

NORMAS DE PRIMEIRO GRAU: PRINCÍPIOS E REGRAS

2.1 Distinções preliminares: 2.1.1 Texto e norma – 2.1.2 Descrição, construção e reconstrução. 2.2 Panorama da evolução da distinção entre princípios e regras. 2.3 Critérios de distinção entre princípios e regras: 2.3.1 Critério do “caráter hipotético-condicional”: 2.3.1.1 Conteúdo – 2.3.1.2 Análise crítica – 2.3.2 Critério do “modo final de aplicação”: 2.3.2.1 Conteúdo – 2.3.2.2 Análise crítica – 2.3.3 Critério do “conflito normativo”: 2.3.3.1 Conteúdo – 2.3.3.2 Análise crítica. 2.4 Proposta de dissociação entre princípios e regras. 2.4.1 Fundamentos: 2.4.1.1 Dissociação justificante – 2.4.1.2 Dissociação abstrata – 2.4.1.3 Dissociação heurística – 2.4.1.4 Dissociação em alternativas inclusivas – 2.4.2 Critérios de dissociação: 2.4.2.1 Critério da natureza do comportamento prescrito – 2.4.2.2 Critério da natureza da justificação exigida – 2.4.2.3 Critério da medida de contribuição para a decisão – 2.4.2.4 Quadro esquemático – 2.4.3 Proposta conceitual das regras e dos princípios – 2.4.4 Análise do uso inconsistente da distinção fraca entre regras e princípios – 2.4.5 Análise do uso inconsistente da distinção forte entre regras e princípios – 2.4.6 Diretrizes para a análise dos princípios: 2.4.6.1 Especificação dos fins ao máximo: quanto menos específico for o fim, menos controlável será sua realização – 2.4.6.2 Pesquisa de casos paradigmáticos que possam iniciar esse processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários à sua realização – 2.4.6.3 Exame, nesses casos, das similaridades capazes de possibilitar a constituição de grupos de casos que girem em torno da solução de um mesmo problema central – 2.4.6.4 Verificação da existência de critérios capazes de possibilitar a delimitação de quais são os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e de quais são os comportamentos considerados necessários à sua realização – 2.4.6.5 Realização do percurso inverso: descobertos o estado de coisas e os comportamentos necessários à sua promoção, torna-se necessária a verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise – 2.4.7 Exemplo do princípio da moralidade – 2.4.8 Eficácia dos princípios: 2.4.8.1 Eficácia interna: 2.4.8.1.1 Conteúdo – 2.4.8.1.2 Eficácia interna direta – 2.4.8.1.3 Eficácia interna indireta – 2.4.8.2 Eficácia externa: 2.4.8.2.1 Conteúdo –

2.4.8.2.2 Eficácia externa objetiva – 2.4.8.2.3 Eficácia externa subjetiva – 2.4.9 Eficácia das regras: 2.4.9.1 Eficácia interna: 2.4.9.1.1 Eficácia interna direta – 2.4.9.1.2 Eficácia interna indireta – 2.4.9.2 Eficácia externa: 2.4.9.2.1 Eficácia seletiva – 2.4.9.2.2 Eficácia argumentativa – 2.4.9.3 Superabilidade das regras: 2.4.9.3.1 Justificativa da obediência a regras – 2.4.9.3.2 Condições de superabilidade. 2.5 O convívio entre princípios e regras. 2.6 A força normativa dos princípios.

2.1 Distinções preliminares

2.1.1 Texto e norma

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.¹ O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico.

Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.

Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa. Outro exemplo ilustrativo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: o Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade

1. Riccardo Guastini, *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, p. 16, e *Dalle Fonti alle Norme*, pp. 20 e ss.

daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal. O dispositivo fica mantido, mas as normas construídas a partir dele, e que são incompatíveis com a Constituição Federal, são declaradas nulas. Então há dispositivos a partir dos quais se pode construir mais de uma norma.

Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, pode haver mais de um dispositivo e ser construída uma só norma.

E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro.

2.1.2 Descrição, construção e reconstrução

Essas considerações que apontam para a desvinculação entre o texto e seus sentidos também conduzem à conclusão de que a função da Ciência do Direito não pode ser considerada como mera descrição do significado, quer na perspectiva da comunicação de uma informação ou conhecimento a respeito de um texto, quer naquela da intenção do seu autor.

De um lado, a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto.² A questão nuclear disso tudo está no fato de

2. Riccardo Guastini, "Interprétation et description de normes", in Paul Amselek (org.), *Interprétation et Droit*, pp. 97-98.

que o intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos –, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso.³

Essas considerações levam ao entendimento de que a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esses significados.⁴ Em razão disso, também não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.⁵

Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral.⁶ Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem.⁷ Miguel Reale faz uso da

3. Friedrich Müller, “Warum Rechtslinguistik? Gemeinsame Probleme von Sprachwissenschaft und Rechtstheorie”, in Wilfried Erbguth, Friedrich Müller, e Volker Neumann (orgs.), *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand’Heur*, p. 40; Manfred Herbert, *Rechtstheorie als Sprachkritik. Zum Einfluß Wittgensteins auf die Rechtstheorie*, p. 290.

4. Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3ª ed., pp. 26, 60, 78, 80 e 82; Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 14ª ed., p. 8.

5. Eros Roberto Grau, *Ensaio...*, pp. 82 e ss.; Arthur Kaufmann, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., pp. 37 e ss., e “Die ipsa res iusta”, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 2ª ed., p. 58.

6. Ludwig Wittgenstein, *Tratado Lógico-Filosófico – Investigações Filosóficas*, p. 263; Aulis Aarnio, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, p. 113.

7. Cf. Marlene Zarader, *Heidegger et les Paroles de l’Origine*, p. 54; Ernildo Stein, “Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras”, in Urbano Zilles (org.), *Miguel Reale: Estudos em Homenagem a seus 90 Anos*, p. 489.

condição a priori intersubjetiva: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado.⁸ Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem. Como lembra Aarnio, termos como “vida”, “morte”, “mãe”, “antes”, “depois”, apresentam *significados intersubjetivados*, que não precisam, a toda nova situação, ser fundamentados. Eles funcionam como condições dadas da comunicação.⁹ Seria impossível e aqui nem seria o lugar para discutir profundamente o antagonismo entre o objetivismo e o construtivismo ou entre o realismo e o nominalismo.¹⁰ Mesmo assim, é importante dizer que as condições de uso da linguagem funcionam como condições dadas da comunicação.¹¹ “Expressions acquire their meaning when language is used” – afirma Aarnio.¹² Bydlinky sustenta semelhante argumento: “Praticamente, a comunicação linguística humana é de tal modo construída, que, dentro de determinados limites, com determinadas palavras dos membros de uma dada comunidade linguística são vinculadas as mesmas ideias”.¹³

Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. Expressões como “provisória” ou “ampla”, ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleos de sentidos que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam: *provisória* não será aquela medida que produz efeitos ininterruptos no tempo; *ampla* não será aquela defesa que não dispõe de todos os instrumentos indispensáveis à sua mínima realização. E assim por diante. Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que

8. Miguel Reale, *Cinco Temas do Culturalismo*, pp. 30 e 40.

9. Aulis Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, p. 159.

10. Sobre isso, em profundidade: Wolfgang Stegmüller, *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, 7ª ed., t. I, pp. 56 e ss.

11. Aulis Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, p. 159.

12. *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, p. 161. Sobre a relação entre significação e uso, v.: Wolfgang Stegmüller, *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, 7ª ed., t. I, pp. 576 e ss.

13. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., p. 43.

são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.

A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender “provisória” como *permanente*, “trinta dias” como *mais de trinta dias*, “todos os recursos” como *alguns recursos*, “ampla defesa” como *restrita defesa*, “manifestação concreta de capacidade econômica” como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Além de levar às mencionadas conclusões, o exposto também exige a substituição de algumas crenças tradicionais por conhecimentos mais sólidos: é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credência de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.¹⁴

Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preserva-

14. Sobre essa questão, em pormenor: Humberto Bergmann Ávila, “Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance”, *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário* 7/73-104.

ção desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de *reconstrução*: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.

O decisivo, por enquanto, é saber que a qualificação de determinadas normas como *princípios* ou como *regras* depende da colaboração constitutiva do intérprete. Resta saber como devem ser definidos os princípios e qual a proposta aqui defendida.

2.2 Panorama da evolução da distinção entre princípios e regras

Vários são os autores que propuseram definições para as espécies normativas, dentre as quais algumas tiveram grande repercussão doutrinária. O escopo deste estudo não é investigar todas as concepções acerca da distinção entre princípios e regras, nem mesmo examinar o conjunto da obra dos seus mais importantes defensores.¹⁵ O objetivo deste trabalho é, primeiro, descrever os fundamentos dos trabalhos mais importantes sobre o tema e, segundo, analisar os critérios de distinção adotados, de forma objetiva e crítica.

Para Josef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado.¹⁶ Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa.¹⁷ O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.

Seguindo o mesmo caminho, Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas

15. Sobre essa questão, no Direito Brasileiro, v., especialmente: Eros Roberto Grau, *Ensaio...*, 3ª ed., 2005; Walter Claudius Rothenburg, *Princípios Constitucionais*, 1999. No direito estrangeiro, v.: J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., pp. 1.086 e ss.; Alfonso García Figueroa, *Princípios y Positivismo Jurídico*, 1998.

16. Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4ª tir., p. 51.

17. Idem, *ibidem*.

de comportamento.¹⁸ Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma *hipótese de incidência* e uma *consequência jurídica*. Daí por que os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra.¹⁹ O critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa.

Para Canaris duas características afastariam os princípios das regras. Em primeiro lugar, o conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização. Em segundo lugar, há o modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação.²⁰ Acrescentam-se, pois, novos elementos aos critérios distintivos antes mencionados, na medida em que se qualifica como axiológica a fundamentação exercida pelos princípios e se predica como distintivo seu modo de interação.

Foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição.²¹ A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (*general attack on Positivism*), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (*principles*).²² Para ele as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve

18. Karl Larenz, *Richtiges Recht*, p. 26, e *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., p. 474.

19. Karl Larenz, *Richtiges Recht*, p. 23.

20. Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, pp. 50, 53 e 55.

21. Ronald Dworkin, "The model of rules", *University of Chicago Law Review* 35/14 e ss.

22. Ronald Dworkin, "The model of rules", *University of Chicago Law Review* 35/22, e "Is law a system of rules?", *The Philosophy of Law*, p. 43.

ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.²³ Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.²⁴ Nessa direção, a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy.²⁵ A distinção por ele proposta difere das anteriores porque se baseia, mais intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas.

Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.²⁶ Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.²⁷ Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras.²⁸ É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza

23. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 6ª tir., p. 26, e "Is law a system of rules?", *The Philosophy of Law*, p. 45.

24. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 6ª tir., p. 26.

25. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie*, Separata 1/65.

26. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie*, Separata 1/59 e ss.; *Recht, Vernunft, Diskurs*, p. 177; "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/19 e ss.; "Rechtssystem und praktische Vernunft", *Recht, Vernunft, Diskurs*, pp. 216-217; e *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., pp. 77 e ss.

27. Robert Alexy, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/17.

28. Idem, p. 18.

mediante regras de colisão. Por isso, a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: “Se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso”.²⁹ É dizer o mesmo: a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, sejam aplicados também ao modo *tudo ou nada* (*Alles-oder-Nichts*).³⁰ Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar-se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica (*problema do dentro ou fora*), o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem (*teorema da colisão*).³¹

Daí a definição de princípios como *deveres de otimização* aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos. Com as regras acontece algo diverso. “De outro lado regras são normas, que podem ou não podem ser realizadas. Quando uma regra vale, então é determinado fazer exatamente o que ela exige, nada mais e nada menos.”³² As regras jurídicas, como o afirmado, são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão será a contradição solucionada seja pela introdução de uma exceção à regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas.³³

A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realiza-

29. Idem, *ibidem*.

30. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., pp. 80 e 83, e “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechts-theorie*, Separata 1/70.

31. Robert Alexy, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/19, e “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechts-theorie*, Separata 1/70.

32. Robert Alexy, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/21.

33. Robert Alexy, “Rechtssystem und praktische Vernunft”, *Recht, Vernunft, Diskurs*, pp. 216-217, e *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., p. 77.

ção normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.³⁴

Essa evolução doutrinária, além de indicar que há distinções fracas (Esser, Larenz, Canaris) e fortes (Dworkin, Alexy) entre princípios e regras, demonstra que os critérios usualmente empregados para a distinção são os seguintes:

Em *primeiro lugar*, há o critério do *caráter hipotético-condicional*, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. Dworkin afirma: “Se os fatos estipulados por uma regra ocorrerem, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é, em cujo caso ela em nada contribui para a decisão”.³⁵ Caminho não muito diverso também é seguido por Alexy quando define as regras como normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas.³⁶

Em *segundo lugar*, há o critério do *modo final de aplicação*, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*.

Em *terceiro lugar*, o critério do *relacionamento normativo*, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacio-

34. Robert Alexy, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/20.

35. Ronald Dworkin, *Takings Rights Seriously*, 6ª tir., p. 24: “If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”.

36. “Rechtssystem und praktische Vernunft”, *Recht, Vernunft, Diskurs*, pp. 216-217, e *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., p. 77.

namento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles.

Em *quarto lugar*, há o critério do *fundamento axiológico*, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

Todos esses critérios de distinção são importantes, pois apontam para qualidades dignas de serem examinadas pela Ciência do Direito. Isso não nos impede, porém, de investigar modos de aperfeiçoamento desses critérios de distinção, não no sentido de desprezar sua importância e, muito menos ainda, de negar o mérito das obras que os examinaram; mas, em vez disso, naquele de confirmar sua valia pela forma mais adequada para demonstrar consideração e respeito científicos: a crítica.

2.3 Critérios de distinção entre princípios e regras

2.3.1 Critério do "caráter hipotético-condicional"

2.3.1.1 Conteúdo

Segundo alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo *caráter hipotético-condicional*, pois, para eles, as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*; os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto.

Esser definiu os princípios como normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado, enquanto, para ele, as regras determinam a própria decisão.³⁷ Larenz definiu os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.³⁸

37. Josef Esser, *Grundsatz und Norm...*, 4ª tir., p. 51.

38. Karl Larenz, *Richtiges Recht*, p. 26, e *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., p. 474.

2.3.1.2 Análise crítica

O critério diferenciador referente ao *caráter hipotético-condicional* é relevante na medida em que permite verificar que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz. Esse critério não é, porém, infenso a críticas.

Em primeiro lugar porque esse critério é impreciso. Com efeito, embora seja correta a afirmação de que os princípios indicam um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção ulterior da regra, essa distinção não fornece fundamentos que indiquem o que significa dar um *primeiro passo* para encontrar a regra. Assim enunciado, esse critério de distinção ainda contribui para que o aplicador compreenda a regra como, desde já, fornecendo o *último passo* para a descoberta do conteúdo normativo. Isso, no entanto, não é verdadeiro, na medida em que o conteúdo normativo de qualquer norma – quer regra, quer princípio – depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação. Assim, o *último passo* não é dado pelo dispositivo nem pelo significado preliminar da norma, mas pela decisão interpretativa, como será adiante aprofundado.

Em segundo lugar porque a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação linguística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa. De fato, algumas normas que são qualificáveis, segundo esse critério, como princípios podem ser *reformuladas* de modo hipotético, como demonstram os seguintes exemplos: “*Se o poder estatal for exercido, então deve ser garantida a participação democrática*” (princípio democrático); “*Se for desobedecida a exigência de determinação da hipótese de incidência de normas que instituem obrigações, então o ato estatal será considerado inválido*” (princípio da tipicidade).³⁹

Esses exemplos demonstram que a existência de hipótese depende mais do modo de formulação do que propriamente de uma característica atribuível empiricamente a apenas uma categoria de normas. Além disso, o critério do *caráter hipotético-condicional* parte do pressuposto de que a espécie de norma e seus atributos normativos decorrem necessariamente do modo de formulação do dispositivo objeto de interpretação, como se a forma de exteriorização do dispositivo (objeto da interpreta-

39. Katharina Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat*, p. 415; Manfred Stelzer, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 215.

ção) predeterminasse totalmente o modo como a norma (resultado da interpretação) vai regular a conduta humana ou como deverá ser aplicada. Percebem-se, aí, uma manifesta confusão entre dispositivo e norma e uma evidente transposição de atributos dos enunciados formulados pelo legislador para os enunciados formulados pelo intérprete.

Em terceiro lugar, mesmo que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Poder Legislativo, isso não significa que não possa ser havido pelo intérprete como um princípio. A relação entre as normas constitucionais e os fins e os valores para cuja realização elas servem de instrumento não está concluída antes da interpretação, nem incorporada ao próprio texto constitucional antes da interpretação. Essa relação deve ser, nos limites textuais e contextuais, coerentemente construída pelo próprio intérprete. Por isso, não é correto afirmar que um dispositivo constitucional *contém* ou *é* um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como um princípio ou como uma regra. Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencial e axiologicamente, sobrejacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio. Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada. Para tanto, basta a simples conferência de alguns exemplos de dispositivos formulados hipoteticamente que ora assumem a feição de regras, ora a de princípios.

O dispositivo constitucional segundo o qual *se* houver instituição ou aumento de tributo, *então* a instituição ou aumento deve ser veiculado por lei, é aplicado como *regra* se o aplicador, visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entendê-lo como mera exigência de lei em sentido formal para a validade da criação ou aumento de tributos; da mesma forma, pode ser aplicado como *princípio* se o aplicador, desvinculando-se do comportamento a ser seguido no processo legislativo, enfocar o aspecto teleológico, e concretizá-lo como instrumento de realização do valor *liberdade* para permitir o planejamento tributário e para proibir a tributação por meio de analogia, e como meio de realização do valor *segurança*, para garantir a previsibilidade pela determinação legal dos elementos da obrigação tributária e proibir a edição de regulamentos que ultrapassem os limites legalmente traçados.

O dispositivo constitucional segundo o qual *se* houver instituição ou aumento de tributos, *então* só podem ser abrangidos fatos geradores ocorridos após o início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, é aplicado como *regra* se o aplicador entendê-lo como mera exigência de publicação de lei antes da ocorrência do fato gerador do tributo, e pode ser aplicado como *princípio* se o aplicador concretizá-lo com a finalidade de realizar o valor *segurança* para proibir o aumento de tributo no meio do exercício financeiro em que a realização do fato gerador periódico já se iniciou, ou com o objetivo de realizar o valor *confiança* para proibir o aumento individual de alíquotas, quando o Poder Executivo publicou decreto anterior prometendo baixá-las.

O dispositivo constitucional segundo o qual *se* houver instituição ou aumento de tributos, *então* só pode haver cobrança no exercício seguinte àquele em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, é aplicado como *regra* se o aplicador entendê-lo como mera exigência de publicação da lei antes do início do exercício financeiro da cobrança, ou como *princípio* se o aplicador concretizá-lo com a finalidade de realizar o valor *previsibilidade* para proibir o aumento de tributo quando o contribuinte não tenha condições objetivas mínimas de conhecer o conteúdo das normas que estará sujeito a obedecer, ou para postergar o reinício da cobrança de tributo cuja isenção foi revogada no curso do exercício financeiro.

Os exemplos antes referidos atestam que o decisivo para uma norma ser qualificada como princípio não é ser construída a partir de um dispositivo exteriorizado por uma hipótese normativa pretensamente determinada. De um lado, qualquer norma pode ser reformulada de modo a possuir uma hipótese de incidência seguida de uma consequência.⁴⁰ De outro lado, em qualquer norma, mesmo havendo uma hipótese seguida de uma consequência, há referência a fins. Enfim, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética.⁴¹

Esses exemplos demonstram que, a partir de um único dispositivo, pode ser gerada mais de uma norma. Eles não demonstram – e é isto que se quer realçar agora – que o intérprete pode caprichosamente

40. Frederick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, p. 23; Riccardo Guastini, *Distinguendo: Studi di Teoria e Metateoria del Diritto*, p. 120.

41. Manfred Stelzer, *Das Wesensgehaltsargument...*, p. 215.

te optar entre aplicar determinado dispositivo como regra, princípio ou postulado. De modo algum. Quando o caráter descritivo de determinado comportamento for privilegiado pelo legislador, o intérprete está diante de uma regra que, como tal, deve ser aplicada, mediante um exame de correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, como se sustenta nesta obra. É o caso do dispositivo que exige previsão em lei para instituir ou aumentar tributos. Ele gera uma regra, rígida e não horizontalmente afastável, que impõe a observância do procedimento legislativo e a previsão legal para a instituição e aumento de tributos. Não há liberdade do intérprete entre aplicá-lo como regra ou como princípio, quando se tratar da instituição e aumento de tributos, pois, nesse caso, deve ser adotado o procedimento legislativo e a previsão legal, com toda a rigidez que isso reclama. Porém – e aqui já não estamos falando da mesma norma, mas de *outra* norma, ainda que indutivamente construída a partir do mesmo dispositivo –, se o intérprete, saindo do contexto da criação legislativa de tributos, em que a reconstrução normativa do dispositivo gera uma regra, autonomizar o seu aspecto valorativo e focar noutros contextos e situações, o mesmo dispositivo poderá gerar um princípio. É o caso do princípio da liberdade de exercício de atividade econômica e da sua consectária liberdade de planejamento: ao reservar à lei a instituição e aumento de tributos, a Constituição, indiretamente, garantiu um espaço protegido de liberdade empresarial e de planejamento lícito de atividades. Isso significa, em outras palavras, que não há liberdade para o intérprete interpretar este ou aquele dispositivo como regra ou como princípio, para a mesma situação e sob o mesmo aspecto. Quer dizer apenas que um mesmo dispositivo pode gerar uma regra ou princípio, dependendo do aspecto normativo a ser analisado. Apenas isso.

Além disso, não é correto afirmar que os princípios, ao contrário das regras, não possuem nem consequências normativas, nem hipóteses de incidência. Os princípios também possuem consequências normativas. De um lado, a razão (fim, tarefa) à qual o princípio se refere deve ser julgada relevante diante do caso concreto.⁴² De outro, o comportamento necessário para a realização ou preservação de determinado estado ideal de coisas (*Idealzustand*) deve ser adotado.⁴³ Os deveres de atribuir re-

42. Torstein Eckhoff, "Legal principles", *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, p. 38.

43. Georg Henrik von Wright, "Sein und Sollen", *Normen, Werte und Handlungen*, p. 36.

levância ao fim a ser buscado e de adoção de comportamentos necessários à realização do fim são consequências normativas importantíssimas. Ademais, apesar de os princípios não possuírem um caráter frontalmente descritivo de comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo em nível abstrato, indicar as espécies de comportamentos a serem adotados, especialmente se for feita uma reconstrução dos casos mais importantes.

O ponto decisivo não é, pois, a ausência da prescrição de comportamentos e de consequências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de consequências, o que é algo diverso.

2.3.2 Critério do "modo final de aplicação"

2.3.2.1 Conteúdo

Segundo alguns autores os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo critério do *modo final de aplicação*, pois, para eles, as regras são aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios, de modo gradual *mais ou menos*.

Dworkin afirma que as regras são aplicadas de modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*) no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.⁴⁴ Segundo ele, se os fatos estipulados por uma regra ocorrem, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou deve ser encontrada uma exceção a essa regra.⁴⁵

Alexy, apesar de atribuir importância à criação de exceções e de salientar o seu distinto caráter *prima facie*, define as regras como normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas e que não podem nem devem ser ponderadas.⁴⁶ Segundo o autor, as regras instituem obrigações definitivas, já que não superáveis por normas contrapostas,

44. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 6ª tir., p. 26, e "Is law a system of rules?", *The Philosophy of Law*, p. 45.

45. Ronald Dworkin, *Takings Rights Seriously*, 6ª tir., p. 24

46. Robert Alexy, "Rechtssystem und praktische Vernunft", *Recht, Vernunft, Diskurs*, pp. 216-217, e *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., p. 77.

enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes.⁴⁷

2.3.2.2 Análise crítica

O critério do *modo final de aplicação*, embora tenha chamado a atenção para aspectos importantes das normas jurídicas, pode ser parcialmente reformulado. Senão, vejamos.

Inicialmente é preciso demonstrar que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. Com efeito, muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. É só conferir alguns exemplos de normas que preliminarmente indicam um modo absoluto de aplicação mas que, com a consideração a todas as circunstâncias, terminam por exigir um processo complexo de ponderação de razões e contrarrazões.

De um lado, há normas cujo conteúdo normativo preliminar estabelece limites objetivos, cujo descumprimento aparenta impor, de modo absoluto, a implementação da consequência. Essa obrigação, dita *absoluta*, não impede, todavia, que outras razões contrárias venham a se sobrepor em determinados casos. Vejam-se alguns exemplos.

A norma construída a partir do art. 224 do Código Penal, ao prever o crime de estupro, estabelece uma presunção incondicional de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a 14 anos. *Se* for praticada uma relação sexual com menor de 14 anos, *então* deve ser presumida a violência por parte do autor. A norma não prevê qualquer exceção. A referida norma, dentro do padrão classificatório aqui examinado, seria uma regra, e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta: se a vítima for menor de 14 anos, e a regra for válida, o estupro com violência presumida deve ser aceito. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a *circunstâncias particulares não previstas pela norma*, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais

47. Robert Alexy, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/20.

velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes.⁴⁸ Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias *não previstas pela própria ou outra regra*.

A norma construída a partir do inciso II do art. 37 da Constituição Federal estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. *Se* for feita admissão de funcionário público, *então* essa investidura deverá ser precedida de concurso público; caso contrário essa investidura deverá ser declarada inválida. Além disso, o responsável pela contratação terá, conforme a lei, praticado ato de improbidade administrativa, com várias consequências, inclusive o ingresso da ação penal cabível. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal deixou de dar seguimento à ação cabível ao julgar caso em que a prefeita de um Município foi denunciada porque, quando exercia a chefia do Poder Executivo Municipal, contratou sem concurso público um cidadão para a prestação de serviços como gari pelo período de nove meses. No julgamento do *habeas corpus* considerou-se inexistente qualquer prejuízo para o Município em decorrência desse caso isolado. Além disso, considerou-se atentatório à ordem natural das coisas, e, por conseguinte, ao princípio da razoabilidade, exigir a realização de concurso público para uma única admissão para o exercício de atividade de menor hierarquia.⁴⁹ Nesse caso, a regra segundo a qual é necessário concurso público para contratação de agente público incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (invalidade da contratação e, em razão de outra norma, prática de ato de improbidade) porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justificava (proteção do patrimônio público). Dito de outro modo: segundo a decisão, o patrimônio público não deixaria de ser protegido pela mera contratação de um gari por tempo determinado.

A legislação tributária federal estabelecia que o ingresso no programa de pagamento simplificado de tributos federais implicava a proibição de importação de produtos estrangeiros. *Se* fosse feita importação, *então*

48. STF, 2ª Turma, HC 73.662-9-MG, rel. Min. Marco Aurélio, j. 21.5.1996, DJU 20.9.1996, p. 34.535.

49. STF, 2ª Turma, HC 77.003-4-PE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.6.1998, DJU 11.9.1998, p. 5.

a empresa seria excluída do programa de pagamento simplificado. Uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte para efeito de pagar conjuntamente os tributos federais, foi excluída desse mecanismo por ter infringido a condição legal de não efetuar a importação de produtos estrangeiros. De fato, a empresa efetuou uma importação. A importação, porém, foi de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Recorrendo da decisão, a exclusão foi anulada por violar a razoabilidade, na medida em que uma *interpretação dentro do razoável* indica que a interpretação deve ser feita “em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei”.⁵⁰ Nesse caso, a regra segundo a qual é proibida a importação para a permanência no regime tributário especial incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (exclusão do regime tributário especial), porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justificava (estímulo da produção nacional por pequenas empresas). Dito de outro modo: segundo a decisão, o estímulo à produção nacional não deixaria de ser promovido pela mera importação de alguns pés de sofá.

Os casos acima enumerados, aos quais outros poderiam ser somados, indicam que a consequência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra. Ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras “possuem” um modo absoluto “tudo ou nada” de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados.⁵¹

50. Processo 13003.000021/99-14, 2º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, sessão de 18.10.2000.

51. Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, p. 270.

De outro lado, há regras que contêm expressões cujo âmbito de aplicação não é (total e previamente) delimitado, ficando o intérprete encarregado de decidir pela incidência ou não da norma diante do caso concreto. Nessas hipóteses o caráter absoluto da regra se perde em favor de um modo *mais ou menos* de aplicação. O livro eletrônico é um bom exemplo de que somente um complexo processo de ponderação de argumentos a favor e contra sua inclusão no âmbito da regra de imunidade permite decidir pela imunidade relativa a impostos.⁵²

Todas essas considerações demonstram que a afirmação de que as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas.⁵³ Mesmo no caso de regras essas questões não são facilmente solucionadas. Isso porque a vagueza não é traço distintivo dos princípios, mas elemento comum de qualquer enunciado prescritivo, seja ele um princípio, seja ele uma regra.⁵⁴

Nessa direção, importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência predeterminada) só pode surgir após sua interpretação. Somente nesse momento é que podem ser compreendidas se e quais as consequências que, no caso de sua aplicação a um caso concreto, serão supostamente implementadas. Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método *tudo ou nada* de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se estremarem, se aproximam.⁵⁵ A única diferença constatável continua sendo o grau de abstra-

52. Humberto Bergmann Ávila, “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico”, *RD Tributário* 79/163-183.

53. Sobre essa ressalva, também Robert Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie*, Separata 1/71.

54. Riccardo Guastini, *Distinguendo...*, p. 120; Afonso Figuera, *Princípios y Positivismo Jurídico*, p. 140.

55. Sobre o assunto, v. Alfonso Figuera, *Princípios y Positivismo Jurídico*, p. 152.

ção anterior à interpretação (cuja verificação também depende de prévia interpretação): no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (por exemplo, princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação. Esse critério distintivo entre princípios e regras perde, porém, parte de sua importância quando se constata, de um lado, que a aplicação das regras também depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito (por exemplo, regras do procedimento legislativo em correlação com o princípio democrático) e, de outro, que os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicados.

O importante é que tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais. No caso dos princípios essa consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem obstáculos institucionais, na medida em que os princípios estabelecem um *estado de coisas* que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido. O interessante é que o fim, independente da autoridade, funciona como razão substancial para adotar os comportamentos necessários à sua promoção. Adota-se um comportamento porque seus efeitos contribuem para promover o fim. Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reasons*).⁵⁶ Por exemplo, a interpretação do princípio da moralidade irá indicar que a seriedade, a motivação e a lealdade compõem o estado de coisas, e que comportamentos sérios, esclarecedores e leais são necessários. O princípio, porém, não indicará quais são, precisamente, esses comportamentos.

Já no caso das regras a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a *trincheira* decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas.⁵⁷ É a própria regra que funciona como razão para a adoção do com-

56. Robert Summers, "Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification", *The Jurisprudence of Law's Form and Substance (Collected Essays in Law)*, pp. 155-236 (224); Neil MacCormick, "Argumentation and interpretation in law", *Ratio Juris* 6/17, n. 1.

57. Frederick Schauer, *Playing by the Rules*..., pp. 38 e ss.

portamento. Adota-se o comportamento porque, independentemente dos seus efeitos, é correto. A autoridade proveniente da instituição e da vigência da regra funciona como razão de agir. As regras poderiam ser enquadradas na qualidade de normas que geram, para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*) ou razões autoritativas (*authority reasons*). Para seguir com um exemplo já utilizado, a violência sexual só deixa de ser presumida se houver motivos extravagantes com forte apelo justificativo, como a aquiescência manifesta da vítima e a aparência física e mental de pessoa mais velha. Enfim, no caso da aplicação de regras o aplicador também pode considerar elementos específicos de cada situação, embora sua utilização dependa de um ônus de argumentação capaz de superar as razões para cumprimento da regra. A ponderação é, por consequência, necessária. Isso significa que o traço distintivo não é o tipo de obrigação instituído pela estrutura condicional da norma, se absoluta ou relativa, que irá enquadrá-la numa ou noutra categoria de espécie normativa. É o modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa.

Importa ressaltar, outrossim, que também não é coerente afirmar, como fazem Dworkin e Alexy, cada qual a seu modo, que, se a hipótese prevista por uma regra ocorrer no plano dos fatos, a consequência normativa deve ser diretamente implementada.⁵⁸ De um lado, há casos em que as regras podem ser aplicadas sem que suas condições sejam satisfeitas. É o caso da aplicação analógica de regras: nesses casos, as condições de aplicabilidade das regras não são implementadas, mas elas são, ainda assim, aplicadas, porque os casos não regulados assemelham-se aos casos previstos na hipótese normativa que justifica a aplicação da regra. E há casos em que as regras não são aplicadas apesar de suas condições terem sido satisfeitas. É o caso de cancelamento da razão justificadora da regra por razões consideradas superiores pelo aplicador diante do caso concreto.⁵⁹ Isso significa, pois, que ora as condições de aplicabilidade da regra não são preenchidas, e a regra mesmo assim é aplicada; ora as condições de aplicabilidade da regra são preenchidas e a

58. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 6ª tir., p. 24; Robert Alexy, "Rechtssystem und praktische Vernunft", *Recht, Vernunft, Diskurs*, pp. 216-217, e *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., p. 77.

59. Jaap C. Hage, *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*, pp. 5 e 118.

regra, ainda assim, não é aplicada. Rigorosamente, portanto, não é plausível sustentar que as regras são normas cuja aplicação é certa quando suas premissas são preenchidas.

Costuma-se afirmar também que as regras são ou não aplicadas, de modo integral, enquanto os princípios podem ser aplicados mais ou menos. Trata-se de proposição interessante, mas que pode ser aperfeiçoada. Com efeito, quando se sustenta que as regras são aplicadas integralmente focaliza-se o comportamento descrito como poder ser ou não cumprido; quando se defende que os princípios são aplicados *mais ou menos* centra-se a análise, em virtude da ausência de descrição da conduta devida, no estado de coisas que pode ser mais ou menos atingido. Isso significa, porém, que não são os princípios que são aplicados de forma gradual, *mais ou menos*, mas é o estado de coisas que pode ser mais ou menos aproximado, dependendo da conduta adotada como meio. Mesmo nessa hipótese, porém, o princípio é ou não aplicado: ou o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas é adotado, ou não é adotado. Por isso, defender que os princípios sejam aplicados de forma gradual é baralhar a norma com os aspectos exteriores, necessários à sua aplicação.

O ponto decisivo não é, portanto, o suposto caráter absoluto das obrigações estatuídas pelas regras, mas o modo como as razões que impõem a implementação das suas consequências podem ser validamente ultrapassadas; nem a falta de consideração a aspectos concretos e individuais pelas regras, mas o modo como essa consideração deverá ser validamente fundamentada – o que é algo diverso.

É preciso ressaltar que as regras, apesar de exigirem um processo argumentativo envolvendo um entrechoque de razões para definir o sentido da sua descrição normativa e o seu âmbito de aplicação (ponderação em sentido amplo), não podem ser simplesmente afastadas ou superadas, como ocorre com determinados princípios (vide, abaixo, item 2.6). Assim, afirmar que as regras exigem um processo de ponderação interna, no sentido estrito de sopesamento entre razões e contrarrazões que termina com a atribuição do seu sentido, não é o mesmo que dizer que elas podem ser simplesmente superadas. Aqui o perigo de confusão. Ainda que existam vários tipos de regras, e não um só, pode-se afirmar que aquilo que caracteriza as regras é precisamente o seu grau de rigidez, indicativo de um comportamento ou de um âmbito de poder, que não pode ceder senão diante da excepcionalidade da situação e mediante o preenchimento de requisitos formais e materiais (vide, abaixo, item 2.4.9).

2.3.3 Critério do “conflito normativo”

2.3.3.1 Conteúdo

Segundo alguns autores os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo modo como funcionam em caso de *conflito normativo*, pois, para eles, a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles.

Canaris, além de evidenciar o conteúdo axiológico dos princípios, distingue os princípios das regras em razão do modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação.⁶⁰

Dworkin sustenta que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso que se exterioriza na hipótese de colisão, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.⁶¹

Alexy afirma que os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.⁶² No caso de colisão entre os princípios a solução não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.⁶³ Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está

60. Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken...*, pp. 50, 53 e 55.

61. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 6ª tir., p. 26.

62. Robert Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtslehre*, Separata 1/59 e ss.; *Recht, Vernunft, Diskurs*, p. 177; “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/19 e ss.; “Rechtssystem und praktische Vernunft”, *Recht, Vernunft, Diskurs*, pp. 216-217; e *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., pp. 77 e ss.

63. Robert Alexy, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/17.

dentro ou fora de determinada ordem jurídica, naquele entre princípios o conflito já se situa no interior dessa mesma ordem.⁶⁴

2.3.3.2 Análise crítica

A análise do modo de *conflito normativo* também se constitui em um passo decisivo no aprimoramento do estudo das espécies normativas. Apesar disso, é preciso aperfeiçoá-lo. Isso porque não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios *possuem* uma dimensão de peso.

Com efeito, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing, Abwägung*), enquanto sopesamento de razões e contrarrazões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras, consoante o critério aqui investigado), como se comprova mediante a análise de alguns exemplos.

Em primeiro lugar, a atividade de ponderação ocorre na hipótese de regras que abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito. Costuma-se afirmar que quando duas regras entram em conflito, de duas, uma: ou se declara a invalidade de uma das regras, ou se abre uma exceção a uma das regras de modo a contornar a incompatibilidade entre elas. Em razão disso, sustenta-se que as regras entram em conflito no plano abstrato, e a solução desse conflito insere-se na problemática da validade das normas. Já quando dois princípios entram em conflito deve-se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles. Por isso, assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, e a solução desse conflito insere-se na problemática da aplicação.

Embora tentador, e amplamente difundido, esse entendimento merece ser repensado. Isso porque em alguns casos as regras entram em conflito sem que percam sua validade, e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas. Dois exemplos podem esclarecer.

64. Robert Alexy, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/19, e "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie*, Separata 1/70.

Primeiro exemplo: uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Mas como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade? Casos hipotéticos como esse não só demonstram que o conflito entre regras não é necessariamente estabelecido em nível abstrato, mas pode surgir no plano concreto, como ocorre normalmente com os princípios. Esses casos também indicam que a decisão envolve uma atividade de sopesamento entre razões.⁶⁵

Segundo exemplo: uma regra proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei 9.494/1997). Essa regra *proíbe* ao juiz determinar, por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver. Outra regra, porém, determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos (art. 1º da Lei 9.908/1993, do Estado do Rio Grande do Sul). Essa regra *obriga* a que o juiz determine, inclusive por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver.⁶⁶ Embora essas regras instituem comportamentos contraditórios, uma determinando o que a outra proíbe, elas ultrapassam o conflito abstrato *mantendo sua validade*. Não é absolutamente necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a uma delas. Não há a exigência de colocar uma regra dentro e outra fora do ordenamento jurídico. O que ocorre é um conflito concreto entre as regras, de tal sorte que o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa a preservar: ou prevalece a finalidade de preservar a vida do cidadão, ou se sobrepõe a finalidade de garantir a intangibilidade da destinação já dada pelo Poder Público às suas receitas. Independentemente da solução a ser dada – cuja análise é ora impertinente –, trata-se

65. Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, p. 61; Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Darmstadt, WBG, 1987 (nova impressão da obra de 1935), p. 46.

66. Sobre a questão, v. o magistral voto do Des. Araken de Assis, no AI 598.398.600, TJRS, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Araken de Assis, j. 25.11.1998, in *Jurisprudência Administrativa, Síntese Trabalhista* 121/115-119, Porto Alegre, Síntese, julho/1999).

de um conflito concreto entre regras, cuja solução, sobre não estar no nível da validade, e sim no plano da aplicação, depende de uma ponderação entre as finalidades que estão em jogo.

É preciso, pois, aperfeiçoar o entendimento de que o conflito entre regras é um conflito necessariamente abstrato, e que quando duas regras entram em conflito deve-se declarar a invalidade de uma delas ou abrir uma exceção. Trata-se de qualidade contingente; não necessária.

Em segundo lugar, as regras também podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões.⁶⁷ Ademais, isso ocorre nas hipóteses de relação entre a regra e suas exceções. A exceção pode estar prevista no próprio ordenamento jurídico, hipótese em que o aplicador deverá, mediante ponderação de razões, decidir se há mais razões para a aplicação da hipótese normativa da regra ou, ao contrário, para a de sua exceção. Por exemplo, a legislação de um Município, ao instituir regras de trânsito, estabelece que a velocidade máxima no perímetro urbano é de 60 km/h. Se algum veículo for fotografado, por mecanismos de medição eletrônica, trafegando acima dessa velocidade, será obrigado a pagar uma multa. A mencionada norma, dentro da tipologia aqui analisada, seria uma regra, e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta que independe de ponderação de razões a favor e contra sua utilização: se o veículo ultrapassar a velocidade-limite e se a regra for válida, a penalidade deve ser imposta. Mesmo assim, o Departamento de Trânsito pode deixar de impor a multa para os motoristas, especialmente de táxi, que comprovem, mediante a apresentação de boletim de ocorrência, que no momento da infração estavam acima da velocidade permitida porque conduziam passageiro gravemente ferido para o hospital. Nesse caso, embora tenha sido concretizada a hipótese normativa, o aplicador recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). As outras razões, consideradas superiores à própria razão para cumprir a regra, constituem fundamento para seu não cumprimento. Isso significa, para o que se está agora a examinar, que o modo de aplicação da regra, portanto, não está totalmente condicionado pela descrição do comportamento, mas que depende do sopesamento de circunstâncias e de argumentos.

E a exceção pode não estar prevista no ordenamento jurídico, situação em que o aplicador avaliará a importância das razões contrárias à

67. Frederick Schauer, *Playing by the Rules*..., p. 14.

aplicação da regra, sopesando os argumentos favoráveis e os argumentos contrários à criação de uma exceção diante do caso concreto. O caso do estupro, antes referido, exemplifica esse sopesamento. O importante é que o processo mediante o qual as exceções são constituídas também é um processo de valoração de razões: em função da existência de uma razão contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, decide-se criar uma exceção. Trata-se do mesmo processo de valoração de argumentos e contra-argumentos – isto é, de ponderação.

Contrariamente a esse entendimento, poder-se-ia afirmar que a relação entre as regras e suas exceções expressas não se identifica com aquela que se estabelece entre os princípios que se imbricam. E isso por duas razões: em primeiro lugar porque as regras seriam interpretadas; e os princípios ponderados: enquanto a relação entre a regra e suas exceções já estaria decidida pelo ordenamento, cabendo ao aplicador interpretá-la, a solução de uma colisão entre os princípios não estaria previamente definida, cabendo ao aplicador, mediante ponderação de razões, construir as regras de colisão diante do caso concreto; e em segundo lugar porque a relação entre a regra e a exceção não consistiria um conflito, já que somente uma delas seria aplicada – a regra ou a exceção –, ao passo que a relação entre dois princípios consubstanciaria autêntico conflito, na medida em que ambos seriam aplicados, embora um deles recebesse mais peso que o outro.

Tais razões não são convincentes. A uma, porque não se pode estreimar a interpretação da ponderação. Com efeito, a decisão a respeito da incidência das regras depende da avaliação das razões que sustentam e daquelas que afastam a inclusão do conceito do fato no conceito previsto na regra. Se, ao final, pode-se afirmar que a decisão é de mera subsunção de conceitos, não se pode negar que o processo mediante o qual esses conceitos foram preparados para o encaixe final é da ordem da ponderação de razões. A duas, porque não é consistente a afirmação de que no caso das regras e de suas exceções há aplicação de uma só norma, e no caso de imbricamento de princípios há a aplicação de ambas. Ora, quando o aplicador atribui uma dimensão de peso maior a um dos princípios, ele se decide pela existência de razões maiores para a aplicação de um princípio em detrimento do outro, que, então, pode deixar de irradiar efeitos sobre o caso objeto da decisão. O mesmo ocorre no caso da exceção à regra: o aplicador decide haver maiores razões para a aplicação da exceção em detrimento da regra. Isso indica que, no caso de conflito entre princípios, o princípio ao qual se atribui um peso menor pode dei-

xar, na verdade, de ser aplicado, do mesmo modo que na relação entre a regra e a exceção, uma vez que a regra ou a exceção não será aplicada. Modos de explicação à parte, o que interessa é que, tanto num quanto noutro caso, há sopesamento de razões e de contrarrazões.

O que se pode afirmar é algo diverso. O relacionamento entre regras gerais e excepcionais e entre princípios que se imbricam não difere quanto à existência de ponderação de razões, mas – isto, sim – quanto à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação: no caso da relação entre regras gerais e regras excepcionais o aplicador – porque as hipóteses normativas estão entremostradas pelo significado preliminar do dispositivo, em razão do elemento descritivo das regras – possui menor e diferente âmbito de apreciação, já que deve delimitar o conteúdo normativo da hipótese se e enquanto esse for compatível com a finalidade que a sustenta; no caso do imbricamento entre princípios o aplicador – porque, em vez de descrição, há o estabelecimento de um estado de coisas a ser buscado – possui maior espaço de apreciação, na medida em que deve delimitar o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas.

Além disso, importa ressaltar que a relação entre regras e entre princípios não se dá de uma só forma. Na hipótese de relação entre princípios, quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro, para a solução do caso. E, mesmo que ambos os princípios estabeleçam os mesmos fins como devidos, nada obsta a que demandem meios diversos para atingi-los. Nessa hipótese deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre o outro, com a consequente não aplicação de um deles para aquele caso concreto. A solução é idêntica à dada para o conflito entre regras com determinação de uma exceção, hipótese em que as duas normas ultrapassam o conflito, mantendo sua validade.

Na hipótese de relação entre regras, mesmo que o aplicador decida que uma das regras é inaplicável ao caso concreto, isso não significa que ela em nada contribui para a decisão.⁶⁸ Mesmo deixando de ser aplicada, uma regra pode funcionar como contraponto valorativo para a interpretação da própria regra aplicável, hipótese em que, longe de em nada contribuir para a decisão, a regra não aplicada concorre para a construção –

68. Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 6ª tir., p. 24.

mediante procedimento de aproximação e afastamento – do significado da regra aplicada.

Em terceiro lugar, a atividade de ponderação de regras verifica-se na delimitação de hipóteses normativas semanticamente abertas ou de conceitos jurídico-políticos, como *Estado de Direito*, *certeza do Direito*, *democracia*. Nesses casos o intérprete terá de examinar várias razões contra e a favor da incidência da regra, ou investigar um plexo de razões para decidir quais elementos constituem os conceitos jurídicos-políticos.⁶⁹ Como os dispositivos hipoteticamente construídos são resultado de generalizações feitas pelo legislador, mesmo a mais precisa formulação é potencialmente imprecisa, na medida em que podem surgir situações inicialmente não previstas.⁷⁰ Nessa hipótese, o aplicador deve analisar a finalidade da regra, e somente a partir de uma ponderação de todas as circunstâncias do caso pode decidir que elemento de fato tem prioridade para definir a finalidade normativa.⁷¹

É precisamente em decorrência das generalizações que alguns casos deixam de ser mencionados (*under inclusiveness*) e outros são mal-incluídos (*over inclusiveness*). A proibição de entrada de cães em restaurantes deve-se ao fato de que os cidadãos normalmente possuem cães e que eles, via de regra, causam mal-estar aos clientes. Qualquer cão está proibido de entrar. E se for um filhote recém-nascido, enrolado numa manta nos braços da dona? Um cão empalhado? Um cão utilizado pela Polícia para encontrar drogas ou um suspeito do tráfico de drogas? Nesses casos, o aplicador, em vez de meramente focalizar o conceito de “cão”, deverá avaliar a razão justificativa da regra para decidir pela sua incidência. Sendo a razão justificativa da regra que proíbe a entrada de cães a proteção do sossego e da segurança dos clientes, poderá decidir a respeito da aplicação da regra aos casos mencionados. Mas sendo possível passar da hipótese da regra à sua razão justificativa, abre-se ao aplicador a possibilidade de proibir a entrada de pessoas que terminem com o sossego dos clientes, como bebês chorando, ou permitir a entrada de animais que não colocuem em risco a segurança dos clientes, como um filhote de urso, ou mesmo cães mansos ou anestesiados.⁷²

69. Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, pp. 63, 80, 412 e 420, e “The passion for reason”, *The Law in Philosophical Perspectives*, p. 183.

70. Frederick Schauer, *Playing by the Rules...*, p. 35.

71. Aleksander Peczenik, “The passion for reason”, *The Law in Philosophical Perspectives*, p. 181.

72. Frederick Schauer, *Playing by the Rules...*, pp. 47 e 59.

O que importa é que a questão crucial, ao invés de ser a definição dos elementos descritos pela hipótese normativa, é saber quais os casos em que o aplicador pode recorrer à razão justificativa da regra (*rule's purpose*), de modo a entender os elementos constantes da hipótese como meros indicadores para a decisão a ser tomada, e quais os casos em que ele deve manter-se fiel aos elementos descritos na hipótese normativa, de maneira a compreendê-los como sendo a própria razão para a tomada de decisão, independentemente da existência de razões contrárias. Ora, essa decisão depende da ponderação entre as razões que justificam a obediência incondicional à regra, como razões ligadas à segurança jurídica e à previsibilidade do Direito, e as razões que justificam seu abandono em favor da investigação dos fundamentos mais ou menos distantes da própria regra. Essa decisão – eis a questão – depende de uma ponderação. Somente mediante a ponderação de razões pode-se decidir se o aplicador deve abandonar os elementos da hipótese de incidência da regra em busca do seu fundamento, nos casos em que existe uma discrepância entre eles.⁷³

Em quarto lugar, a atividade de ponderação de regras verifica-se na decisão a respeito da aplicabilidade de um precedente judicial ao caso objeto de exame. Como afirma Summers, os precedentes não são autodefiníveis (*self-defining*) nem autoaplicáveis (*self-applying*).⁷⁴ Isso significa que o afastamento de uma nova decisão dos precedentes já consolidados depende de uma ponderação de razões.

Em quinto lugar, a atividade de ponderação de regras verifica-se na utilização de formas argumentativas como *analogia e argumentum e contrario*, cada qual suportada por um conjunto diferente de razões que devem ser sopesadas.⁷⁵

Todas essas considerações demonstram que a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas.⁷⁶ Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores

73. Frederick Schauer, *Playing by the Rules*..., pp. 94 e ss.

74. Robert Summers, "Two types of substantive reasons:...", *The Jurisprudence of Law's Form and Substance (Collected Essays in Law)*, pp. 155-236 (231); Robert Alexy, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/28.

75. Aleksander Peczenik, "The passion for reason", *The Law in Philosophical Perspectives*, p. 181.

76. Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, p. 80.

de ponderação (*abwägungsbedürftig*). A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto.⁷⁷ O tipo de ponderação é que é diverso.

Nesse aspecto, é preciso ressaltar que o termo "ponderação" admite mais de uma acepção. Ele é utilizado, neste trabalho, em sentido amplo, como sopesamento entre razões e contrarrazões (vide, acima, no item 2.3.3.2). Por isso que se afirma que a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios, mas critério de aplicação de qualquer norma, tendo em vista o caráter argumentativo do próprio Direito, como bem demonstra MacCormick.⁷⁸ Assim, as regras exigem, para a sua aplicação, um processo discursivo de entrelaçamento de razões, quer para a atribuição do sentido da sua hipótese, quer para a definição do seu âmbito de aplicação, tanto na relação das regras entre si, quanto na relação entre uma regra e suas exceções em razão do caráter extraordinário do caso. Os princípios também requerem, para a sua aplicação, um processo discursivo de valoração de razões, seja para a delimitação dos bens jurídicos que compõem o estado ideal a ser promovido, seja para a definição do seu âmbito de aplicação frente a outros princípios, seja, ainda, para a definição dos comportamentos necessários à promoção do fim que estatuem. Embora tanto as regras quanto os princípios exijam esse processo discursivo de sopesamento de razões, o tipo de argumentação e de justificação exigidos para a sua aplicação não é o mesmo. Isso é decisivo, especialmente para afastar a concepção de que essas espécies normativas se igualam totalmente apenas porque requerem semelhante processo argumentativo para sua aplicação. O processo argumentativo e justificativo, como ficará mais claro abaixo (item 2.4.2.2), é diverso, devendo o intérprete, no caso das regras, avaliar a correspondência conceitual da norma com a construção conceitual dos fatos, com base na finalidade da regra e dentro de um âmbito de normalidade aplicativa, e, no caso dos princípios, avaliar a correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os comportamentos necessários à sua promoção. O essencial, de tudo quanto se acaba de afirmar, é o seguinte: dizer que tanto as regras quanto os princípios exigem um processo discursivo e argumen-

77. Idem, p. 81.

78. Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, OUP, 2005, pp. 14 e 43.

tativo de sopesamento de razões não é igual a afirmar que as regras e os princípios se submetem ao mesmo processo discursivo e argumentativo de sopesamento de razões. Nesse ponto, ressalta-se novamente um ponto que, ao longo da obra, é objeto de insistência: o tipo de ponderação e de justificação é distinto na aplicação as regras e dos princípios, como será adiante demonstrado.

Também não é coerente afirmar que *somente* os princípios *possuem* uma dimensão de peso. Em primeiro lugar, há incorreção quando se enfatiza que *somente* os princípios possuem uma dimensão de peso. Como demonstram os exemplos antes trazidos, a aplicação das regras exige o sopesamento de razões, cuja importância será atribuída (ou coerentemente intensificada) pelo aplicador. A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos valores e fins que elas visam a resguardar. As interpretações, extensiva e restritiva, são exemplos disso.⁷⁹

Em segundo lugar, há incorreção quando se enfatiza que os princípios *possuem* uma dimensão de peso. A dimensão de peso não é algo que já esteja *incorporado* a um tipo de norma. As normas não regulam sua própria aplicação. Não são, pois, os princípios que possuem uma *dimensão de peso*: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser *atribuída* uma dimensão de importância. A maioria dos princípios nada diz sobre o peso das razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto. A citada *dimensão de peso* (*dimension of weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Vale dizer, a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas *resultado de juízo valorativo do aplicador*.⁸⁰

Dois exemplos talvez possam demonstrar que é o aplicador, diante do caso a ser examinado, que atribui uma dimensão de peso a determinados elementos, em detrimento de outros. O Supremo Tribunal Federal analisou hipótese em que o Poder Executivo, depois de prometer, por

79. Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit...*, p. 272; Claus-Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 1982.

80. Jaap C. Hage, *Reasoning with Rules...*, p. 116.

decreto, baixar a alíquota do imposto de importação, decidiu, simplesmente, majorá-la. Os contribuintes que haviam contratado, com base na promessa de redução da alíquota, insurgiram-se contra o desembaraço das mercadorias com a aplicação da alíquota majorada, sob o fundamento de que teria sido violado o princípio da segurança jurídica. A questão posta perante o Tribunal poderia ser resolvida de dois modos: primeiro, com a atribuição de maior importância ao princípio da segurança jurídica, para garantir a confiança do cidadão nos atos do Poder Público e, por consequência, vedar a aplicação de alíquotas mais gravosas para aqueles contribuintes que haviam celebrado contratos na expectativa de que a promessa fosse cumprida; segundo, com a atribuição de importância apenas ao fato gerador do imposto de importação, que ocorre no momento do desembaraço da mercadoria, em razão do quê, tendo sido a alíquota, dentro das atribuições do Poder Executivo, majorada antes da data da ocorrência do fato gerador, não teria havido qualquer violação ao ato jurídico perfeito. O Tribunal adotou a segunda hipótese de solução.⁸¹ Mas o que isso significa para a questão ora discutida? Significa que a dimensão de peso desse ou daquele elemento não está previamente decidida pela estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto. Fosse a dimensão de peso um atributo empírico dos princípios, o caso ora examinado deveria ter sido necessariamente solucionado com base no princípio da segurança jurídica e na garantia de proteção ao ato jurídico perfeito – e não foi. Isso porque não são as normas jurídicas que determinam, em absoluto, quais são os elementos que deverão ser privilegiados em detrimento de outros, mas os aplicadores, diante do caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal analisou o caso de lei tributária, que, segundo a norma constitucional, deveria ter sido publicada até o final do exercício, mas cujo *Diário Oficial* que a continha foi posto à disposição do público na noite do dia 31 de dezembro, tendo a remessa dos exemplares aos assinantes só se efetivado no dia 2 de janeiro. Os contribuintes insurgiram-se contra a medida, alegando violação ao chamado princípio da anterioridade, em virtude de a norma constitucional exigir a publicação da lei até o final do exercício como forma de garantir a previsibilidade dos atos estatais. À primeira vista, o caso deveria ser decidido com a atribuição de importância ao princípio da anterioridade, nos seus dois as-

81. STF, 1ª Turma, RE 216.541-7-PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 7.4.1998, DJU 15.5.1998, p. 60.

pectos: garantia de previsibilidade e exigência de publicação da nova lei antes do final do exercício. O Tribunal, no entanto, em vez de focalizar o valor *previsibilidade* ou, mesmo, a exigência de publicação da nova lei antes do final do exercício, laborou uma dissociação, inexistente no conteúdo preliminar de significado do dispositivo em análise, entre *publicação* e *distribuição*. Entendeu que o fato de não haver *circulado* antes do final do exercício não impedia – eis o paradoxo – o conhecimento do conteúdo da lei, em virtude de o *Diário Oficial* estar à disposição do contribuinte já antes do final do exercício.⁸² Mas o que isso significa para a questão ora discutida? Significa, repetindo, que a dimensão de peso desse ou daquele elemento não está previamente decidida pela estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto. Fosse a dimensão de peso um atributo empírico dos princípios, o caso ora examinado deveria ter sido necessariamente solucionado com base no que a doutrina chama de *princípio da anterioridade* ou com base na regra segundo a qual a publicação da nova lei deve ser feita antes do final do exercício em que o tributo passa a ser exigido. Isso, no entanto, não ocorreu. De novo: não são as normas jurídicas que determinam, em absoluto, quais são os elementos que deverão ser privilegiados em detrimento de outros, mas os aplicadores, diante do caso concreto.

Enfim, os exemplos aqui mencionados demonstram que o mero qualificativo de *princípio* pela doutrina ou pela jurisprudência não implica uma consideração de peso no sentido da compreensão de determinada prescrição como valor a ser objeto de ponderação com outros. O Poder Judiciário pode desprezar os limites textuais ou restringir o sentido usual de um dispositivo. Pode fazer dissociações de significado até então desconhecidas. A conexão entre a norma e o valor que preliminarmente lhe é sobrejacente não depende da norma enquanto tal ou de características diretamente encontráveis no dispositivo a partir do qual ela é construída, como estrutura hipotética. Essa conexão depende tanto das razões utilizadas pelo aplicador em relação à norma que aplica, quanto das circunstâncias avaliadas no próprio processo de aplicação. Enfim, a dimensão de peso não é relativa à norma, mas relativa ao aplicador e ao caso. Além disso, a atribuição de peso depende do *ponto de vista* escolhido pelo observador, podendo, em função dos fatos e da perspectiva com que se os analisa, uma norma ter maior ou menor peso, ou mesmo

82. STF, 1ª Turma, AgRg no AI 282.522-MG, rel. Min. Moreira Alves, j. 26.6.2001, DJU 31.8.2001, p. 38.

peso nenhum para a decisão. Como acertadamente afirma Hage, *weight is case-related*.⁸³ A consideração ou não de circunstâncias específicas não está predeterminada pela estrutura da norma, mas *depende do uso* que dela se faz.⁸⁴

Relacionada à caracterização dos princípios em razão da sua dimensão de peso está sua definição como deveres de otimização. Eles seriam considerados dessa maneira porque seu conteúdo deve ser aplicado *na máxima medida*.⁸⁵ Mas nem sempre é assim. Para demonstrá-lo é preciso verificar quais as espécies de colisão existentes entre os princípios. Eles não se relacionam de uma só maneira. Os princípios estipulam fins a serem perseguidos, sem determinar, de antemão, quais os meios a serem escolhidos. No caso de entrecruzamento entre dois princípios, várias hipóteses podem ocorrer.

A primeira delas diz respeito ao fato de que a realização do fim instituído por um princípio sempre leve à realização do fim estipulado pelo outro. Isso ocorre no caso de princípios interdependentes. Por exemplo, o princípio da segurança jurídica estabelece a estabilidade como estado ideal de coisas a ser promovido, e o princípio do Estado de Direito também alça a estabilidade como fim a ser perseguido. Nessa hipótese não há limitação recíproca entre princípios, mas reforço entre eles. Mas, quando a realização do fim instituído por um princípio sempre levar à realização do fim estipulado por outro, não há o dever de realização *na máxima medida*, mas o de realização estritamente necessária à implementação do fim instituído pelo outro princípio, vale dizer, *na medida necessária*.

A segunda hipótese versa sobre a possibilidade de que a realização do fim instituído por um princípio exclua a realização do fim estipulado pelo outro. Isso ocorre no caso de princípios que apontam para finalidades alternativamente excludentes. Por exemplo, enquanto o princípio da liberdade de informação permite a publicação de notícias a respeito das pessoas, o princípio da proteção da esfera privada proíbe a publicação de matérias que digam respeito à intimidade das pessoas. Isso significa que, quando a realização do fim instituído por um princípio excluir a realização do fim estipulado pelo outro, não se verificam as citadas limitação e

83. Jaap C. Hage, *Reasoning with Rules*..., pp. 34 e 116.

84. Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*..., p. 273.

85. Robert Alexy, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/19: "möglichst hohen Masse realisiert wird".

complementação recíproca de sentido. Os dois devem ser aplicados na integralidade de seu sentido. A colisão, entretanto, só pode ser solucionada com a rejeição de um deles.⁸⁶ Essa situação é semelhante, portanto, ao caso de colisão entre regras.

A terceira hipótese concerne ao fato de que a realização do fim instituído por um princípio leve apenas à realização de parte do fim estipulado pelo outro. Isso ocorre no caso de princípios parcialmente imbricados. Nesse caso ocorrem limitação e complementação recíprocas de sentido na parte objeto de imbricamento.

E a quarta hipótese refere-se à possibilidade de que a realização do fim instituído por um princípio não interfira na realização do fim estipulado pelo outro.⁸⁷ Essa hipótese se verifica no caso de princípios que determinam a promoção de fins indiferentes entre si.

Essas ponderações têm por finalidade demonstrar que a diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devam ser aplicadas *no todo* e os princípios só na *medida máxima*. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser.⁸⁸ A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma.

É preciso, ainda, lembrar que os princípios, eles próprios, não são mandados de otimização. Com efeito, como lembra Aarnio, o mandado consiste numa proposição normativa sobre os princípios, e, como tal, atua como uma regra (norma hipotético-condicional): será ou não cumprido. Um mandado de otimização não pode ser aplicado *mais ou menos*. Ou se otimiza, ou não se otimiza. O mandado de otimização diz respeito, portanto, ao uso de um princípio: o conteúdo de um princípio

86. Ulrich Pensky, "Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln", *Juristen Zeitung* 3/109.

87. Idem, *ibidem*.

88. Idem, p. 110.

deve ser otimizado no procedimento de ponderação.⁸⁹ O próprio Alexy passou a aceitar a distinção entre comandos para otimizar e comandos para serem otimizados.⁹⁰

O ponto decisivo não é, portanto, a falta de ponderação na aplicação das regras, mas o tipo de ponderação que é feita e o modo como ela deverá ser validamente fundamentada – o que é algo diverso.

Após examinar, criticamente, as concepções dominantes acerca da definição de princípios, pode-se, com base em outros elementos, propor uma definição. É o que se passa a fazer.

2.4 Proposta de dissociação entre princípios e regras

2.4.1 Fundamentos

2.4.1.1 Dissociação justificante

Os princípios remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados. Costuma-se afirmar que os valores dependem de uma avaliação eminentemente subjetiva. Envolvem um problema de *gosto* (*matter of taste*). Alguns sujeitos aceitam um valor que outros rejeitam. Uns qualificam como prioritário um valor que outros reputam supérfluo. Enfim, os valores, porque dependem de apreciação subjetiva, seriam ateoréticos, sem valor de verdade, sem significação objetiva. Como complementa Georg Henrik von Wright, o entendimento de que os valores dependem de apreciação subjetiva deve ser levado a sério.⁹¹ Mas disso – e aqui começa nosso trabalho – não decorrem nem a impossibilidade de encontrar comportamentos que sejam obrigatórios em decorrência da positivação de valores, nem a incapacidade de distinguir entre a aplicação racional e a utilização irracional desses valores.

Sobre essa questão, vem à tona o modo como os princípios são investigados. E, nessa matéria, é fácil encontrar dois modos opostos de investigação dos princípios jurídicos. De um lado, podem-se analisar os princípios de modo a exaltar os valores por eles protegidos, sem, no

89. Aulis Aarnio, *Reason and Authority...*, p. 181.

90. Robert Alexy, "My philosophy of law: the institutionalization of reason", *The Law in Philosophical Perspectives*, p. 39, e "On the structure of legal principles", *Ratio Juris* 13/300.

91. Georg Henrik von Wright, "Sein und Sollen", *Normen, Werte und Handlungen*, p. 36.