. Ele não se deixa impressionar pela retórica principiológica. [...] Não regenera, a cada caso, um novo princípio, para encobrir a sua atuação em favor de interesses particulares, vinculados ao poder, ao dinheiro, à religião, à parentela, à amizade, às boas relações etc. Ou seja, não se utiliza da retórica principialista para impressionar os envolvidos nas contendas jurídicas e, assim, dissimular a sua prática juridicamente inconsistente”.*⁶⁹

Mas, mais do que isso, segundo Neves, ele “não se põe em uma posição de superioridade intelectual” e “não isola o direito do seu contexto social”. Às vezes, ele até recorre ao sopesamento, mas o faz com parcimônia. Não por coincidência, Iolau, como Neves, rejeita a “ponderação otimizante”, mas admite uma ponderação comparativa. Ele leva em consideração todas as perspectivas envolvidas, “a partir tanto dos sistemas sociais quanto das pessoas e dos grupos”. Iolau afasta ponderações *ad hoc*, leva precedentes em consideração e também sabe que sua decisão deverá servir como orientação para casos futuros. Ele não é ingênuo e sabe que o mundo jurídico não começa a cada caso!⁷⁰

Como se percebe, tanto quanto seu tio Hércules, Iolau é um grande juiz e um ser excepcional. Diante disso, é possível esperar que, após alguma reflexão extra, ele irá perceber que, ao contrário do que afirma Marcelo Neves, não há nenhuma diferença entre “ponderação otimizante” e “ponderação comparativa”. Tenho certeza de que, se Iolau ler Alexy e outros defensores da teoria dos princípios com um pouco mais de calma, irá perceber que a otimização não apenas não rejeita, mas, ao contrário, exige a consideração de todos os fatores que Marcelo Neves afirma que ela despreza.

Ao final, Iolau perceberá que os problemas que Neves vê na teoria dos princípios são, na verdade, produto de uma equivalência forçada entre essa teoria e a prática vulgar da argumentação com base em princípios feita por parte do mundo forense brasileiro. Essa prática vulgar talvez sofra de boa parte dos defeitos que Neves identifica, ao frequentemente recorrer à terminologia da teoria dos princípios para ganhar ares de legitimidade e racionalidade. Ainda assim, parece-me imprescindível distinguir as coisas: quando uma teoria é vítima de apropriação diletante e distorcida, não se pode culpar a teoria. Em outras palavras, do diagnóstico pessimista sobre a prática forense brasileira não se infere a invalidade de uma

teoria. No fundo, Neves sabe disso, mas se recusa a admitir. Em determinado momento, ao criticar uma decisão do STF que faz uso retórico dos princípios, Neves, de um lado, menciona que o voto do relator “recorre [...] a Ronald Dworkin, Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva”, mas, de outro lado, o mesmo Neves surpreendentemente afirma que “não é relevante [...] discutir a incompatibilidade desse argumento contido no voto que serve de esteio à maioria com as concepções dos autores invocados”.⁷¹

Tenho certeza de que Iolau não faria uma afirmação dessas. Iolau provavelmente diria que, se há algo realmente relevante a ser discutido quando se usa a prática para rejeitar uma teoria é averiguar se a prática, de fato, segue a teoria. Diante disso, toda a crítica de Neves que se baseia no “uso e abuso de princípios” cai por terra. Não fosse assim, se um dia algum juiz usar o livro de Neves de forma completamente distorcida para fundamentar uma decisão cujo objetivo seja pura e simplesmente escamotear interesses privados, econômicos, políticos, relacionais ou familiares, Neves só poderá chegar a uma conclusão: seu próprio modelo está equivocado. Afinal, segundo ele, é irrelevante saber se aquilo que um juiz diz é de fato compatível com a teoria que ele afirma usar.

>> NOTAS

- ¹ Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 132-133 (grifos no original).
- ² Cf. *Ibidem*, p. 120.
- ³ Cf. Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 185.
- ⁴ Cf. Virgílio Afonso da Silva, "La interpretación conforme a la constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial", *Cuestiones Constitucionales* 12 (2005): 3-28; uma tradução para o português foi publicada no ano seguinte: Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial", *Revista Direito GV* 3 (2006): 191-210.
- ⁵ Virgílio Afonso da Silva, "La interpretación conforme a la constitución", p. 4; Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial", p. 192.
- ⁶ Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19a. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1993, p. 32 (n. 85).
- ⁷ Cf. Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 186.
- ⁸ *Ibidem*.
- ⁹ Não há espaço, neste texto, para ir além dessa indagação. Para uma demonstração mais detalhada acerca da incompatibilidade entre ambas as teorias, parecem-me ainda válidas as considerações que fiz no trabalho citado por Neves (cf. Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", p. 136 ss.).
- ¹⁰ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 187. 11 Cf. *Ibidem*, pp. 187-188.
- ¹¹ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2a. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, pp. 21-22; Robert Alexy,
- ¹² *Teoria dos direitos fundamentais*, Virgílio Afonso da Silva (trad.), São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32.
- ¹³ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 22; Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 32.
- ¹⁴ Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", p. 118, nota 6.
- ¹⁵ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2a. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 162 ss.
- ¹⁶ Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", p. 121.
- ¹⁷ Cf., pela primeira vez, Ronald Dworkin, "Hard Cases", *Harvard Law Review* 88:6 (1975), p. 1083, reproduzido posteriormente em Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, pp. 81-130.
- ¹⁸ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. XVI.
- ¹⁹ *Ibidem*, p. XVII.
- ²⁰ *Ibidem*.
- ²¹ *Ibidem*, p. XVIII.
- ²² Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 72 ss; tradução brasileira, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 86 ss.
- ²³ Cf. Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos, 1990, p. 53;
- ²⁴ Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 61; Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 38.
- ²⁵ Cf. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", in Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 184.
- ²⁶ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 23.
- ²⁷ Cf. *Ibidem*.

- ²⁸ Marcelo Neves parece perceber esse problema, ao afirmar que alguém poderia simplesmente dizer que o exemplo dele é equivocado, porque a legalidade penal seria considerada como princípio simplesmente porque é uma norma genérica. Ainda assim, ele insiste que a norma poderia sim ser considerada uma regra, “por ser apta para servir como critério definitivo e imediato para a tomada de decisão solucionadora de um caso” (Ibidem, p. 23, nota 61).
- ²⁹ Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), p. 614 (grifei).
- ³⁰ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 104.
- ³¹ Cf. Max Weber, “Die ‘Objektivität’ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis”, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3a. ed., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1968, p. 191.
- ³² Para uma crítica da utilidade dos tipos ideais no âmbito jurídico, cf., por exemplo, Florian von Alemann, *Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung*, Berlin: Springer, 2006, p. 12.
- ³³ Max Weber, “Die ‘Objektivität’ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis”, p. 191.
- ³⁴ Aulis Aarnio, “Taking Rules Seriously”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 42 (1989): 180-192.
- ³⁵ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 105.
- ³⁶ Ibidem.
- ³⁷ Ibidem, p. 109.
- ³⁸ Cf., por exemplo, p. 84: “os princípios não podem ser razões diretas de decisões concretas”. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pp. 65-66 (grifos no original).
- ³⁹ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 162.
- ⁴⁰ Ibidem.
- ⁴¹ Ibidem, p. 158.
- ⁴² Cf. BVerfGE 111, 307 (323).
- ⁴³ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 159.
- ⁴⁴ Cf., por todos, Carlos Ari Sundfeld, “Princípio é preguiça?”, in Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo para céticos*, 2a. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, 205-229.
- ⁴⁵ Cf. Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 189.
- ⁴⁶ Ibidem.
- ⁴⁷ Ibidem, p. 190.
- ⁴⁸ Ibidem.
- ⁴⁹ Ibidem, p. 191.
- ⁵⁰ Ibidem, p. 190. As referências usuais aqui — que também são feitas por Neves — são Sérgio Buarque de Hollanda e Raymundo Faoro (cf. Sérgio Buarque de Hollanda, *Raízes do Brasil*, 26a. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995; Raymundo Faoro, *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, 2a. ed., Porto Alegre/São Paulo: Globo/Edusp, 1975).
- ⁵¹ Essa é uma das conclusões em Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- ⁵² Cf. Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 190.
- ⁵³ Ibidem, p. 141.
- ⁵⁴ Cf., por todos, Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1985, p. 119 ss.
- ⁵⁵ Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 519; na tradução brasileira, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 571.
- ⁵⁶ Não espaço aqui para desenvolver esse argumento em detalhes. Para uma análise da relação entre otimização e liberdade legislativa, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und*

gesetzgeberische Spielräume, p. 113 ss. Cf. também Virgílio Afonso da Silva, "Direitos fundamentais e liberdades legislativas: o papel dos princípios formais", in Fernando Alves Correia, Jónatas Machado & João Carlos Loureiro (orgs.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012: 915-937.

⁵⁷ Marcelo Neves, Entre Hidra e Hércules, p. 146.

⁵⁸ Ibidem, p. 147.

⁵⁹ Ibidem, p. 148. O trabalho de Ladeur citado é Karl-Heinz. Ladeur, Der Staat gegen die Gesellschaft: zur Verteidigung der Rationalität der "Privatrechtsgesellschaft", Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 367.

⁶⁰ Marcelo Neves, Entre Hidra e Hércules, p. 196.

⁶¹ Ibidem, p. 199.

⁶² Apenas como exemplo mais evidente, cf. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, p. 504 ss.; Robert Alexy, Teoria dos direitos fundamentais, p. 554 ss.

⁶³ Cf. Virgílio Afonso da Silva, Direitos fundamentais, p. 150.

⁶⁴ Marcelo Neves, Entre Hidra e Hércules, p. 141.

⁶⁵ Ibidem, p. 151.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Para um desenvolvimento mais profundo desse argumento, e de outros ligados à ideia de incomensurabilidade, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", Oxford Journal of Legal Studies 31:2 (2011): 273-301.

⁶⁸ Os exemplos que Neves usa, já mencionados acima (ADI 3510, ADPF 101, Caroline de Mônaco), não servem para demonstrar como sua "ponderação comparativa" deve ser aplicada. Eles servem para mostrar uma suposta inadequação da "ponderação otimizante". Como argumentei acima, em todos os casos, essa inadequação não fica demonstrada.

⁶⁹ Marcelo Neves, Entre Hidra e Hércules, pp. 221-222.

⁷⁰ Ibidem, p. 222.

⁷¹ Ibidem, p. 211.

5. REFERÊNCIAS

- Aarnio, Aulis (1989).** “Taking Rules Seriously”. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie Beiheft* 42, 180-192
- Alemann, Florian von (2006).** *Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung*, Berlin: Springer.
- Alexy, Robert**
(1994). *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
(1995). “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, in Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Ari Sundfeld, Carlos (2014).** “Princípio é preguiça?”, in Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros.
- Borowski, Martin (1998).** *Grundrechte als Prinzipien*. Baden-Baden: Nomos.
- Buarque de Hollanda, Sérgio (1995).** *Raízes do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras.
- Da Silva, Virgílio Afonso**
(2003). *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos.
(2003). “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1.
(2004). “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 132-133.
(2005). “La interpretación conforme a la constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial”. *Cuestiones Constitucionales* 12 (2005) 3/28 (Ciudad de México: Cuestiones Constitucionales), 191-210
(2007). *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. São Paulo: Malheiros.
(2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros.
(2011). “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies* 31:02.
(2010). *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros.
(2012). “Direitos fundamentais e liberdades legislativas: o papel dos princípios formais”, in Fernando Alves Correia, Jónatas Machado & João Carlos Loureiro (orgs), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra: Coimbra Editora.
- Dworkin, Ronald**
(1975). “Hard Cases”. *Harvard Law Review* 88:6, 1083
(1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
(1985). *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press.
- Faoro, Raymundo (1975).** *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, Porto Alegre/São Paulo: Globo/Edusp.
- Hesse, Kornad (1993).** *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller.
- Ladeur, Karl-Heinz (2006).** *Der Staat gegen die Gesellschaft: zur Verteidigung der Rationalität der “Privatrechtsgesellschaft”*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Neves Marcelo**
(1992). *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin: Duncker & Humblot
(2013). *Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes.
- Sieckmann, Jan-Reinard (1990).** *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos.

Weber, Max (1968). “Die ‘Objektivität’ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis”, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen: J. C. B Mohr.

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.2, N.1 (jan./abr. 2016) –
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

Semestral. 2014.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ON-LINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Bilíngue (Português/Inglês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,
Faculdade de Direito.

CDU 340