

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • nº 192
outubro/dezembro – 2011

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

O raciocínio jurídico entre princípios e regras

Felipe Oliveira de Sousa

Sumário

Introdução. 1. Entre princípios e regras: teses e argumentos acerca de uma distinção. 1.1. A distinção “forte” entre princípios e regras; 1.1.1. Ronald Dworkin e a distinção entre regras e princípios. 1.1.2. Robert Alexy e a distinção entre regras como mandamentos definitivos e princípios como mandamentos de otimização. 2. Respostas a duas críticas à distinção “forte”.

Introdução

O conceito de norma jurídica e a distinção entre duas de suas espécies (regras e princípios), ainda que não seja um assunto recente, ganhou muita força na discussão contemporânea em teoria do direito, sobretudo com as obras de Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (1985). Os critérios que são usados para elaborar a distinção entre princípios e regras mostram-se muito diversos, e, às vezes, até inconciliáveis entre si. Não há um consenso, por exemplo, se entre princípios e regras (i) há uma relação de cogeneralidade, caso em que princípios e regras seriam dois gêneros autônomos de categorias normativas, ou (ii) há uma relação de especialidade, caso em que princípios e regras seriam duas espécies de uma mesma categoria conceitual designada, genericamente, com o termo “norma jurídica”, ou (iii) há uma relação não entre dois tipos conceituais claramente definidos, mas, sim, uma relação entre dois modos

Felipe Oliveira de Sousa é Bacharel em Direito pela UFC. Mestre em Direito pela UFRGS. Bolsista da CAPES. Doutorando em Direito pela Universidade de Edimburgo (Reino Unido).

distintos de aplicar enunciados normativos a casos concretos. Além disso, há divergências consideráveis dentro de cada uma dessas hipóteses. Se se toma, por exemplo, a distinção como sendo de especialidade, resta uma importante questão: que critério(s) adotar para definir tal distinção? A doutrina aponta para critérios bastante diversos, como a fundamentalidade, a generalidade e a estrutura lógica¹. Apesar disso, vem-se tornando bastante pacífico na doutrina que a distinção entre princípios e regras é uma distinção entre dois tipos normativos, o que não reduz as controvérsias entre os juristas. E isso se deve ao fato de que os referidos critérios podem ou não ser compatíveis entre si, a depender da maneira como sejam interpretados.

Cabe advertir que podem ser articuladas diferentes formas coerentes da distinção em quaisquer das hipóteses acima, motivo pelo qual não se deve ir de encontro a isso. O que se deve destacar, para fins deste estudo, é que o(s) critério(s) aqui usado(s) para compor a distinção entre princípios e regras deve(m) ser justificado(s) pela sua utilidade prática, ou seja, pela utilidade que teria(m) para a reconstrução de certos fenômenos observados na prática.

Partindo desse ponto de vista funcional, é possível identificar na doutrina pelo menos duas ou três posições acerca da distinção princípio/regra, uma que traça uma distinção “forte”, outra que traça uma distinção “fraca”, e, ainda, outra que rejeita por completo a possibilidade de distinção.

¹ Como exemplo da variedade de critérios que se adotam na doutrina para definir a distinção princípio/regra, vale a pena conferir as catalogações elaboradas por Carrió e por Guastini sobre os diversos usos do termo “princípio”. É importante inclusive ressaltar que as primeiras distinções apontavam para uma distinção entre *princípios* e *normas* (como a de Josef Esser, 1956), e não para uma distinção entre duas espécies de normas. Não me ocupo aqui dessa análise, porque vai além dos limites propostos a este texto. É suficiente notar a ampla aceitação doutrinária da distinção entre princípios e regras como uma distinção entre duas espécies de normas. Para aprofundamento, veja: CARRIÓ, (1990); GUASTINI, (2005).

A primeira tem como representantes centrais Dworkin e Alexy². As duas últimas, geralmente, surgem na forma de críticas às posições sustentadas por esses dois autores. Essa é a razão pela qual faço, em primeiro lugar, uma breve análise da distinção “forte”, tal como proposta por Dworkin e Alexy, e, em segundo lugar, exponho algumas das críticas que foram colocadas contra essa distinção “forte” e em favor de uma distinção “fraca”, ou até mesmo em favor da impossibilidade de delinear qualquer distinção entre princípios e regras.

1. Entre princípios e regras: argumentos e teses acerca de uma distinção

1.1. A distinção “forte” entre princípios e regras

A tese “forte” da distinção entre princípios e regras é defendida, sobretudo, por Dworkin e Alexy. É a tese que defende que há uma diferença de *caráter lógico* entre princípios e regras. Essa não é a tese mais difundida na doutrina brasileira, que, em geral, tem-se ocupado em defender uma tese que se pode denominar “fraca” da distinção entre princípios e regras, pois advoga uma distinção de grau, seja de grau de fundamentalidade, de abstração ou de generalidade³. O objetivo desta seção do texto é expor os argumentos propostos por Dworkin em favor da tese “forte” da distin-

² É importante mencionar a contribuição que, na doutrina espanhola, Manuel Atienza e Juan R. Manero deram para a distinção “forte” entre princípios e regras. Adoto, neste estudo, uma das críticas que esses autores formularam à tese de Alexy dos princípios como *mandamentos de otimização*. Para conferir na íntegra, veja: ATIENZA; MANERO (2004, p. 23-68).

³ O maior representante dessa corrente no Brasil é Humberto Bergmann Ávila. Seus argumentos apontam para uma distinção entre princípios e regras feita a partir de vários critérios conjugados. É uma distinção, portanto, complexa. Confira: ÁVILA (2007, p. 30-). Para uma crítica das visões de Ávila, confira: SILVA (2003). Há um texto meu, ainda não publicado, em que busco avançar noutros pontos de crítica à proposta de Ávila: *A proporcionalidade na argumentação jurídica...* (texto inédito).

ção, e dar conta dos avanços e das correções que foram conferidos a tais argumentos na teoria de Alexy. Como se verá, tanto na obra de Dworkin, como na de Alexy, a distinção entre princípios e regras surge como uma tentativa de explicar a estrutura das normas de direito fundamental.

1.1.1. Ronald Dworkin e a distinção entre regras e princípios

Dworkin elaborou sua distinção como uma das bases teóricas para fazer um “ataque geral ao positivismo” (*general attack on positivism*), sobretudo à versão proposta por seu antecessor em Oxford, Herbert Hart. De acordo com Dworkin, o positivismo fornece um modelo de sistema jurídico constituído *exclusivamente* por regras, o que o torna insuficiente para dar conta da solução dos casos difíceis (*hard cases*), quando se usam *standards* que operam e funcionam de maneira distinta das regras. Dworkin parte de um problema concreto para refutar a teoria positivista propugnada por Hart, que é o de que o conceito positivista de aplicação do Direito seria criticável a partir da seguinte situação: um juiz, quando não há uma regra aplicável ao caso concreto, ou quando a regra aplicável é indeterminada, *deve tomar uma decisão discricionária*, ou seja, *deve criar uma solução nova para o caso concreto*⁴.

A tese que Dworkin propõe para refutar essa situação é que um sistema jurídico é constituído não somente por regras, como defende o positivismo de Hart⁵, mas também por *princípios*. Dessa forma, um juiz, quando se depara com a situação de não haver regra aplicável ao caso concreto ou de a regra aplicável estar indeterminada (casos difíceis), não *deve tomar* uma deci-

são *completamente discricionária*, pois tem o *dever de tomar tal decisão a partir da aplicação rigorosa dos princípios jurídicos*.

Dworkin identifica dois critérios para distinguir os princípios das regras⁶. O primeiro deles é o de que as regras se diferenciam dos princípios a partir de um ponto de vista lógico, em razão do tipo de solução que oferecem. As regras operam de maneira *tudo-ou-nada* (“*all-or-nothing-fashion*”), ou, o que é dizer o mesmo, as regras operam na dimensão da validade. Se ocorre o suposto de fato⁷ comandado, proibido ou permitido por uma regra, então ou (i) a regra é válida, e então as suas consequências jurídicas são *obrigatórias*, ou (ii) a regra não é válida, e então ela não *deve ser aplicada*, isto é, e então as suas consequências jurídicas não contam em nada para a decisão. Em outras palavras, ou a regra é *aplicada em sua inteireza (por completo)*, ou ela *deve ser por completo não aplicada (deve ser não aplicada em absoluto)*. Os princípios, por sua vez, não possuem a estrutura disjuntiva das regras, pois não estabelecem claramente os supostos de fato cuja ocorrência torna obrigatória a sua aplicação, nem que consequências jurídicas devem surgir a partir de sua aplicação, ou seja, os princípios não determinam por completo uma decisão, pois apenas servem de razões que contribuem a favor de uma decisão ou outra.

⁶ Dworkin também identifica outros *standards* além dos princípios e das regras e faz uma distinção entre *princípios* e políticas (*policies*), por exemplo. Não é relevante traçar essa distinção aqui. Apenas cabe notar que uso o termo *princípio em sentido amplo* para designar tanto os princípios em sentido estrito, como as políticas (*policies*). Veja: DWORKIN (2002, p. 22-).

⁷ Emprego a expressão “suposto de fato” como um termo genérico para indicar *aquilo que* uma regra comanda, proíbe ou permite. Numa visão mais rigorosa, esse suposto de fato pode referir-se tanto a um “estado de coisas”, como à “performance de uma ação”, ou seja, uma regra pode comandar, proibir ou permitir a *criação*, a *modificação* e a *extinção* de um certo estado de coisas, ou pode comandar, proibir ou permitir a performance de uma certa ação (ou omissão). Essa distinção ainda poderia ser mais aprofundada, o que não é necessário aqui. Para uma visão detalhada do assunto, confira: WRIGHT (1963, p. 129-).

⁴ Dworkin (2002, p. 14-80) desenvolveu essas ideias sobretudo em dois textos publicados em seu *Taking Rights Seriously*. Em sequência, são eles o *The Model of Rules I* e o *The Model of Rules II*, ambos de leitura obrigatória para quem se interesse em aprofundar no tema.

⁵ Confira, para um contraponto com as teses defendidas por Dworkin, a resposta elaborada por Hart no posfácio de seu *The Concept of Law* (1986, p. 299-).

O segundo critério, que segue até mesmo da distinção de caráter lógico acima disposta, é o de que os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem: a *dimensão do peso* (*dimension of weight*) (DWORKIN, 2002, P. 25-26). Esse critério é definido pela importância ou pelo peso relativo que um princípio tem em relação a outro princípio quando os dois colidem em um caso concreto. Com efeito, quando dois princípios colidem em um caso concreto, a decisão é tomada em virtude de um princípio (P1) ter, diante das circunstâncias concretas, uma importância ou um peso relativo maior do que o do outro princípio colidente (P2), fato esse que não impede que em uma decisão posterior, mudadas as circunstâncias concretas, essa situação de prevalência se inverta, e o princípio P1 que, na primeira situação, tinha um peso relativo maior, agora tenha um peso relativo menor do que P2.

Essa situação fica ainda mais evidente, de acordo com Dworkin (2002, p. 27-), quando comparada com o conflito de regras. É que, quando, por exemplo, uma regra comanda algo que uma outra regra proíbe sem que se tenha previsto nenhuma exceção em nenhuma delas, o conflito só pode ser resolvido mediante declaração de invalidade de uma das regras, ou seja, por meio da declaração de que uma das regras não mais pertence ao ordenamento jurídico. No caso da colisão de princípios, essa declaração de invalidade não ocorre, pois ambos os princípios colidentes permanecem válidos, e, portanto, continuam ambos pertencendo ao ordenamento jurídico. O que acontece é que, no *caso concreto*, um princípio *cede em detrimento do outro*.

É preciso atentar que, quanto à maneira tudo-ou-nada de aplicar as regras, há uma objeção de que não se pode prever todas as exceções possíveis a determinada regra, ou seja, é possível que seja formulada uma nova exceção a uma regra que até então era desconhecida. Dworkin rebate afirmando que, se pelo menos teoricamente é possível

listar todas as exceções que possam existir a uma regra⁸, essa objeção não procede. Ademais, o que importa notar é que a tese de que o conflito de regras possui uma estrutura completamente distinta da colisão de princípios fornece um critério justificante para manter a distinção.

1.1.2. Robert Alexy e a distinção entre regras como mandamentos definitivos e princípios como mandamentos de otimização

Alexy elabora com mais rigor a distinção proposta por Dworkin, e, com isso, confere-lhe uma maior precisão conceitual. Parte de dois pressupostos básicos muito semelhantes aos de Dworkin: (i) o de que a distinção entre princípios e regras é uma distinção entre duas espécies do gênero “norma”^{9,10} e (ii) o de que a distinção tem um caráter *qualitativo*, e não de *grau*. A contribuição decisiva de Alexy foi ter desenvolvido a tese dos princípios como *mandamentos*¹¹ de otimização.

⁸ Se não é possível listar *todas as exceções possíveis* a uma regra, é pelo menos possível saber que supostos de fato não valem como exceção (por exclusão). Isso, por si só, já seria suficiente para comprovar o argumento de que não é necessário listar todas as exceções possíveis a uma regra para provar que uma regra é aplicada de maneira tudo-ou-nada. Conforme o próprio Dworkin (2002, p. 25): “The rule might have exceptions, but if it does then it is inaccurate and incomplete to state the rule so simply, without enumerating the exceptions. In theory, at least, the exceptions could all be listed, and the more of them that are, the more complete is the statement of the rule”.

⁹ Alexy desenvolve sua teoria dos princípios a partir de um modelo conceitual *semântico* de norma. Ele parte de uma distinção básica entre *enunciado normativo* e *norma propriamente dita*. Uma *norma*, para Alexy, é o significado de um *enunciado normativo*. Toda *norma* pode ser expressa por um *enunciado normativo*, através do uso de *expressões deonticas* como “proibido”, “permitido”, “comandado”. Para uma crítica ao conceito semântico de norma de Alexy, veja: LA TORRE, (2007, p. 53-67).

¹⁰ Alexy (2002, p. 48) é taxativo ao afirmar que uma norma ou é uma *regra* ou é um *princípio*.

¹¹ O termo “mandamento” é adotado aqui de forma genérica para incluir os operadores deonticos “comandar” (ou “é obrigatório que”, ‘O’), “proibir” (ou “é proibido que”, ‘F’) e “permitir” (ou “é permitido que”, ‘P’). É interessante notar a indefinibilidade desses três operadores, ou seja, cada um deles pode ser

É importante notar que Alexy, apesar de reconhecer a diversidade de critérios que se pode usar para traçar a distinção, concentra seus esforços em aprofundar os critérios utilizados por Dworkin. No que concerne ao primeiro critério, o de que as regras são aplicadas de maneira tudo-ou-nada (“*all-or-nothing fashion*”), Alexy (1988) critica a postura de Dworkin em defender que é teoricamente possível listar todas as exceções a uma regra, pelo simples fato de que elaborar tal lista é *epistemologicamente impossível*, já que é impossível a qualquer ser humano prever todas as situações fáticas que seriam qualificadas, caso ocorressem, como exceções a certa regra. Em outras palavras, Alexy defende que a tese de Dworkin de que as regras são aplicadas de maneira tudo-ou-nada pressupõe a possibilidade de conhecimento de todas as exceções a todas as regras. Essa constatação implica uma outra: se não é possível conhecer todas as exceções possíveis a uma certa regra, então também não seria possível nem formular completamente a regra enquanto tal, nem muito menos deduzir com algum grau aceitável de certeza as consequências jurídicas que decorreriam da aplicação dessa regra a um caso concreto¹². Alexy ainda argumenta que, se fosse possível conhecer todas as exceções possíveis às regras, então também seria possível conhecer todas as exceções possíveis aos princípios, fato que conduziria a distinção entre princípios e regras a uma mera distinção *de grau*, e não *de estrutura lógica*, como o próprio Dworkin sugere.

No que concerne ao segundo critério, o de que os princípios possuem uma dimen-

definido a partir da realização de algumas operações lógicas simples com os demais. Por exemplo, o operador deontico de “permitir” pode ser definido como a conjunção das negações dos operadores “comandar” e “proibir”, ou seja, quando algo “é permitido” significa que esse algo é “não comandado” ou “não proibido” ($P(a) \rightarrow \sim O(a) \vee \sim F(a)$). Não é preciso aprofundar o tema aqui.

¹² Para uma crítica da posição de Dworkin pelo próprio Alexy, confira: ALEXY (1995, p. 177-212).

ção que as regras não possuem (a dimensão de peso), Alexy concorda integralmente com Dworkin, porém avança e desenvolve a ideia dos princípios como *mandamentos de otimização*. Os princípios, de acordo com Alexy, são “normas que demandam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas”¹³. Isso conduz à tese de que os princípios podem ser satisfeitos (concretizados) em vários graus, e que esse grau de satisfação depende não só do que é possível faticamente, mas também do que é possível juridicamente¹⁴. As regras, por sua vez, são normas que ou são satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra é válida, então o mandamento é fazer exatamente o que ela prescreve, nem mais, nem menos¹⁵. Enquanto os princípios possuem um grau de satisfação *variável*, as regras possuem um grau de satisfação *fixo* na dimensão do que é fático e juridicamente possível.

É importante notar que a ideia de princípios terem grau de satisfação variável e de regras terem grau de satisfação fixo, do ponto de vista teórico, não implica afirmar nem que princípios *nunca podem ser realizados completamente*, nem que regras *nunca podem ser realizadas apenas parcialmente*¹⁶.

¹³ “... principles are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities” (ALEXY (2002, p. 47).

¹⁴ “Principles are optimization requirements, characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees, and that the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible. The scope of the legally possible is determined by opposing principles and rules” (ALEXY, 2002, p. 47-48).

¹⁵ “By contrast, rules are norms which are always either fulfilled or not. If a rule validly applies, then the requirement is to do exactly what it says, neither more nor less”. Veja: ALEXY (2002, p. 48).

¹⁶ Esse ponto é de especial destaque, porque boa parte das objeções que a teoria dos princípios de Alexy recebeu gira em torno de saber se uma regra sempre é satisfeita completamente, e de saber se um princípio sempre é satisfeito apenas parcialmente. As críticas ficarão mais claras no decorrer do texto. O próprio Alexy (2004, p. 48, nota de rodapé 24) parece reconhecer, em uma nota de rodapé na versão inglesa da TDF, que isso não ocorre.

Isso quer dizer que, de um lado, princípios podem, sim, ser *realizados completamente* e que, de outro, regras podem, sim, ser *realizadas apenas parcialmente*. Tal posição é explicada, ao menos em parte, pelo caráter de mandamentos de otimização dos princípios da seguinte maneira: (a) primeiro, se cada princípio for tomado em consideração isoladamente, ou seja, se for tomado sem estar em relação com outros princípios¹⁷, ou se a realização de um princípio, no caso concreto, não estiver sendo restringida por nenhum outro princípio¹⁸, não é um absurdo, do ponto de vista teórico, aceitar a conversão do conceito de princípio como mandamento *de otimização* dentro do que é *fática e juridicamente possível* para um conceito de princípio como mandamento *de maximização* dentro daquilo que é apenas *faticamente possível*. Um princípio, nessa situação, poderia ser *realizado completamente*, caso as circunstâncias fáticas fossem ideais, ou seja, caso fosse possível concretizar um *estado de coisas ideal*; e (b) segundo, nada impede, na teoria de Alexy, como se verá adiante, que um princípio *P* restrinja a satisfação de uma regra *R*, ou que uma regra *R* restrinja a realização de um princípio *P*,

¹⁷ Essa ideia é criticável porque, pelo menos do ponto de vista prático, um princípio está quase sempre em relação com outros princípios, ou seja, o grau de satisfação de certo princípio quase sempre depende do grau de não importância em satisfazer outros princípios. Assim, a realização de certo princípio parece quase sempre ser limitada pela realização de outros princípios, no caso concreto. Isso torna a possibilidade dos princípios como mandamentos de maximização pouco relevante do ponto de vista prático, mas não impossível no plano teórico.

¹⁸ Essa última situação pode ser lida, na teoria de Alexy, como uma situação *ideal* dentro das possibilidades jurídicas. Caso a realização de um princípio *P1* não seja restringida por nenhum outro princípio *P2*, *P1* não encontra *limites jurídicos* para a sua realização, fato que faz com que a realização de *P1* só seja restringida na dimensão *fática*. A situação *mais ideal* é quando *P1* não encontra nem limites jurídicos (*i.e.* nenhum princípio restringe a sua realização), nem limites fáticos para a sua realização. Nessa situação *mais ideal*, o conceito de princípio enquanto *mandamento de otimização* se converte em um conceito completo de princípio enquanto *mandamento de maximização*.

a depender do tipo de relação de preferência que se estabeleça. Partindo disso, uma regra *R*, em determinadas circunstâncias, poderia ter a sua satisfação restringida por um princípio *P*, e vice-versa. É suficiente, por enquanto, anotar essas observações. No próximo item, mostro como a teoria de Alexy é compatível com essas ideias.

A distinção qualitativa entre normas que são princípios e normas que são regras, além de ter como critério a maneira como devem ser aplicadas essas normas aos casos concretos, também tem como critério uma perspectiva conexa, a saber: o modo como se solucionam as colisões e os conflitos que são implicados a partir das noções dos princípios como mandamentos de otimização e das regras como mandamentos definitivos.

A colisão de princípios e o conflito de regras convergem no sentido de que ambos apontam para duas normas que demandam condutas ou estados de coisas incompatíveis entre si, ou seja, apontam para duas normas que demandam, na ocorrência das hipóteses previstas em sua estrutura, consequências jurídicas mutuamente incompatíveis. Um conflito entre duas regras somente pode ser resolvido ou declarando pelo menos uma das regras como inválida (expurgando-a, assim, do ordenamento jurídico), ou inserindo uma cláusula de exceção em uma delas. Caso não seja possível inserir uma cláusula de exceção em uma das regras, e haja um problema em decidir qual das regras deve ser declarada inválida, pode-se fazer uso de critérios como *lex posterior derogat legi priori*, ou *lex specialis derogat legi generali*, ou *lex superior derogat legi inferiori* para resolver o conflito. Esse modo típico de solucionar os conflitos de regras guarda uma relação direta com a estrutura das regras como mandamentos definitivos. Isso porque as regras são aplicadas mediante *subsunção*, ou seja, se a regra é válida e os supostos de fato que nela se subsumem ocorrem, então a consequência jurídica que tal regra demanda é válida, ou seja, *deve ser aplicada*. Se a regra não é válida,

então a sua consequência jurídica também não o é, ou seja, *não deve ser aplicada*.

Por sua vez, uma colisão de princípios é solucionada de modo inteiramente distinto do conflito de regras. De acordo com Alexy, uma colisão de princípios é solucionada mediante *ponderação*. Quando dois princípios colidem em um caso concreto, não é possível solucionar essa colisão declarando um dos princípios como inválido (e, portanto, eliminando-o do ordenamento jurídico), ou inserindo uma cláusula de exceção em um deles. O que acontece é que, em face de determinadas circunstâncias concretas, um princípio tem um grau de importância maior em ser satisfeito do que o outro, fato esse que não impede, como já notou Dworkin, que, mudadas as circunstâncias concretas, a situação se inverta. O que há, precisamente, é uma *relação de precedência condicionada* entre um princípio P_i e um princípio P_j que pode ser assim representada: $(P_i P_j)C$ ou $(P_j P_i)C$ (ALEXY, 2002, p. 50-54). Essa simbologia deve sempre ser lida da seguinte forma: P_i prevalece sobre P_j diante das condições C ¹⁹. É ainda possível conceber uma *relação de precedência incondicionada* entre um princípio P_i e um princípio P_j que se representa assim: $(P_i P_j)$ ou $(P_j P_i)$. Aqui, não há uma colisão concreta entre os dois princípios, mas apenas uma relação de precedência *prima facie*, razão pela qual, na teoria de Alexy, é possível se referir a princípios como sendo deveres *prima facie*. Quando um princípio P_i prevalece *prima facie* sobre um outro princípio P_j , isso se traduz na ideia de que, em face das circunstâncias concretas, o ônus argumentativo para justificar a realização de P_j em detrimento de P_i é maior do que o ônus argumentativo para justificar a relação inversa, ou seja, para justificar a realização de P_i em detrimento de P_j . Cabe ainda notar que a colisão de princípios, conforme Alexy, é solucionada, em concreto, por uma

¹⁹ Ou, obviamente, no caso de $(P_j P_i)C$, lê-se: P_j prevalece sobre P_i diante das condições C .

regra de precedência condicionada que se pode formular mediante a seguinte lei:

(LC) As circunstâncias sob as quais um princípio tem precedência sobre outro constituem as condições de uma regra que tem as mesmas consequências jurídicas do princípio precedente²⁰.

Como se vê, Alexy evoluiu a distinção já proposta por Dworkin e a elaborou em termos mais precisos. A distinção entre princípios e regras, seja na obra de Dworkin, seja na de Alexy, é uma distinção de caráter “forte”, pois pressupõe uma diferença de estrutura entre princípios e regras, seja em nível de estrutura conceitual, seja em nível de estrutura nos procedimentos que se deve performar para aplicá-los aos casos concretos. No próximo item, não procuro desenvolver exaustivamente todas as versões dos argumentos que defendem uma distinção “fraca” ou que rejeitam qualquer possibilidade de distinção entre princípios e regras, mas, sim, fazer uma exposição de duas das principais críticas que sustentam tais posições, e que, no geral, surgem como tentativas de refutar a distinção “forte” tal como proposta por Dworkin e, principalmente, por Alexy.

2. Respostas a duas críticas à distinção “forte”

Ocupo-me, aqui, em elucidar apenas duas das inúmeras críticas que são feitas à distinção “forte” entre princípios e regras. São elas: (i) a primeira, que é mais incisiva, é que, ao contrário do que Dworkin e Alexy defendem, algumas regras são aplicadas aos casos concretos mediante ponderação, e não de uma maneira tudo-ou-nada. Pode-

²⁰ No original: “The circumstances under which one principle takes precedence over another constitute the conditions of a rule which has the same legal consequences as the principle taking precedence” (ALEXY, 2002, p. 54). Essa lei será aqui denominada Lei da Colisão (LC). É apenas importante observar que a solução de uma colisão de *princípios* é feita por uma *regra* que pode ser compreendida assim: $(P_i P_j)C$ ou $(P_j P_i)C$.

-se elaborar uma versão de (i) da seguinte forma: não é possível formular uma distinção entre princípios e regras como sendo duas *espécies* de normas, pois o que há são normas em sentido amplo, e a distinção que pode ser formulada apenas se baseia no fato de que essas normas em sentido amplo *podem ser usadas de diferentes maneiras no momento da aplicação*²¹. Por sua vez, a objeção (ii) diz respeito mais diretamente à tese de Alexy para os princípios e enuncia que, se princípios são mandamentos de otimização, ou os princípios otimizam, ou não otimizam, ou seja, a objeção enuncia que princípios, mesmo qualificados como normas de otimização, possuem uma estrutura semelhante à das regras no momento de aplicação (uma maneira tudo-ou-nada)²².

Essas duas críticas, se confirmadas, levam a sérias dificuldades para manter a distinção entre princípios e regras, pelo menos enquanto uma distinção possível entre duas espécies de normas (a distinção “forte”). Elas apontam para uma tendência ou de tomar critérios distintivos mais flexíveis e fluidos, como aqueles que advogam uma mera diferença de grau de abstração, ou de cunho interpretativo (uma distinção, portanto, “fraca”)²³, ou de rejeitar por completo qualquer possibilidade de distinção, pois tanto princípios como regras pertenceriam indistintamente à categoria dos fenômenos deonticos (normativos), e não à categoria dos fenômenos axiológicos (AARNIO, 1990, p. 185). O caminho que percorro aqui é o inverso dessas tendências. Sustento que, apesar de ambos se qualificarem deonticamente, há, sim, diferenças relevantes entre os fenômenos deonticos consubstanciados em normas que são princípios e em normas que são regras. E essas

diferenças, sobretudo para os fins deste estudo, são essenciais para defender a posição de que os princípios como *mandamentos de otimização* oferecem uma saída teoricamente válida para dar conta da ponderação como um procedimento racional. Dessa forma, procuro agora refutá-las completamente, tomando por base uma (re)leitura da teoria de Alexy.

Quanto a (i), regras nunca são aplicadas *diretamente* via ponderação, mas o podem ser *indiretamente*. Existe um fato óbvio de que, em um conflito de regras no caso concreto, podem ser tomadas várias razões (inclusive princípios) para justificar a inserção de certa cláusula de exceção, ou para justificar a escolha de determinada regra em detrimento de outra (*i.e.* para justificar a invalidade de uma das regras). De outra parte, uma regra, *em certo sentido*, poderia ter a sua satisfação tolhida por um princípio, e, assim, uma regra poderia ser afastada em um caso concreto, mesmo quando ela *devesse ser aplicada*²⁴. O contrário também pode acontecer, ou seja, um princípio, *em certo sentido*, pode ter seu grau de satisfação restringido pela importância da satisfação de certa regra. Essas constatações em nada alteram o modo como os conflitos de regras e as colisões entre princípios são solucionados. Com efeito, ambos os procedimentos permanecem sendo estruturalmente distintos. Assim, regras sempre ou são cumpridas, ou não são cumpridas, e não podem ser aplicadas *diretamente* via ponderação. O que pode ocorrer é que as regras, em certas circunstâncias, sejam aplicadas *indiretamente* mediante ponderação, porque podem ter a sua satisfação tolhida pelo grau de importância em satisfazer algum princípio. Na teoria de Alexy, essas

²¹ Essa crítica é um dos elementos centrais usados por Humberto Ávila (2007, p. 40-64) como ponto de partida para elaborar a sua teoria dos princípios.

²² Uma formulação da objeção (ii) pode ser encontrada, por exemplo, em Aarnio (1990).

²³ Para uma crítica da distinção “forte” entre princípios e regras confira, por exemplo: COMAN-NUCCI (1998).

²⁴ Uma outra possibilidade aqui seria a seguinte: o grau de satisfação da regra pode ser limitado por um princípio, e, assim, a regra poderia ser aplicada *apenas parcialmente* em um caso concreto. A questão é que admitir a possibilidade de aplicar uma regra apenas *em parte* seria incorrer em uma contradição com o próprio conceito de regra enquanto mandamento definitivo, já que uma regra ou é aplicada, ou não é aplicada.

possibilidades podem ser elaboradas com mais rigor, a saber²⁵:

(a) Uma regra R pode promover ou limitar a satisfação de um certo princípio P_i . No caso em que R é uma regra limitadora do princípio P_i , há duas maneiras de aplicá-las nos casos concretos:

(a.1) R pode ser aplicada estritamente, e essa sua aplicação estrita pode ser justificada por uma *regra de validade* (R_v) que enuncia que R precede *incondicionalmente* o princípio P_i , ou, mais claramente, que R tem precedência sobre P_i independentemente do grau de importância em satisfazer P_i , ou do grau de não importância de R ²⁶. Aqui, precisamente, deve-se ler R_v como uma regra que oferece uma *razão excludente* (RAZ, 1998, p. 40-) para que se tome como relevante a restrição de P_i em face do *dever* de aplicação estrita de R . Essa situação corresponde à situação-limite de que se trata de uma *regra válida*, então ela *deve ser sempre aplicada mediante subsunção*, independentemente do fato de a sua aplicação restringir ou não um certo princípio P_i . Isso pode ser representado mais sucintamente da seguinte forma: $R_v(RPP_i)$;

(a.2) R não pode ser aplicada estritamente, pois R , que tem como *razão* (ou *justificativa*)²⁷ um princípio P_j , pode ter

²⁵ Essa leitura mais rigorosa Alexy (2002, p. 48) dispôs em uma nota de rodapé na versão inglesa da TDF. Nesse ponto, procuro reconstruir certos pontos que, a meu ver, tornar-se-iam mais claros se fossem articulados do modo como procuro articular aqui.

²⁶ Essa posição é sustentada por quem se posiciona em favor da tese de que um sistema jurídico é constituído *exclusivamente* por regras. Outro ponto aqui é que “grau de não importância de R ” deve ser lido, a rigor, para preservar a coerência interna na teoria de Alexy, como o “grau de não importância” da realização do princípio que serve de *razão* (ou *justificativa*) da regra R , e não como o grau de importância da regra propriamente dita. É que, no caso da aplicação estrita de R , é irrelevante a questão do grau de importância de R (ou do princípio que serve de justificativa para R) na realização de outros princípios, pois R , em sendo uma regra válida, enfatize-se, *sempre deveria ser aplicada por subsunção em toda e qualquer situação concreta*.

²⁷ Para Alexy, P_j , necessariamente, tem de ser um princípio *substantivo* para que possa servir de *razão* (ou justificativa) para a regra R , pois, caso fosse um

a sua satisfação tolhida por P_i , já que é possível uma colisão entre P_i e P_jR . Por sua vez, é também possível, na teoria de Alexy, imaginar que, em vez de se recorrer a uma regra de validade, possa-se recorrer a um princípio de validade (P_v), que, em vez de comandar, como R_v , que R precede incondicionalmente P_i , comande que, em certas circunstâncias, P_i preceda (tenha preferência sobre) P_j e tolha a satisfação de R . Essa relação, tal qual disposta, seria assim representada: $P_v((P_iP_jR)C)$. A função de P_v seria nula se P_v apenas suscitasse a relação entre P_i e P_jR (tal como expresso acima). P_v , no entanto, deve ser tomado como um princípio formal (RAZ, 1999, p. 40-) e, assim, serve de *razão (justificativa)* para a *validade de regras* em geral, o que criaria um ônus argumentativo para justificar a precedência de P_i em relação a P_jR , ou seja, a importância de satisfazer P_i teria de pesar mais do que o grau de não satisfação de P_jR , em conformidade com o que é comandado em P_v . Em outros termos, P_jR , em virtude de P_v , teria uma precedência *prima facie* com relação a P_i ²⁸. Nessa segunda opção, portanto, seria possível, dadas certas circunstâncias, que uma regra R , ainda que *válida* (com justificativa em P_j), pudesse ser não aplicada em virtude da restrição que a realização de P_j , a partir da aplicação de R , realiza em um outro princípio P_i que, por sua vez, fosse considerado, no caso concreto, como tendo um grau de importância maior do que P_j em ser realizado. Ressalte-se que, para Alexy, tanto P_i quanto P_j são, necessariamente, princípios *substantivos*, enquanto P_v é sempre um princípio *formal*;

princípio *formal*, nada acrescentaria à relação de precedência, já que toda e qualquer regra deriva de um grupo mais ou menos definido de princípios ditos *formais*. Como exemplo de princípios *formais*, pode-se citar os princípios que se referem a procedimentos, como o princípio democrático. Como exemplo de princípios *substantivos*, pode-se citar os princípios que são “de conteúdo”, como o princípio da privacidade, da preservação da intimidade etc.

²⁸ Para a relação de precedência *prima facie* (e, portanto, *incondicionada*): $P_v(P_jR)PP_i$. Para a relação de precedência *condicionada*: $[P_v(P_jR)PP_i]C$ ou $[P_iPP_v(P_jR)]C$.

Essa construção, partindo da noção relacional de precedência, permite ver que a teoria de Alexy oferece uma possibilidade de compatibilizar, não sem dificuldades teóricas, a ideia de que um princípio pode ser restringido por uma regra, e de que uma regra também pode ser restringida por um princípio, razão pela qual *regras podem ser aplicadas via ponderação, mas apenas indiretamente, por meio da inserção de um princípio formal de validade (P_i) na relação de precedência*. Essa ponderação indireta para aplicar regras aos casos concretos se refere, na verdade, a uma *colisão de princípios*, em que um deles necessariamente é um princípio *substantivo* que serve de *justificativa* “de conteúdo” (P_i) para a regra R e o outro é um princípio *substantivo* (P_j) que tem a sua realização limitada ou limita a realização de P_j.²⁹ Nessa estrutura, é possível ver que razões sempre vão ter um grande peso no momento da aplicação, seja de princípios, seja de regras aos casos concretos. Isso apenas traduz a tese genérica de que a aplicação do Direito nunca é realizada irrefletidamente, ou seja, sem levar em consideração razões contra e em favor da aplicação de uma regra ou de um princípio a um determinado caso concreto.

²⁹ Dizer que tanto P_i quanto P_j devam ser princípios *substantivos*, enquanto o princípio de validade que trata do *modo de solução* da colisão entre P_i e P_j deve ser, necessariamente, um princípio *formal*, é uma maneira de afastar a dificuldade teórica de admitir como possível a colisão entre um princípio *formal* e um princípio *substantivo*. Como resolver, por exemplo, a colisão entre o princípio democrático com o princípio de preservação do meio ambiente? Não parece que seja uma colisão possível, ainda que ambos possam ser qualificados, na teoria de Alexy, como princípios, *i.e.*, ainda que ambos possam ser qualificados, sem maiores dificuldades, como mandamentos de otimização. Uma discussão similar pode ser referida à proporcionalidade, na medida em que as (sub-)regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, ainda que sejam aplicadas mediante *subsunção*, não possuem pelo menos uma característica que, geralmente, as regras como mandamentos definitivos possuem, a saber: a possibilidade de entrar em conflito com outras regras do sistema jurídico, e a consequente necessidade de analisar os *modos de solução* possíveis para esse conflito.

Cabe notar ainda que, nesse ponto, foram inseridas noções que permanecem pouco claras na teoria dos princípios de Alexy. A primeira noção inserida é a que está consubstanciada nos conceitos de “regra de validade” e de “princípio de validade”³⁰. A “regra de validade”, pelo que parece, seria, tal como qualquer regra, um mandamento definitivo, e, como tal, deveria sempre ser aplicada via subsunção, *i.e.* sem levar em conta a possibilidade de haver razões (princípios) a serem sopesadas. O ponto de destaque aqui é que a chamada “regra de validade” seria um mandamento definitivo de um tipo especial, a saber: um mandamento de que se deve aplicar estritamente uma certa regra R, sem que se leve em conta o *grau de restrição* que a aplicação de R teria na realização de *quaisquer* princípios, e até mesmo as possíveis *consequências* que a aplicação de R teria na inserção de um estado de coisas *altamente restritivo* daquilo que é comandado idealmente em um ou mais de um princípio.

A segunda noção é a que está consubstanciada no conceito de “princípio de validade”, e dessa noção ainda segue uma outra noção derivada que resta pouco explorada, a distinção entre princípios *formais* e *substantivos*. O “princípio de validade”, pelo que parece, seria, tal como qualquer princípio, um mandamento de otimização (*i.e.* um dever *prima facie*), e, como tal, deveria ser sempre aplicado via ponderação,

³⁰ Destaque-se, nesse ponto, o caráter normativo especial que Alexy parece atribuir à “regra de validade” e ao “princípio de validade” como *meta-normas*, *i.e.* como normas *formais* que, enquanto tais, não são objeto de aplicação, pois dizem respeito ao *modo de como aplicar* regras e/ou princípios *substantivos* aos casos concretos. Alexy, nesse ponto, apenas se refere à categoria de “princípio formal”, e não também à categoria de “regra formal”. Como quer que seja, a distinção entre norma “formal” e “substantiva” não parece ser uma distinção própria das normas que são princípios, pois, se assim fosse, seria difícil explicar o caráter especial, *p.ex.*, das (sub-)regras da proporcionalidade enquanto “regras de validade”. Assim sendo, aqui se admite como possível tanto a distinção entre princípios formais e substantivos, quanto a distinção entre regras formais e regras substantivas.

ou seja, levando em conta as outras razões (princípios) que pesam em sentido contrário à sua realização, e, assim, levando em conta razões que devem ser sopesadas em um caso concreto. Isso, porém, não é de todo coerente. O ponto aqui é que o “princípio de validade”, em sendo necessariamente um princípio *formal*, não é, ele próprio, *objeto de ponderação*, pois é um metaprincípio que comanda que os princípios *substantivos* em rota de colisão sejam *ponderados da melhor forma possível*, tendo em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas³¹. Da posição de que todo “princípio de validade” tem sempre de ser um “princípio formal” segue que essa seria a única possibilidade de atribuir alguma importância à aplicação das regras na argumentação jurídica. Apesar de não tê-lo feito expressamente, parece que nesse ponto Alexy está ciente de que, caso se admitisse que também os por ele chamados “princípios substantivos” pudessem ser qualificados como “princípios de validade”, pouca ou nenhuma função restaria às regras na argumentação jurídica, já que em toda e qualquer situação concreta poder-se-ia questionar a aplicação de certa regra não pelo fato de ela ser necessariamente inválida, mas pelo fato de a sua aplicação (e a aplicação do princípio que lhe serve de justificativa) eventualmente restringir um ou mais de um princípio substantivo. A saída que Alexy propõe, então, é que somente princípios formais, tomados como princípios de validade, poderiam sustentar adequadamente a exigência de que há um ônus argumentativo maior para afastar a

³¹ Um princípio *formal*, portanto, embora não seja objeto de sopesamento, funciona como um *comando para sopesar da melhor forma possível*, e, assim, funciona como um mandamento de otimização. Na resposta à segunda crítica enunciada, acredito que esse ponto poderá ser mais bem colocado. Registro, ainda, que um sistema jurídico compreendido não mais apenas como um *sistema de regras*, mas, sim, como um *sistema de regras e princípios*, teria de conter princípios formais e princípios substantivos, já que não seria possível aplicar princípios substantivos aos casos concretos sem princípios formais que comandassem como essa aplicação deve proceder.

aplicação de uma *regra válida* em um caso concreto, mesmo quando se considere que a sua aplicação restrinja um ou mais de um princípio substantivo. Esse ponto, como se verá no parágrafo seguinte, não deixa de ser problemático. Pelo que parece, utilizando agora uma terminologia similar, pode-se afirmar que uma regra é válida sempre que ela é constitucional, e que uma regra é inválida (= inconstitucional) sempre quando (i) ela é *formalmente* inconstitucional, e/ou quando (ii) ela é *materialmente* inconstitucional³². Questionar a (in-)constitucionalidade formal de uma regra exige um ônus argumentativo menor do que questionar a (in-)constitucionalidade material dessa regra. E questionar a (in-)constitucionalidade material de uma regra quando essa regra é *formalmente válida* exige um ônus argumentativo ainda maior. Creio que essa seja a saída possível para a teoria de Alexy.

Como quer que seja, essas observações ainda precisam ser aprofundadas. É que, em linhas gerais, admitir que é possível resolver um choque entre uma regra e um princípio, à primeira vista, ou implicaria (a) sustentar que tal solução se daria no plano da validade, e então o princípio não poderia ser qualificado como um dever *prima facie*, já que poderia ser expurgado do ordenamento jurídico como inválido (tal como uma regra), solução essa incompatível com o conceito de princípio como mandamento de otimização; ou implicaria (b) sustentar que tal solução se daria no plano do sopesamento, e então a regra poderia não ser aplicada ao caso concreto mesmo que fosse válida, e, assim, mesmo que *devesse ser* aplicada, solução essa incompatível com o conceito de regra como mandamento definitivo. Nenhuma dessas soluções, pois, poderia ser lida como uma solução possível a partir da

³² Aqui não considero a possibilidade do que se chama de “inconstitucionalidade reflexa”, *i.e.* a categoria de invalidade que define uma regra como inválida por ela não estar em conformidade com os requisitos formais e/ou materiais que uma certa lei válida (*i.e.* formal e materialmente constitucional) impõe para que ela seja uma regra válida.

teoria de Alexy. Para dar conta desse ponto, como se viu acima, Alexy procura articular uma solução alternativa, na medida em que defende que, quando há um choque entre uma regra e um princípio, o que há, na verdade, é uma colisão entre o princípio substantivo que serve de justificativa (razão) para a referida regra e um outro princípio substantivo posto em questão.

Essa solução, porém, não é menos controversa, pois abre espaço à objeção de que se confere uma ampla esfera de liberdade para que qualquer aplicador do Direito possa deixar de aplicar uma regra válida quando quer que ele identifique uma colisão do princípio que serve de justificativa a essa regra com algum outro princípio do ordenamento jurídico considerado como mais importante, *i.e.* em termos mais simples, o aplicador estaria *sempre livre*, em toda e qualquer situação concreta, para afastar a aplicação de uma regra *válida* em virtude de ela restringir um princípio que ele, aplicador, julgue como mais importante do que o princípio que serve de razão para a referida regra (ALEXY, 2002)³³.

Uma possível saída para esse impasse – que, ressalte-se, implica uma total insegurança jurídica – seria recorrer ao argumento de que *toda regra sempre é um posterior resultado de um sopesamento entre princípios, o qual é realizado ou por algum juiz (é dizer, por meio do exercício da função jurisdicional), ou pelo legislador (é dizer, por meio do exercício da função legislativa)*³⁴. A partir desse argumento,

³³ Outro ponto que poderia ser levantado é que a própria escolha de qual princípio, dentro do conjunto de princípios constitucionais, é aquele que serve de justificativa (razão) para determinada regra não é uma questão de simples resposta. É possível justificar uma mesma regra a partir de diferentes sopesamentos. Disso segue que mais de um princípio constitucional pode ser tomado como sendo a justificativa (razão) de certa regra, e a questão de *qual* foi o sopesamento permanece, em grande medida, no espaço de decisão de um órgão jurisdicional. Essa questão é central, mas aqui me reservo ao limite de enunciá-la para não fugir dos objetivos deste trabalho.

³⁴ Aqui não se entra no mérito da discussão de quanto clara é a diferença entre a função jurisdicional

seria possível desenvolver um argumento ulterior de que, se uma regra não constitucional é sempre resultado de um prévio sopesamento de princípios constitucionais realizado pelo legislador, então uma tal regra é resultado de uma *restrição imposta pelo próprio legislador* no exercício regular da sua função legislativa. Disso segue que, se uma regra não constitucional pode ser *sempre* entendida como uma restrição legislativa a direitos fundamentais (e, assim, como resultado de um sopesamento *prévio* feito pelo legislador), então há sempre uma *forte* razão para que um juiz a aplique em um caso concreto mediante *subsunção*, *i.e.* sem ter de recorrer sempre a um posterior sopesamento das razões que contam em sentido contrário à sua aplicação. O problema é que dizer que é uma forte razão não significa dizer que é uma razão *definitiva*, pois, como se há de convir, é sempre possível que seja em algum ponto duvidoso se a função legislativa foi exercida de modo regular, *i.e.* se a função legislativa foi exercida de modo constitucional ou inconstitucional³⁵.

e a função legislativa, se é uma diferença qualitativa ou apenas uma diferença de grau. Veja, *p.ex.*, o modo como Kelsen (2003, p. 387-) sustenta uma diferença *de grau* entre as duas funções.

³⁵ Há uma distinção relevante entre o caso simples em que compete a um juiz verificar a (in-)constitucionalidade da regra enquanto tal e um caso mais problemático, em que compete a um juiz avaliar se *deve ou não* aplicar uma certa regra não por ser inconstitucional, mas por sua aplicação gerar, no caso concreto, um estado de coisas inconstitucional. O primeiro caso é simples apenas em um sentido restrito de que o juiz tem apenas duas opções: ou decide pela constitucionalidade da regra, e então a aplica por subsunção, ou decide por sua inconstitucionalidade, e então não a aplica no caso concreto. A questão de *como o juiz decide sobre a (in-)constitucionalidade* ainda permanece, sobretudo nos casos de (in-)constitucionalidade material, uma situação *complexa*. No segundo caso, trata-se de um caso tão difícil quanto o caso de um juiz que está na posição de verificar uma (in-)constitucionalidade material da regra, porque dele se exige, em ambas as situações, a realização de um *sopesamento*, que, *per definitionem*, é algo *complexo*. O juiz, nesse caso, avalia as consequências de formular uma argumentação *contra legem* para preservar a constitucionalidade de um estado de coisas, e tal avaliação, ressalte-se, é também uma avaliação que é feita mediante sopesamento de

Em outras palavras, disso segue que seria sempre possível questionar a *correção* do sopesamento realizado pelo legislador, e tal questionamento, ressalte-se, somente é possível mediante a demonstração de que há um outro sopesamento de princípios que é considerado, pelo próprio órgão julgador, como mais correto do que o sopesamento feito pelo legislador. Sendo assim, torna-se uma afirmação plausível a de que *nunca* se poderia negar que sempre há um amplo espaço, no exercício da função jurisdicional, para questionar as decisões legislativas restritivas de direitos fundamentais³⁶. A saída aqui seria reafirmar a tese de que entre as duas funções não haveria uma distinção qualitativa (ou de natureza), mas apenas uma distinção *de grau*. É que ambas, em certo sentido, são funções *criadoras de Direito*, pois ambas são funções que, por um lado, *aplicam Direito*, e, por outro lado, *criam Direito*³⁷.

Como quer que seja, o que importa notar é esse grande peso das razões enquanto justificativas da relação de precedência seja de um princípio sobre outro, seja de uma

princípios *potencialmente* restringíveis. Sobre o tema da argumentação *contra legem*, veja, por todos: BUS-TAMANTE (2005).

³⁶ Há apenas duas possibilidades de reduzir objetivamente esse espaço de discricionariedade da função jurisdicional comum: ou reduzir o espaço do controle de constitucionalidade ao da (in-)constitucionalidade formal, ou eliminar qualquer possibilidade de a função jurisdicional comum exercer controle de constitucionalidade. Caso não se opte por nenhuma das duas, deve-se necessariamente restar na exigência de fundamentação explícita e detalhada das decisões judiciais. Aqui não procuro avaliar se tais possibilidades são também *boas* possibilidades, ou se são melhores do que a possibilidade de garantir esse amplo espaço discricionário de decisão. Apenas registro que são elas as únicas hipóteses logicamente possíveis para afastar a discricionariedade da função jurisdicional comum no controle de constitucionalidade e para preservar a posição tradicional da delimitação rígida entre uma função que é puramente legislativa (= criadora de Direito) e outra que é puramente jurisdicional (= aplicadora do Direito criado), ambas exercidas por órgãos distintos dentro de uma mesma estrutura estatal.

³⁷ O *locus* clássico de defesa dessa tese é, obviamente, a Teoria Pura de Kelsen (2005, p. 193-).

regra sobre um princípio, seja de um princípio sobre uma regra. As observações acima colocadas não invalidam, nem alteram, a meu ver, os pontos centrais elaborados por Alexy em sua teoria dos princípios, pois apenas oferecem uma boa oportunidade de complementar a discussão e, assim, de fornecer um suporte teórico mais completo e sólido para a distinção princípio/regra. É que, de todas as formas, o problema de como solucionar o choque entre uma regra e um princípio é um problema para toda e qualquer teoria dos princípios, e tem de ser composto dentro de um quadro que seja, tanto quanto possível, coerente com o que se manifesta na prática. A crítica de foco à teoria dos princípios de Alexy não é capaz de colocar em xeque a ideia básica de que somente princípios são objetos de sopesamento e de que somente regras são aplicadas via subsunção, pois é possível encontrar saídas teoricamente válidas (ainda que difíceis) dentro do próprio contexto teórico fornecido por Alexy³⁸. Com isso dito, creio que os pontos levantados refutam convenientemente a objeção apontada em (i).

Quanto à objeção (ii), ou seja, quanto à objeção de que princípios, como mandamentos de otimização, possuem uma estrutura similar à das regras, pois ou otimizam, ou não otimizam, é importante introduzir uma distinção entre *comandos para otimizar* e *comandos para serem otimizados*³⁹. Isso

³⁸ Essas saídas teoricamente válidas, ainda que difíceis são saídas que não só conduzem ao ponto nevrálgico da teoria proposta por Alexy, mas também a um ponto não menos essencial que se revela constantemente na prática judicial de qualquer Estado: o ponto de que se não se admite como possível uma função jurisdicional que apenas aplique regras aos casos concretos (posição formalista), será sempre uma questão difícil a questão de saber qual é o limite que a função jurisdicional teria para argumentar mediante princípios, e, assim, a questão de se teria a função jurisdicional o poder de solapar restrições legislativas a direitos fundamentais mediante a formulação de regras *novas* (*i.e.* de restrições *novas*).

³⁹ Essa distinção foi admitida por Alexy para responder à crítica elaborada em (ii). Uma versão

porque constatar no conceito de princípios como mandamentos de otimização o conceito de *comandos para otimizar* não implica necessariamente a falha interna da tese de que princípios são normas que demandam que algo seja realizado na maior medida dentro do que é fática e juridicamente possível. Poder-se-ia argumentar que os princípios, em sendo comandos para otimizar, tornam *obrigatório* o resultado *ótimo*, e, então, tornam aceitável o argumento de que somente esse resultado *ótimo* seria *devido*. É precisamente por isso que se torna plausível, à primeira vista, o argumento de que princípios, no final das contas, acabam por ter uma estrutura idêntica à das regras.

Existe, no entanto, uma diferença sutil, mas muito relevante, entre *comandos para otimizar* e *comandos para serem otimizados*⁴⁰. Com efeito, os comandos para serem otimizados são os princípios quando tomados como objetos de sopesamento. Só se otimiza um princípio quando esse princípio colide com outro princípio, ou seja, só faz sentido falar em *comandos para serem otimizados* em uma situação concreta de colisão em que um princípio limita a realização de outro. E é precisamente essa limitação que justifica a necessidade da otimização. Dessa forma, os comandos para serem otimizados representam princípios enquanto *deveres ideais*, isto é, enquanto comandos para atingir estados de coisas ideais, e que devem ser concretizados na maior medida possível (quando convertidos em *deveres reais*). De outra parte, os *comandos para otimizar* não se situam no nível dos princípios como objetos de sopesamento (enquanto princípios na iminência de serem otimizados), mas, sim, num metanível dos princípios que têm

completa do argumento de Alexy pode ser encontrada em: ALEXY (2000, p. 294-304).

⁴⁰ Essa é uma distinção correlata à distinção já comentada acima entre princípios formais e substantivos. Em geral, os princípios formais se aproximam dos agora chamados “comandos para otimizar”, enquanto os princípios substantivos se aproximam dos chamados “comandos para serem otimizados”.

como seu objeto de comando os próprios *comandos para serem otimizados*, ou seja, dos princípios que demandam que os *comandos para serem otimizados* sejam realizados na maior medida possível. Os comandos para otimizar, portanto, são satisfeitos não pela exigência de serem eles próprios otimizados, mas, sim, pela exigência de otimização dos comandos por eles comandados⁴¹.

Essa distinção permite ver claramente que é possível admitir, dependendo da necessidade, duas classes de princípios que não diferem em sua estrutura lógica, mas, sim, no *tipo de conteúdo que é comandado*. Enquanto, nos comandos para serem otimizados, o conteúdo é um estado de coisas ideal, que deve ser realizado concretamente em sua máxima medida possível, nos comandos para otimizar o conteúdo é o próprio comando cujo conteúdo é um estado ideal de coisas a ser perseguido. A objeção (ii), de que os princípios teriam uma estrutura idêntica à das regras, não procede, pois princípios *nunca ou são otimizados ou não são otimizados*, já que é admissível, no plano teórico, a *otimização de dever ser otimizado*, ou melhor, é admissível o dever de otimizar a *realização (no plano concreto) de um conteúdo ideal que deve ser otimizado (no plano ideal)*.

Referências

AARNIO, Aulis. Taking Rules Seriously. In: LAW and the States in modern times: Proceedings of the 14th IVR World Congress in Edinburgh, August, 1989. Stuttgart: F. Steiner, 1990. p. 180-192. (Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy = Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, n. 42).

⁴¹ Alexy (2000, p. 294) escreve que “...as optimization commands they are not to be optimized but to be fulfilled by optimization”. Essa distinção é, como já se pode notar, muito relevante para este trabalho, pois a proporcionalidade se situa nesse metanível, já que não inclui, como se verá, em sua estrutura normas “de conteúdo”, mas sim normas “de procedimento”. Nesse sentido, as regras que compõem a estratégia da proporcionalidade podem ter como razão (ou justificativa) algum princípio que tenha como característica central ser um *comando para otimizar comandos*.

ALEXY, Robert. Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung. In: NEUMANN, Ulfrid; WINFRIED, Hassemer; SCHROTH, Ulrich. *Verantwortetes Recht: die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmann*. Stuttgart: F. Steiner, 2003a. p. 47-66 (Archiv für Recht- und Sozialphilosophie = Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy; n. 100).

_____. Constitutional Rights: balancing, and rationality. *Ratio Juris*, New York, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003b.

_____. On Balancing and Subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, New York, v. 16, n. 4, p. 433-449, Dec. 2003c.

_____. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, New York, v. 13, n. 3, p. 294-304, 2000.

_____. *A Theory of Constitutional Rights*. Julian Rivers (trad.). Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *DOXA: cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 5, p. 139-151, 1988. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf>. Acesso em: 26 out 2011.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1985.

_____. Zum Begriff des Rechtsprinzips. In: _____. *Recht, Diskurs, Vernunft: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p.177-212. (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft; 1167).

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan R. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 2004.

_____. Sobre principios y reglas. *DOXA: cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 10, p. 101-120, 1991. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf>. Acesso em: 26 out. 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *DOXA: cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, v. 2, p. 89-104, 1998. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_07.pdf>. Acesso em: 26 out. 2011.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm: in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen: Mohr, 1956. (Untersuchungen zur vergleichenden allgemeinen Rechtslehre und zur Methodik der Rechtsvergleichung; 1)

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HART, Herbert L.A. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

_____. *O Conceito de Direito*. A. Ribeiro Mendes (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LA TORRE, Massimo. Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights. In: MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (Ed.). *Arguing fundamental rights*. Dordrecht: Springer, c2006. p. 53-67.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SOUZA, Felipe Oliveira de. *A proporcionalidade na argumentação jurídica: estrutura lógico-normativa e significância prática* (manuscrito inédito).

_____. Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de derecho in Robert Alexy. *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, n. 88, p. 101-135, 2010. Disponível em:<<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones-y-ensayos-88-paginas-101-135.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2011.

WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and Action: a logical enquiry*. New York: Humanities, 1963. 214 p.