

Obras da Coleção*

coleção dirigida por

VIRGILIO AFONSO DA SILVA JEAN PAUL C. VEIGA DA ROCHA
Faculdade de Direito Núcleo "Direito & Democracia",
da Universidade de São Paulo Cebrap

1. ROBERT ALEX Y – *Teoria dos Direitos Fundamentais*
2. WILSON STEINMETZ – *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*
3. VIRGILIO AFONSO DA SILVA (org.) – *Interpretação Constitucional*
4. VIRGILIO AFONSO DA SILVA – *A Constitucionalização do Direito*
5. MARCO AURELIO SAMPALO – *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*

— *teoria & direito público* —

ROBERT ALEX Y

**TEORIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

tradução de

VIRGILIO AFONSO DA SILVA

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ROBERT ALEXY

© SUHRKAMP VERLAG, 1986

© Tradução de VIRGLIO AFONSO DA SILVA
da 5ª edição alemã
Theorie der Grundrechte
publicada pela Suhrkamp Verlag (2006)

ISBN: 978-85-7420-872-5

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (11) 3078-7205 Fax: (11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição

Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa

Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
04.2008

Para
Georg Corbin
e
Julia.

terística. Um critério para algo é coisa diversa de um elemento de algo. No final das contas, as normas atribuídas fazem com que fique claro o papel decisivo da argumentação referida a direitos fundamentais na resposta à questão acerca daquilo que é válido no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse ponto é necessário concordar com Müller, já que sua teoria da norma salienta essa importância.

Capítulo 3

DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ESTRUTURA

I - REGRAS E PRINCÍPIOS

Até aqui a análise concentrou-se no conceito de norma de direito fundamental. A partir de agora, é sua estrutura que será analisada. Para alcançar esse objetivo, é possível utilizar diversas diferenciações teórico-estruturais. Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

Não faltam indícios de que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como "princípios".¹ Com ainda mais frequência, o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais é sublinhado de maneira menos direta. Como será visto, isso ocorre, por exemplo, quando se fala em valores,² objetivos,³ fórmulas abreviadas⁴ ou regras sobre ônus argumentativo.⁵ Por outro lado, faz-se referência às normas de direitos fundamentais como regras quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei,⁶ ou quando se aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais.⁷ No entanto, essas caracterizações permanecem quase sempre no nível de sugestões. O que falta é uma distinção precisa entre regras e princípios e uma utilização sistemática dessa distinção. A isso serão dedicados os tópicos seguintes.

1. Critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios

A distinção entre regras e princípios não é nova. Mas, a despeito de sua longevidade e de sua utilização frequente, a seu respeito impe-

1. Cf., por exemplo, Eike v. Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965, pp. 15 e ss.; Detlef C. Göldner, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1969, pp. 23 e ss.; Ulrich Scheuner, "Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat: Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatsstätigkeit", *DÖV* 24 (1971), p. 507; Ernst-Wolfgang Bockenförde, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation", *N/W* 29 (1976), p. 2.091.

2. Cf. os exemplos da jurisprudência Tribunal Constitucional Federal, apresentados no Capítulo I, III.

3. Cf., por exemplo, Peter Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", *VVDStRL* 30 (1972), p. 135.

4. Cf., por exemplo, *BVerfGE* 32,54 (72); Hans Huber, "Über die Konkretisierung der Grundrechte", in *Der Staat als Aufgabe*, p. 197; estilo taquinatório

5. Cf. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p. 195; Adalbert Podlech, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlin: Duncker & Humblot, 1971, p. 90.

6. Cf. Ernst Forsthoff, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart: Kohlhammer, 1961, p. 34.

7. Cf. Hans-J. Koch/Heinmut Rübmann, *Juristische Begründungslehre*, pp. 97 e ss.

ram falta de clareza e polêmica. Há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, a delimitação em relação a outras coisas — como os valores — é obscura e a terminologia vacilante.

Com frequência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos.⁸ Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade.⁹ Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença.¹⁰⁻¹¹ Segundo o critério de generalidade,

8. Cf., por exemplo, Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, 3ª ed., Tübingen: Mohr, 1974. O Tribunal Constitucional Federal às vezes fala em "normas e princípios da Constituição" (*BVerfGE* 51, 324 (350)).

9. Cf., por exemplo, Joseph Raz, "Legal principles and the limits of law", *Yale Law Journal* 81 (1972), p. 838; George C. Christie, "The model of principles", *Duke Law Journal* 17 (1968), p. 669; Graham Hughes, "Policy and decision making", *Yale Law Journal* 77 (1968), p. 419; August Simonius, "Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* NF 71 (1952), p. 239. Contra a generalidade como critério distintivo, cf. Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 51; Karl Larenz, *Richtiges Recht*, München: C. H. Beck, 1979, p. 26: "Não é o grau de generalidade que é decisivo para o princípio mas a sua aptidão como razão fundamentadora".

10. Cf., nesse sentido, *BVerfGE* 12, 1 (4).

11. O conceito de *generalidade* de uma norma tem que ser estritamente distinguido do conceito de *universalidade*. A despeito de seus diferentes graus de generalidade, tanto "todos gozam de liberdade de crença" quanto "todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença" expressam normas universais. Isso porque ambas as normas se referem a todos os indivíduos de uma classe aberta (pessoas/presos). Sobre o conceito de classe aberta, cf. Alf Ross, *Directives and Norms*,

seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra. Outros critérios discutidos são "a determinabilidade dos casos de aplicação",¹² a forma de seu surgimento — por exemplo, por meio da diferenciação entre normas "criadas" e normas "desenvolvidas"¹³ —, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico,¹⁴ a referência à idéia de direito¹⁵ ou a uma lei jurídica suprema¹⁶ e a importância para a ordem jurídica.¹⁷ Princípios e regras são diferen-

pp. 109-110. O oposto de norma universal é a norma individual. Os enunciados "o senhor L. goza de liberdade de crença" e "o preso L. tem o direito de converter outros presos à sua crença" expressam igualmente normas individuais, das quais uma tem um grau de generalidade relativamente alto, e a outra um grau relativamente baixo. O conceito oposto ao de generalidade é o conceito de especialidade. A primeira das normas pode, portanto, ser considerada "relativamente geral", e a segunda, "relativamente especial". Toda norma é sempre ou universal ou individual. Já a generalidade, ou seu oposto, a especialidade, é um problema de grau. Sobre os pares conceituais universalidade/individualidade e generalidade/especialidade, cf. Richard M. Hare, *Freedom and Reason*, Oxford: Oxford University Press, 1963, pp. 39-40; do mesmo autor, "Principles", *Proceedings of the Aristotelian Society* 73 (1972/73), pp. 2-3.

Os termos "individual", "universal", "especial" e "geral" são utilizados também de diversas outras maneiras. Outros termos, como "abstrato" e "concreto", podem ser adicionados. Bastante difundida é a caracterização de uma norma desmembrada em suporte fático e consequência jurídica, e aplicável a um número indeterminado de pessoas e casos, como "abstrata-geral" (cf., por exemplo, Dieter Volkmar, *Allgemeiner Rechtsatz und Einzelakt*, Berlin: Duncker & Humblot, 1962, pp. 74 e ss.). Quando a diferenciação não for necessária, será usada essa forma de expressão já consagrada. Para outras diferenciações, cf. Alf Ross, *Directives and Norms*, pp. 106 e ss.; Georg H. v. Wright, *Norm and Action*, pp. 70 e ss.

12. Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 51; Karl Larenz, *Richtiges Recht*, p. 23. Cf. também Hannu T. Klami, *Legal Heuristics*, Vammala: Vammalan, 1982, pp. 31 e ss.

13. Cf. Samuel I. Shuman, "Justification of judicial decisions", *California Law Review* (Essays in Honour of Hans Kelsen) 59 (1971), pp. 723, 729; Thorstein Eckhoff, "Guiding standards in legal reasoning", *Current Legal Problems* 29 (1976), pp. 209-210.

14. Cf. Carl-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 50.

15. Cf. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed., Berlin: Springer, 1983, pp. 218 e 404.

16. Cf. Hans J. Wolff, "Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquelle", in Otto Bachof et al. (Orgs.), *Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München: Isar, 1955, pp. 37 e ss.

17. Cf. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 461; Aleksander Peczenik, "Principles in law", *Rechtstheorie* 2 (1971), pp. 24-25; cf. também

ciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras,¹⁸ ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.¹⁹

Com base nesses critérios, são possíveis três teses inteiramente diversas acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. Isso seria perceptível, por exemplo, na possibilidade de que os critérios expostos, dentre os quais alguns permitem apenas diferenciações gradativas, sejam combinados da maneira que se desejar. Assim, não seria difícil imaginar uma norma que tenha um alto grau de generalidade, não seja aplicável de pronto, não tenha sido estabelecida expressamente, tenha um notório conteúdo axiológico e uma relação íntima com a idéia de direito, seja importantíssima para a ordem jurídica, forneça razões para regras e possa ser usada como um critério para a avaliação de argumentos jurídicos. Some-se a isso o fato de que, isoladamente considerados, aquilo que esses critérios distinguem é algo extremamente heterogêneo.²⁰ Diante disso, é necessário atentar para as diversas convergências e diferenças, semelhanças e dessemelhanças, que são encontradas no interior da classe das normas, algo que seria mais bem captado com a ajuda do conceito wittgensteiniano de *semelhança de família*²¹ que por meio de uma divisão

Shawonira Wronkowska/Maciej Zieliński/Zygmunt Ziembicki, "Rechtsprinzipien: Grundlegende Probleme", in *Zasady prawa*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1974, p. 226.

18. Cf. Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 51: "princípio (...) não é, ele mesmo, 'diretiva', mas fundamento, critério e justificação da diretiva"; Karl Larenz, *Richtiges Recht*, pp. 24-25; Joseph Raz, "Legal principles and the limits of law", p. 839; Neil MacCormick, "Principles of law", *Judicial Review* 19 (1974), p. 222; do mesmo autor, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon, pp. 152 e ss.

19. Cf. Hyman Gross, "Standards as law", *Annual Survey of American Law* 1968/69, p. 578.

20. Esser diferencia, por exemplo, princípios axiomáticos, retóricos e dogmáticos, princípios imanentes e informativos, princípios jurídicos e princípios do direito, bem como princípios construtivos e axiológicos (Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, pp. 47-48, 73 e ss., 90 e 156). Peczenik divide os princípios em "princípios ou leis da lógica", "princípios de justiça", "semiológicos" e "princípios jurídicos instrumentalmente formulados"; princípios "similares aos instrumentalmente formulados" e "todos os outros princípios" (Aleksander Peczenik, "Principles of law", pp. 17 e ss.).

21. Cf. Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, §§ 66-67.

em duas classes. A segunda tese é defendida por aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente *de grau*. Os adeptos dessa tese são sobretudo aqueles vários autores que vêm no grau de generalidade o critério decisivo para a distinção. A terceira tese, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença *qualitativa*. Essa tese é correta. Há um critério que permite que se distinga, de forma precisa, entre regras e princípios. Esse critério não se encontra na lista apresentada acima, mas declara a maioria dos critérios tradicionais nela contidos como típicos, ainda que não decisivos, dos princípios. Ele será apre-sentado a seguir.

2. Princípios como mandamentos de otimização

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.²² Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*,²³ que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.²⁴

22. Cf., nesse sentido, Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Rechtstheorie*, Beih. 1 (1979), pp. 79 e ss.; do mesmo autor, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *ARSP*, Beihft. 25 (1985), pp. 13 e ss.

23. O conceito de mandamento é aqui utilizado em um sentido amplo, que inclui também as permissões e as proibições.

24. É necessário distinguir dois casos de restrição à realização ou à satisfação dos princípios por meio de regras: (1) A regra *R*, que restringe o princípio *P*, vale estritamente. Isso significa que vale uma *regra* de validade *R'*, que diz que *R* tem precedência em relação a *P*, independentemente de se saber o quão importante é a realização de *P* e o quão desimportante é a realização de *R*; (2) *R* não vale estritamente. Isso significa que vale um *princípio* de validade *P'*, que permite, em determinadas situações, que *P* supere ou restrinja *R*. Essas condições não podem ser satisfeitas com a simples constatação de que o cumprimento de *P* é, no caso concreto, mais importante que o cumprimento do princípio *PR*, que *materialmente* sustenta *R*, pois isso faria

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.²⁵ Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.²⁶ Toda norma é ou uma regra ou um princípio.²⁷

3. Colisões entre princípios e conflitos entre regras

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras.²⁸ Co-

com que *P'* não desempenhasse nenhum papel. Tudo seria uma questão de relação entre *P* e *PR*. *P'* desempenha um papel se para a determinação da precedência de *P* não somente se exija que *P* preceda o princípio *PR*, que *materialmente* sustenta *R*, mas também que *P* seja mais forte que *PR* em conjunto com o princípio *P'*, que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido, sustenta formalmente *R*.

25. O § 5º, I, do Código de Trânsito alemão (StVO) é uma regra que exprime bem o que se quer dizer com isso. Ultrapassagens são possíveis ou pela esquerda ou pela direita. A característica de poder ser ou não ser cumprida não se limita, contudo, a esse tipo simples de regras. Ela não depende do fato de que a ação obrigatória (proibida, permitida) somente pode ser realizada ou não realizada. Mesmo as regras que prescrevem ações que podem ser realizadas em diferentes graus podem ter aquela qualidade. Isso ocorre também quando um *determinado* grau da ação ou do comportamento é obrigatório (proibido, permitido). Um exemplo são as prescrições que se referem a condutas imprudentes. O que se exige não é um grau máximo de cuidado, mas um determinado grau de cuidado, dependendo do ramo do direito de que se trate. Embora seja possível que surjam dúvidas, em casos individuais, sobre qual é o grau de cuidado exigido, isso é algo possível na aplicação de qualquer norma e não representa nenhuma peculiaridade. Para o esclarecimento dessas dúvidas exige-se exatamente que se decida se o grau de cuidado exigido pelo dispositivo foi satisfeito, ou não. Esse questionamento é típico das regras.

26. Essa é também a conclusão de Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 95.

27. A distinção apresentada assemelha-se à proposta por Dworkin (cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2ª ed., London: Duckworth, 1978, pp. 22 e ss. e 71 e ss.). Mas ela dela difere em um ponto decisivo: a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização. Para uma discussão acerca dessas semelhanças e diferenças, cf. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", pp. 59 e ss.

28. A terminologia é oscilante. Paulson, por exemplo, sem diferenciar entre regras e princípios, utiliza em geral a expressão "conflito entre normas" (cf. Stanley Paulson, "Zum Problem der Normkonflikt", *ARSP* 66 (1980), pp. 487 e ss.), e o Tri-

num às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito.

3.1 O conflito entre regras

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.

Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados,²⁹ não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.

bunal Constitucional Federal fala às vezes, sem maiores diferenciações, em "colisões entre normas" (cf. *BVerfGE* 26, 116 (135); 36, 342 (363)). A terminologia aqui escolhida pretende salientar que as colisões entre princípios e os conflitos entre regras, a despeito de importantes aspectos comuns, são algo fundamentalmente distinto.

29. Cf., por exemplo, Georg H. v. Wright, *Norm and Action*, pp. 135 e 141 e ss.; Alf Ross, *Directives and Norms*, pp. 169 e ss.; Christiane Weinberger/Ola Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, pp. 133-134.

A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade. Um exemplo de conflito entre regras que o Tribunal Constitucional Federal resolveu exatamente nesse sentido – com base na norma sobre conflitos do art. 31 da Constituição alemã ("o direito federal tem prioridade sobre o direito estadual") – é aquele entre o § 22, 1, da ordenação sobre o horário de trabalho, de 1934 e 1938 (direito federal vigente na época da decisão), que, pela interpretação do tribunal, permitia a abertura de lojas entre 7 e 19h nos dias úteis, e o § 2º da lei do Estado de Baden sobre o horário de funcionamento do comércio, de 1951, que, entre outras coisas, proibia a abertura de lojas após as 13h nas quartas-feiras.³⁰ As duas regras não poderiam valer ao mesmo tempo, caso contrário a abertura das lojas nas tardes de quartas-feiras seria tanto permitida quanto proibida. A possibilidade de considerar a cláusula da lei estadual como uma exceção ao direito federal estava excluída, em face do disposto no art. 31 da Constituição. Nesse sentido, restou apenas a possibilidade de declaração de nulidade da norma de direito estadual.

3.2 A colisão entre princípios

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concre-

30. *BVerfGE* 1, 283 (292 e ss.).

tos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.³¹

Exemplos de soluções de colisões entre princípios podem ser encontrados nos numerosos sopesamentos de interesses feitos pelo Tribunal Constitucional Federal.³² Aqui serão utilizadas duas decisões: a decisão sobre a incapacidade para participar de audiência processual e a decisão do caso Lebach. A análise da primeira decisão servirá para a compreensão da estrutura das soluções de colisões, que será resumida em uma lei de colisão; e a análise da segunda, para aprofundar essa compreensão e conduzir a uma concepção do resultado do sopesamento como norma de direito fundamental atribuída.

3.2.1 A lei de colisão

No caso sobre a incapacidade para participar de audiência processual tratava-se da admissibilidade de realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto.³³ O tribunal observou que nesse tipo de caso há “uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição tam-

31. Sobre o conceito da dimensão do peso, cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 26-27.

32. Os sopesamentos de interesses demonstram com grande clareza que o Tribunal Constitucional Federal concebe as normas de direitos fundamentais (pelo menos também) como princípios. Isso pode ser percebido de forma ainda mais clara quando o tribunal formula expressamente mandamentos de otimização, como, por exemplo, no caso da decisão sobre o Partido Comunista Alemão (*BVerfGE* 5, 85 (204)): “O desenvolvimento de sua personalidade na maior medida possível”, na decisão sobre farmácias (*BVerfGE* 7, 377 (403)): “A escolha da profissão (...) deve ser protegida o máximo possível contra intervenções dos poderes estatais”, e na decisão sobre a regulação dos ofícios manuais (*BVerfGE* 13, 97 (195)): “a maior liberdade possível na escolha da profissão” (sem grifos nos originais).

33. *BVerfGE* 51, 324.

bém obriga o Estado”.³⁴ Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “*por si só*, de prioridade”.³⁵ O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem maior peso no caso concreto: “Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, § 2º, 1, da Constituição”.³⁶ Essa situação de decisão corresponde exatamente à colisão entre princípios. As diferenças são de caráter terminológico. Na decisão não se fala em “colisão”, mas de uma “situação de tensão” e de um “conflito”; e aquilo que colide e que é sopesado não é caracterizado como “princípio”, mas como “dever”, “direito fundamental”, “pretensão” e “interesse”. Mas a caracterização da situação decisória como uma colisão entre princípios é perfeitamente possível. Isso ocorre quando se fala, de um lado, do dever de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade do direito penal e, de outro lado, do dever de manter incólume, na maior medida possível, a vida e a integridade física do acusado. Esses deveres devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Se houvesse apenas o princípio da operacionalidade do direito penal, a realização da audiência seria obrigatória ou, no mínimo, permitida.³⁷ Se houvesse apenas o

34. *BVerfGE* 51, 324 (345).

35. *Idem*.

36. *BVerfGE* 51, 324 (366).

37. Aqui será considerada apenas a constelação que surge do caso a ser solucionado e de ambos os princípios. Se se deixa de lado um dos princípios conflitantes, a referência às possibilidades jurídicas perde seu significado. De mandamento de otimização, o princípio seria transformado em mandamento de maximização relativo apenas às possibilidades fáticas. Isso conduz à idéia geral segundo a qual os princípios, se isoladamente considerados – isto é, independentemente de sua relação com outros princípios –, têm natureza de mandamentos de maximização. Em virtude disso, alguém poderia pensar em definir os princípios como mandamentos de maximização, ao invés de mandamentos de otimização. Mas essa definição não contemplaria a relação constitutiva que os princípios têm com outros princípios. Seria, então, necessário ou expandi-la, por meio da adição de uma regra de otimização ao mandamento de

princípio da proteção da vida e da integridade física, a realização da audiência seria proibida. Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de inviolabilidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

Esse conceito de relação de precedência condicionada tem importância fundamental na compreensão das colisões entre princípios e, com isso, para a toria dos princípios. Para poder explicá-lo com mais detalhes, os princípios colidentes no caso da incapacidade para participar de audiência processual serão chamados de P_1 (direito à vida e à integridade física) e P_2 (operacionalidade do direito penal). Isoladamente considerados, P_1 e P_2 levariam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si: P_1 levaria a “é proibido realizar a audiência”, e P_2 a “é obrigatória a realização da audiência”. Essa colisão pode ser resolvida ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Como símbolo para a relação de precedência deve ser usado o sinal P .³⁸ Para as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro será utilizado o sinal

maximização, ou suplementá-la, por meio de uma definição como mandamentos de otimização que abarcasse a conexão entre os princípios. Diante disso, a definição geral aqui escolhida – princípios como mandamentos de otimização – tem a vantagem da simplicidade. Além disso, ela não exclui, se for conveniente, a adoção de um ponto de vista no qual princípios sejam considerados em si mesmos ou de forma isolada, o que ao longo do texto ocorrerá com frequência.

38. Cf., sobre isso, Georg H. v. Wright, *The Logic of Preference*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1963, p. 19.

C. Há, então, quatro possibilidades de decisão do caso a partir da solução de uma colisão entre princípios:

- (1) $P_1 P P_2$.
- (2) $P_2 P P_1$.
- (3) $(P_1 P P_2) C$.
- (4) $(P_2 P P_1) C$.

(1) e (2) são relações incondicionadas de precedência. É possível falar também em relações de precedências “abstratas” ou “absolutas”. O Tribunal Constitucional Federal excluiu a possibilidade dessa forma de relação de precedência com a afirmação: “nenhum desses interesses goza, em si mesmo, de precedência sobre o outro”.³⁹ Essa afirmação vale de forma geral para as colisões entre princípios de direito constitucional. O princípio da dignidade humana, ao qual ainda voltarei, constitui somente à primeira vista uma exceção a essa idéia. Sobre, portanto, apenas a possibilidade de uma relação condicionada, ou, como também se pode dizer, de uma relação de precedência concreta ou relativa, como as indicadas sob os ns. (3) e (4). A questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder. Nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal utiliza-se da muito difundida metáfora do peso. Em suas palavras, o que importa é se os “interesses do acusado no caso concreto têm manifestamente um peso significativamente maior que os interesses a cuja preservação a atividade estatal deve servir”.⁴⁰ Esses interesses não têm um peso quantificável. Por isso, é necessário indagar o que se quer dizer quando se fala em “pesos”. O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto. Essa idéia será precisada mais abaixo.

O sopesamento do Tribunal Constitucional Federal consiste, exatamente nos moldes acima apresentados, na alusão às condições de precedência (C) e na fundamentação da tese segundo a qual, sob essas condições, P_1 prevalece sobre P_2 . A condição de precedência de P_1 (ou seja, do princípio estabelecido por meio do art. 2º, § 2º, 1, da

39. *BVerfGE* 51, 324 (345).

40. *BVerfGE* 51, 324 (346).

Constituição alemã) encontra sua formulação mais geral no enunciado: "se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 2º, 1, da Constituição".⁴¹ Esse enunciado conduz a um ponto importante para a teoria das relações de precedências condicionadas. Salta aos olhos que nela não se faz menção à precedência de um princípio, de um interesse, de uma pretensão, de um direito ou de um objeto semelhante; na verdade, são indicadas condições sob as quais se verifica uma violação a um direito fundamental. Se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida. A frase citada pode, por isso, ser compreendida como uma formulação de uma regra, nos seguintes moldes: "se uma ação preenche as condições C, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida".

Portanto, aquilo que aqui é denominado como "condição de precedência", e identificado pela letra "C", desempenha um duplo papel. No enunciado de preferência:

(3) $(P_1, P_2) C$,

C é a condição de uma relação de precedência. Na formulação da regra:

(5) Se uma ação h preenche C, então, h é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais,

C é o pressuposto do suporte fático de uma regra. Esse duplo caráter de C decorre necessariamente da estrutura do enunciado de preferência. Isso porque a precedência de P_1 , ou seja, do princípio estabelecido no art. 2º, § 2º, 1, em face dos princípios que com ele colidem sob as condições C significa que a consequência jurídica que resulta de P_1 é aplicável se estiverem presentes as condições C.⁴² Por conse-

41. Idem.

42. No caso analisado tratava-se de decidir se a consequência jurídica resultante do princípio P_1 deveria ser realizada em toda sua extensão, ou não. Pode haver casos nos quais seja necessário excluir parte da consequência jurídica do princípio prevalente. Nesse caso, P_1 tem precedência em relação a P_2 sob as condições do caso (C) apenas em relação a uma consequência jurídica limitada ($R^?$), o que pode ser simbolizado por $(P_1, P_2) C, R^?$. A questão da precedência em relação a uma consequência jurídica limitada deve ser distinguida dos problemas da adequação e da necessidade, a serem analisados mais adiante, os quais dizem respeito às possibilidades de realização fática do princípio.

guinte, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de preferência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente. Nesse sentido, é possível formular a seguinte lei sobre a conexão entre relações de preferências condicionadas e regras:

(K) Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C: $(P_1, P_2) C$, e se do princípio P_1 , sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.

Uma formulação menos técnica seria:

(K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Essa lei, que será chamada de "lei de colisão", é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.⁴³⁻⁴⁴

3.2.2 Resultados de sopesamentos

como normas de direito fundamental atribuídas

O que foi dito até agora pode ficar ainda mais claro com o auxílio do caso Lebach.⁴⁵ Nessa decisão estava em questão a seguinte situação: a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário

43. Cf. neste Capítulo, III.1.

44. Aqui é necessário apenas salientar que, ao estabelecer relações concretas de precedência, a lei de colisão conduz a uma dogmática diferenciada dos direitos fundamentais específicos, isto é, não a preferências e cedências generalizantes. Assim, nos termos dessa lei, o estabelecimento de uma restrição não é uma questão tudo-ou-nada, mas um problema de "afastamento do direito fundamental em relações individuais" (BVerfGE 28, 243 (263)).

45. BVerfGE 35, 202.

chamado “O assassinato de soldados em Lebach”. Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de seninela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, § 1º, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressociação estaria ameaçada. O Tribunal Estadual rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição, e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão. O autor ajizou, então, uma reclamação constitucional contra essas decisões.

Aqui interessam apenas as partes da decisão que se referem à solução da colisão entre princípios. Outros problemas, como o dos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros, não serão ainda abordados. A argumentação do Tribunal Constitucional Federal desenvolveu-se em três etapas, o que é de especial interesse para a teoria das condições de precedência. Na primeira etapa constatou-se uma “situação de tensão entre a proteção da personalidade, garantida pelo art. 2º, § 1º, combinado com o art. 1º, § 1º, da Constituição alemã, e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, nos termos do art. 5º, § 1º, 2º”.⁴⁶ Também aqui o primeiro princípio será simbolizado por P_1 , e o segundo por P_2 . Isoleadamente considerados, P_1 levaria à proibição, e P_2 à permissão da exibição do programa. Esse “conflito” – como o Tribunal Constitucional Federal costuma chamar esse tipo de colisão – não é solucionado por meio da declaração de invalidade de uma das duas normas, mas por meio de “sopesamento”, no qual nenhum dos princípios – nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal chama-os de “valores constitucionais” – “pode pretender uma precedência geral”. Ao contrário, é necessário “decidir qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais”.⁴⁷ Uma descrição mais inequívoca de uma colisão entre princípios dificilmente

seria possível. Duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é inválida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra. O que vale depende da forma como será decidida a precedência entre elas sob a luz do caso concreto.⁴⁸ É necessário notar, neste ponto, que à já mencionada variedade de formas de se denominar os objetos do sopesamento deverá ser acrescentada mais uma, a dos “valores constitucionais”.

Depois da constatação de uma colisão entre princípios cujo valores abstratos estão no mesmo nível, o Tribunal Constitucional Federal, em um segundo passo, sustenta uma precedência geral da liberdade de informar (P_2) no caso de uma “informação atual sobre atos criminosos” (C),⁴⁹ ou seja, (P_2 P P) C1. Essa relação de precedência é interessante, porque nela se sustenta apenas uma precedência geral ou básica. Isso significa que nem toda informação atual é permitida. A condição de precedência e, com isso, o suporte fático da regra que corresponde ao enunciado de preferência segundo a lei de colisão incluem uma cláusula *ceteris paribus*, a qual permite o estabelecimento de exceções.

A decisão ocorre na terceira etapa. Nela, o tribunal constata que, no caso da “repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime,

48. Não pode haver dúvidas de que o tribunal decidiu o caso por meio de um sopesamento entre princípios. Mas é possível indagar se esse era o único caminho possível. E são considerações feitas pelo próprio tribunal que dão ensejo a essa indagação, quando ele examina se a transmissão de um programa que identificasse o reclamante seria *adequada e necessária* para os *objetivos* perseguidos pela emissora ZDF. Dentre esses objetivos estão, por exemplo, o esclarecimento da população sobre a eficácia das sanções penais, um efeito intimidador sobre outros possíveis criminosos e um “fortalecimento da moral pública e da responsabilidade social” (*BVerfGE* 35, 202 (243)). Diante disso, seria possível sustentar que o caso poderia ter sido resolvido não no nível do sopesamento entre valores ou princípios constitucionais, ou seja, não na terceira etapa da máxima da proporcionalidade (cf., a respeito, Lothar Hirscher, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Schwartz, 1982, pp. 2 e ss.; cf. também o tópico I.8, neste Capítulo), mas nas etapas anteriores – da adequação e da necessidade (nesse sentido, cf. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 34). Mas dessa forma teria sido possível apenas excluir a identificação nominal do reclamante e a exposição de sua imagem. No entanto, como o tribunal pressupõe que o reclamante teria seus direitos violados mesmo sem sua identificação nominal e sem a exposição de sua imagem (*BVerfGE* 35, 202 (243)), a decisão na terceira etapa da máxima da proporcionalidade era inafastável. Somente se o tribunal não tivesse partido dessa premissa é que seria possível solucionar o caso apenas com o auxílio das máximas da adequação e da necessidade.

46. *BVerfGE* 35, 202 (219).
47. *BVerfGE* 35, 202 (225).

49. *BVerfGE* 35, 202 (231).

não mais revestido de um interesse atual pela informação", que "coloca em risco a ressocialização do autor" (C_2), a proteção da personalidade (P_1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P_2), o que, no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia.⁵⁰ Nesse sentido, vale o enunciado de preferência (P_1, P_2) C_2 . C_2 é composto por quatro condições (repetição/ausência de interesse atual pela informação/grave crime/risco à ressocialização). A regra $C_2 \rightarrow R$, que corresponde ao enunciado de preferência, é uma regra com quatro atributos de suporte fático, com a seguinte estrutura:

(6) T_1 e T_2 e T_3 e $T_4 \rightarrow R$.

Ou seja: uma notícia repetida (T_1), não revestida de interesse atual pela informação (T_2), sobre um grave crime (T_3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T_4), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Anteriormente foram designadas como normas de direitos fundamentais tanto as estabelecidas diretamente pela Constituição quanto as normas atribuídas.⁵¹ Uma norma de direito fundamental atribuída é uma norma para cuja atribuição é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Se é possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais para a norma que se acaba de apresentar – algo que aqui se pressupõe –, então, ela é uma norma de direito fundamental. Ao mesmo tempo ela é uma regra, à qual se podem subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva. Foi o que aconteceu no caso Lebach.⁵² Diante disso, pode-se afirmar: como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido. Nesse sentido, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas tivessem a estrutura de princípios – o que, como ainda será demonstrado, não ocorre –, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras.

50. *BVerfGE* 35, 202 (237).

51. Cf. Capítulo 2, II.2.

52. Sobre a estrutura dessa subsumção, cf. Robert Alexy, "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen", pp. 195 e ss.

Essas últimas considerações conduzem à aplicação da teoria dos princípios à teoria das normas de direitos fundamentais. Mas, antes de adentrar esse caminho, a análise da teoria dos princípios ainda precisa ser aprofundada um pouco mais. Até aqui os princípios foram definidos como mandamentos de otimização, e as regras como normas que sempre ou são satisfeitas ou não o são. Dessa diferença decorrem os diferentes comportamentos em casos de conflitos ou colisões. A partir de agora, é necessário analisar outras características que decorrem dessas características básicas, e também abordar algumas objeções que poderiam ser feitas diretamente contra a teoria sobre conflitos e colisões. As objeções de caráter mais geral, que se baseiam na proximidade entre a teoria dos princípios e as teorias dos valores e do sopesamento, serão tratadas apenas após a aplicação da teoria dos princípios à teoria das normas de direitos fundamentais.

4. O distinto caráter "prima facie" das regras e dos princípios

Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios.⁵³ Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida

53. Sobre o conceito de caráter *prima facie*, cf. a obra fundamental, ainda que pouco clara em muitos pontos, de W. D. Ross, *The Right and the Good*, Oxford: Clarendon, 1930, pp. 19 e ss., 28 e ss., bem como Kurt Baier, *The Moral Point of View*, Ithaca/London: Cornell University Press, 1958, pp. 102 e ss., e Richard M. Hare, *Moral Thinking*, Oxford: Clarendon, 1981, pp. 27 e ss. e 38 e ss., os quais se baseiam em Ross. John Searle ("Prima facie obligations", in Joseph Raz (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford: Oxford University Press, 1978, pp. 84 e ss.) sugere que se abra mão da expressão "*prima facie*" e de seus contrapontos para, no lugar deles, diferenciar entre aquilo "que alguém tem como obrigação de fazer" e aquilo "que alguém deve fazer depois de se levar tudo em consideração" (idem, pp. 88-89). Aqui interessa apenas que, também segundo Searle, há dois usos para "dever-ser" (*ought*): um "depois de se levar tudo em consideração" e um não "depois de se levar tudo em consideração". É necessário concordar com Searle quando ele afirma que o segundo caso está associado a alguns problemas. Mas renunciar à expressão "*prima facie*" seria recomendável apenas se se pretendesse renunciar a toda e qualquer distinção terminológica. Para uma interessante tentativa de reconstrução do caráter *prima facie* com os meios da lógica deontica, cf. Jaakko Hintikka, "Some main problems of Deontic Logic", in Risto Hilpinen (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht: Reidel, 1971, pp. 67 e ss.

possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.

O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.

Diante disso, alguém poderia imaginar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Um tal modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma toda-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão.⁵⁴ Esse modelo é, contudo, muito simples. Um modelo diferenciado é necessário. Mas também no âmbito desse modelo diferenciado o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido.

Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin,⁵⁵ as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis.⁵⁶ Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção.

54. Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 24 e 26.

55. Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 25.

56. Cf. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", pp. 68 e ss.

Entretanto, é possível imaginar um sistema jurídico que profíba a restrição de regras por meio da introdução de cláusulas de exceção. Como demonstram os inúmeros casos da assim chamada redução teleológica, o sistema jurídico alemão é um sistema que não contém tal proibição, pelo menos não para todas as áreas do direito.⁵⁷ As regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados "princípios formais". Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras.⁵⁸ Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios — o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras — é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*.

O fato de o enfraquecimento de seu caráter definitivo não fazer com que as regras passem a ter o mesmo caráter *prima facie* dos princípios constitui apenas um lado da questão. O outro lado é que, mesmo diante de um fortalecimento de seu caráter *prima facie*, os princípios não obtêm um caráter *prima facie* como o das regras. O caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de deter-

57. Cf., por exemplo, BGHZ 24, 153; 59, 236. Para uma visão geral, cf. Hans-Friedrich Brandenburg, *Die teleologische Reduktion*, Göttingen: Schwartz, 1983.

58. Nesse contexto é possível introduzir os conceitos de *rigidez* e *flexibilidade* de um ordenamento jurídico. Um ordenamento jurídico é tão mais rígido quanto mais forte for o caráter *prima facie* de suas regras e quanto mais coisas forem reguladas por meio delas. Para uma verificação de que a polémica sobre a necessária rigidez do ordenamento jurídico não é um tema novo, cf. Okko Behrends, "Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)* 95 (1978), pp. 187 e ss.

minadas classes de princípios. A decisão no caso da incapacidade para participar da audiência processual mostrou que tanto as normas que conferem direitos fundamentais aos indivíduos quanto as normas que exigem a persecução de um interesse da comunidade podem ser compreendidas como princípios. É possível introduzir uma carga argumentativa a favor dos princípios do primeiro tipo e contra os princípios do segundo tipo, ou seja, uma carga argumentativa a favor de interesses individuais e contra interesses coletivos. Algo semelhante é o que Schlink tem em vista quando diz que "direitos fundamentais [são] regras sobre ônus argumentativo".⁵⁹ Aqui não interessa ainda investigar se tais regras sobre ônus argumentativo são corretas. O que aqui interessa é somente que a aceitação de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras. Mesmo uma regra sobre ônus argumentativo não exclui a necessidade de definir as condições de precedência no caso concreto. Ela tem como consequência apenas a necessidade de se dar precedência a um princípio em relação a outro caso haja razões equivalentes em favor de ambos ou em caso de dúvida. Não há dúvidas de que isso reforça o caráter *prima facie* do princípio confirmado pela regra sobre ônus argumentativo. Ainda assim, o caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legítimas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte.

Portanto, mesmo à luz dos necessários refinamentos acima apresentados, regras e princípios continuam a ter um caráter *prima facie* distinto

5. Regras e princípios como razões

As reflexões levadas a cabo até agora demonstram que regras e princípios são razões de naturezas distintas. Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões *definitivas*. Mas com essa identificação como razões *prima facie* e razões *definitivas* ainda não se disse *para quê* regras e princípios são razões. Eles podem ser considerados como

59. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 195.

razões para ações ou razões para normas; enquanto razões para normas, podem eles ser razões para normas universais (gerais-abstractas) e/ou para normas individuais (juízos concretos de dever-ser).⁶⁰ O entendimento de que normas são razões para ações é defendido por Raz.⁶¹ Aqui, ao contrário, regras e princípios devem ser considerados como razões para normas. O fosso entre ambas as concepções é, no entanto, menos profundo do que pode parecer, pois, se regras e princípios são razões para normas, eles são também indiretamente razões para ações. A visão aqui defendida corresponde ao ponto de vista da Ciência do Direito. Na Ciência do Direito são formulados juízos sobre o que é devido, o que é proibido e o que é permitido, e o juiz decide exatamente sobre isso. O conceito semântico de norma é desenvolvido para essa tarefa. Se se compreendem regras e princípios como razões para normas, a relação de fundamentação fica limitada a objetos de uma categoria, o que facilita seu manejo e, sobretudo, sua análise lógica.

Um dos critérios para a diferenciação entre regras e princípios, acima mencionados, classifica os princípios como razões para regras, e somente para regras. Se esse critério fosse correto, princípios não poderiam servir como razões diretas para decisões concretas. A compreensão de que os princípios são razões para regras e as regras são razões para decisões concretas (normas individuais) tem, à primeira vista, algo de plausível. Mas, a partir de uma análise mais detalhada, essa concepção mostra-se incorreta. Regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem também ser razões para decisões concretas. Quem aceita para si como inafastável a norma "não ferir alguém em sua auto-estima", aceita uma regra. Essa regra pode ser uma razão para outra regra: "não falar com alguém sobre seus fracassos". De outro lado, princípios podem também ser razões para decisões, isto é, para juízos concretos de dever-ser. Nesse sentido, o princípio da proteção à vida foi, na decisão sobre a incapacidade de participar de audiência processual, uma razão para a não-admissibilidade da realização da audiência. Ainda assim a caracterização dos princípios como razões para regras indica um ponto acertado. Ela reflete o diferente caráter das regras e dos princípios como razões para

60. Sobre essas diferenciações, cf. a nota de rodapé 11, neste Capítulo.

61. Cf. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, London: Oxford University Press, 1975, pp. 15 e 58.

juízos concretos de dever-ser. Se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto – o que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa a exceções –, então, ela é uma *razão definitiva*. Se o juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então, esse direito é um *direito definitivo*. Princípios são, ao contrário, sempre razões *prima facie*. Isoladamente considerados, eles estabelecem apenas direitos *prima facie*. Assim, a emissora de televisão ZDF tinha apenas um direito *prima facie* à exibição do documentário. Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas. Esser provavelmente tinha essas conexões em mente quando afirmava que o "princípio (...) não é, ele mesmo, 'diretiva', mas fundamento, critério e justificação da diretiva";⁶² e seria também a isso que Kant se referia quando afirmava que "seria perfeitamente possível haver duas *razões* para a obrigação (*rationes obligandi*), em um sujeito e na regra que ele prescreve a si mesmo, das quais, no entanto, ou uma ou a outra não é suficiente para obrigá-lo (*rationes obligandi non obligantes*); mas, nesse caso, um deles não é dever".⁶³

6. Generalidade e princípios

É razoavelmente simples fundamentar a correção relativa do critério da generalidade. Normalmente, princípios são relativamente gerais, porque ainda não estão em relação com as possibilidades dos mundos fático e normativo. A partir do momento em que se passam a se relacionar com os limites dos mundos fático e normativo, chega-se, então, a um *sistema diferenciado de regras*. O conceito de sistema

diferenciado de regras dependente dos princípios será importante quando forem analisadas as críticas que se voltam contra um pretenso caráter generalizante do sopesamento. A existência de normas de alto grau de generalidade que não são princípios demonstra que o critério da generalidade é apenas relativamente correto. O enunciado normativo "só serão penalmente puníveis os atos que a lei previamente definir como crimes" (art. 103, § 2º, da Constituição alemã; § 1º do Código Penal alemão) pode dar ensejo a uma série de problemas interpretativos, e a ele subjaz um princípio ao qual se pode recorrer para sua interpretação. Mas esse enunciado estabelece uma regra, já que aquilo que exige é algo que sempre ou é cumprido, ou não. Como essa norma é frequentemente caracterizada como "princípio", ela é um exemplo dos casos em que a teoria dos princípios aqui defendida se desvia do uso corrente da linguagem.

As razões para as outras múltiplas características dos princípios são óbvias. Enquanto razões para regras de natureza muitas vezes bastante técnica, o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico; sua relação à idéia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do sempre mais especial; e a contraposição dos princípios, enquanto normas "desenvolvidas", às normas "criadas" deve-se à necessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positividade detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difusas sobre o que deve ser o direito.

7. Três objeções ao conceito de princípio

Independentemente de ser recomendável sua utilização no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, contra o conceito de princípio aqui apresentado podem ser suscitadas três objeções. A primeira suscita que há colisões entre princípios que podem ser resolvidas por meio da declaração de invalidade de um deles; a segunda, que existem princípios absolutos, que nunca podem ser colocados em uma relação de preferência em face de outros princípios; e a terceira, que o conceito de princípio é muito amplo e, por isso, inútil, porque abarcaria

62. Josef Esser, *Grundriss und Norm*, p. 51.

63. Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, IV, p. 224.

todo e qualquer interesse que possa ser introduzido em um processo de sopesamento.

7.1 A invalidade de princípios

Não há dúvidas de que há princípios que, se surgissem em um determinado ordenamento jurídico, seriam declarados inválidos no primeiro confronto com outros princípios. Um exemplo seria o princípio da segregação racial. O direito constitucional da República Federal da Alemanha exclui esse princípio. Não se pode dizer que haja algum caso em que esse princípio tenha preferência e outros em que não tenha; enquanto valerem os princípios do atual direito constitucional, esse princípio será preferido em todos os casos, o que significa que ele não é válido. Se houvesse um confronto, ele seria resolvido como um conflito entre regras. Diante disso, alguém poderia sustentar que o teorema da colisão apresentado anteriormente não é válido. Isso significaria, contudo, ignorar um ponto decisivo. Para explicar por que isso é assim, é necessário reunir os conceitos de conflito entre regras e colisão entre princípios sob o conceito de contradição normativa em seu sentido mais amplo. O ponto decisivo é a existência de dois tipos categorialmente distintos de contradição normativa em sentido amplo. O primeiro diz respeito ao pertencimento ao ordenamento jurídico, ou seja, à validade. O conflito de regras é o exemplo principal desse tipo de contradição. O princípio da segregação racial demonstra que também no caso dos princípios é possível que a questão da validade seja postulada, embora isso raramente ocorra. O âmbito da validade diz respeito à decisão sobre o que deve ser colocado dentro e o que deve ser deixado de fora do ordenamento jurídico.

Já o segundo tipo de contradição normativa em sentido amplo ocorre no interior do ordenamento jurídico. Contradições normativas em sentido amplo que ocorrem no interior do ordenamento jurídico são sempre colisões entre princípios, e colisões entre princípios ocorrem sempre no interior do ordenamento jurídico. Com isso fica claro que o conceito de colisão entre princípios pressupõe a validade dos princípios colidentes. Por isso, a referência à possibilidade de se classificar princípios como inválidos não atinge o teorema da colisão, apenas torna mais claro um de seus pressupostos.

7.2 Princípios absolutos

O problema da invalidade de princípios dizia respeito a princípios extremamente fracos, isto é, princípios que em caso algum prevalecem sobre outros. No caso dos princípios absolutos trata-se de princípios extremamente fortes, isto é, de princípios que em nenhuma hipótese cedem em favor de outros. Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em casos de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável.

É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.

Seria ainda possível sustentar que a Constituição alemã estabelece pelo menos um direito absoluto, fundamentado pelo art. 1º, § 1º, 1: "A dignidade humana é inviolável". De fato, o art. 1º, § 1º, 1, desperta a impressão de um caráter absoluto. A razão para essa impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá con-

tra os princípios colidentes. Um âmbito definido por tais condições, isto é, protegido pelas regras a que correspondem essas condições, é aquele que o Tribunal Constitucional Federal classifica como "esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta".⁶⁴

Nos casos em que a norma da dignidade humana é relevante, sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão-somente se ela foi violada, ou não. Contudo, em face da abertura da norma da dignidade humana, há uma ampla margem de apreciação na resposta a essa questão. Esclarecedoras são as considerações do Tribunal Constitucional Federal na decisão sobre interceptação telefônica: "No que diz respeito ao princípio da inviolabilidade da dignidade humana, disposto no art. 1º da Constituição alemã (...), tudo depende da definição das circunstâncias nas quais a dignidade humana pode ser considerada como violada. Com certeza não há uma resposta geral, devendo-se sempre levar em consideração o caso concreto".⁶⁵ Com a fórmula do "tratamento degradante",⁶⁶ utilizada nessa decisão, o tribunal cria para si uma ampla margem de apreciação para essa definição nos casos concretos. E para essa definição existe a possibilidade de se recorrer ao sopesamento. A utilização dessa possibilidade pelo tribunal pode ser verificada em manifestações como aquela segundo a qual a dignidade humana não é violada "se a exclusão da proteção judicial não é motivada por uma desconsideração ou uma deprecição da pessoa humana, mas sim por uma necessidade de manter em segre-

64. *BVerfGE* 34, 238 (245). É interessante, nessa decisão, como o tribunal define a relação entre o conceito de âmbito absolutamente protegido e o conceito de sopesamento: "nem mesmo interesses preponderantes da coletividade podem justificar uma intervenção na esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta; não há lugar para um sopesamento nos termos da máxima da proporcionalidade". Esse enunciado suscita problemas de interpretação. Deve ele ser compreendido de forma a que o princípio da dignidade humana tenha precedência também em casos em que um princípio colidente tenha um peso maior do ponto de vista do direito constitucional? Isso seria contraditório. Para evitar essa contradição, a cláusula "interesses preponderantes da coletividade" tem que ser compreendida de forma a que se refira a interesses que tenham mais peso a partir de algum outro ponto de vista que não o do direito constitucional. Assim, do ponto de vista do direito constitucional seria possível simplesmente sopesar e decidir que o princípio da dignidade humana é mais importante.

65. *BVerfGE* 30, 1 (25).

66. *BVerfGE* 30, 1 (26).

do as medidas que sirvam para a proteção da ordem democrática e para a própria existência do Estado".⁶⁷ Isso pode ser compreendido de forma tal que, quando a manutenção do segredo for necessária e outras condições forem satisfeitas – como o controle jurídico por meio de órgãos de representação popular e seus órgãos auxiliares –, então, o princípio da proteção do Estado tem precedência em face do princípio da dignidade humana no que diz respeito à exclusão da proteção judicial em casos de escuta telefônica. A contraposição entre razões e contra-razões é perceptível a partir da constatação de que, caso as condições mencionadas desaparecessem, a medida a ser julgada permaneceria a mesma, mas não seria mais considerada permitida. O princípio da dignidade humana prevaleceria, então, sobre o princípio da proteção do Estado. Isso pode ser generalizado: se no nível dos princípios a dignidade tem precedência, então, ela foi violada no nível das regras.

Que o princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana, é algo que pode ser percebido com especial clareza na decisão sobre prisão perpétua, na qual se afirma que "a dignidade humana (...) tampouco é violada se a execução da pena for necessária em razão da permanente periculosidade do preso e se, por essa razão, for vedada a graça".⁶⁸ Com essa formulação fica estabelecido que a proteção da "comunidade estatal", sob as condições mencionadas, tem precedência em face do princípio da dignidade humana. Diante de outras condições a precedência poderá ser definida de outra forma.

Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência.⁶⁹ O prin-

67. *BVerfGE* 30, 1 (27).

68. *BVerfGE* 45, 187 (242).

69. A vantagem dessa construção é, de um lado, a não-necessidade de introdução de uma cláusula de restrição no direito fundamental à dignidade humana e, de outro, a possibilidade de realização de um sopesamento entre o princípio da dignidade e outros princípios constitucionais. A possibilidade – suscitada por Kloepfer – de "uma dignidade humana que se impomba, em qualquer circunstância, contra todo e qualquer

cípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana. Mas essa tese sobre a existência de uma posição nuclear também vale para outras normas de direitos fundamentais. Ela não afeta sua natureza de princípio. Por isso, é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto. A impressão de um caráter absoluto advém, em primeiro lugar, da existência de duas normas da dignidade humana: uma regra e um princípio; além disso, essa impressão é reforçada pelo fato de que há uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalecerá — com grande grau de certeza — em face de todos os outros princípios.

7.3 A amplitude do conceito de princípio

Princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos. No caso Lebach, por exemplo, dois princípios são contrapostos: um garante um direito *prima facie* à proteção da personalidade, e o outro um direito *prima facie* à liberdade de informar.⁷⁰ Por sua vez, na decisão acerca da capacidade para participar de audiência processual colidem os direitos à vida e à incolumidade física com o princípio da garantia da operacionalidade da justiça penal,⁷¹ que é um princípio vinculado a um interesse coletivo. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal oferece inúmeros exemplos de princípios vinculados a interesses coletivos. Essa série de exemplos outro interesse constitucional" reduziira "a garantia da dignidade, no fim das contas, (...) a uma defesa contra brutalidades apocalípticas" (Michael Kloepfer, "Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts — dargestellt am Beispiel der Menschenwürde", in Christian Starck (Org.), *Bundesverfassungsgesetz und Grundgesetz*, v. 2, Tübingen: Mohr, 1976, p. 411) pode dessa forma ser evitado, sem que se insira uma cláusula não-escrita de restrição no suporte fático da norma da dignidade humana, o que parece ser a sugestão de Kloepfer. A possibilidade dessa construção decorre da abertura semântica do conceito de dignidade humana.

70. *BVerfGE* 35, 202 (219). Cf. também *BVerfGE* 30, 173 (195).

71. *BVerfGE* 51, 324 (345).

vai desde a saúde da população,⁷² o fornecimento de energia⁷³ e a segurança alimentar,⁷⁴ passa pelo combate ao desemprego⁷⁵ e engloba, por fim, a garantia da estrutura interna das Forças Armadas,⁷⁶ a segurança da República Federal da Alemanha⁷⁷ e a proteção da ordem democrática.⁷⁸ O fato de que um princípio se refira a esses tipos de interesses coletivos significa que ele exige a criação ou a manutenção de situações que satisfaçam — na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas — critérios que vão além da validade ou da satisfação de direitos individuais.⁷⁹

72. *BVerfGE* 7, 377 (414-415).

73. *BVerfGE* 30, 292 (317).

74. *BVerfGE* 39, 210 (227).

75. *BVerfGE* 21, 245 (251).

76. *BVerfGE* 28, 243 (261).

77. *BVerfGE* 28, 175 (186).

78. *BVerfGE* 30, 1 (26-27). Para outras referências, cf. Harald Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts*, pp. 133 e ss.

79. Essa definição faz com que fique claro que a distinção entre direitos individuais e interesses coletivos não é tão simples como pode parecer à primeira vista. É possível distinguir quatro relações entre direitos individuais e interesses coletivos, as quais podem ser combinadas entre si de inúmeras formas. (1) Um direito individual é exclusivamente um meio para um interesse coletivo. Essa relação é pressuposta, por exemplo, por quem vê no direito de propriedade apenas um meio para a realização da produção econômica. Uma colisão entre o direito e o interesse coletivo é impossível, pois se o direito perde seu caráter de meio ou até mesmo embarça a produtividade, então, não há mais fundamento para o direito. Se todos os direitos individuais fossem apenas meios para interesses coletivos, não poderia mais haver colisões entre eles. Nesse sentido, direitos como meios para interesses coletivos não teriam força própria. (2) Um interesse coletivo é exclusivamente um meio para direitos. Dessa relação parte aquele que afirma que a garantia da operacionalidade da justiça penal serve apenas para a segurança dos direitos individuais. Por esse ponto de vista, a colisão entre um direito individual e o princípio da garantia da operacionalidade da justiça penal é, na verdade, uma colisão entre direitos individuais (ou entre os princípios que os garantem). Se todos os interesses coletivos fossem exclusivamente meios para direitos individuais, então, haveria apenas colisões entre direitos. (3) Um interesse coletivo é uma situação na qual as normas que garantem direitos individuais são válidas ou satisfetas. Se isso valesse para todos os interesses coletivos, falar nesse tipo de interesses seria redundante. (4) Entre direitos individuais e interesses coletivos não existem nem as relações meio-fim do tipo (1) e (2), nem a relação de identidade do tipo (3). Se direitos individuais não têm caráter absoluto diante de interesses coletivos, então, sob o pressuposto (4), as colisões entre direitos individuais e interesses coletivos são colisões entre objetos pertencentes a categorias distintas. Relações do quarto tipo podem existir ao lado de relações do primeiro ao terceiro tipos. Qual das relações é aplicável é algo que depende das tessas sobre o conteúdo e a natureza dos

O conceito de princípio em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refram a interesses coletivos são por ele denominadas como "políticas".⁸⁰ A diferenciação entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante. Mas não é nem exigível nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual. As características lógicas comuns aos dois tipos de princípios aos quais Dworkin faz referência com seu conceito de "princípio em sentido genérico"⁸¹ — e que aparecem com clareza nos casos de colisões entre princípios — indicam a conveniência de um conceito amplo de princípio. As diferenças apontadas por Dworkin podem ser feitas no âmbito desse conceito amplo de princípio. O mesmo vale para outras possíveis diferenciações.

8. A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais⁸² da adequação, da

direitos individuais e dos interesses coletivos. É possível uma boa fundamentação tanto para a tese de que direitos fundamentais não são apenas meios para interesses coletivos quanto para a tese de que há interesses coletivos que independem de direitos individuais. A primeira tese pode apoiar-se na dignidade e na autonomia da pessoa, ou seja, ser fundamentada em um sentido kantiano; a segunda tese pode ser justificada por meio da indicação de que nem toda atividade estatal tem que se relacionar a um direito, podendo dizer respeito apenas a algo útil, apreciável e desejável. Isso é suficiente para justificar que se fale, de um lado, em direitos individuais e, de outro, em interesses coletivos.

80. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 82 e 90.

81. *Idem*, p. 23.

82. Sobre as três máximas parciais da proporcionalidade, cf. com diversas referências, Lothar Hirschberg, *Der Grundriss der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Schwartz, 1981, pp. 2, 50 e ss. e 75 e ss.; cf. também Rudolf Wendt, "Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot", *ÄöR* 104 (1979), pp. 415 e ss.;

necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, "no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais".⁸³ A seguir se pretende demonstrar que isso é válido de forma estrita quando as normas de direitos fundamentais têm o caráter de princípios.⁸⁴

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.⁸⁵ Visto que a aplicação de princípios válidos — caso sejam aplicáveis — é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios

Eberhard Grabitz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *ÄöR* 98 (1973), pp. 571 e ss.; Manfred Genz, "Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen", *NJW* 21 (1968), pp. 1.601 e ss.; Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln: Heymann, 1961, pp. 19 e ss.; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, München: Beck, 1977, p. 674; Friedrich E. Schnapp, "Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs", *JAS* 23 (1983), p. 851.

83. *BVerfGE* 19, 342 (348-349); 65, 1 (44).

84. A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada "princípio da proporcionalidade". Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras. Cf., nesse sentido, Görg Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, Tübingen: Mohr, 1983, p. 11, que faz menção a um "enunciado jurídico passível de subsunção".

85. Cf., neste Capítulo, I.3.2.1.

antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*.

Para demonstrar como a máxima da *necessidade* decorre do caráter principiológico dessas normas, será utilizada, aqui, a forma mais simples que um exame da necessidade pode ter. O fato de a máxima da necessidade impor dificuldades adicionais em casos mais complexos pode expor suas limitações, mas nada diz acerca de sua completude do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.⁸⁶ A constelação mais simples é caracterizada pela presença de apenas

86. A constelação mais simples é aquela formada por apenas dois sujeitos de direito, o Estado e um cidadão, com apenas dois princípios em jogo. Se mais de dois princípios estiverem envolvidos, pode surgir a seguinte situação: M_1 e M_2 são duas medidas igualmente adequadas em relação ao objetivo Z , cuja persecução é requerida por P_1 (ou Z é idêntico a P_1). M_2 afeta menos que M_1 a realização de P_2 , mas M_1 afeta menos que M_2 a realização de P_3 . Nesse caso, a máxima da necessidade não permite nenhuma decisão em face de P_2 e P_3 é realizado: (1) M_1 é escolhida e, com isso, P_2 tem precedência em face de P_3 e P_1 é realizado; (2) M_2 é escolhida e, com isso, P_3 tem precedência em face de P_2 e P_1 é realizado; (3) nem M_1 , nem M_2 são escolhidas e, com isso, P_2 e P_3 têm, juntos, precedência em face de P_1 . Para fundamentar a escolha entre uma dessas possibilidades – por exemplo, a primeira – é necessário demonstrar que é justificado preferir a não-afetação de P_3 por M_2 em conjunto com a realização de P_1 à afetação de P_2 por M_1 . Mas isso não seria nada mais que a fundamentação de uma relação condicionada de preferência entre P_2 , de um lado, e P_1 e P_3 , de outro; ou seja, um sopesamento.

Completamente diferentes são os problemas que podem surgir quando estão envolvidas mais pessoas. De novo, M_1 e M_2 são duas medidas igualmente adequadas em relação ao princípio P_1 , perseguido pelo Estado. M_1 afeta menos que M_2 o direito garantido por P_2 ou por um outro princípio P_3 . Também nesse caso a máxima da necessidade não permite nenhuma decisão.

Esses problemas suscitados por constelações complexas devem ser distinguidos dos problemas que a aplicação da máxima da necessidade suscita também nas constelações mais simples. Dentre esses problemas destaca-se a questão acerca da extensão da discricionariedade para fazer prognósticos que deve ser conferida ao legislador e à Administração no âmbito do exame da necessidade e, com isso, também na definição de medidas alternativas (sobre esses problemas, cf. com inúmeras referências adicionais, Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeits*, pp. 50 e ss.).

dois princípios e dois sujeitos de direito (Estado/cidadão). Ela tem a seguinte estrutura: o Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P_1 (ou Z é simplesmente idêntico a P_1). Há pelo menos duas medidas, M_1 e M_2 , para realizar ou fomentar Z , e ambas são igualmente adequadas. M_2 afeta menos intensamente que M_1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P_2 – exige. Sob essas condições, para P_1 é indiferente se se escolhe M_1 ou M_2 . Nesse sentido, P_1 não exige que se escolha M_1 em vez de M_2 , nem que se escolha M_2 em vez de M_1 . Para P_2 , no entanto, a escolha entre M_1 e M_2 não é indiferente. Na qualidade de princípio, P_2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades *fáticas* quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades *fáticas*, P_2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M_2 em vez de M_1 . Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades *fáticas*, e sob a condição de que tanto P_1 quanto P_2 sejam válidos, apenas M_2 é permitida e M_1 é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. Portanto, o exame da necessidade, que o Tribunal Constitucional Federal define como a exigência de que “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo”,⁸⁷ decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.

A inter-relação entre as possibilidades jurídicas e as possibilidades *fáticas* pode também ser esclarecida por meio da constelação mais simples acima utilizada. Se tanto M_1 quanto M_2 embarçam a realização de P_2 – o que é sempre o caso quando há motivo para um exame de necessidade – e M_2 o faz em menor escala que M_1 , então, M_1 e M_2 não esgotam o campo das possibilidades *fáticas* para a realização de P_2 , nem mesmo se se parte da suposição de que M_1 e M_2 sejam as únicas medidas adequadas para a realização do objetivo Z , exigido pelo princípio P_1 . Do ponto de vista das possibilidades *fáticas*, uma ainda maior realização de P_2 é alcançada se nem M_1 , nem M_2 são levadas a cabo. O exame da necessidade permite apenas privilegiar M_2 em face de M_1 . Que uma das duas alternativas tenha que ser escolhida não é, no entanto, uma questão de possibilidades *fáticas*, isto é, não é uma questão para o exame da necessidade, mas uma questão de possibili-

87. *BVerfGE* 38, 281 (302).

dades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento entre P_1 e P_2 (proporcionalidade em sentido estrito). É por isso que, caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P_2 , ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento.

Em face do que foi dito até aqui, a dedução do exame da *adequação* não constitui um problema. Se M_1 não é adequada para o fomento ou a realização do objetivo Z — que ou é requerido por P_1 ou é idêntico a ele —, então, M_1 não é exigida por P_1 . Para P_1 é, portanto, indiferente se se adota a medida M_1 , ou não. Se, sob essas condições, M_1 afeta negativamente a realização de P_2 , então, a adoção de M_1 é vedada por P_2 sob o aspecto da omissão em relação às possibilidades fáticas. Isso vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas. Portanto, o exame da adequação também decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.⁸⁸

A dedução acima exposta é uma fundamentação da máxima da proporcionalidade a partir das normas de direitos fundamentais, na medida em que tenham caráter de princípio. Ela pode ser chamada de “fundamentação a partir dos direitos fundamentais”. Outras fundamentações, como aquelas que se baseiam no princípio do Estado de Direito,⁸⁹ na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça,⁹⁰ não são por ela excluídas.⁹¹ Na medida em que forem relevantes, são elas reforços bem-vindos à fundamentação a partir dos direitos fundamentais.

88. Eberhard Grabitz (“Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, p. 586) aproxima-se da dedução da máxima da proporcionalidade aqui apresentada: “Se se concebe o princípio que subjaz aos direitos de liberdade de forma positiva como a maior chance possível de desenvolvimento da personalidade garantida ao indivíduo em virtude da Constituição, então, toda regulamentação ‘excessiva’ frustra a maximização de chances e é, por isso, constitucionalmente ilegítima”.

89. Para essa linha de fundamentação, cf., por exemplo, *BVerfGE* 23, 127 (133); 38, 348 (368).

90. Cf., a respeito, Hans Schneider, “Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen”, in Christian Starck (Org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. 2, Tübingen: Mohr, 1976, pp. 393-394; Rudolf Wendt, “Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot”, p. 416; Rupprecht v. Krauss (*Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Hamburg: Appel, 1955, p. 41) fala do “direito natural do indivíduo, em um sentido atemporal, de ser protegido contra encargos que superem a medida do necessário”.

91. Para uma exposição das diversas tentativas de fundamentação da máxima da proporcionalidade, cf. Peter Witzig, “Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes”, *DÖV* 21 (1968), pp. 81-8 ss.

II — TRÊS MODELOS

1. O modelo puro de princípios

Análise levada a cabo até agora demonstrou que o Tribunal Constitucional Federal, pelo menos em alguns casos, concebe as normas de direitos fundamentais como princípios. Com a ajuda da lei de colisão pôde ser definida a conexão entre as normas de direitos fundamentais enquanto princípios e as regras de direitos fundamentais que se relacionam com a decisão: as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro constituem o suporte fático de uma regra, a qual expressa as consequências jurídicas do princípio prevalente.

Essas observações sugerem um modelo simples de normas de direitos fundamentais, segundo o qual elas são de duas espécies: princípios e regras. As garantias estabelecidas diretamente pelas disposições de direitos fundamentais devem ser compreendidas como princípios. Regras surgem da fixação de relações de precedência como resultados de sopesamentos. Como em modelo desse tipo as regras são inteiramente dependentes dos princípios, pode ele ser definido como um “modelo puro de princípios”.

O modelo proposto por Eike von Hippel é um modelo puro de princípios. Segundo ele, as normas de direitos fundamentais são “(meras) normas de princípios”, que “indicam que, na ordenação das relações sociais e na solução de conflitos, deve ser conferido um peso especial a determinados interesses de liberdade (liberdades de crença, de opinião, de profissão e de propriedade etc.), em suma, à idéia de autodeterminação individual. Mas isso não deve excluir a consideração de outros pontos de vista”.⁹² “Somente com base em uma análise cuidadosa de cada situação, e em um justo sopesamento de todos os interesses em jogo, é que se poderá decidir, em cada caso, a que resultados poderá conduzir essa indicação geral, que, claro, com frequência também possibilita uma decisão inequívoca.”⁹³ Seria uma “ilusão”⁹⁴ imaginar que o problema das restrições aos direitos fundamentais pode ser resolvido com o recurso às disposições sobre reservas e restrições da Constituição alemã. Melhor é partir da fórmula geral “toda

92. Eike v. Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, pp. 15-16.

93. Idem, p. 18.

94. Idem, p. 22.