

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 SAMPAIO – *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 deseja. 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. *Ibidem*.

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 ressocialização 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.