

Levando os princípios a sério: uma abordagem lógico-argumentativa de distinção das normas jurídicas

Fabício da Silva Raposo

Servidor público do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM). Pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Bacharel em Engenharia Civil. Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

Daniel Cardoso Gerhard

Professor efetivo (Regime 40 horas, sem dedicação exclusiva), subchefe do Departamento de Direito Público e coordenador do programa de pós graduação lato sensu em direito eleitoral da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Professor do Instituto Metropolitano de Ensino. Assessor Jurídico no Tribunal de Contas do Estado do Amazonas. Doutorando em Direito - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Mestre em Filosofia do Direito. Pós graduado em Direito. Área de atuação: Direito Público. Subareas: Direito Constitucional. Direito Administrativo. Teoria do Direito.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.6

INTRODUÇÃO

Desde que a Constituição ganhou contornos tipicamente jurídico-normativos (com o denominado constitucionalismo no século XVIII), passou-se a ter uma discussão cada vez mais aprofundada acerca das normas que regem uma comunidade.

Na literatura jurídica contemporânea, inúmeras são as tentativas de se conceituar, classificar e distinguir as normas jurídicas, embora, muitas vezes, sem uma devida contextualização ou carentes de uma base epistemológica mais sólida.

Isso não significa, também, que as teorias mais “aceitas” cientificamente na doutrina pátria não estejam sujeitas a críticas, como será abordado, ou mesmo que haja, de fato, uma única teoria/metodologia correta.

Desse modo, faz-se necessário um maior aprofundamento acerca dos métodos tradicionais de diferenciação de princípios e regras jurídicas, com o intuito de se desenvolver um pensamento crítico a respeito do consenso epistêmico existente que envolve a teoria dos princípios e, com isso, propiciar o desenvolvimento de uma teoria crítica adequada e compatível com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho irá preliminarmente abordar a celeuma existente acerca dos diversos métodos de conceituação e diferenciação dos princípios jurídicos como espécies de normas em um ordenamento jurídico, especialmente as teorias que os diferenciam pelo grau de abstração ou pelo modo que são aplicados.

Após identificar e apresentar as críticas relativas aos métodos tradicionais existentes de diferenciação das normas jurídicas, será proposto um método próprio de identificação e distinção dos princípios, baseado em uma metodologia lógico-argumentativa, em contraposição aos critérios morfológicos-estruturais, adicionando uma nova abordagem à discussão existente.

Embora não haja qualquer pretensão de se oferecer uma solução definitiva sobre o tema, o objetivo deste estudo é propor uma metodologia que, em última análise, seja realmente útil para a prática do direito.

Somente uma reflexão aprofundada do tema irá possibilitar a compreensão pela sociedade de como os juízes efetivamente decidem as situações que lhe são apresentadas, lançando luzes sobre o fundamento ético do direito contemporâneo.

O JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO: O PERCURSO NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS

Não é difícil reconhecer que os princípios jurídicos desempenham um papel fundamental no atual paradigma do Estado Democrático de Direito. Atualmente qualificados como espécie de norma jurídica, os princípios passaram por um longo processo histórico até adquirirem juridicidade e, com isso, natureza deontológica. Para Bonavides¹, a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas: a *jusnaturalista*, a *positivista* e a *pós-positivista*.

Remetendo ao Direito na Antiguidade Clássica, temos com os gregos o surgimento da

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 35. ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2020. p. 264.

ideia embrionária de uma lei eterna e imutável que regia o homem e que hoje convencionamos chamar de Direito Natural.

Tendo como matriz ético-religiosa a teologia judaico-cristã, o Direito ainda era algo intrinsecamente ligado à Religião nesse período histórico, que tinha como características fundamentais a ausência de uma justiça formal e a existência de uma ordem jurídica baseada em mandamentos divinos.

É no contexto desse “jusnaturalismo teológico” que se tem a primeira noção de princípios como elementos norteadores da conduta humana (espécies de “supranormas”), que atuavam definindo padrões substanciais de justiça².

Com a modernidade (Idade Moderna), essa perspectiva teológica em que se fundamenta o Direito dá lugar à racionalidade. Vale dizer que também é helênica a origem da ideia ocidental de razão e do conhecimento científico fundado em princípios e regras de valor universal, que posteriormente viria a ser desenvolvida pelos romanos³.

A partir deste momento, a lei deixa de ser ditada a partir de um pretexto divino e passa a dar ênfase à razão humana, desvinculando-se da teologia cristã e associando-se aos ideais iluministas, inclusive no que diz respeito à limitação do poder estatal. De um plano exclusivamente abstrato, os princípios passam a ser a materialização dos direitos naturais, trazendo de forma revolucionária as normas morais fixadas por uma racionalidade legisladora, e funcionando como referenciais de justiça.

Aqui é interessante observar que o apogeu do Direito Natural (racional), caracterizado pela codificação das condutas morais (justas e injustas), paradoxalmente representou também a sua superação histórica, com o “nascimento” do positivismo jurídico. Uma vez transposto aos códigos, qualquer recurso a princípios e normas fora do direito positivo seria considerado ilegítimo⁴.

A partir do positivismo jurídico, os princípios começam a ganhar contornos tipicamente jurídico-normativos, passando a figurar nos códigos ao lado de outras normas jurídicas e, com isso, deixam de ser considerados uma instância supralegal⁵.

No entanto, aqui os princípios jurídicos se inserem nos códigos apenas como fonte normativa subsidiária, tendo em vista predominar nesse período um sistema jurídico fechado baseado em regras. Nos dizeres de Gordillo Cañas⁶, na era *juspositivista* os princípios representam “válvulas de segurança” para garantir o “reinado absoluto da lei”. Já para Bobbio⁷, os princípios aqui seriam meras pautas programáticas supraleais, carentes de normatividade. Em síntese, os princípios funcionariam nesse momento como normas (pois já dotados de dignidade normativa) gerais que auxiliariam (caráter supletivo) o intérprete na aplicação do direito em casos concretos, de modo a suprir o vácuo normativo deixado pelo modelo de regras.

2 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 323.

3 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 32.

4 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999. v.1. p. 659

5 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 324.

6 CAÑAS, Antonio Gordillo. *Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, in *Anuario de Derecho Civil*. t. LXI, fasc. 2, abr./jun. 1988, pp. 484 e 485.

7 BOBBIO, Norberto. *Principi generali di Diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 13, p. 890.

Embora formalmente dotados de dignidade normativa, o caráter ainda supletivo e não-deôntico dos princípios deu margem à doutrina da discricção judicial (decisionismo), característica do período positivista. Considerando não serem as regras capazes de reger de forma taxativa todos os fatos sociais, os juízes, sobretudo nos chamados *hard cases*, recorriam a padrões fora do direito para complementar as regras já existentes ou até mesmo criar uma própria, de modo a suprir a lacuna legislativa. A possibilidade de utilização de critérios extrajurídicos (vista, à época, como solução) fez com que o Direito se tornasse o “café da manhã” dos magistrados.

Dworkin, um dos maiores críticos desse paradigma teórico (senão o maior), vai afirmar que mesmo nos casos em que houvesse uma maior abertura na aplicação do direito, seja pela ausência de uma regra clara ou pela incerteza de sua incidência, deveriam os juízes observar os princípios, como padrões normativos obrigatórios, atribuindo a este dever o nome de responsabilidade política.

Assim, em resposta à essa concepção positivista, revela-se uma necessidade de tratar os princípios como direito, atribuindo-lhes efetiva juridicidade. É então com o advento do chamado *pós-positivismo* que os princípios adquirem o mesmo *status* atribuído às regras, compartilhando agora com estas o patamar de espécie de norma jurídica. Como bem aponta Bonavides⁸, nessa fase os princípios são “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.

Toma-se como marco da quebra de paradigma a posição assumida pelas Cortes Internacionais de Justiça, sobretudo a Corte Permanente de Justiça Internacional que, de forma pioneira, em 1920, afirmou em seu Estatuto que “os princípios gerais de Direito, reconhecidos pelas nações civilizadas” seriam instrumento hábil a resolver controvérsias, constituindo verdadeiro direito positivo.

OS MÉTODOS DE DIFERENCIAÇÃO

Se nas primeiras décadas do século XX a celeuma envolvendo os princípios girava em torno de sua normatividade, atualmente ela está circunscrita nas teorias que visam definir critérios para conceituá-los, distinguindo-os das regras jurídicas.

Dentre os vários critérios difundidos até então, certamente os que ganharam maior destaque na teoria do Direito, sobretudo com as obras de Alexy (*Theorie der Grundrechte*, 1984) e Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1977), são os que definem os princípios jurídicos pelo (1) grau de abstração e pelo (2) modo que são aplicados, aos quais foram atribuídos o título de tese fraca (ou quantitativa) e tese forte (ou qualitativa), respectivamente.

Aqui é interessante ressaltar que não obstante ter sido Alexy o responsável pelas nomenclaturas, o autor remete à Bobbio e Del Vecchio⁹ as ideias constantes da denominada tese fraca, ao passo que tem em Dworkin o ponto de partida para o desenvolvimento da tese forte.

A teoria quantitativa: a diferença pelo grau de abstração

Para os adeptos da tese quantitativa, os princípios jurídicos são normas dotadas de um elevado grau de abstração, demasiadamente vagas e indeterminadas e carentes de mediações

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 35. ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2020. p. 269.

⁹ GALUPPO, Marcelo. *Igualdade e diferença*, p. 170-171.

concretizadoras, ao passo que as regras jurídicas possuem um grau de abstração relativamente reduzido, sendo suscetíveis de aplicação direta¹⁰. Consoante Del Vecchio¹¹, os princípios se revelam a partir da generalização de outras normas constantes no ordenamento jurídico.

Não obstante sua expressividade, sobretudo em *terrae brasilis*, o critério quantitativo foi (e ainda é) alvo de duras críticas por parte da doutrina. A primeira que se faz é a de que a abstração não é característica inerente (mas contingente) aos princípios. É dizer, apesar de os princípios jurídicos geralmente serem genéricos, não é essa a característica fundamental que os distingue das regras jurídicas, visto que estas, por vezes, também apresentam esse atributo.

Toma-se como exemplo o enunciado normativo “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (inciso XXXIX, art. 5º da CF/88; art 1º do CP). A princípio, este enunciado estabelece uma regra, já que, estruturalmente, não se observa qualquer grau de abstração. Percebe-se que o texto da norma não dá margem para outra alternativa, senão a existência de um dispositivo legal como fundamento para a tipificação de um crime e a cominação de uma pena.

Por outro lado, o enunciado normativo pode dar ensejo a uma série de questões de natureza interpretativa relativas ao seu significado essencial que vão além do seu teor literal. Dentre elas, podemos citar as questões atinentes à retroatividade das normas penais mais gravosas, à esfera de Poder competente para regular as matérias penais e à analogia. Não é à toa que contemporaneamente se fala em princípio (e não regra) da legalidade penal/criminal, a partir do qual se revelam outros (sub)princípios, como os da reserva legal e o da irretroatividade penal.

Ainda à título de contraexemplo do critério de generalidade, observa-se que alguns tipos penais, entendidos como regras, utilizam-se do recurso da interpretação analógica, que traz um aspecto de generalidade ao dispositivo legal.

Tal recurso se faz presente, por exemplo, no inciso I, § 2º, art. 121 do CP, que traz um rol exemplificativo das situações em que o homicídio é qualificado (mediante paga ou promessa de recompensa) e prevê, em seguida, uma fórmula genérica (ou outro motivo torpe) para a configuração da qualificadora. Ao trazer essa abertura semântica ao enunciado, a regra, vale dizer, não é de todo fechada.

Desse modo concordamos com Alexy¹², ao afirmar que a existência de normas com elevado grau de generalidade que não são princípios e de mandamentos definitivos com baixo grau de abstração que frequentemente funcionam como princípios demonstra que “o critério da generalidade é apenas relativamente correto”.

Sob esse prisma, portanto, a tese quantitativa não se mostra sustentável, vez que, do ponto de vista hermenêutico-pragmático, está sujeita a uma série de contraexemplos. Essa insustentabilidade se revela também a partir do ponto de vista metodológico (e aqui uma segunda crítica), em razão de que a teoria propõe um critério de diferenciação de natureza essencialmente morfológica e estática, que confunde texto e norma como se iguais fossem.

Com base no critério morfológico, a norma que assegurasse a garantia de liberdade de crença seria categorizada como princípio, ao passo que a norma que previsse o direito de o pre-

10 ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm*. p. 51; LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München: Beck, 1967 pp. 23 e 26.

11 DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1948. p. 51.

12 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 109

so converter outros apenados à sua crença, por ser mais específica (menos genérica), seria tratada como regra. Embora apresentem graus diferentes de generalidade, ambas as normas são dotadas de universalidade (valem para todos) e essencialmente revelam o direito substancial à liberdade de crença, não podendo ser hermeticamente classificadas apenas com base na sua especificidade ou a partir de uma construção meramente semântica.

Há uma clara e necessária diferença ontológica entre o texto e a norma resultada de sua interpretação, vista a partir de um contexto pragmático que não se limita a uma perspectiva sintático-semântica. É dizer, a norma não se confunde e nem está contida no texto da lei, mas surge a partir de um processo de interpretação jurídica destinado à resolução de um caso real¹³.

Alexy e a teoria qualitativa: a diferença pelo modo de aplicação

Em contraposição ao critério morfológico, a tese qualitativa vai afirmar que os princípios jurídicos se diferenciam das regras pelo modo que são aplicados nas situações de “conflito”. Em defesa dessa teoria, Alexy¹⁴ vai afirmar que entre regras e princípios jurídicos não existe apenas uma diferença gradual, mas sim uma diferença qualitativa. Para o jurista de Kiel, o que distingue uma espécie da outra é o fato de que “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, podendo ser satisfeitos em graus variados. Qualificando então os princípios como mandados de otimização, as regras são qualificadas como determinações que são satisfeitas ou não por completo.

Vale ressaltar que a construção da teoria de Alexy se deu a partir das digressões de Dworkin, para quem os princípios teriam uma dimensão de peso ou importância que as regras não possuem. O jurista norte-americano chegou a adotar como um dos critérios distintivos entre regras e princípios a estrutura de aplicação, afirmando que no intercruzamento de princípios, prevalecerá aquele com mais importância (que exerce o maior peso no caso concreto), enquanto que, no conflito entre regras, uma será declarada válida e a outra, conseqüentemente, inválida¹⁵. Em síntese, Dworkin argumentava que dentro de um sistema jurídico baseado em regras e princípios, aquelas se revelam a partir da dimensão da validade enquanto esses a partir da dimensão do peso.

Partindo então dessas digressões, Alexy argumenta que, nos casos de conflito, no qual a aplicação de uma ou outra norma leva a resultados necessariamente distintos, as regras, enquanto mandamentos definitivos, são aplicadas na maneira “tudo ou nada” (all-or-nothing-fashion), ao passo que os princípios, enquanto mandamentos de otimização, são aplicados a partir da técnica da ponderação.

A maneira pela qual as regras são aplicadas, implica na adoção de um procedimento de subsunção silogístico (silogismo jurídico). Havendo premissa normativa (existência de uma lei) e premissa fática (ocorrência fática da situação que se subsuma ao previsto na lei), chegar-se-á a uma conclusão, que é a aplicação da regra válida. Nos casos em que regras “conflitam”, somente uma pode ser declarada válida, expurgando-se a inválida do ordenamento, a menos que exista uma situação de excepcionalidade, como a adoção do critério da especialidade para a resolução

13 ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. p. 472

14 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 92

15 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. pp. 42 e 43.

da antinomia.

As colisões entre princípios são solucionadas de forma diversa. Nesses casos, o reconhecimento do maior peso (importância) de um princípio colidente não implicará na invalidade do outro, ainda que não haja cláusula de exceção, visto que a colisão se dá na dimensão do peso. Alexy afirma que “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”¹⁶ que, sob outras, a precedência poderia se inverter.

Para a resolução desses conflitos, o jurista de Kiel vai propor uma “lei de colisão” ou sopesamento, cujo objetivo é definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso diante do caso concreto, chegando-se a um resultado ótimo, e que se expressa através de uma regra que permeia as decisões do Tribunal Constitucional Alemão, qual seja: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹⁷. Segundo essa técnica, esse resultado vai depender das variáveis envolvidas no caso concreto e se dará na seguinte forma: um determinado princípio (P1) prevalecerá sobre o princípio (P2) diante das condições (C) do caso concreto.¹⁸

Em brilhante síntese da teoria de Alexy, Virgílio Afonso da Silva afirma que “os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes”¹⁹, invocando o autor a título de exemplo a liberdade de expressão que, *prima facie*, consiste no direito exprimir pensamentos e crenças, mas é passível de colisão com outros direitos, sobretudo aqueles relacionados à honra e à privacidade, que poderão prevalecer diante das circunstâncias fáticas.

A primeira objeção que se faz à tese qualitativa é que ao se permitir a aplicação dos princípios jurídicos em diferentes graus, estes passariam a ser equivalentes a valores, que indicam razões que podem ser comparadas e medidas reciprocamente²⁰. Ou seja, só é possível enxergar os princípios a partir de uma dimensão que permite a sua aplicação em graus variados se eles forem equiparados a valores.

Para Habermas e Günther, Alexy esvazia o caráter normativo dos princípios, entrando em contradição com a compreensão deontológica do direito que pretende defender²¹. Embora aponte em sua obra que os princípios gozam de caráter deontológico (ligados ao “mundo do dever-ser”, que se revela a partir de normas proibitivas, permissivas e de dever), enquanto os valores possuem natureza axiológica (ligados ao conceito de “bom”), o jurista de Kiel, ainda que inconscientemente, aproxima os dois conceitos, ao dizer que os princípios são passíveis de mensuração.

O problema desta equiparação se dá justamente na possibilidade de encarar os princípios como preferências subjetivas, visto que seria possível nos casos de colisão preferir um princípio a outro, em contraposição ao caráter binário (não gradual) das normas jurídicas, que pressupõem um dever de cumprimento. Assim, ao adotar um procedimento de resolução de conflito entre princípios tipicamente axiológico, Alexy esvazia o caráter prescritivo dos princípios

16 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 93

17 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 167

18 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 97

19 da Silva, Virgílio Afonso. *Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): p. 611

20 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. pp. 269 e 270.

21 GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. p. 195

jurídicos, atribuindo-lhes um caráter de preferibilidade, permitindo que as decisões sejam tomadas com base naquilo que é considerado bom para uma determinada comunidade, mas não necessariamente aquilo é correto.

Habermas vai explicar que “à luz de normas, decide-se o que é mandado fazer; no horizonte dos valores, qual comportamento é recomendado”²². Daí se infere que a partir de uma norma (no caso um princípio) se extrai um comando, ligado àquilo que é universalmente correto, ao passo que, a partir de um valor, extrai-se um conselho, que funciona como algo que é bom apenas para uma determinada comunidade (e não necessariamente para outra).

Essa perspectiva axiológica dos princípios nos remete a uma visão utilitarista do direito, na qual não haveria espaço para a defesa de direitos individuais frente aos interesses do Estado e da coletividade, o que vai de encontro a todo histórico de evolução constitucional, não sendo compatível com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

Para além da equiparação equivocada entre princípios e valores, a referida técnica da ponderação na teoria alexyana encontra resistência na incomensurabilidade dos pesos dos direitos envolvidos, mesmo que baseada em uma metodologia pretensiosamente racional. Essa incomensurabilidade se dá ainda em maior dimensão em *terrae brasiliis*, cuja adoção da técnica de ponderação se mostra carente do mesmo rigor metodológico proposto por Alexy, permitindo que a atribuição de maior ou menor importância aos direitos postos seja feita de maneira unidimensional, a partir da perspectiva e visão de mundo de um único indivíduo, constituindo-se em terreno fértil para o discricionarismo judicial.

Outra crítica que se faz é a de que a adoção do critério de distinção exclusivamente baseado no modo que os princípios são aplicados nos casos de colisão traria uma série de incoerências. A primeira (e a mais óbvia) seria a impossibilidade de se identificar se se está diante de uma regra ou princípio em situações em que não haja colisão. Percebe-se aqui a inocuidade da discussão entre os critérios diferenciadores quando se ignora o problema da própria determinação do conceito de princípio, frequentemente deixado de lado no âmbito da dogmática brasileira²³.

Além disso, adotar como parâmetro distintivo único o modo de aplicação significa esvaziar o conteúdo normativo dos princípios, retirando seu caráter interpretativo e impossibilitando uma argumentação com base em uma racionalidade decisória. Em última análise, tratar-se-ia apenas de uma distinção inoportuna que pouco acrescentaria à dinâmica do direito.

Para Fernandes²⁴, Alexy separa princípios e regras por meio de critérios morfológicos-estruturais, em semelhança à teoria quantitativa, de modo que ainda é possível, mesmo no plano abstrato, definir se estamos diante de um ou de outro, visto que as condições de aplicação se dão de maneira prévia à situação concreta de aplicação.

22 HABERMAS, Jürgen. *Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Faktizität und Geltung*. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. pp. 311 e 312.

23 ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. p. 461

24 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 270.

O SINCRETISMO METODOLÓGICO: É POSSÍVEL CONCILIAR AMBAS AS TEORIAS?

Um aspecto interessante a ser levantado após as digressões feitas até então é a questão do sincretismo metodológico, consistente na adoção (defesa) de ambas as teorias (quantitativa e qualitativa) de forma simultânea, como se compatíveis fossem. Virgílio Afonso da Silva²⁵ já alertava para este problema ao dizer que diversos autores, ao defender simultaneamente as teorias de Friedrich Müller, que rejeitam expressamente o sopesamento como método de aplicação do direito, e de Alexy, que pressupõe a exigência do sopesamento para a aplicação dos princípios, não fazem a distinção necessária entre ambos os posicionamentos, tratando-os em conjunto, mesmo que manifestamente incompatíveis.

Do mesmo modo, parece improvável que as teorias quantitativa e qualitativa sejam de algum modo complementares. Primeiro porque Alexy realiza suas digressões sobre a primeira apenas para, posteriormente, defender a segunda, argumentando ser esta de fato a correta. Além disso, as teorias se baseiam em critérios morfológico-estruturais divergentes para realizar a diferenciação entre regras e princípios, o que põe em xeque qualquer tipo de compatibilidade entre os institutos.

Isso porque, se o grau de abstração de uma norma é realmente o que diferencia uma regra de um princípio, seria irrelevante adotar outro critério de mesma base epistemológica, como o modo pelo qual as normas são aplicadas, e vice-versa, visto que o último não seria realmente um critério distintivo, mas um mero exaurimento do primeiro. Dito de maneira simples, ao se adotar um critério, não é possível adotar simultaneamente o outro.

Nada obstante, não é difícil encontrar nos cursos e manuais de autores brasileiros teorias que conciliem as ideais de princípios como normas com um elevado grau de abstração e, ao mesmo tempo, como mandados de otimização. Nesse aspecto, o consenso não dá margem para uma real discussão acerca do tema, e dificulta a possibilidade de construções de teorias adequadas, úteis e com real substrato epistemológico.

AS DIFERENÇAS ENTRE AS TEORIAS DE DWORKIN E ALEXY

Ainda que Alexy tenha tomado como referencial epistemológico as ideias de Dworkin, uma análise mais cuidadosa revela uma série de diferenças entre suas teorias. A primeira se dá pelo fato de que, para o jurista de Kiel, a separação entre regras e princípios se dá, conforme já exposto, a partir de critérios morfológicos-estruturais e do modo de aplicação, ao passo que, para o jurista norte-americano, em última análise, haveria uma distinção lógico-argumentativa entre esses institutos.

Para Fernandes²⁶, Dworkin toma como base não uma construção semântica (dirigida à forma ou à estrutura), mas pragmática (condizente com o giro hermenêutico-pragmático), somente sendo possível distinguir se uma norma funciona como regra ou princípio a partir dos argumentos invocados pelos envolvidos na discussão.

²⁵ da SILVA, Virgílio Afonso. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. in: Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 127 e 128.

²⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 282

Apesar de constar em suas primeiras digressões acerca do tema, no texto *Model of Rules*, originalmente publicado na *Chicago Law Review*, n. 35 (1967-1968), que uma das diferenças (e, portanto, um critério distintivo) entre regras e princípios seria o modo de aplicação, Dworkin, em melhor construção e desenvolvimento de suas teorias, sobretudo a partir do texto *Model of Rules II*, vai defender que qualquer método apriorístico baseado em padrões estará sujeito a falhas.

Vale ressaltar que a distinção proposta por Dworkin tinha como propósito um ataque à concepção positivista, e visava especificamente chamar atenção a padrões invocados pelos juizes e juristas que não funcionavam como regras. O próprio autor afirma que poderia ocorrer de determinados tipos de padrões não serem captados por nenhum tipo de teste, e salienta que se opõe “à ideia de que o direito é um conjunto fixo de padrões de algum tipo” e que não se compromete “com uma ontologia jurídica que pressuponha qualquer teoria específica da individuação”²⁷.

Outra diferença fulcral entre as teorias desenvolvidas pelos juristas e que boa parte da doutrina parece ignorar (inclusive o próprio Alexy) é que Dworkin realiza uma distinção das normas jurídicas não em duas espécies, mas em três.

Embora o autor norte-americano utilize de maneira genérica em boa parte do seu discurso o termo “princípio” como referência aos padrões que não funcionam como regras, eventualmente o termo é utilizado de forma mais precisa, estabelecendo a diferença entre princípios (em sentido estrito) e políticas. Para Dworkin, princípios são padrões que devem ser observados por serem “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Já as políticas seriam tipos de padrões que estabelecem um objetivo a ser alcançado, que diz respeito a aspectos econômicos, políticos ou sociais da comunidade²⁸.

Assim, um padrão que estabelece o objetivo, por exemplo, de que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos ou de que o índice de corrupção deve ser diminuído funciona essencialmente como diretriz política, que busca promover uma situação socialmente desejável. Já um padrão que traz consigo a exigência de um direito funciona verdadeiramente como um princípio.

Dworkin faz essa distinção para argumentar que os princípios funcionam como trunfos diante dos objetivos coletivos, prevalecendo até mesmo diante dos argumentos de política. Toma-se como exemplo o paradigmático “caso Ellwanger” que ensejou uma série de discussões a respeito dos limites ao direito de liberdade de expressão. À luz da teoria defendida por Dworkin, a reivindicação de um direito como a da liberdade de expressão afastaria o argumento de que deveria proibir-se qualquer tipo de manifestação que fosse contrária a um interesse coletivo, que teria como objetivo a melhora de um aspecto social (a promoção do bem-estar social).

Em tom crítico, entendemos que admitir o contrário (como, de fato, tem ocorrido na jurisprudência nacional) significaria também admitir a supressão de direitos individuais, como o da vedação à tortura, sob o pretexto de se garantir ou satisfazer um interesse coletivo, um “bem maior”. Ou seja, qualquer direito contra aquilo que representasse algo bom ou melhor para uma comunidade jamais veria a luz do dia.

É especialmente por estarmos inseridos em uma comunidade cuja estrutura político-legislativa pressupõe justificativas de cunho essencialmente utilitarista que se deve garantir a

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. pp. 119 e 120.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 36.

prevalência dos princípios frente às preferências externas. Só a partir daí poderemos afirmar que vivemos em uma sociedade plural, na qual os direitos são universais.

Com isto não se quer dizer que há espaço para argumentos de política frente à invocação de direitos. Haverá casos em que um enunciado que contém um argumento de política, visto num primeiro momento (sobretudo na perspectiva da teoria alexyana) como uma limitação a um direito individual, funcionará como condição necessária ao exercício daquele próprio direito. Seria o caso de uma norma que proíbe o tráfego de veículos em determinado sentido de uma via, que, ao restringir a circulação (restringindo, em tese, a liberdade de locomoção), está promovendo a condição necessária ao livre exercício da liberdade de ir e vir. Em termos mais contemporâneos, a restrição de circulação de pessoas em determinados locais com o objetivo impedir ou diminuir a proliferação de um vírus infectocontagioso se mostra condição legítima e necessária ao próprio exercício das liberdades individuais. No primeiro caso, basta imaginarmos o que aconteceria se as pessoas começassem a trafegar na contramão.

É interessante observar que são os argumentos de política que funcionam da maneira que Alexy propôs para os princípios, de modo que aqueles podem ser relativizados, sopesados e aplicados em diferentes graus. Assim, ao se deparar com um conflito entre dois argumentos de política, ou seja, dois objetivos cuja concretização se mostra a partir de situações conflitantes entre si, o juiz irá “preferir” aquele com maior relevância diante das circunstâncias fáticas e observando os parâmetros estabelecidos pelo Poder Legislativo, que é o legitimado a adotar programas de natureza política.

Nesse contexto, e aqui outra diferença, Aleinikoff²⁹ vai advertir que o termo ponderar assume características distintas em Alexy e Dworkin. Enquanto o jurista alemão enxerga na ponderação uma maneira axiológica de sopesar os princípios postos em uma balança de interesses, na tradição norte-americana o termo é atribuído ao ato de refletir, e desta reflexão resultará a construção teórica acerca do princípio adequado. É dizer, Dworkin não propõe como Alexy que os princípios “em colisão” sejam ponderados, mas que haja uma ponderação (uma reflexão) sobre princípios (em concorrência) que se excepcionam reciprocamente. Talvez seja essa recepção equivocada a origem (o “paciente zero”) da ponderação “à brasileira” atualmente difundida e defendida por boa parte dos juristas pátrios.

OS PRINCÍPIOS EM HABERMAS E GÜNTHER: A REAFIRMAÇÃO DO MÉTODO LÓGICO-ARGUMENTATIVO

Também baseados nas digressões de Dworkin (sobretudo na concepção de “integridade”), Habermas e Günther irão desenvolver uma distinção das normas jurídicas a partir de uma metodologia lógico-argumentativa. A partir de sua teoria discursiva do direito, Habermas levanta os mesmos problemas da equiparação de princípios e valores e da relativização de direitos, extraídos da metodologia proposta por Alexy, concluindo que só seria possível chegar à decisão correta a partir do diálogo, no qual todos os envolvidos e possivelmente afetados seriam legítimos partícipes na construção deste discurso até a tomada de decisão³⁰.

Seguindo este pensamento, Günther vai afirmar que regras e princípios representam dois tipos distintos de razões para se fundamentar a ação, quais sejam: *razões prima facie* e

29 ALEINIKOFF, T. Alexander. *Constitutional law in the age of balancing*. Yale Law Journal, v. 96, n. 5, abr. 1987.

30 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, p. 332.

razões comparativas (“on balance”)³¹, respectivamente. É necessário ressaltar que o caráter *prima facie* ao qual se refere Günther se diferencia substancialmente daquele exposto na teoria de Alexy. Enquanto o jurista de Kiel afirma que são os princípios que expressam deveres e direitos *prima facie*, Günther atribui às regras esse caráter.

Para o autor, as razões *prima facie* apenas justificam que uma ação deve ou não ser executada, ao passo que as razões comparativas propõem que, consideradas todas as coisas, deve-se ou não fazer algo. No primeiro caso, a norma possui apenas o caráter de dever *prima facie*, sendo válida, a princípio, em qualquer situação fática que reproduza as condições de sua aplicação. Já no segundo, as normas pressupõem um dever comparativo, não elencando previamente ou definitivamente as condições e limites de aplicação, o que exige que uma maior quantidade de informações seja invocada para justificar a razão da sua aplicação³².

Através da noção de adequabilidade, Günther (re)afirma que os princípios se excepcionam de forma recíproca, de acordo com as condições circunstanciais e com base na exigência de justiça (integridade). Abstratamente, não se pode olvidar a validade dos princípios (discurso de justificação); já no contexto de aplicação (discurso de aplicação), não se pode falar em validade incondicional, visto que nem sempre se verificará a existência das razões que justifiquem a aplicação de um determinado princípio.

É interessante pontuar que as digressões de Habermas e Günther se conectam com o conceito de princípio proposto por Kohlberg. Trabalhando as ideias de desenvolvimento moral em estágios, o autor afirma que, no estágio mais avançado de autonomia moral, há uma relação de coordenação entre os princípios. Apesar do seu caráter universal, há neste estágio o reconhecimento de que os princípios podem se excepcionar reciprocamente, de modo a definir um impasse. Para isto, os indivíduos devem se colocar na condição (perspectiva) dos demais, sobretudo na dos diretamente afetados, para que seja possível pensar na solução adequada e justa. Kohlberg conclui afirmando que esta decisão justa seria uma solução aceitável para todas as partes, todas sob a condição prévia de desconhecimento do papel que viriam ou poderiam assumir na situação de impasse³³.

A conclusão que se chega é que Günther adota como método de diferenciação o grau de (in)determinação das condições de aplicação das regras e princípios jurídicos. Vale dizer que este grau não se refere às normas em si, mas, como já exposto, tão somente às condições de sua aplicação. Ou seja, não se trata aqui de um critério morfológico, analisado na perspectiva do contexto de justificação, mas de um critério lógico-argumentativo, que considera a determinabilidade a partir do contexto de aplicação.

AS NORMAS COMO (DES)CARGAS ARGUMENTATIVAS

Adotando como ponto de partida as teorias de Dworkin, bem como as digressões de Habermas e Günther, sobretudo a ideia de que princípios e regras se diferenciam com base em uma metodologia de natureza lógico-argumentativa, entendemos que essa distinção deve ser feita a partir da análise do elemento de carga argumentativa que esses tipos de normas pressupõem.

³¹ GALUPPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação*. p. 201

³² GÜNTHER, Klaus. *Application discourses in morality and law. The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York, 1993. pp. 208 e 209.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 53

Quando falamos em carga argumentativa, referimo-nos à demanda de argumentos (razões) necessária a justificar a aplicação de uma norma jurídica em um caso concreto. Haverá casos em que a norma demandará tal carga argumentativa em maior ou menor escala e casos em que a norma propiciará uma denominada descarga argumentativa. É neste contexto que se enxerga o ponto distintivo entre princípios e regras. É dizer, enquanto os princípios exigem uma determinada carga argumentativa, as regras funcionam como descarga argumentativa, prescindindo que sejam invocadas maiores razões que justifiquem sua aplicação.

Tomemos como exemplo uma ação judicial que envolve a responsabilidade estatal por um dano causado a um terceiro. Poderia o advogado iniciar a petição discorrendo acerca da evolução do instituto da responsabilidade do Estado, argumentando que houve uma época em que os reis não se responsabilizavam pelos seus atos (the king do not wrong), passando pelo surgimento da Administração Pública e, por fim, invocando o disposto no § 6º, artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Neste caso, percebe-se que o argumento (histórico) trazido em nada acrescentaria (juridicamente) aos contextos fático e normativo, visto que a mera invocação da norma e de suas premissas fáticas levaria o aplicador à mesma conclusão. Isto porque a regra contida no enunciado normativo, que afirma que o Estado é responsável pelos danos causados por seus agentes públicos, propicia uma descarga argumentativa, tornando desnecessária a invocação de maiores razões, além da premissa fática, para sua aplicação. Vale dizer que a regra propicia esta descarga porque ela mesma traz consigo toda essa carga argumentativa, que é fruto de um longo processo histórico-legislativo.

De modo oposto, os princípios não trazem consigo esta carga argumentativa. Estes, na verdade, exigem que argumentos sejam apresentados para que se possa justificar a sua aplicação. Ao se invocar, por exemplo, o princípio da razoabilidade, é necessário, além de atribuir-lhe um conceito, mostrar como e por que ele se aplica em uma determinada situação.

Fosse considerado apenas seu veículo textual (critério morfológico-estrutural), teríamos que qualquer norma positivada no ordenamento, ainda que expressamente como princípio, traria consigo tal carga argumentativa. Nesse sentido, não é difícil observar que a mera invocação de um princípio, como o da razoabilidade, não seria suficiente, por si só, a solucionar casos com interesses contrapostos, sendo imprescindível sua contextualização (perspectiva lógico-argumentativa).

Com base no critério aqui defendido, somente é possível enxergar se uma norma funciona como regra ou princípio a partir das razões e argumentos invocados pelos participantes. Ainda que positivado textualmente como princípio, contextualmente o enunciado normativo pode funcionar de maneira diversa.

Não é à toa que Dworkin realiza a distinção entre princípios e políticas em argumentos, demandando, no caso concreto, um juízo reflexivo (ponderação). Os chamados argumentos de princípios demandariam então um maior esforço argumentativo, tendo em vista se tratarem de normas que são constantemente afirmadas pela comunidade ao longo do tempo, podendo seus significados variar de acordo com cada contexto histórico.

Assim, ao se adotar um critério de classificação lógico-argumentativo que revela o funcionamento das normas a partir do contexto envolvido e dos argumentos trazidos, não restrin-

gimos o debate a um campo puramente teórico, levando-nos a entender a própria essência dos princípios jurídicos como critérios de “fechamento hermenêutico”³⁴, em que os atores possuem o papel de justificá-los e operá-los com base no problema em que se pretende resolver.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *Yale Law Journal*, v. 96, n. 5, 1987.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BARROSO. Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. São Paulo: Imprensa Oficial, v.1, 1999.

BOBBIO, Norberto. Principi generali di Diritto. In *Novissimo Digesto Italiano*. Turim: Unione TipograficoEditrice Torinese, vol. 13, 1957.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

CAÑAS, Antonio Gordillo. Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho. *Anuario de Derecho Civil*. 1988.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Belo Horizonte: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DEL VECCHIO, Giorgio. Los principios generales del derecho. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1948.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESSER, Josef. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1974.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GALUPPO, Marcelo. Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. *Belo Horizonte: Mandamentos*, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, 1999.

³⁴ STRECK, *Verdade e consenso*, p. 213.

GÜNTHER, Klaus. The sense of appropriateness: application discourses in morality and law. Albany: State University of New York, 1993.

HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Faktizität und Geltung. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Imprenta: Madrid, Trotta, 2005.

LARENZ, Karl. Richtiges Recht. München: Beck, 1967.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.