



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

ANDRÉ RUFINO DO VALE

**A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS:**

*REPENSANDO A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS, PRINCÍPIOS E
VALORES*

Brasília
2006

ANDRÉ RUFINO DO VALE

**A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS:**

*REPENSANDO A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS, PRINCÍPIOS E
VALORES*

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre.
Programa de Pós-Graduação em Direito,
Estado e Constituição da Universidade de
Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Brasília
2006

ANDRÉ RUFINO DO VALE

A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:

*REPENSANDO A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS, PRINCÍPIOS E
VALORES*

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília, pela banca examinadora composta pelos professores:

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes (Orientador)
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Eros Roberto Grau
Universidade de São Paulo - USP

Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Brasília
2006

Dedico esta dissertação ao Professor Inocêncio Mártires Coelho

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação nasce exatamente dois anos após a defesa de minha monografia para conclusão do curso de graduação em Direito da Universidade de Brasília - UnB, posteriormente publicada com o título “*Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*”¹. As idéias nela desenvolvidas são o resultado de reflexões surgidas de questões que restaram inexploradas naquele trabalho. Elas partem da constatação de que a teoria dos direitos fundamentais possui um núcleo do qual dependem todos os outros temas de importância nessa seara: *a configuração estrutural das normas de direitos fundamentais como regras ou princípios e sua relação com os valores*.

A presente dissertação de mestrado constituiu, portanto, mais uma etapa nesse processo contínuo de pesquisa sobre os direitos fundamentais, tendo como objetivo a elucidação de problemas relacionados à sua interpretação e aplicação. Os estudos têm se desenvolvido no âmbito da Universidade de Brasília - UnB, desde os primeiros encontros com a iniciação científica (PIBIC/CNPq) até a participação no Mestrado em Direito, Estado e Constituição, que ora se conclui. Em todo o processo, também foram extremamente relevantes as pesquisas realizadas na Universidad Complutense de Madrid – UCM e na Universidad Carlos III de Madrid, assim como a experiência profissional na Procuradoria-Geral da República e no Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, os agradecimentos devem recair sobre estas pessoas e instituições que têm me acompanhado no desenvolvimento desse projeto, sem esquecer dos familiares e amigos que são sempre companhia nas horas mais difíceis.

¹ VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

Em primeiro lugar, agradeço imensamente aos Professores Alfonso García Figuroa e Luís Prieto Sanchís, da Universidad Castilla-La Mancha, pela atenção recebida e pelas colaborações com préstimos de artigos etc. Suas lições foram um alento para as horas de dúvida e de perplexidade. Como se poderá perceber ao longo da dissertação, a teoria desenvolvida por estes autores foi determinante para as teses desenvolvidas. Nesse contexto, também não posso deixar de citar os professores da Universidad Carlos III da Madrid que, junto ao Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, vêm construindo uma sólida doutrina sobre os direitos fundamentais, de nítida influência internacional. Dentre outros, gostaria de ressaltar as figuras dos Professores Gregorio Peces-Barba e Eusébio Fernández García, dois humanistas cuja doutrina tem me servido de grande inspiração, como se poderá constatar no decorrer da leitura deste trabalho.

Na Universidade de Brasília, os meus agradecimentos são direcionados, em primeiro lugar, ao Professor Inocência Mártires Coelho, a quem dedico este trabalho, por me ajudar a refletir e a extrair novas idéias para os temas abordados. Como não poderia deixar de ser, sou grato ao Professor Gilmar Mendes, que tenho acompanhado desde os tempos de graduação, e do qual tenho roubado algumas horas de preciosa orientação acadêmica. Aos Professores Marcus Faro e Cristiano Paixão, pelo trabalho realizado no programa de pós-graduação em Direito da UnB.

A todos os coordenadores e integrantes do Grupo de Estudos Sociedade, Tempo e Direito, pelos debates calorosos, que tiveram o frutífero resultado de despertar novas reflexões sobre a tensão entre direitos humanos e democracia.

Agradeço também aos colegas da Procuradoria-Geral da República, especialmente a Ian Grosner e Alexandre Cardoso, verdadeiros amigos, assim como ao Professor Claudio Fonteles, pelas lições de humanidade; ao Professor Geraldo Brindeiro e ao Procurador Antonio Fernando de Souza, pelo exemplo profissional. Não posso esquecer dos funcionários da Biblioteca da Procuradoria-Geral da República, especialmente de Lila, que me deu todo o suporte necessário para as pesquisas bibliográficas.

Devo especial gratidão ao amigo Marcelo Casseb, pelo companheirismo, pela amizade e pelo exemplo de luta e de superação; ao amigo Daniel Vargas, pela amizade e companhia nas incontáveis horas de pesquisa nas bibliotecas de Madrid, e aos demais colegas do Mestrado, dentre outros, Marina Grosner, Thiago Pierobom, Ana Luíza e Eugênio Arcanjo.

O agradecimento especial vai para toda a minha família, para os amigos/irmãos e para Amanda, cujo apoio e suporte emocional têm tornado a pesquisa muito mais prazerosa. Como sempre, à minha mãe, a razão de tudo isso.

Por fim, estou certo de que este momento não deve ser apenas de gratidão, mas também de renovação de ânimos e de recomeço, e, por isso, deixo aqui o convite a todos para que continuem me acompanhando nesse projeto que tem por objetivo encontrar meios mais eficazes de tornar efetivos nossos direitos fundamentais.

SUMÁRIO

RESUMO	12
ABSTRACT	13
RESUMEN	14

INTRODUÇÃO

1. O tema/problema	15
2. Plano da dissertação	23
3. Pressupostos conceituais, metodológicos, ideológicos etc.	27
3.1 – A norma de direito fundamental.....	28
3.1.1 – <i>Direito fundamental e norma de direito fundamental</i>	28
3.1.2 – <i>Disposição de direito fundamental e norma de direito fundamental</i>	30
3.1.3 – <i>A estrutura da norma de direito fundamental</i>	31
3.2 – Interpretação: formas, conceitos e teorias.....	31
3.2.1 – <i>A interpretação como processo e suas etapas</i>	32
3.2.2 – <i>Interpretação em sentido amplo e interpretação em sentido estrito</i>	34
3.2.3 – <i>Teorias da interpretação</i>	35
3.2.3.1 – <i>Teoria cognitiva</i>	36
3.2.3.2 – <i>Teoria cética</i>	37
3.2.3.3 – <i>Uma teoria intermediária</i>	38
3.3 – Neoconstitucionalismo e normas de direitos fundamentais.....	39
3.3.1 – <i>O modelo axiológico de Constituição como norma</i>	41
3.3.2 – <i>O Estado constitucional</i>	42
3.3.3 – <i>As normas de direitos fundamentais como ponto de encontro entre Direito e Moral</i>	43
3.3.4 – <i>Pós-positivismo, soft positivism e positivismo inclusivo</i>	46
3.3.5 – <i>Positivismo, jusnaturalismo e realismo jurídico: uma confluência de paradigmas</i>	49

1. REGRAS E PRINCÍPIOS

Introdução	54
1.1 – Concepções doutrinárias sobre a distinção entre regras e princípios	57
1.1.1 – <i>Antecedentes</i>	57
1.1.1.1 – <i>Princípio e norma no pensamento de Josef Esser</i>	59

1.1.1.2 – <i>Princípios do Direito Justo em Karl Larenz</i>	65
1.1.1.3 – <i>Princípios e regras em sentido estrito na concepção de Roscoe Pound</i>	72
1.1.2 – <i>O marco do debate atual</i>	76
1.1.2.1 – <i>A distinção lógica ou qualitativa de Ronald Dworkin</i>	76
1.1.2.1.1 – <i>O ataque ao positivismo</i>	76
1.1.2.1.2 – <i>A aplicação disjuntiva das regras</i>	78
1.1.2.1.3 – <i>A dimensão de peso dos princípios</i>	79
1.1.2.2 – <i>A teoria dos princípios de Robert Alexy</i>	81
1.1.2.2.1 – <i>A tese da otimização</i>	82
1.1.2.2.2 – <i>A lei da colisão</i>	83
1.1.2.2.3 – <i>A lei da ponderação</i>	85
1.1.3 – <i>Novos enfoques: as distinções estrutural e funcional de Atienza e Ruiz Manero</i>	88
1.1.3.1 – <i>O enfoque estrutural: regras e princípios como estruturas normativas</i>	89
1.1.3.2 – <i>O enfoque funcional: regras e princípios como razões para a ação</i>	93
1.2 – Algumas críticas doutrinárias à distinção entre regras e princípios	97
1.2.1 – <i>As críticas de Aulis Aarnio</i>	99
1.2.2 – <i>As críticas de Klaus Günther</i>	104
1.3 – Avaliação crítica: existe alguma diferença forte entre regras e princípios?	107
1.3.1 – <i>Os problemas da distinção com base na estrutura da norma</i>	107
1.3.2 – <i>Os problemas da distinção com base no tipo de colisão e no modo de aplicação da norma</i>	115
1.3.3 – <i>Mandatos de otimização ou mandatos a serem otimizados?</i>	118
1.3.4 – <i>O “paradoxo do principialismo” e o “efeito cavalo de tróia” da distinção entre regras e princípios</i>	121
1.4 – Para uma distinção dúctil entre regras e princípios	125
1.4.1 – <i>Porque não se deve abandonar a distinção entre regras e princípios</i>	125
1.4.2 – <i>A escala de graduação entre regras e princípios: a zona de certeza e a zona de penumbra</i>	128
1.4.3 – <i>O vínculo dúctil entre os planos estrutural e funcional da distinção</i>	130
1.4.4 – <i>A “derrotabilidade” (defeasibility) das normas</i>	133
1.4.5 – <i>Ensaio sobre um conceito dúctil de princípio</i>	137
1.5 – As normas de direitos fundamentais como regras e as normas de direitos fundamentais como princípios	141
1.5.1 – <i>O modelo puro de princípios</i>	141
1.5.2 – <i>O modelo puro de regras</i>	142
1.5.3 – <i>O modelo misto de regras e princípios</i>	143
1.5.4 – <i>As normas de direitos fundamentais segundo a teoria da distinção dúctil</i>	144

2. PRINCÍPIOS E VALORES

Introdução	150
2.1 – A noção de valor	153
2.2 – Entre a deontologia dos princípios e a axiologia dos valores	157
2.2.1 – <i>A distinção fraca</i>	158
2.2.1.1 – <i>As diferenças entre princípios e valores em Robert Alexy</i>	158
2.2.1.2 – <i>As diferenças entre princípios e valores em Aleksander Peczenik</i>	160
2.2.2 – <i>A distinção forte: as diferenças entre princípios e valores em Habermas</i>	163
2.2.3 – <i>Avaliação crítica</i>	165
2.2.4 – <i>Valores supremos e princípios constitucionais na Constituição de 1988</i>	176
2.2.5 – <i>A dupla face das normas</i>	178
2.3 – Os direitos fundamentais como valores	182
2.3.1 – <i>A estrutura deontológica e axiológica das normas de direitos fundamentais</i>	182
2.3.2 – <i>A dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais</i>	186
2.3.2.1 – <i>A eficácia irradiante</i>	189
2.3.2.2 – <i>A eficácia nas relações privadas (Drittwirkung)</i>	189
2.3.2.3 – <i>Os deveres de prestação e proteção e as normas de organização e procedimento</i>	190
2.3.2.4 – <i>As garantias institucionais</i>	191
2.3.2.5 – <i>Controle de constitucionalidade</i>	192
2.3.3 – <i>As normas de direitos fundamentais como mandatos a serem otimizados</i>	193
2.3.4 – <i>A ordem objetiva de valores na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais</i>	198
2.3.4.1 – <i>Tribunal Constitucional da Alemanha</i>	198
2.3.4.2 – <i>Tribunal Constitucional da Espanha</i>	201
2.3.4.3 – <i>Supremo Tribunal Federal</i>	203
2.4 – Críticas aos direitos fundamentais como valores: algumas concepções deontológicas dos direitos	205
2.4.1 – <i>A concepção positivista dos direitos em Ernst Forsthoff</i>	207
2.4.1.1 – <i>Análise crítica</i>	210
2.4.2 – <i>A concepção antiutilitarista dos direitos em Ronald Dworkin</i>	212
2.4.2.1 – <i>Análise crítica</i>	218
2.4.3 – <i>As concepções anti-teleológicas dos direitos: as críticas aos mandatos de otimização</i>	219
2.4.3.1 – <i>As críticas aos mandatos de otimização em Klaus Günther e Jürgen Habermas</i>	220

2.4.3.2 – <i>As críticas aos mandatos de otimização em Atienza e Ruiz Manero</i>	223
2.4.3.3 – <i>Análise crítica</i>	232
2.5 – Princípios e diretrizes políticas	237
2.5.1 – <i>A distinção dúctil</i>	238
2.5.2 – <i>Princípios em sentido amplo, princípios em sentido estrito e diretrizes políticas</i>	241
2.5.3 – <i>Direitos individuais e bens coletivos</i>	242
2.5.4 – <i>Novamente sobre os mandatos de otimização</i>	243
 CONCLUSÕES	
1- <i>Regras e princípios</i>	245
2- <i>Princípios e valores</i>	256
REFERÊNCIAS	263

RESUMO

Esta dissertação analisa a estrutura das normas de direitos fundamentais desde a perspectiva da distinção entre regras, princípios e valores. O tema é dividido em duas partes. A primeira aborda a distinção entre regras e princípios e compõem-se de (i) uma parte desconstrutiva, realizada por meio da análise crítica das “teorias fortes” (Dworkin, Alexy e Atienza e Ruiz Manero), assim como de seus antecedentes (Esser, Larenz e Pound), e (ii) uma parte construtiva, que corresponde à formulação e defesa de uma *teoria dúctil*, mais adequada para entender a estrutura flexível, complexa e derrotável das normas de direitos fundamentais. A segunda parte está focada na análise das diferenças entre princípios e valores a partir das “distinções fracas” (Alexy e Peczenik) e da “distinção forte” (Habermas), que tem como objetivo elucidar a dupla face, deontológica e axiológica, das normas de direitos fundamentais, e as conseqüências normativas dessa peculiar estrutura.

Palavras-chave: a) Estrutura das normas; b) Direitos Fundamentais; c) Regras e Princípios; d) Valores.

ABSTRACT

The dissertation analyzes the structure of fundamental rights norms taking into account the distinction between rules, principles and values. The research is divided into two parts. The first one examines the distinction between rules and principles and is composed of (i) a deconstructive part, based on a critical analysis of the “strong theories” – Dworkin, Alexy, Atienza and Ruiz Manero, and their respective predecessors Esser, Larenz and Pound – and (ii) a constructive one, which corresponds to the formulation and defense of a “*ductile theory*”, more adequate to understand the flexible, complex and defeasible structure of the fundamental rights norms. The second part focuses on the differences between principles and values, and takes into account the “weak distinctions” (Alexy, Peczenik) and the “strong distinction” (Habermas). The central objective is to elucidate the “double face” - deontological and axiological - of the fundamental rights norms and the consequences of this peculiar structure.

Keywords: a) Structure of Norms; b) Fundamental Rights; c) Rules and Principles; d) Values.

RESUMEN

Esta tesina analiza la estructura de las normas de derechos fundamentales desde la perspectiva de la distinción entre reglas, principios y valores. El tema está dividido en dos partes. La primera trata de la distinción entre reglas y principios y está compuesta de (i) una parte destructiva, realizada a través de un análisis crítico de las “teorías fuertes” (Dworkin, Alexy y Atienza y Ruiz Manero), y sus respectivos antecedentes (Esser, Larenz y Pound), y (ii) una parte constructiva, que corresponde a la formulación y defensa de una *teoría ductil*, más adecuada para entender la estructura flexible, compleja y derrotable de las normas de derechos fundamentales. La segunda parte tiene su foco en el análisis de las diferencias entre principios y valores a partir de las “distinciones débiles” (Alexy y Peczenik) y de la “distinción fuerte” (Habermas), que tiene como objetivo elucidar la “doble faceta”, deontológica y axiológica, de las normas de derechos fundamentales, y las consecuencias normativas de esta peculiar estructura.

Palabras-clave: a) Estructura de las normas; b) Derechos Fundamentales; c) Reglas y Principios; d) Valores.

INTRODUÇÃO

1 – O tema/problema²

No seio do constitucionalismo existe um paradoxo: os direitos fundamentais que, por seu conteúdo, constituem os elementos mais importantes da Constituição, por sua forma, contudo, possuem uma estrutura normativa de carácter extremamente lapidário e vazio, que dificulta a delimitação do seu âmbito de proteção e torna imprevisíveis as hipóteses de sua aplicação. As “cláusulas pétreas” que protegem os direitos fundamentais são, contraditoriamente, normas vagas, gerais, abertas, abstratas, imprecisas, axiológicas e, além disso, derrotáveis (*defeasible*), que abrem amplas margens à discricionariedade judicial, ficando também vulneráveis aos cálculos utilitaristas do Estado.

Em escritos recentes, Alexy tem ressaltado esse paradoxo, ao comprovar que o elevado grau de indeterminação das normas de direitos fundamentais converte-se em um problema quando entra em conexão com o máximo grau de importância do conteúdo objeto de sua regulação. Segundo o filósofo alemão, é curioso que os regulamentos da União Europeia, relativos a assuntos como o “empacotamento de embutidos”, superem as disposições jusfundamentais em densidade, detalhe e precisão³. Realmente, como raciocina García Figueroa, se o cuidado com o que se estabelece em uma norma dependesse, como parece ser razoável, da importância da matéria regulada, seria inaceitável que “a embalagem de uma salsicha merecesse

² Esta introdução pretende apenas trazer uma primeira delimitação do tema e refletir sobre suas implicações teóricas e filosóficas. As introduções de cada parte do trabalho cuidarão de delimitar e problematizar com maior precisão os temas a serem abordados.

³ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2005, p. 35.

uma regulação mais sofisticada que os direitos fundamentais de um ser humano”⁴. Diante disso, talvez seja possível afirmar que “a garantia dos direitos fundamentais é uma questão de princípio, porém ao mesmo tempo imprópria de princípios”⁵.

A questão não é nova – apesar de hoje possuir contornos diferenciados – e encontra antecedentes no célebre debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre “quem deveria ser o defensor da Constituição”. Apesar das divergências, Kelsen e Schmitt pareciam concordar em um ponto: a formulação “difusa” e “genérica” das normas constitucionais, especialmente as de direitos fundamentais, por meio do emprego de “fraseologias” como liberdade, igualdade, justiça, etc., imprime à atividade judicial um indesejado “caráter político”, tornando o poder dos tribunais “simplesmente insuportável”⁶.

À primeira vista, o problema parece ser apenas aparente, pois essa estrutura normativa torna possível a “abertura ao futuro” (Luhmann), o “pensamento de possibilidades”

⁴ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Norma y valor en el neoconstitucionalismo*. Artigo a ser publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 6.

⁵ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson; Universidad Carlos III de Madrid; 2000, p. 13. Sobre estas análises, vide: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Derechos Fundamentales*. In: BETEGÓN, Jerónimo; LAPORTA, Francisco; PÁRAMO, Juan Ramón de; PRIETO SANCHÍS, Luis (coords.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2004, p. 244.

⁶ Trata-se do célebre debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o “defensor” ou o “guardião” da Constituição. Ao explicar as peculiaridades do modelo de *judicial review* praticado nos Estados Unidos da América, Schmitt afirmava categoricamente que os “princípios gerais” (conceitos comumente utilizados pela Corte Suprema norte-americana como “*reasonable*”, “*fundamental rights*”, “*natural equity*”, “*will of the people*” etc.) eram “abusivamente designados como normas”, e que o objeto da atividade judicial não poderia ser qualquer preceito de conteúdo duvidoso, mas deveria estar circunscrito às normas aptas a serem aplicadas por meio de um tipo de subsunção precisa e bem delimitada, o que seria condição inafastável da independência do poder judicial e impeditiva de sua transformação em verdadeiro “legislador constitucional”. SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos; 1998, p. 43-93. Hans Kelsen, por seu turno, mesmo defendendo a tese oposta da legitimidade de um Tribunal Constitucional encarregado da missão de controlar a constitucionalidade das leis, tentava provar que tal atividade também constituía, como qualquer atividade tipicamente judicial, uma estrita subsunção de normas a fatos concretos, no caso, da norma constitucional ao fato concreto da produção legislativa. Nesse sentido, Kelsen alertava para a necessidade de que as normas constitucionais postas à disposição desse órgão judicial, especialmente as normas de direitos fundamentais, não fossem formuladas em termos muito gerais, evitando-se terminologias difusas como liberdade, igualdade, justiça etc., que podem desempenhar um papel extremamente perigoso no âmbito da Jurisdição Constitucional, concedendo ao Tribunal um poder “simplesmente insuportável”. KELSEN, Hans. *Quien debe ser el defensor de la Constitución*. Madrid: Tecnos; 2002, p. 33-37.

(Häberle), a “esperança” (Ernst Bloch), a “emancipação” (Boaventura), enfim, a “sociedade aberta” (Popper).

Não obstante, o paradoxo ganha relevância teórica quando traduzido na tensão entre o aspecto estrutural-normativo e o aspecto político dos direitos fundamentais. A deficiente estrutura e a forte carga axiológica das normas que os asseguram têm o poder de fazer imergir o processo de sua interpretação/aplicação numa dimensão argumentativa simultaneamente jurídica e moral, emprestando à atividade judicial um caráter inevitavelmente criativo. Nesse contexto, a aparente invasão do Direito por técnicas próprias da argumentação moral – cujo melhor exemplo encontra-se na ponderação de bens e valores –, e o conseqüente desequilíbrio causado na configuração institucional dos Poderes no Estado Constitucional, tornam-se alvos fáceis dos críticos que enxergam em tal realidade um risco incalculável para a democracia e para a proteção dos direitos individuais.

Portanto, não é difícil compreender que, na base de questões filosófico-jurídicas levantadas em torno a problemas fundamentais do Direito Constitucional contemporâneo – como a racionalidade da ponderação de direitos fundamentais e a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional, objetos de instigante debate entre Habermas⁷ e Alexy⁸

⁷ HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants, Benjamin N.º Cardozo School of Law. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Cardozo Law Review, Vol. 17, n.º 4-5, march, 1996. *Idem*. *A short reply*. In: Ratio Juris, Vol. 12, n.º 4, december 1999.

⁸ ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. In: Oxford University Press, I CON, Vol. 3, n.º 4, 2005, p. 572-581. *Idem*. *On the structure of legal principles*. In: Ratio Juris, Vol. 13, n.º 3, september 2000, p. 294-304. *Idem*. *Basic rights and democracy in Jürgen Habermas’s procedural paradigm of the law*. In: Ratio Juris, Vol. 7, n.º 2, july, 1994, p. 227-238. *Idem*. Jürgen Habermas’s theory of legal discourse. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Cardozo Law Review, Vol. 17, n.º 4-5, march, 1996, p. 1027-1034. *Idem*. *Constitutional rights, balancing and rationality*. In: Ratio Juris, Vol. 16, n.º 2, june, 2003, p. 131-140. *Idem*. *The special case thesis*. In: Ratio Juris, Vol. 12, n.º 4, december 1999, p. 374-384. *Idem*. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Fundación Beneficentia et peritia iuris; 2004.

– encontra-se, como pressuposto metodológico de compreensão, o *problema da estrutura das normas de direitos fundamentais*.

O tema pode ser abordado desde as mais diversificadas perspectivas de análise, como, por exemplo, o interessante debate entre (i) as *teorias internas e externas do âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais*, que engloba, em seu arcabouço teórico, o problema das (ii) *restrições aos direitos* e que, por isso, está intimamente ligada ao confronto entre as (iii) *teorias absoluta e relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*⁹. Essa problemática também suscita inovações na teoria geral das normas, tendentes a desmistificar certos enfoques formalistas emprestados pelas tradicionais teorias positivistas à estrutura deontológica das normas jurídicas¹⁰.

No atual estágio das discussões na seara da teoria constitucional, é possível revelar uma delimitação do tema que ainda possui contornos imprecisos e pouco explorados de forma adequada: a *distinção tipológico-normativa entre regras, princípios e valores*. Como

⁹ A bibliografia sobre o tema é vasta. Dentre outros, vide: AGUIAR DE LUQUE, Luis. *Los límites de los derechos fundamentales*. In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n° 14, enero-abril 1993, p. 9-34. GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesus. *Los límites de los derechos fundamentales*. In: BETEGÓN, Jerónimo; LAPORTA, Francisco; PÁRAMO, Juan Ramón de; PRIETO SANCHÍS, Luis (coords.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2004, p. 437. GÓMEZ ALCALÁ, Rodolfo Vidal. *La ley como límite de los derechos fundamentales*. México: Porrúa; 1997. MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed.; 2003. ASÍS ROIG, Rafael de. *Sobre los límites de los derechos fundamentales*. In: *Derechos y Libertades*, p. 111-130. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson; 2003. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1997. DOMINGO, Tomás de. *Conflictos entre derechos fundamentales?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001. BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites de los derechos fundamentales*. Madrid: Dikinson; 2004. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994.

¹⁰ Como bem enfatiza Prieto Sanchís, “en la medida en que los principios ya no son pura retórica constitucional, sino normas jurídicas em sentido estricto, la idea de que la norma es un enunciado que conecta um supuesto de hecho con una consecuencia jurídica a través de una cópula de deber ser parece que requiere ser revisada”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México DF: Fontamara; 1997, p. 33-34. Para uma teoria das normas de índole formalista, vide: WRIGHT, Georg Henrik von. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos; 1970.

ensina Zagrebelsky, hoje, na comparação analítica entre regras, princípios e valores, pairam questões-chaves sobre a legitimidade da *judicial review*, separação de poderes, democracia e o próprio conceito de direito¹¹.

As distinções entre regras e princípios e entre normas e valores constituem um dos pilares do constitucionalismo e, dessa forma, são pressuposto para entender porque, sob o pálio do Estado constitucional, a idéia de subsunção abre espaço para a de ponderação; a independência da lei cede lugar à onipresença da Constituição e, enfim, a autonomia do legislador democrático é confrontada com a onipotência dos Tribunais Constitucionais.

É bem verdade que, sobre o tema da distinção entre regras e princípios, por exemplo, rios de tinta já foram derramados. Este é o momento histórico de máxima atenção sobre os princípios por parte da ciência jurídica, também designado como “idade de ouro dos princípios”¹², que em boa parte coincide com o auge das teorias da argumentação jurídica¹³. Por outro lado, talvez esteja na hora de se começar a pensar se essa “comédia” dos princípios não pode estar ligada a uma verdadeira “tragédia”¹⁴. A comédia nasce de seu êxito doutrinário; a tragédia, de sua irresolvida imprecisão conceitual, causa (ou conseqüência?) de um certo abuso

¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: an italian point of view*. In: *International Journal of Constitutional Law*. New York, Oxford University Press, Vol. 1, number 4, 2003, p. 627.

¹² PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 17.

¹³ Como representantes máximos dessa nova forma de pensar, interpretar e aplicar o Direito, podem-se citar a “tópica” de Viehweg, a “nova retórica” de Perelman, a “lógica do razoável” de Recaséns Siches, as teorias da argumentação jurídica de MacCormick e Alexy. Sobre esses temas, vide: VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes; 2002. RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1995. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy; 2001. Por todos, vide: ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy; 2003.

¹⁴ Os estudos sobre os princípios encontram-se num estado de grande difusão, isto é, estão ao mesmo tempo difusos e difundidos. Difundidos porque tornaram-se lugar comum no pensamento jurídico contemporâneo; difusos porque ainda não alcançaram contornos claros. Assim se expressa a “comédia” e a “tragédia” dos princípios. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1998, p. 22.

de sua utilização nos mais variados contextos teóricos e argumentativos, segundo os mais diversos propósitos e pontos de vista.

Diante da notória insuficiência das abordagens teórico-analíticas – as quais muitas vezes têm levado a constatações que, se dizem alguma coisa no plano dogmático, não conseguem se encaixar na complexa realidade da interpretação/aplicação do Direito – está aberta a oportunidade para se *repensar a distinção entre regras e princípios* – o que constitui o primeiro plano de delimitação e problematização do tema.

É preciso questionar se o renovado enfoque dado por Dworkin¹⁵ a essa distinção – que, frise-se, já podia ser encontrada na teoria de Roscoe Pound¹⁶ –, foi inteiramente eficaz como estratégia para proceder ao “*general attack on positivism*”. Nesse intento, não se pode desconsiderar as respostas de Hart¹⁷, também encabeçadas por Joseph Raz¹⁸, tendentes a construir uma forma de “*soft positivism*” baseado em princípios nos quais não é possível encontrar diferenças tão marcantes em relação às regras. Talvez esse “positivismo moderado”, reconstruído sob novas formas de “positivismo inclusivo”¹⁹, possa servir de lastro jusfilosófico para a defesa de um constitucionalismo fundado em uma *distinção apenas dúctil entre regras e*

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. 35 University of Chicago Law Review, 14, 1967.

¹⁶ POUND, Roscoe. *The application of norms*. In: *Idem. An introduction to the Philosophy of Law*. New Haven: Yale University Press, 1922.

¹⁷ HART, Hebert L. A.. Pós-escrito. In: *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996, p. 312.

¹⁸ RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*. Yale Law Journal, 81, 823, 1971-1972.

¹⁹ Sobre o “positivismo incorporacionista” de Coleman e o “positivismo inclusivo” de Waluchow, vide: ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Civitas; 2004. A respeito do “positivismo ético” de Peces-Barba, vide: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madrid: Dykinson; 1999. Para uma análise do “positivismo crítico” de Ferrajoli, vide: FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional*. In: *Isonomía* n° 16, abril 2002. Sobre o “constitucionalismo positivista” de Prieto Sanchís, vide: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México/DF: Fontamara; 1997. Em defesa de um “positivismo inclusivo”, vide também: MORESO, José Juan. *In defense of inclusive legal positivism*. In: *Diritto&questioni pubbliche*, 1/2001, p. 99-120. Sobre o tema, vide: VILLA, Vittorio. *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive positivism*. In: *Diritto&questioni pubbliche*, 1/2001, p. 56-99. POZZOLO, Susanna. *Inclusive positivism: alcune critiche*. In: *Diritto&questioni pubbliche*, 1/2001, p. 163-179.

*principios*²⁰. E, seguindo nesse caminho, é também provável que a teoria dos mandatos de otimização de Alexy²¹ não resista inteiramente a esse tipo de flexibilização teórica.

No tocante à distinção entre princípios e valores, o que existe é uma difundida e irrefletida confusão entre os dois conceitos. Talvez a causa esteja na sua proximidade estrutural, pois em ambos ocorre uma idêntica referência a bens ou estados de coisas considerados valiosos ou desejáveis, como a vida, a liberdade, a justiça, a igualdade etc. E daí que, na prática, enunciados sobre valores sejam comumente tratados como enunciados sobre princípios, e vice-versa; e dessa forma, as críticas direcionadas à “jurisprudência dos valores” acabem errando o alvo e atingindo certamente a “jurisprudência de princípios”. Por outro lado, é possível que a razão dessa confusão conceitual seja conseqüência da dificuldade teórica de delimitar cada conceito separadamente. Assim como no caso dos princípios, a imprecisão conceitual é também reinante no âmbito da(s) filosofia(s) dos valores, como demonstram Hessen²², Frondizi²³ ou Recaséns Siches²⁴.

²⁰ São diversos os autores que tem flexibilizado a distinção entre regras e princípios, como, por exemplo: Comanducci, Guastini, Gianformaggio, Prieto Sanchís, Moreso, Bayón e García Figueroa, que encontram antecedentes em Joseph Raz e Herbert Hart. Para uma análise de todos, vide: COMANDUCCI, Paolo. *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. In: Doxa n° 21-II, 1998. GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999. GIANFORMAGGIO, Letizia. *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione basata su principi*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, gennaio/marzo, IV Serie, LXII, Giuffrè, 1985. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992. MORESO, José Juan. *El encaje de las piezas del Derecho*. In: Isonomía, n° 14, abril, 2001. BAYÓN, Juan Carlos. *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1998. RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*. Yale Law Journal, 81, 823, 1971-1972. HART, Herbert. Pós-escrito. In: *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.

²² HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 4ª Ed. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado; 1974.

²³ FRONDIZI, Risieri. *Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1958.

²⁴ RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1995.

Mas a construção de uma teoria ou filosofia dos valores, ao modo de Max Scheler²⁵, pode ser despicienda quando o problema está em encontrar as particularidades que os diferenciam dos princípios, apenas com o focado objetivo de analisar, e compreender, a estrutura das normas de direitos fundamentais. Assim têm ensinado Alexy²⁶, Peczenick²⁷ e Habermas²⁸, de onde se podem retirar as premissas filosófico-jurídicas para se *repensar a distinção entre princípios e valores* – o que constitui o segundo enfoque problemático da dissertação.

A utilização teórica dessa distinção pode trazer à tona a dupla face das normas de direitos fundamentais, ressaltando, além dos elementos deontológicos, o seu conteúdo axiológico, resultado da incorporação ou positivação, pelas Constituições contemporâneas, dos valores que conformam o que Peces-Barba denomina de “ética pública da modernidade”²⁹. Essa forte carga axiológica pode constituir a causa da peculiar estrutura deontológica das normas de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, de sua inevitável submissão a processos de interpretação e argumentação próprios do discurso prático geral. E a solução contra o possível risco de desproteção dos direitos talvez não esteja na defesa de uma estrita concepção deontológica dos direitos, mas na determinação de diferentes comportamentos das normas de direitos fundamentais no processo de interpretação/aplicação. Dessa forma, a flexibilidade e complexidade estrutural das normas podem proporcionar uma ampla proteção dos direitos.

²⁵ SCHELER, Max. *Le formalisme en éthique et l'éthique matériale des valeurs*. Trad. Maurice Gandillac. Paris: Gallimard, 1955.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.

²⁷ PECZENIK, Aleksander. *Law, morality, coherence and truth*. In: Ratio Juris, Vol. 7, n° 2, July 1994, p. 159. AARNIO, Aulis; PECZENIK, Aleksander. *On values. Universal or relative?* In: Ratio Juris, Vol. 9, n° 4, 1996.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta; 2000.

²⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madrid: Dykinson; 1999.

A presente dissertação, portanto, analisará a estrutura das normas de direitos fundamentais com base na distinção entre regras, princípios e valores. A seguir, será apresentado o plano de desenvolvimento do tema.

2. Plano da dissertação

A dissertação está dividida em duas partes, de acordo com a delimitação do tema/problema acima explicada.

A primeira parte cuida do tema da distinção entre regras e princípios. O primeiro capítulo contém uma explanação sobre as doutrinas mais relevantes a respeito da diferenciação entre essas duas categorias normativas. Inicia-se com os antecedentes mais importantes, como as doutrinas de Josef Esser e Karl Larenz, que, no contexto alemão ou europeu-continental, constituíram relevantes aportes para a teoria dos princípios de Robert Alexy. Na realidade anglo-americana, a análise recai sobre a doutrina de Roscoe Pound, que influenciou diretamente o pensamento anti-positivista de Ronald Dworkin. O intuito deste estudo preliminar é relembrar algumas teorias sobre a distinção entre regras e princípios que estão pouco presentes em trabalhos que pretendem discorrer sobre o assunto. Esta é uma forma encontrada para reavivar conceitos e idéias que ainda têm sua importância para o debate.

Em continuação, e como não poderia deixar de faltar em um estudo sobre regras e princípios, recebe enfoque a conhecida distinção lógica ou qualitativa elaborada por Dworkin, que é seguida da teoria dos princípios de Alexy, consideradas como marco do debate atual sobre o tema. A análise faz-se em forma sintética e sem pretensão de detalhamento, justamente devido

à ampla difusão acadêmica de ambas as teorias; proceder ao contrário poderia entediar o leitor com investigações pormenorizadas que na verdade são desnecessárias para as conclusões finais.

Para completar o estudo sobre as concepções doutrinárias, apresentam-se os novos enfoques trazidos por Manuel Atienza e seu parceiro Juan Ruiz Manero. Os autores espanhóis reformulam pontos das teorias de Alexy e Dworkin e traçam sua análise com base no entendimento de regras e princípios como estruturas normativas, o que configura o enfoque estrutural de sua teoria, e de regras e princípios como razões para a ação, que constitui o enfoque funcional. Como se poderá perceber, a teoria de Atienza e Ruiz Manero, ao lado das teorias de Dworkin e Alexy, conformam a tese forte ou qualitativa da distinção entre regras e princípios, alvo das críticas do segundo capítulo.

Assim, em seguida, como ponto de reflexão sobre a necessidade de se estabelecer uma tipologia de normas, e, dessa forma, abrindo caminho para a posterior avaliação crítica, tomam lugar as teorias de Aulis Aarnio e Klaus Günther, que hoje são consideradas as mais relevantes no âmbito das doutrinas críticas à distinção entre regras e princípios.

A partir dessas críticas doutrinárias, o terceiro capítulo destina-se a desmistificar a distinção forte entre regras e princípios. Nessa fase, encontram relevo as teorias que relativizam essa distinção, como as de Prieto Sanchís, García Figueroa, Juan Carlos Bayón, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Letícia Gianformaggio, José Juan Moreso, assim como as doutrinas positivistas de Herbert Hart e de Joseph Raz. Nessa perspectiva, acaba-se demonstrando as falhas das teorias que defendem uma distinção qualitativa entre regras e princípios – problemas da distinção com base na estrutura, no tipo de colisão e no modo de aplicação da norma; incongruências na teoria dos mandatos de otimização, assim como o “paradoxo do

princípioalismo” e “o efeito cavalo de tróia”³⁰ causado por uma distinção forte – abrindo caminho para uma *distinção dúctil*, objeto das análises do quarto capítulo.

A tese da *distinção dúctil* encontra uma formulação original neste trabalho. Trata-se de uma tese intermediária – ou uma terceira via, se assim se preferir – que, partindo das críticas dos capítulos anteriores e das teorias que relativizam a distinção entre regras e princípios, tenta esclarecer as diferenças flexíveis (estruturais e funcionais) que existem entre ambos os tipos de normas. Nesse sentido, ela pretende encontrar um meio termo entre as teorias que tentam demarcar qualitativamente as regras e os princípios e as que não aceitam qualquer distinção entre as normas. Assume importância para essa análise a idéia de derrotabilidade (*defeasibility*) das normas, assim como a escala de graduação entre regras e princípios.

Delimitados os contornos teóricos da distinção dúctil entre regras e princípios, a primeira parte do trabalho encontra seu ponto conclusivo no quinto capítulo. O objetivo deste capítulo é aplicar a distinção dúctil às normas de direitos fundamentais. Demonstra-se, assim, que uma distinção dúctil entre regras e princípios adequa-se melhor à estrutura das normas de direitos fundamentais.

A segunda parte da dissertação cuida do tema da distinção entre princípios (normas) e valores. O primeiro capítulo é destinado à introdução da noção de valor utilizada nas análises posteriores.

O segundo capítulo aborda o que se considerou denominar de distinções fracas, cujos exemplos mais eloquentes encontram-se nas teorias de Robert Alexy e Aleksander

³⁰ O “paradoxo do princípioalismo” e o “efeito cavalo de tróia” são análises baseadas nos ensinamentos do Professor García Figueroa, que podem ser encontradas em alguns de seus trabalhos, citados no tópico específico ao assunto.

Peczenik, e a distinção forte defendida por Habermas. A análise ressalta o caráter axiológico dos valores e a dupla dimensão, deontológica e axiológica, dos princípios jurídicos, que serve para representar a estrutura dos valores supremos e dos princípios constitucionais na Constituição de 1988, assim como a dupla face das normas (regras e princípios).

A partir desses estudos, o terceiro capítulo inicia demonstrando a estrutura deontológica e axiológica das normas de direitos fundamentais, o que serve de introdução para a abordagem sobre a dimensão objetiva dessas normas, na qual são analisadas a eficácia irradiante, a eficácia nas relações privadas (*Drittwirkung*), os deveres de prestação e proteção e as normas de organização e procedimento, as garantias institucionais e o controle de constitucionalidade. Num terceiro momento, o estudo foca-se nos mandatos de otimização, estrutura normativa decorrente do caráter simultaneamente deontológico e axiológico das normas de direitos fundamentais. A última parte tem como objeto uma resumida análise da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais da Alemanha, Espanha e do Supremo Tribunal Federal, a respeito da conformação de uma ordem objetiva de valores pelas normas de direitos fundamentais.

No quarto capítulo, essa concepção axiológica das normas de direitos fundamentais é analisada sob o olhar crítico da concepção positivista de Forsthoff, da concepção antiutilitarista de Dworkin e da concepção anti-teleológica (críticas aos mandatos de otimização) de Klaus Günther, Habermas e Atienza e Ruiz Manero. Após a análise crítica de cada uma dessas concepções deontológicas dos direitos, parte-se para o estudo da distinção entre princípios e diretrizes políticas. Nessa etapa, rememorando a distinção elaborada por Dworkin e analisando a versão aperfeiçoada por Atienza e Ruiz Manero, discute-se a viabilidade dessa diferenciação normativa para explicar a estrutura das normas de direitos fundamentais.

O estudo conclui com a possibilidade de uma distinção dúctil – assim como posto para a distinção entre regras e princípios – , e com a proposta de uma divisão entre princípios em sentido amplo (conceito dúctil), princípios em sentido estrito e diretrizes políticas, para realçar a distinção entre direitos individuais (trunfos, Dworkin) e bens coletivos, razões de correção e razões utilitárias, valores últimos e valores utilitários, o que pode ser muito útil (e decisivo) para a interpretação/aplicação das normas de direitos fundamentais.

Todas essas análises serão desenvolvidas seguindo alguns pressupostos conceituais, metodológicos, ideológicos etc.

3. Pressupostos conceituais, metodológicos, ideológicos etc.

Já dizia Max Weber que, no âmbito das ciências sociais, o científico pode, e deve, declarar suas opções ideológicas e metodológicas de partida³¹. Com isso, a pesquisa pode se tornar, em certa medida, imune às críticas direcionadas a aspectos que somente dizem respeito a esses pressupostos, os quais, ao fim e ao cabo, constituem pontos de vista pessoais do pesquisador, pré-compreensões e visões de mundo que escapam a qualquer demonstração científica.

Assim, como parte desta introdução, impende demonstrar (ou confessar, se assim se preferir), em tom de resumo, alguns desses pressupostos conceituais, metodológicos e ideológicos que perfazem o substrato da pesquisa. Ao longo do trabalho, eles poderão servir para entender melhor os objetivos perseguidos e os resultados porventura alcançados, direcionados,

³¹ WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix; 2002.

não há dúvida, a se adequar a concepções ideológicas, teorias e doutrinas específicas do pensamento jurídico contemporâneo.

3.1 – A norma de direito fundamental

A norma de direito fundamental é uma norma. Assim, compartilha com as demais normas jurídicas os problemas teóricos que giram em torno do conceito de norma³². Os estudos que serão realizados prescindem da abordagem de aspectos mais específicos (e controvertidos) vinculados à teoria geral das normas³³. Para uma melhor compreensão das análises sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais é suficiente a elucidação de algumas distinções essenciais: *a) a distinção entre direito fundamental e norma de direito fundamental; b) e a distinção entre disposição de direito fundamental e norma de direito fundamental.*

3.1.1 – Direito fundamental e norma de direito fundamental

Os direitos fundamentais não se confundem com as normas que os asseguram. Em outros termos, não existe uma correlação necessária entre os direitos e os enunciados deônticos que conformam sua proteção normativa. E isso decorre da própria previsão contida no § 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, que, ao instituir o que se poderia chamar de *sistema aberto* de direitos fundamentais, revela a intenção do legislador constituinte de considerá-los como uma realidade mais abrangente do que as normas constitucionais que os garantem.

³² Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 48.

³³ Sobre o tema, vide: WRIGHT, Georg Henrik von. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos; 1970.

É bem verdade, não obstante, que a idéia de “ter um direito” não é compreensível diante de uma ausência de normas, pois para se ter um direito faz-se mister a existência de normas que prescrevam deveres de abstenção, de prestação e de proteção. É dizer, a idéia de “direito” vem necessariamente acompanhada da idéia de “dever”, articulada por um enunciado normativo de caráter deontológico. E daí advém a ilação de Alexy segundo a qual “sempre que alguém possua um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga esse direito”³⁴.

Porém, essa estreita conexão entre norma e direito fundamental – ligada à noção de direito subjetivo, que toma como pressuposto a relação entre um sujeito (titular do direito) e um destinatário da norma (responsável pelo dever): se A possui um direito é porque B possui um dever imposto por uma norma – se desfaz no momento em que se leva em conta que as normas jusfundamentais³⁵ muitas vezes possuem apenas um caráter objetivo, não fazendo referência a qualquer titular concreto. Nessa dimensão objetiva, as normas não constituem direitos subjetivos, mas consagram valores supremos da ordem jurídica.

Em todo caso, como se constata, os direitos fundamentais, seja na qualidade de direitos subjetivos ou de valores supremos, não se identificam com as normas que lhes outorgam proteção. Essa idéia adquire maior clareza com a distinção entre disposição de direito fundamental e norma de direito fundamental.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 47.

³⁵ As expressões “normas de direitos fundamentais” e “normas jusfundamentais” serão utilizadas como sinônimos.

3.1.2 – Disposição de direito fundamental e norma de direito fundamental

A separação entre disposição (texto) e norma constitui um instrumento conceitual indispensável para entender a estrutura das normas de direitos fundamentais. Assim como não se deve confundir o direito fundamental com a norma que o protege, tampouco é possível estabelecer uma identidade entre a expressão textual de uma disposição constitucional e a norma ou normas jusfundamentais que dela resultam através da atividade interpretativa. Como bem afirma Gianformaggio, seguida por Guastini, “entre disposição e norma não existe uma correspondência biunívoca”³⁶.

Uma mesma disposição jusfundamental pode expressar uma multiplicidade de normas. Em algumas hipóteses, podem existir normas que não derivam de qualquer disposição jusfundamental; em outras, uma mesma norma de direito fundamental pode estar vinculada não apenas a uma, mas a várias disposições combinadas entre si. Em todo caso, é mais congruente considerar que a maioria das disposições de direitos fundamentais, por conterem uma textura aberta – característica esta que é comum, ainda que em diferentes graus, a qualquer enunciado lingüístico³⁷ - dão ensejo a uma pluralidade de normas. Considerando-se que as normas são o resultado da interpretação das disposições (textos), haverá tantas normas de direitos fundamentais quantas interpretações forem possíveis de uma mesma disposição jusfundamental.

³⁶ GIANFORMAGGIO, Letizia. *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione basata su principi*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, gennaio/marzo, IV Serie, LXII, Giuffrè, 1985, p. 89. GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999, p. 101.

³⁷ HART, Herbert. Pós-escrito. In: *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996, p. 137.

Portanto, para as análises posteriores, deixe-se consignado que as normas de direitos fundamentais não se confundem com as disposições de direitos fundamentais³⁸. As disposições são o objeto da interpretação, e as normas, o seu resultado³⁹.

3.1.3 – *A estrutura da norma de direito fundamental*

Com isso, é possível compreender que não é a disposição de direito fundamental que possui uma dada estrutura, mas sim a norma de direito fundamental, que nada mais é do que o resultado da interpretação da disposição.

A estrutura de uma norma de direito fundamental diz respeito à sua qualidade de regra, de princípio, de mandato de otimização, de diretriz política etc. Essa tipologia estrutural, como se analisará, varia de acordo com a conformação das condições de aplicação e da conduta deontologicamente determinada pela norma.

Essa configuração estrutural, portanto, somente pode ser aferida após a interpretação da disposição de direito fundamental. Como se vê, torna-se necessário definir algumas noções gerais sobre a forma, o conceito e a teoria da interpretação jurídica que serão utilizadas como pressupostos para o estudo da estrutura das normas de direitos fundamentais.

3.2 – *Interpretação: formas, conceitos e teorias*

³⁸ Sobre a distinção entre disposição de direito fundamental e norma de direito fundamental, vide: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 63.

³⁹ As normas podem estar expressas ou implícitas em uma disposição de direito fundamental. Em qualquer caso, sempre são o resultado de uma interpretação da disposição jusfundamental. Por isso, não é necessário distinguir entre as normas expressas e as normas adscritas de direito fundamental, como o faz Alexy, pois ambas são o resultado da interpretação da disposição de direito fundamental.

A interpretação constitucional costuma ser distinguida da interpretação de qualquer outro texto normativo. Não obstante, é preciso enfatizar que, se existe tal diferença, ela é mais quantitativa do que qualitativa. A Constituição possui, em maior medida e grau, normas que são comumente reconhecidas como tendo a estrutura de princípios, e que, dessa forma, requerem um tipo especializado de interpretação; mas isso não quer dizer que normas desse tipo não possam ser encontradas no âmbito infraconstitucional.

Nesse sentido, é possível considerar a interpretação das normas constitucionais e, especificamente, das normas de direitos fundamentais – preservadas as suas peculiaridades – como pertencente ao gênero da interpretação jurídica e, portanto, da interpretação de textos normativos em geral. Os contornos teóricos da interpretação constitucional, assim, devem ser analisados recorrendo-se a aspectos da teoria geral da interpretação jurídica.

3.2.1– A interpretação como processo e suas etapas

A atividade de interpretação de disposições (textos normativos) deve ser entendida como um *processo*, e não como um ato singular⁴⁰. Nesse sentido, cabe distinguir as etapas mais comuns a uma seqüência interpretativa, com o intuito de definir em qual delas é possível conhecer a estrutura da norma.

⁴⁰ COMANDUCCI, Paolo. *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. In: Doxa n° 21-II, 1998, p. 91.

A primeira é constituída pela identificação da disposição como uma entidade lingüística. Nessa etapa, o intérprete verifica a formulação lingüística⁴¹ do texto normativo. Ela pode ser denominada de *etapa de identificação lingüística da disposição*.

A segunda é representada pela atividade de identificação da norma ou normas expressadas pela disposição. Essa fase pode ser denominada de *etapa de identificação pragmática da norma*.

A terceira etapa constitui uma atividade de configuração da norma como regra ou como princípio (em sentido amplo). É nessa fase, portanto, que se começa a determinar a estrutura da norma. Ela pode ser definida como *etapa de configuração da norma*, e é suficiente para conhecer a estrutura da norma nos chamados casos fáceis, em que o significado das disposições normativas resta claro, fora de dúvidas ou controvérsias interpretativas (zona de certeza).

Nada obstante, em outros casos, essa etapa pode se estender até a uma quarta fase, ficando o conhecimento da estrutura da norma a depender de uma atividade interpretativa de atribuição de significado a essa norma (sempre exposta à valoração do intérprete, portanto, discricionária).

Assim, a quarta etapa é caracterizada pela atribuição de significado à norma, ou seja, à regra ou ao princípio. Essa etapa de atribuição de significado à norma (ou de construção de

⁴¹ Sobre a diferença entre norma e formulação lingüística da norma, vide: AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997, p. 23.

significado) coincide com a chamada *interpretação em sentido estrito*, que se diferencia da interpretação em sentido amplo.

3.2.2 – *Interpretação em sentido amplo e interpretação em sentido estrito*

A divisão entre interpretação em sentido amplo e interpretação em sentido estrito pode ser encontrada na obra de Wróblewski⁴², desenvolvida posteriormente em trabalhos de Guastini⁴³.

A *interpretação em sentido amplo* corresponde à compreensão dos signos lingüísticos expressados em qualquer formulação normativa. Trata-se de um exercício de compreensão e de atribuição de significado ao enunciado lingüístico de uma disposição, de acordo com as regras da linguagem a ele aplicáveis. Segundo esse modo de utilizar o termo interpretação – interpretação e compreensão são entendidas como sinônimos –, qualquer texto, em qualquer situação, requer interpretação; não existe uma nítida diferenciação entre textos claros, de fácil interpretação (casos fáceis) e textos obscuros, de interpretação controvertida (casos difíceis).

A *interpretação em sentido estrito*, por outro lado, consiste na determinação do significado de uma formulação normativa quando existem dúvidas referentes a este significado em um caso concreto de comunicação. Essa forma de entender a interpretação parte da constatação de que existem duas situações diferenciadas de comunicação: a) uma *situação de isomorfia*, na qual resta claro e evidente o significado de uma expressão lingüística; b) e uma

⁴² WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas; 1985, p. 21.

⁴³ GUASTINI, Riccardo. La interpretación: objetos, conceptos y teorías. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.). *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México/DF: Fontamara; 2003, p. 21.

situação de interpretação, em que existem controvérsias a respeito do significado de uma expressão lingüística. Considera-se então que existem dois tipos de textos ou formulações normativas: a) de um lado, as formulações normativas cujo significado é claro e não controvertido; b) de outro, as que possuem significado equívoco ou duvidoso. E também se admite o pressuposto de que existem dois suportes fáticos distintos: a) os suportes fáticos aos quais a norma se aplica de forma pacífica; b) e aqueles aos quais a aplicação da norma é incerta e discutível.

A separação entre situações de isomorfia e de interpretação; textos claros e obscuros; suportes fáticos que claramente estão sob o campo de aplicação da norma e outros em que essa aplicação é controvertida, é pressuposto para a distinção entre *casos fáceis* e *casos difíceis*. A interpretação em sentido estrito ocorre apenas em presença dos chamados casos difíceis, em que são necessárias argumentações a respeito de razões a favor ou contra a atribuição de determinado significado à disposição normativa e sua aplicação ao caso concreto.

Ao longo do trabalho, essas noções terão grande utilidade. Como se verá, esses conceitos também são adotados pela teoria intermediária da interpretação, que a seguir será explicada.

3.2.3 – Teorias da interpretação

Diversas teorias sobre a interpretação jurídica confrontam-se na literatura jurídica moderna, de forma que se torna necessário esclarecer qual delas, ou quais entendimentos por elas adotados – ainda que não todos – podem contribuir para as análises que serão

desenvolvidas neste trabalho. As teorias sintetizadas a seguir⁴⁴ podem elucidar algumas idéias úteis para as investigações.

3.2.3.1 – *Teoria cognitiva*

A teoria cognitiva entende que a interpretação é uma atividade de conhecimento do significado objetivo das disposições normativas (textos) e da intenção subjetiva de seus autores (as autoridades legislativas, na maioria dos casos).

Essa teoria, portanto, parte dos seguintes pressupostos: a) os textos normativos incorporam um significado próprio e intrínseco; b) é possível definir uma vontade unívoca da autoridade legislativa. Dessa forma, o objetivo da interpretação é simplesmente descobrir ou revelar o significado objetivo dos textos normativos e a vontade subjetiva do legislador, que são preexistentes à atividade interpretativa.

Assim, a teoria cognitiva entende que: a) existe uma, e apenas uma, interpretação correta e verdadeira; b) o sistema jurídico é necessariamente completo (sem lacunas) e coerente (sem antinomias), de forma que sempre existe uma norma, preconstituída, a ser aplicada ao caso concreto; c) nesse sentido, não há espaço para a discricionariedade judicial; os juízes não criam direito, mas apenas aplicam o direito preexistente; d) e, portanto, adotam-se os postulados da rígida separação de poderes e da estrita sujeição do juiz à lei.

⁴⁴ Para uma descrição completa das teorias da interpretação jurídica, vide: GUASTINI, Riccardo. La interpretación: objetos, conceptos y teorías. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.). *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México/DF: Fontamara; 2003, p. 30 e ss.

A teoria cognitiva, muito difundida na dogmática positivista do século XIX, encontra-se hoje desacreditada por qualquer jurista mais advertido. No entanto, além de permanecer muito viva no pensamento jurídico comum e nos modos de argumentação das cortes de justiça, algumas de suas idéias sobrevivem, ainda que de forma disfarçada, na filosofia jurídica contemporânea, como, por exemplo, na tese da “resposta correta” de Ronald Dworkin, ou da “aplicação adequada do direito”, desenvolvida por Klaus Günther e Jürgen Habermas. Essas não são as compreensões teóricas da interpretação que serão aqui adotadas.

3.2.3.2 – *Teoria cética*

A teoria cética entende que a interpretação é uma atividade não de conhecimento, mas de valoração e de decisão. Ela adota o pressuposto de que não existe algo assim como o significado próprio e intrínseco dos textos normativos. Cada texto pode ser entendido de modos diversos, segundo as variadas posturas valorativas de seus intérpretes. O significado de um texto, portanto, não é descoberto ou revelado, mas (re)construído pela interpretação.

Essa teoria entende que: a) as normas não preexistem à interpretação, mas são o seu resultado; b) não existe uma vontade legislativa unívoca e apreensível por meio do conhecimento empírico, mesmo porque, nas democracias contemporâneas, os órgãos legislativos são colegiados e estão permeados, naturalmente, pelo conflito e pelo dissenso; c) os sistemas jurídicos não são completos nem coerentes, de forma que, diante de uma lacuna, o juiz atua segundo sua discricionariedade, criando direito novo; d) portanto, não há uma divisão marcante entre a atividade legislativa e a atividade judicial, ou entre Poder Legislativo e Poder Judiciário.

A teoria cética da interpretação pode ser encontrada, com matizes, nas correntes do denominado “realismo jurídico” (norte-americano e escandinavo). Essa teoria não compreende a existência de certos limites objetivos à valoração interpretativa. Ela não admite que alguns textos, em alguns casos, podem possuir significados próprios (intrínsecos) e de fácil compreensão pelo intérprete e que, nesse sentido, a interpretação pode sim ser uma atividade de conhecimento, tal qual postulado pela teoria cognitiva.

3.2.3.3 – Uma teoria intermediária

A teoria intermediária tenta estabelecer uma conciliação entre as teorias precedentes. Ela sustenta que a interpretação pode ser, às vezes, uma atividade de conhecimento e, outras vezes, uma atividade de decisão discricionária.

A teoria intermediária parte do pressuposto de que todo texto normativo, por estar formulado em linguagem natural, possui uma textura aberta e que, dessa forma, algumas vezes seu significado resta claro para o intérprete, e em outras ocasiões pode ser difícil precisar esse significado. Deve-se distinguir, portanto, entre uma *zona de certeza* e uma *zona de penumbra* quanto aos possíveis significados de um texto normativo.

Esse entendimento leva à distinção entre *casos fáceis*, nos quais é claro o significado do texto e não há dúvidas sobre sua aplicação a determinado suporte fático (zona de certeza); e *casos difíceis*, em que a interpretação/aplicação da norma é objeto de dúvidas ou controvérsias (zona de penumbra). Nos casos fáceis, os juízes permanecem submetidos às normas preestabelecidas pelo legislador, ou seja, não exercem qualquer discricionariedade; não criam direito, mas apenas descobrem ou revelam o significado preexistente das normas. Nos casos

difíceis, nos quais o significado dos textos permanece obscuro (zona de penumbra), a atividade judicial é discricionária, no sentido de que, ao atribuir ou (re)construir o significado dos textos, cria direito novo, rompendo os limites da divisão de poderes. A teoria intermediária se situa, utilizando a terminologia de Hart, entre o “pesadelo” e o “nobre sonho” (Dworkin)⁴⁵.

Essa teoria também adota o conceito de interpretação em sentido estrito, acima explicado, segundo o qual a interpretação ocorre apenas em casos de dúvida sobre o significado dos textos normativos.

Como poderá ser constatado ao longo do trabalho, alguns entendimentos adotados pela teoria intermediária – a distinção entre disposições normativas de significado claro e de significado duvidoso; zona de certeza e a zona de penumbra; casos fáceis e casos difíceis – podem ser muito úteis para as análises que serão desenvolvidas.

3.3 – *Neoconstitucionalismo e normas de direitos fundamentais*

O presente estudo sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais está envolvido pela atmosfera teórica, metodológica e ideológica do denominado *neoconstitucionalismo*⁴⁶, presente em diferentes aspectos nas teorias pós-positivistas de Ronald Dworkin⁴⁷, Robert Alexy⁴⁸, Gustavo Zagrebelsky⁴⁹, Luis Prieto Sanchís⁵⁰, Carlos Nino⁵¹, Luigi

⁴⁵ O pesadelo estaria nas idéias defendidas pelo realismo jurídico; o nobre sonho, na tese da resposta correta de Dworkin. HART, Herbert. Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño. In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica; 2000, p. 327-348.

⁴⁶ O termo neoconstitucionalismo pode ser utilizado como fazendo referência a uma teoria, a uma ideologia ou a um método de análise do direito; ou como designando alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, um modelo de Estado de Direito. Sobre as diversas acepções do termo neoconstitucionalismo, vide: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 75.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes; 2002.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004.

Ferrajoli⁵², dentre outros. Esses autores não podem ser reunidos numa corrente unitária de pensamento, mas em suas teorias é possível encontrar uma série de coincidências e tendências comuns que podem conformar uma “nova cultura jurídica”⁵³, um “paradigma constitucionalista *in statu nascendi*”⁵⁴, ou, em outros termos, “o paradigma do Estado constitucional de direito”⁵⁵.

Esses pontos em comum, retirados de teorias cujas bases filosóficas são bastante ecléticas, podem ser sintetizados da seguinte maneira⁵⁶: a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral.

⁴⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003.

⁵⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003, p. 101.

⁵¹ NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea; 1989. *Idem. La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa; 2003.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta; 2004. *Idem. Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT; 2002.

⁵³ Diante das imprecisões terminológicas e dos diferentes usos do termo neoconstitucionalismo, Prieto Sanchís refere-se ao constitucionalismo como uma “nova cultura jurídica”. PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003, p. 101.

⁵⁴ Manuel Atienza denomina “paradigma constitucionalista” a nova concepção do Direito formada por coincidências e tendências comuns encontradas nas teorias de autores herdeiros do positivismo analítico e que hoje se aproximam das teses de Dworkin, como Neil MacCormick, Joseph Raz, Robert Alexy, Carlos Nino e Luigi Ferrajoli. ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel; 2004, p. 309.

⁵⁵ Luigi Ferrajoli utiliza o termo “paradigma do Estado constitucional de direito” para representar o *modelo garantista*. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta; 2004, p. 22.

⁵⁶ Sobre as características comuns entre as diferentes perspectivas teóricas dos autores acima citados, vide: POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. In: *Doxa* n° 21-II, 1998, p. 340 e ss.

Em suma, nas palavras de Prieto Sanchís⁵⁷, inspirado em Alexy⁵⁸, pode-se traçar o seguinte perfil do constitucionalismo contemporâneo: *mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador*.

Não se trata, portanto, de um movimento, mas de um conjunto de posturas teóricas que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados constitucionais, especificamente aqueles que, a partir do segundo pós-guerra, em momentos históricos de repúdio aos recém-depostos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade – manejados por um órgão jurisdicional especializado, normalmente o Tribunal Constitucional – como as Constituições da Itália (1948), Alemanha (1949), e Espanha (1978), contexto no qual as Constituições de Portugal (1976) e do Brasil (1988) inserem-se perfeitamente.

Nos tópicos seguintes, serão desenvolvidos, sinteticamente, alguns desses aspectos do neoconstitucionalismo utilizados no decorrer do trabalho, ora como pressupostos conceituais e metodológicos, ora como linha ideológica de defesa desse modelo de Estado constitucional e de suas implicações teóricas.

3.3.1 – O modelo axiológico de Constituição como norma

Se o neoconstitucionalismo é concebido como um conjunto de teorias que pretendem descrever o processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos,

⁵⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003, p. 101. *Idem*. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson; 1998, p. 35.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004, p. 160.

seu traço distintivo não poderia ser outro que a adoção de um peculiar modelo constitucional: o denominado “modelo axiológico de Constituição como norma”⁵⁹. De acordo com esse modelo, a Constituição é marcada pela presença de princípios, especificamente, de normas de direitos fundamentais que, por constituírem a positivação (expressão normativa) de valores da comunidade, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter material ou axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada.

Trata-se, na expressão de Guastini, de uma “Constituição invasora”, que desencadeia um processo de transformação do ordenamento jurídico, o qual resulta totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais. Nas palavras do jurista italiano, “um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais”⁶⁰.

3.3.2 – *O Estado constitucional*

“Tal Constituição, tal Estado”. “Tanto Estado quanto a Constituição”. “O Estado segundo a Constituição”. As assertivas de Canotilho⁶¹, que renovam a fórmula de Häberle⁶², são suficientes para vislumbrar o modelo de Estado que comporta um ordenamento jurídico constitucionalizado, devido à presença de uma “Constituição invasora”. A um modelo

⁵⁹ POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. In: *Doxa* n° 21-II, 1998, p. 342. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 83.

⁶⁰ GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Idem. Estudios de teoría constitucional*. México/DF: Fontamara; 2003, p. 153.

⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Novos questionamentos da Teoria da Constituição. In: SEGADO, Francisco Fernández (ed.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson; 2003, p. 142.

⁶² HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Tecnos; 2000.

axiológico de Constituição como norma corresponde um modelo de Estado constitucional de Direito, ou simplesmente Estado constitucional.

Apesar das ambigüidades que sugere, a expressão “Estado constitucional” vem sendo utilizada por autores como Luigi Ferrajoli⁶³, Gustavo Zagrebelsky⁶⁴, Luis Prieto Sanchís⁶⁵, dentre outros, para representar aqueles Estados que, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, adotaram constituições rígidas, caracterizadas pela previsão de um catálogo de direitos fundamentais e de mecanismos de controle de constitucionalidade. A marca distintiva desses Estados é a constitucionalização do ordenamento jurídico através das normas de direitos fundamentais, que traduzem para a linguagem normativa as opções éticas e políticas da sociedade.

3.3.3 – *As normas de direitos fundamentais como ponto de encontro entre Direito e Moral*

A presença de normas de direitos fundamentais nos sistemas jurídicos constitucionalizados pode ser entendida como o resultado da transformação da moral crítica em moral legalizada. No marco de análise das relações entre Direito e Moral⁶⁶, a moral crítica é constituída por aqueles conteúdos morais que ainda não foram incorporados pelo sistema jurídico, mas que o pressionam constantemente para obter reconhecimento. Nesse sentido, pode-se afirmar, seguindo Ansuátegui Roig, que “todo sistema de moral crítica possui vocação a se

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 18. .

⁶⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003, p. 37.

⁶⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003, p. 107.

⁶⁶ O debate filosófico-jurídico sobre as relações entre os sistemas normativos do Direito e da Moral, por sua própria densidade e complexidade, não será aqui aprofundado. Sobre o tema, vide: VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.). *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa; 2003. LAPORTA, Francisco. *Entre el Derecho y la Moral*. México DF: Fontamara; 1995.

converter em moral legalizada⁶⁷. Em outros termos, como ao longo deste trabalho será analisado, os valores morais assumidos historicamente pela comunidade possuem a vocação de serem realizados, ou seja, tendem a ser positivados e, nesse passo, a contar com o respaldo do poder estatal de coação. As normas morais, ao se transformarem em normas jurídicas, recebem um *plus* de normatividade, a jurídica, em adição à que já possuíam antes, a moral.

As normas de direitos fundamentais podem assim ser caracterizadas como a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico⁶⁸. As exigências éticas de dignidade necessitam do Direito para serem realizadas e, assim, adquirem normatividade com a positivação em normas de direitos fundamentais. Devido à presença dessas normas, os ordenamentos jurídicos deixam-se impregnar por conteúdos morais. Como bem elucidada Eusébio Fernández García, no que é acompanhado por Gregorio Peces-Barba e Ansuátegui Roig, com base no pensamento de Recaséns Siches e de Legaz y Lacambra, “todo ordenamento jurídico representa um ponto de vista sobre a justiça, é dizer, sobre o moralmente justo, e ao mesmo tempo está traduzindo ou expressando, através de normas jurídicas, uma certa legitimidade que lhe serve de justificação⁶⁹”. No mesmo sentido, Elíaz Díaz ensina que “toda legalidade é expressão de uma certa legitimidade; ou vice-versa, toda legitimidade tende a ser realizada por meio de uma concreta e efetiva legalidade”, contexto no qual a Constituição – e,

⁶⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Derechos, Constitución, Democracia. Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las constituciones actuales*. Valladolid: Instituto Universitario de Historia Simancas, Universidad de Valladolid; 2003, p. 178-179.

⁶⁸ Na conceituação de Prieto Sanchís, os direitos fundamentais são “a tradução jurídica das exigências morais mais importantes que em cada momento (histórico) foram erigidas a critério fundamental para medir a legitimidade de um modelo político e, portanto, para justificar a obediência a suas normas”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales*. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta; Consejo Superior de Investigaciones Científicas; Boletín Oficial del Estado; 1996, p. 508.

⁶⁹ Estes ensinamentos foram retirados das classes de filosofia do direito e direitos fundamentais na Universidad Carlos III de Madrid, e podem ser encontradas nas seguintes obras: FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Filosofía Política y Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 1995, p. 23. PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 2000.

portanto, o conjunto das normas de direitos fundamentais – representa a “zona de mediação entre legalidade e legitimidade”⁷⁰.

Dessa forma, na medida em que possuem uma dupla normatividade, moral e jurídica, ou, como será analisado, uma dupla dimensão, axiológica e deontológica, as normas de direitos fundamentais constituem o *ponto de encontro entre Direito e Moral*. Por isso, a interpretação e argumentação desenvolvidas em torno dessas normas são, simultaneamente, jurídica e moral.

Assim, a presença de normas de direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos constitucionalizados demonstra a compatibilidade entre a tese da distinção conceitual entre Direito e Moral, por um lado, e a tese segundo a qual entre os sistemas normativos morais e os sistemas normativos jurídicos existem conexões⁷¹. A separação que deve existir é entre o Direito e uma suposta Moral “correta”, “absoluta” ou “universal”⁷². Cada ordenamento jurídico está lastreado por relativos conteúdos morais, normalmente expressados pelos princípios e valores fundantes do sistema, enfim, pelas normas de direitos fundamentais positivadas na Constituição⁷³. Com isso, é possível dizer, seguindo Eusébio Fernández García, que “todo Direito é estruturalmente moral”, o que não impede que seu conteúdo possa ser moral ou imoral⁷⁴.

⁷⁰ DÍAZ, Elías. *Ética contra política*. México D.F: Fontamara; 1998. *Idem*. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid: Editorial Civitas; 1978. *Idem*. *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

⁷¹ Esta tese é defendida pelos professores Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García e Rafael de Asís Roig, da Universidad Carlos III de Madrid, cujos contornos podem ser conferidos no *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 2000.

⁷² Esta tese é compatível com a “tese moral” ou “versão débil da conexão entre Direito e Moral” defendida por Alexy, segundo a qual “a presença necessária de princípios em um sistema jurídico conduz a uma conexão necessária entre o Direito e a Moral”, mas moral não no sentido de “moral correta”, mas de “alguma moral”, uma moral relativa. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004, p. 79.

⁷³ A idéia kelseniana de que a validez das normas jurídicas independe de sua correspondência com uma ordem moral é extremamente necessária para uma análise clara das distinções entre Direito e Moral, no entanto, deixa de reconhecer que entre estes dois sistemas normativos existem também conexões, ou seja, que um ordenamento jurídico sempre expressa valores e concepções morais vigentes ou aceitos socialmente em caráter predominante.

3.3.4 – Pós-positivismo, soft positivism e positivismo inclusivo

Afirma Gustavo Zagrebelsky que, atualmente, o positivismo jurídico não constitui mais do que “uma inércia mental” ou “um puro e simples resíduo histórico”⁷⁵. Com efeito, as circunstâncias decisivas para seu nascimento e consolidação como “ciência da legislação positiva”, que reduzia tudo o que pertence ao mundo jurídico (isto é, os direitos e a justiça) ao disposto pela lei, não mais estão em vigor. A pretensão mais formalista e estatalista de elaborar uma teoria pura, baseada na estreita vinculação entre o Estado, o Direito e a lei, e alheia a qualquer conteúdo axiológico, é hoje insustentável, pois não está apta a compreender a realidade jurídica do acima denominado Estado constitucional, no qual a Constituição está recheada de preceitos normativos que assumem a estrutura de princípios e valores, que são de natureza moral ou que requerem do intérprete o recurso à moral para definir seu significado e conteúdo.

No Estado constitucional, a marcante presença de normas constitucionais que fazem constante referência a direitos fundamentais e a princípios de justiça material, assim como a inafastável exigência de que todas as normas do ordenamento jurídico estejam em conformidade com o conteúdo substancial disposto na Constituição e nos princípios superiores do sistema, acabam tornando inadequadas as teses positivistas da rígida separação entre Direito e Moral e da unicidade do critério formal de validade das normas, traduzido na norma fundamental de Kelsen e na regra de reconhecimento de Hart⁷⁶.

PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 2000, p. 71.

⁷⁴ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Filosofía Política y Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 1995, p. 23.

⁷⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003, p. 33,41.

⁷⁶ Como se sabe, uma das estratégias de ataque ao positivismo adotadas por Dworkin constituiu em demonstrar a inadequação da regra de reconhecimento como critério material para identificar a presença dos princípios no

Os sistemas jurídicos constitucionalizados são simultaneamente dinâmicos e estáticos – utilizando a linguagem kelseniana⁷⁷ –, na medida em que comportam critérios formais e materiais de identificação do conteúdo do Direito, isto é, a validade das normas não depende apenas de sua origem em um órgão competente, segundo as regras procedimentais previstas na Constituição (ou seja, de questões de *pedigree*, como sustenta Dworkin), mas também da correspondência de seu conteúdo material com os valores ou com o sistema de moralidade que conforma todo o ordenamento jurídico. Por exemplo, a ninguém soa estranho que o princípio ou valor da dignidade humana seja uma condição substancial de validade de todas as normas do sistema jurídico. Assim sendo, as teorias pós-positivistas – como as de Dworkin⁷⁸, Alexy⁷⁹ e Zagrebelsky⁸⁰ – que relativizam a separação entre Direito e Moral, admitindo critérios materiais de validade das normas, estão melhor adaptadas para descrever o sistema jurídico dos Estados constitucionais.

Nada obstante, é preciso reconhecer que, após o profundo ataque manejado por Dworkin, o positivismo jurídico vem sofrendo modificações substanciais, destinadas

ordenamento jurídico. DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, p. 14-46, 1967.

⁷⁷ Segundo as lições de Kelsen, os sistemas normativos podem ser de dois tipos: os sistemas estáticos e os sistemas dinâmicos. Nos sistemas estáticos, as normas são válidas se seu conteúdo ou substância está de acordo com o conteúdo material prescrito pela norma fundamental do sistema. Nos sistemas dinâmicos, por outro lado, as normas são válidas se são criadas pela autoridade competente e segundo o procedimento prescrito pela norma fundamental. Em suma, nos sistemas estáticos operam critérios materiais de validade das normas e nos sistemas dinâmicos as normas estão submetidas a condições formais de validade. De acordo com a Teoria Pura do Direito elaborada por Kelsen, os ordenamentos jurídicos são sistemas dinâmicos. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes; 1998, p. 163-165.

⁷⁸ A teoria da integridade de Dworkin afasta a tese positivista da separação entre Direito e Moral e adota um conceito de moralidade da qual podem derivar princípios jurídicos utilizados para resolver os casos difíceis. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 1999.

⁷⁹ Em sua teoria do direito, Alexy adota uma teoria débil da conexão entre Direito e Moral. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004. Na teoria da argumentação jurídica, Alexy formula a tese da argumentação jurídica como caso especial da argumentação moral e prática geral. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy; 2001. A teoria dos direitos fundamentais está fundamentada em uma teoria dos princípios e valores. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.

⁸⁰ O direito “*mitte*” (suave) de Zagrebelsky rechaça expressamente a cultura positivista de identificação entre lei, direitos e justiça. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003.

principalmente a torná-lo mais adequado ao neoconstitucionalismo. Em resposta aos argumentos de Dworkin, o próprio Hart, em seu *Pós-escrito*⁸¹, esclareceu que “a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos”, e que, portanto, sua doutrina deveria ser designada como “positivismo moderado” ou “*soft positivism*”⁸².

Essas afirmações, oriundas do autor da considerada teoria positivista mais evoluída de que se tem conhecimento, consubstanciaram o estopim necessário para desencadear um profundo debate sobre a incorporação da moral como condição de validade das normas, na tentativa de estabelecer uma teoria intermediária entre o antipositivismo de Dworkin e o positivismo de Joseph Raz⁸³. Um positivismo aberto à moralidade, que, sem renunciar à sua identidade original – fundada em três teses principais: a separação conceitual entre Direito e Moral, a tese da discricionariedade jurídica e a das fontes sociais do Direito – teria flexibilidade suficiente para se adequar aos sistemas jurídicos constitucionalizados, nos quais é comum a presença de conceitos morais como liberdade, igualdade e dignidade humana. Nessa linha estão o “*positivismo incorporacionista*” de Coleman, o “*positivismo inclusivo*” de Waluchow⁸⁴, o

⁸¹ HART, Hebert. Pós-escrito. In: *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996, p. 312.

⁸² No mesmo sentido, Genaro Carrió, quando explica: “Nada en el concepto de ‘reglas de reconocimiento’ obsta, en consecuencia, para que aceptemos el hecho de que los criterios efectivamente usados por lo jueces para identificar las reglas subordinadas del sistema puedan incluir referencias al contenido de éstas. Puede ocurrir que, en una comunidad dada, las únicas costumbres consideradas jurídicas o jurídicamente obligatorias sean aquéllas compatibles con las exigencias de la moral. O bien, los jueces pueden aceptar como válidas sólo aquellas leyes que, además de haber sido correctamente aprobadas por un cuerpo con competencia para ello, no violan un catálogo no escrito de derechos y libertades individuales”. CARRIÓ, Genaro R.. Dworkin y el positivismo jurídico. In: *Idem. Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 1994. Sobre o tema, vide também: MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2006, p. 304.

⁸³ Sobre o tema, vide: ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Civitas; 2004. *Idem. Positivismo y moral interna del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000.

⁸⁴ Sobre o positivismo incorporacionista de Coleman e o positivismo inclusivo de Waluchow, vide: ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Civitas; 2004. *Idem. Positivismo y moral interna del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000.

“positivismo ético” de Peces-Barba⁸⁵, o “positivismo crítico” de Ferrajoli⁸⁶ e o “constitucionalismo positivista” de Prieto Sanchís⁸⁷. Como entende Ferrajoli, o constitucionalismo nada mais é do que um complemento do positivismo jurídico. Em suas próprias palavras: “*el constitucionalismo, en vez de constituir el debilitamiento del positivismo jurídico o su contaminación jusnaturalista, representa su reforzamiento: por decirlo de algún modo, representa el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada*”⁸⁸.

Portanto, entende-se que o neoconstitucionalismo pode ser compreendido tanto pelas posturas pós-positivistas de Dworkin, Alexy e Zagrebelsky, como pelo *soft positivism* de Hart, ou pelas novas reformulações e atualizações do positivismo jurídico, aqui agrupadas sob a denominação de “positivismo inclusivo”, em referência à inclusão de critérios materiais (moral) de validade das normas jurídicas.

3.3.5 – Positivismo, jusnaturalismo e realismo jurídico: uma confluência de paradigmas

Na verdade, sob o manto teórico, metodológico e ideológico do neoconstitucionalismo, o estudo dos direitos fundamentais e, assim sendo, das normas que os asseguram, implica a superação da dicotomia positivismo/jusnaturalismo. Mais do que isso,

⁸⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madrid: Dykinson; 1999. Para o jurista espanhol, a incorporação de argumentos morais na identificação e na interpretação do Direito é perfeitamente compatível com um positivismo capaz de sobreviver às mudanças, de incorporar a reflexão moral a seus esquemas. Este positivismo poderia ser denominado de “positivismo corrigido”, “positivismo ético”, “positivismo aberto”, “flexível” e até mesmo “dúctil”.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional*. In: Isonomía nº 16, abril 2002.

⁸⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México/DF: Fontamara; 1997. Em defesa de um “positivismo inclusivo”, vide também: MORESO, José Juan. *In defense of inclusive legal positivism*. In: *Diritto&questioni pubbliche*, 1/2001, p. 99-120. *Idem*. *Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*. In: *Doxa* nº 23, 2000, p. 105-118. Sobre o tema, vide: VILLA, Vittorio. *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive positivism*. In: *Diritto&questioni pubbliche*, 1/2001, p. 56-99. POZZOLO, Susanna. *Inclusive positivism: alcune critiche*. In: *Diritto&questioni pubbliche*, 1/2001, p. 163-179.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional*. In: Isonomía nº 16, abril 2002, p. 8.

pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo combina certos aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico⁸⁹.

Por um lado, as normas de direitos fundamentais são normas jurídicas positivas, produzidas segundo critérios formais de validade, melhor dizendo, baseadas na norma fundamental do sistema. Nesse aspecto, satisfazem plenamente aos critérios de validade das normas próprios do positivismo jurídico. Não é por outro motivo que Zagrebelsky entende que “a Constituição não é direito natural, senão a manifestação mais elevada do direito positivo”⁹⁰.

Ademais, na medida em que as normas jusfundamentais incorporam valores morais que expressam ideais ou pontos de vista sobre a justiça, adequam-se aos postulados do jusnaturalismo. Como se teve a oportunidade de analisar, no Estado constitucional, os princípios morais do direito natural estão incorporados pelo direito positivo. As normas de direitos fundamentais são a expressão normativa ou jurídico-positiva dos valores historicamente consolidados em determinada comunidade. Os direitos fundamentais são, simultaneamente, direitos positivos e direitos naturais (morais).

Finalmente, o tratamento jurisprudencial recebido pelas normas de direitos fundamentais, em certa medida indispensável para a determinação de seu conteúdo, também confirma uma concepção realista do Direito. Isso pode ser compreendido através da assertiva de Alexy:

“Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Lei Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha ha registrado en total su

⁸⁹ ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel; 2004, p. 309.

⁹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003, p. 116.

benéfica actividad desde el 7 de septiembre de 1951. Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”⁹¹.

A afirmação de Alexy vem a ser confirmada pela seguinte frase, já muito difundida na prática jurídica brasileira: “A Constituição é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é”. Certamente, tal frase adequa-se perfeitamente ao realismo jurídico propugnado por Oliver Wendell Holmes⁹².

Assim, a Constituição e, portanto, as normas de direitos fundamentais, apresentam-se como a base sobre a qual pode-se formar um pacto de compromisso entre as grandes concepções do pensamento jurídico. No seio do paradigma constitucionalista confluem aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico. Essa convergência de temáticas tradicionalmente tratadas pela teoria do direito como contraditórias entre si, fato que à primeira vista pode parecer surpreendente, significa duas coisas: em primeiro lugar, que a complexidade estrutural das normas de direitos fundamentais não pode ser explicada de forma suficiente desde pontos de vista exclusivamente positivistas, nem jusnaturalistas, tampouco realistas; segundo, que aspectos diferenciados de cada teoria são imprescindíveis para poder compreender adequadamente o complicado fenômeno da presença das normas de direitos fundamentais nas Constituições atuais. Como bem enfatiza García Figuerola, as três grandes tradições do pensamento jusfilosófico (positivismo, jusnaturalismo e realismo jurídico) oferecem bons argumentos para explicar o constitucionalismo, mas tais argumentos são insuficientes se

⁹¹ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 35. No mesmo sentido: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidência de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. In: *Diritto&Questioni Pubbliche*, n° 3, 2003, p. 199.

⁹² Nas palavras de Holmes: “As profecias sobre o que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso, são aquilo que quero dizer com o direito”. HOLMES, O. W. *O caminho do direito*. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 427.

considerados isoladamente. Melhor dizendo, todas têm *alguma* razão, mas nenhuma possui *toda* a razão⁹³.

Dessa forma, a compreensão das normas de direitos fundamentais pressupõe uma teoria ao mesmo tempo *integradora* – de aspectos relevantes do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico – e *superadora* – de tratamentos isoladamente positivistas, jusnaturalistas e realistas⁹⁴.

Estas são as bases jusfilosóficas que permearão as análises seguintes.

⁹³ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. In: *Diritto&Questioni Pubbliche*, n° 3, 2003, p. 199. *Idem*. *Norma y valor en el neoconstitucionalismo*. Artigo a ser publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional n° 6.

⁹⁴ Como bem adverte Elías Díaz, na atualidade, a diferenciação e contraposição entre positivismo e jusnaturalismo não desaparece nem perde seu sentido, mas se dilui em debates mais flexíveis, complexos e matizados que não se restringem aos esquemas tradicionais de cada paradigma. Assim sói ocorrer, por exemplo, no estudo dos valores, direitos e princípios jurídicos, seu significado, limite etc. DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 14-15.

1. REGRAS E PRINCÍPIOS

Introdução

A distinção entre regras e princípios tem sido cada vez mais objeto de estudos filosófico-jurídicos, sobretudo na área do Direito Constitucional. A importância que se tem dado a essa diferenciação entre as espécies normativas justifica-se devido ao seu caráter fundamental na teoria da interpretação constitucional. A partir da identificação das diversas propriedades normativas é possível entender quais características estruturais das normas desencadeiam o processo mais elaborado de argumentação jurídica, requerido normalmente para a solução dos chamados “casos difíceis”. Por isso, desde meados do século XX, a doutrina vem procurando entender o que diferencia as regras dos princípios e qual a influência dessa distinção para a hermenêutica constitucional.

No âmbito da teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios tem relevância central, pois permite esclarecer certos fenômenos, observados em sede dogmática, originados no processo de interpretação e aplicação das normas jusfundamentais. A teoria das restrições e do âmbito de proteção das normas, a eficácia jurídica e social, a aplicação nas relações privadas e, especialmente, a colisão e ponderação dos direitos, adquirem maior clareza dogmática a partir da análise da estrutura das normas de direitos fundamentais⁹⁵. Assim, tem sido lugar comum referir-se a essas normas como princípios, com o intuito de demonstrar sua elevada posição no ordenamento constitucional, ou para estimular um tipo mais sofisticado de raciocínio jurídico pressuposto para sua aplicação. Por outro lado, tratá-las como regras tem cumprido o papel de realçar o caráter vinculante e a força normativa dos direitos fundamentais.

⁹⁵ Como enfatiza Pérez Luño, os métodos de interpretação dos direitos fundamentais estão vinculados ao significado e natureza das disposições que os formulam. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª Ed. Madrid: Editorial Tecnos; 2003, p. 286.

Enfim, como ressalta Alexy, “a distinção entre regras e princípios constitui um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais”⁹⁶.

A relevância dessa distinção para a hermenêutica constitucional e para a teoria dos direitos fundamentais justifica, portanto, a sua presença na quase totalidade dos trabalhos de direito público que aprofundam esses temas. Não é por outro motivo que Humberto Ávila, observando essa realidade, afirma que “a distinção entre princípios e regras virou moda” e, dessa forma, tem alcançado “foros de unanimidade”⁹⁷.

O resultado disso é que o estudo teórico-crítico dessa tipologia normativa tem sido paulatinamente substituído pela crença de que as normas possuem propriedades ontológicas determinantes de seu caráter de regras ou de princípios. Nesse sentido, algumas afirmações, formuladas de forma acrítica, tornaram-se muito comuns na linguagem jurídica, como, por exemplo: a) as regras descrevem o suporte fático e as conseqüências jurídicas de forma fechada, definida e detalhada; os princípios o fazem de forma aberta e indeterminada; b) as regras fornecem razões peremptórias e definitivas; os princípios representam apenas razões *prima facie*; as regras entram em conflito numa dimensão de validade e são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada; os princípios colidem numa dimensão de peso e devem ser ponderados etc.

⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 81-82. No mesmo sentido: BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2003, p. 23.

⁹⁷ Em passagem instigante, Humberto Ávila assim expõe sua crítica: “A distinção entre princípios e regras virou moda. Os trabalhos de direito público tratam da distinção, com raras exceções, como se ela, de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos. A separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade. E a unanimidade termina por semear não mais o conhecimento crítico das espécies normativas, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros; 2004, p. 18.

Cabe questionar, no entanto, se essas são mesmo características exclusivas de cada espécie normativa. As regras não podem também ser abertas e indeterminadas, de forma que reivindicuem uma ponderação prévia com outras regras antes de sua aplicação? Os princípios não podem ser aplicados diretamente segundo uma forma de subsunção?

É curioso, e de certo modo paradoxal, que a distinção entre regras e princípios, apesar de sua importância, seja tratada comumente como uma obviedade, e dessa forma seja relegada, na maioria dos casos, aos capítulos introdutórios e às considerações preliminares dos mais variados estudos na área do Direito Constitucional⁹⁸.

Assim, este primeiro capítulo pretende elucidar algumas questões ainda controvertidas e pouco debatidas sobre o assunto, numa tentativa de *repensar a distinção entre regras e princípios*. O tratamento do tema tem seguido normalmente algumas linhas de análise. As concepções doutrinárias dividem-se em três teses: a) *a tese da distinção forte ou qualitativa*; b) *a tese da conformidade*; c) *a tese da distinção débil*⁹⁹.

Nada obstante, é possível reconduzir o debate a *duas posições fundamentais*: i) a dos autores que propugnam por uma distinção forte ou qualitativa, como Dworkin¹⁰⁰, Alexy¹⁰¹ e Atienza e Ruiz Manero¹⁰²; (ii) e a daqueles que negam a existência de uma diferenciação rígida

⁹⁸ Ressalvam-se, logicamente, alguns estudos de inegável valor como, por exemplo: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros; 2004. GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros; 2002.

⁹⁹ A tese da distinção forte defende uma diferenciação qualitativa e exaustiva: as normas ou são regras ou são princípios. Segundo a tese da conformidade, não existem diferenças entre regras e princípios. A tese da distinção débil adota uma diferenciação meramente gradual. Cf. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Princípios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1998, p. 131-132. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 85-86.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. 35 University of Chicago Law Review, 14, 1967.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. In: Ratio Juris, Vol. 13, nº 3, september 2000.

¹⁰² ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004.

entre as espécies normativas, como Comanducci¹⁰³, Guastini¹⁰⁴, Gianformaggio¹⁰⁵, Prieto Sanchís¹⁰⁶, Moreso¹⁰⁷, Bayón¹⁰⁸ e García Figueroa¹⁰⁹, que encontra antecedentes nas teses de Joseph Raz¹¹⁰ e Herbert Hart¹¹¹. Nesse sentido, a questão fundamental reside em saber se existem mesmo diferenças qualitativas entre regras e princípios.

Portanto, a seguir serão abordadas as teorias dos autores que defendem uma distinção forte ou qualitativa (Dworkin, Alexy e Atienza e Ruiz Manero) passando em primeiro lugar por alguns de seus antecedentes (Esser, Larenz, Pound). Em seguida serão apresentadas algumas das críticas doutrinárias mais contundentes, como a de Aulis Aarnio e Klaus Günther – que não reconhecem a distinção entre regras e princípios –, que servirão como ponto de reflexão para uma avaliação crítica posterior sobre a real necessidade de se separar rigidamente as regras dos princípios. Essas análises críticas levarão à *formulação de uma distinção dúctil entre regras e princípios*.

1.1 – Concepções doutrinárias sobre a distinção entre regras e princípios

1.1.1 – Antecedentes

¹⁰³ COMANDUCCI, Paolo. *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. In: Doxa n° 21-II, 1998.

¹⁰⁴ GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999.

¹⁰⁵ GIANFORMAGGIO, Letizia. *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione basata su principi*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, gennaio/marzo, IV Serie, LXII, Giuffrè, 1985.

¹⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992.

¹⁰⁷ MORESO, José Juan. *El encaje de las piezas del Derecho*. In: Isonomía, n° 14, abril, 2001.

¹⁰⁸ BAYÓN, Juan Carlos. *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991.

¹⁰⁹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1998.

¹¹⁰ RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*. Yale Law Journal, 81, 823, 1971-1972.

¹¹¹ HART, Herbert. Pós-escrito. In: *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996.

Atualmente, quando um trabalho científico, sobretudo na área do Direito Constitucional, propõe-se a investigar os tipos de normas que compõem um dado ordenamento jurídico, recebe a influência decisiva das posições pós-positivistas de Dworkin e Alexy sobre a distinção entre princípios e regras. As doutrinas destes autores são utilizadas como marco teórico para o estudo dos princípios, geralmente com enfoque na interpretação constitucional.

Porém, raros são os trabalhos que, ao estudar o tema, procedem a uma análise mais profunda das teorias que realmente iniciaram a moderna discussão sobre o papel dos princípios no direito¹¹². O resultado disso é que, gradualmente, uma parte da história evolutiva da doutrina sobre a distinção entre regras e princípios vai caindo no esquecimento¹¹³.

A tentativa de repensar a distinção entre princípios e regras deve começar, portanto, rememorando os antecedentes do debate atual.

A investigação das concepções doutrinárias que precederam os atuais debates em torno dessa distinção pode ser muito frutífera. Como se observará, tais concepções contêm uma bagagem de noções e idéias importantes que podem indicar novas perspectivas para o estudo do assunto.

¹¹² Como enfatiza Atienza e Ruiz Manero, “não se deve esquecer que, ainda que a discussão sobre os princípios jurídicos na teoria do direito recente tenha sua origem na obra de Dworkin (e, em grande medida, segue girando em torno à ela), a reflexão sobre os princípios jurídicos não deixou de existir na teoria do direito anterior a Dworkin”. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel; 2004. De acordo com Prieto Sanchís, deve-se lembrar que desde a época das codificações existem posições doutrinárias que insistem que o direito não constitui um universo formado apenas por normas, como as de um código penal, mas compreende também princípios ou princípios gerais. Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, P. 17

¹¹³ Por exemplo, a doutrina de Roscoe Pound sobre a distinção entre regras e princípios, que constitui-se como um claro antecedente de Dworkin, tem caído no esquecimento, como ressalta García Figueroa, ao citar estudo de R. Cotterrell, “*The Politics of Jurisprudence*”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1998, p. 127.

A seguir serão examinados alguns dos posicionamentos doutrinários que, ao superarem os enfoques jusnaturalistas ou positivistas no tratamento dos princípios jurídicos¹¹⁴, concederam relevantes aportes para os estudos de Dworkin e Alexy.

Na tradição hermenêutica alemã, os pensamentos de Josef Esser e Karl Larenz constituem precedentes da distinção funcional entre princípios e regras adotada por Alexy.

No contexto anglo-americano, a concepção de princípios e regras em sentido estrito de Roscoe Pound pode ser considerada como um antecedente da distinção lógica ou qualitativa de Ronald Dworkin.

1.1.1.1 – Princípio e norma no pensamento de Josef Esser

Josef Esser elaborou um dos mais célebres estudos sobre a natureza dos princípios e seu impacto sobre o conceito de direito: a obra “*Princípio e norma na elaboração jurisprudencial do Direito Privado*” (*Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*)¹¹⁵.

¹¹⁴ Uma viagem de volta aos vetustos princípios gerais de direito não seria adequada para os propósitos do presente estudo. Normalmente, os posicionamentos a respeito dos princípios gerais de direito partem de concepções jusnaturalistas – como as de Del Vecchio. Cf. DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch; 1979 – ou positivistas, como as de Bobbio. Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; 1999. O presente trabalho foca-se nas concepções pós-positivistas a respeito dos princípios, com especial atenção para seu papel na argumentação jurídica, o que o faz prescindir da análise de antigos enfoques jusnaturalistas ou positivistas. Por isso, o estudo de certos antecedentes das teorias de Dworkin e Alexy deve ficar limitado a autores que também intentaram superar posicionamentos jusnaturalistas e positivistas sobre os princípios, como os de Esser e Larenz, na tradição hermenêutica alemã, e de Roscoe Pound, na jurisprudência sociológica norte-americana.

¹¹⁵ ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956. Na tradução para o castelhano: ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosh; 1961. Vide, sobre esta afirmação: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1998.

Para Esser, os conceitos de “*princípios do direito*”, “*idéias diretrizes*” e “*pensamentos jurídicos gerais*”, utilizados com certa freqüência pela doutrina e jurisprudência¹¹⁶ européia e anglo-americana de sua época, ainda não haviam sido objeto de uma análise sistemática que esclarecesse seu verdadeiro sentido e alcance¹¹⁷. A heterogeneidade de questões que se incluíam entre os princípios gerais de direito impedia que estes recebessem um tratamento unitário e também servia de razão para que fossem empregados como uma “panacéia universal para resolver todo tipo de problema”¹¹⁸.

A necessidade de se proceder a uma investigação unitária e objetiva de como os princípios do direito se formam e se modificam, como operam numa decisão judicial, assim como de decifrar sua natureza jurídica e o seu papel nos sistemas – tanto os de tradição romana como os de *common law* –, fez com que Esser focasse sua atenção no que chamou de “*processo real de criação efetiva do direito*”¹¹⁹. A eficácia dos princípios deveria ser verificada por meio do estudo de sua elaboração jurisprudencial¹²⁰, superando posicionamentos positivistas e jusnaturalistas no tratamento do tema¹²¹.

Em crítica ao positivismo, Esser afirmava que o crescimento em importância dos problemas ético-jurídicos e das decisões judiciais fundadas em princípios era “incompatível

¹¹⁶ Importante frisar que quando Esser utiliza o termo “jurisprudência” não quer representar o conjunto de decisões dos tribunais, nem dar o significado de Ciência do Direito, mas pretende fazer referência à atividade judicial, ao processo de fundamentação e decisão dos juízes e tribunais.

¹¹⁷ Citando Boulanger, Esser afirmava que “*la théorie des principes juridiques n’a pas encore été entreprise*”. *Idem, ibidem*, p. 3, 17. Esser constatou que era cada vez mais freqüente no pensamento jurídico europeu-continental uma fundamentação direta das decisões judiciais a partir de “*princípios jurídicos gerais*”, o que era incompatível com a idéia de *Codex*. No entanto, estranhava o fato desse fenômeno despertar pouco interesse da literatura alemã. *Ibidem*, p. 11-13.

¹¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 3-5.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 19.

¹²⁰ Esser identifica o processo de “*criação jurisprudencial do direito como o campo de ação dos princípios*”. Em sua opinião, o aumento da importância da chamada “*legislação judicial*” na Europa continental de sua época fazia com que o centro de gravidade do direito fosse movimentando-se lentamente desde o sistema codificado a uma “*casuística judicial orientada segundo princípios*”. *Idem, ibidem*, p. 31.

¹²¹ *Idem, ibidem*, p. 4.

com a idéia de *Codex*” ou de sistematização do direito. O intento de conceber todos os princípios como partes do ordenamento jurídico posto pelo Estado, inferindo-os dedutivamente das normas vigentes, tornava-se uma “tática positivista de curtos horizontes” e que até aquele momento só tinha acobertado a real função dos princípios¹²².

As especulações jusnaturalistas, por seu turno, ao afirmarem a existência de um “sistema estático de direito natural prévio aos elementos formativos históricos dos ordenamentos positivos”, contaminavam o estudo do tema com determinada concepção do direito natural, ignorando a importância dos princípios para a atividade criadora da jurisprudência¹²³.

Portanto, para Esser, o papel dos princípios somente poderia ser verificado por meio da análise de seu efetivo desenvolvimento através da prática judiciária em distintos sistemas jurídicos¹²⁴, livrando-se assim tanto do “otimismo positivista” como das “especulações jusnaturalistas”¹²⁵.

¹²² Neste ponto, Esser tece críticas às posições de Del Vecchio na obra “*Sui principi generali del Diritto*”. *Idem, ibidem*, p. 14-15.

¹²³ *Idem, ibidem*, p. 15-16. Para Kelsen, apesar desse intento de superação, Esser acaba adotando, ainda que de forma disfarçada, um posicionamento tipicamente jusnaturalista. Assim, Kelsen faz questão de deixar claro que “ao aceitar que normas jurídicas positivas podem ter um conteúdo de Direito Natural e assim pressupor a validade de um Direito Natural, a Teoria da Transformação de Esser passa a ser aquela Teoria do Direito Natural que ela própria recusa”. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; 1986, p. 145-156. Prieto Sanchís também afirma que “Esser pode ser considerado um jusnaturalista”, no sentido de defender que “o direito não se compõe somente de regras identificáveis segundo uma regra de reconhecimento, mas também de normas cuja justificação deve ser buscada além do próprio direito”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 73.

¹²⁴ *Idem, ibidem*, p. 15-18. O estudo de Esser, como o próprio autor tratou de delimitar, não faz referência apenas à realidade dos países de direito codificado ou de tradição romana, mas compreende o papel dos princípios jurídicos no direito judicial próprio dos sistemas de *common law*. A razão de tal empenho está na tentativa de estabelecer um quadro objetivo da atividade jurisprudencial, que, segundo Esser, tanto na perspectiva continental como na realidade anglo-americana utilizava de forma “mística” os chamados “princípios ocultos”. Para Esser, assim como o jurista continental, o jurista anglo-americano era incapaz de fundamentar metodologicamente suas decisões com base em princípios. Portanto, Esser considerava importante para ambos os círculos jurídicos uma investigação sobre “o que de verdade há sobre a existência, o modo de operar e a efetividade positiva dos princípios gerais”.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 15-19.

A ênfase dada pelo autor ao momento de criação jurisprudencial do direito como campo de ação dos princípios, ou “jurisprudência segundo princípios”, aproximou-o da escola sociológica (chamada de escola analítica)¹²⁶, do realismo jurídico norte-americano¹²⁷ e da *tópica* de Viehweg¹²⁸. Nesse contexto, a contrariedade de Esser à idéia de sistema fechado ou de direito codificado (estático) em favor de um sistema aberto de *law as it works* ou *law in action* (direito em ação)¹²⁹ e sua simpatia com o *pensamento problemático* já indicavam sua posição a respeito do verdadeiro significado dos princípios jurídicos¹³⁰. Em suas palavras: “princípios do direito não são elementos estáticos de uma construção escolástica cerrada, senão *topoi*, pontos de vista postos à escolha discricionária da jurisprudência, base autorizada e legal da argumentação”¹³¹.

¹²⁶ *Idem, Ibidem*, p. 24-27, 53, 69, 252. Esser refere-se à “escola analítica” para representar a jurisprudência sociológica norte-americana de autores como R. Pound, O. W. Holmes e B. N. Cardozo, que identificavam o direito nas *rules* e *principles* efetivamente aplicados pelos tribunais. Nas palavras de Holmes: “As profecias sobre o que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso, são aquilo que quero dizer com o direito”. HOLMES, O. W. *O caminho do direito*. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grades filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 427. Pound chegou a cunhar a expressão *law in action* para representar a evolução jurisprudencial do direito, em contraponto ao *law in books*, ou direito incrustado na lei. NELKEN, David. *Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law*. In: Legal Studies. Vol. 4, July 1984. Vide, também: CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. Yale University Press, 1960. Tradução para o português: *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes; 2004. *Idem, The growth of the law*. London: Oxford University Press; 1924.

¹²⁷ *Idem, ibidem*, p. 152, 246. A denominação de “realistas” serve para caracterizar um grupo de juristas norte-americanos que tiveram grande influência no meio acadêmico do início do século XX, com destaque para K. N. LLEWELLYN. Em síntese, os realistas rechaçavam qualquer intento de construção teórica do direito a partir de um corpo de conceitos sistematicamente elaborados e reivindicavam os aportes das ciências sociais para o estudo do direito. Sobre o tema, vide: LLEWELLYN, Karl N. *A realistic Jurisprudence: the next step*. Columbia Law Review, 431, 1930. Na tradução espanhola: *Uma teoría del derecho realista: el siguiente paso*. In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (org.). *El ámbito de lo jurídico: lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Editorial Crítica; 2000. A aproximação da teoria esseriana ao realismo jurídico explica-se pelo fato de este tipo de pensamento representar uma alternativa ao jusnaturalismo e ao positivismo, justamente a via que procurava Esser para implementar novas concepções sobre o direito. Nesse sentido, vide: HIERRO, Liborio. *Realismo Jurídico*. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J.. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, B.O.E; 1996, p. 77.

¹²⁸ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997. Sobre estas afirmações, vide: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1998.

¹²⁹ Esser retira os conceitos de sistema fechado e sistema aberto de Fritz Schulz, “*Principien des Römischen Rechts*” (1934). *Ibidem*, p. 57.

¹³⁰ Para Esser, “na medida em que o texto e a estrutura de um direito codificado deixam de aparecer como símbolos da sapiência do legislador e como garantia de soluções pré-concebidas, o pensamento jurídico que até agora argumentava atendo-se rigidamente ‘à lei’, deve atrever-se a tomar como base de sua argumentação princípios que só a duras penas podem fundamentar-se na lei, mas que segundo a *communis opinio doctorum* formam parte do conjunto do direito”. *Ibidem*, p. 32.

Assim, para Esser, os princípios são tópicos (*topoi*) a serem descobertos pelo julgador na busca da solução mais justa para o caso concreto. Como verdadeiros *topoi*, tais princípios não seriam obtidos dedutivamente a partir de uma ordem natural e universal, como postulariam os jusnaturalistas, nem mesmo das regras vigentes de um sistema jurídico fechado, na concepção positivista, mas da “*naturalis ratio*”, da “natureza da coisa”¹³², da “*aequitas*” e da chamada “lógica jurídica”¹³³.

Dessa forma, Esser pode afirmar que “um princípio jurídico não é um preceito jurídico, nem uma norma jurídica em sentido técnico, porquanto não contém nenhuma instrução vinculante de tipo imediato para um determinado campo de questões (...). Os princípios jurídicos são conteúdo em oposição à forma”¹³⁴.

¹³¹ *Idem, ibidem*, p. 27.

¹³² O critério da natureza da coisa utilizado por Esser recebeu duras críticas de Kelsen. Segundo este autor, “que da ‘natureza da coisa’ resultem normas de Direito é especificamente um pensamento jusnaturalista. Parafraseando uma expressão de Goethe, pode-se dizer que o que se chama de ‘natureza da coisa’ é gênio específico de seus senhores, quer dizer, o que os diferentes representantes da Teoria da ‘natureza da coisa’ consideram como Direito Natural e o que, segundo a opinião dos diversos crentes do Direito Natural, é tão diferente quanto as várias religiões”. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; 1986, p. 156.

¹³³ *Idem, ibidem*, p. 72, 77, 130-131. Para García Figueroa, categorias como “*naturalis ratio*”, “*aequitas*” e “natureza da coisa” possuem escassa solidez teórica. Nesse sentido, a tópica jurídica padeceria de uma indefinição e vaguidade, e sua recepção por Esser contaria com problemas próprios. Citando trabalho de García Amado (“*Derecho y racionalidad. La teoría del derecho de Josef Esser*”, AA. VV., Liber amicorum. Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero, II, Universidad de Oviedo, 1988, pp. 549-571), afirma que “a idéia de tópica em Esser é oscilante e carente de unidade e que não expressa claramente as relações entre tópica e sistema. Conceitos como ‘*naturalis ratio*’ ou ‘*aequitas*’ são de uma vaguidade insuportável”. Por sua vez, “a chamada ‘lógica jurídica’, no sentido de lógica material no estilo da ‘*lógica de lo razonable*’ de Recaséns Siches, oposta à lógica formal, carece de uma fundamentação profunda e, enfim, a teoria da natureza da coisa, apesar de merecer grande consideração por parte de Esser, resulta francamente insustentável”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. *Op. cit.* p. 123.

¹³⁴ ESSER, Josef. *Op. cit.* p. 65. Segundo Esser, o pensamento axiomático ou sistemático incorre em alguns erros ao considerar que: a) a cada norma corresponde um princípio; b) só é princípio aquilo que se depreende imediatamente de um texto; c) todo tipo de princípio possui um âmbito de efetividade bem delimitado e privilegiado, dentro do qual o problema de sua colisão com outros princípios já está resolvido *a priori*. *Ibidem*, p. 117. Não obstante, quando Esser afirma que “os princípios, ao contrário das regras, são conteúdo em oposição à forma”, adverte que isso não deve induzir o pensamento de que “a forma seja o acessório de algo essencial”, até porque “a forma, entendida processualmente como meio de proteção do direito ou materialmente como norma, é sempre o essencial, o único que pode conferir realidade e significação jurídica àquele conteúdo fundamental ainda não reconhecido como *ratio*”. *Ibidem*, p. 65.

Nesse sentido, Esser abre espaço para os princípios não-escritos ou pré-positivos, considerados pelo autor como um “direito positivo possível”, pois podem obter reconhecimento em determinado círculo de problemas e ser concretizados pela interpretação jurisprudencial¹³⁵. Esse labor judicial de tradução do ético ou político (metajurídico) ao plano do direito, pode significar o restabelecimento continuamente renovado da comunicação entre valores éticos substanciais (elementos de direito natural) e valores jurídicos formais e institucionais (elementos de direito positivo), reconstruindo-se, assim, a ponte entre direito e moral, que até então estava desfeita por posicionamentos monistas do direito ou da ética¹³⁶.

A importância dada pela teoria esseriana ao momento de definição jurisprudencial dos princípios¹³⁷ lança assim novas luzes sobre seu significado e função. A adoção de um pensamento aporético e a caracterização dos princípios como *topoi*, com acento para o conteúdo em detrimento da forma, aponta na direção de uma *distinção funcional* entre princípios e normas¹³⁸, que dá relevância para seu papel no processo de concretização judicial¹³⁹.

¹³⁵ *Idem, ibidem*, p. 113-121. De acordo com Esser, a sentença judicial “pode converter-se em agente transformador de princípios pré-positivos em preceitos e institutos positivos”. Para tanto, “o juiz deve recorrer a princípios extrasistemáticos (tópicos)”. *Op. cit.* p. 68.

¹³⁶ *Idem, ibidem*, p. 76-78. Esser alerta para que não se subestime “a importância desse processo de fusão do direito com a moral”.

¹³⁷ Nesse aspecto, Karl Larenz questiona se Esser, “ao sublinhar repetidamente que o que é na realidade Direito vigente é determinado em primeira mão pela jurisprudência (ou seja, na terminologia de Esser: a atividade decisória dos tribunais)”, não estaria “subvalorando em excesso o significado do texto e com ele a participação do legislador na *law in action*”. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1997, p. 194.

¹³⁸ Na concepção de Esser, princípios não são formalmente normas, mas *topoi*. Por isso, o autor alemão traça a distinção entre princípios e normas e não entre princípios e regras, como nota Alexy, em comentário à distinção estabelecida por Esser. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. *Op. cit.* p. 83. Kelsen, ao criticar Esser, ressalta que “se existe uma diferença entre ‘princípio’ e ‘norma’, princípio não pode ser norma”. “O próprio título da obra de Esser, “*Princípio e norma...*”, implica essa distinção. KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. *Op. cit.* p. 149. Por outro lado, a grande maioria da doutrina que se debruçou sobre o tema utiliza a terminologia de regras e princípios para definir espécies de normas. Nesse caso, o sentido de norma (*lato sensu*) serve para abranger tanto princípios como regras (normas *stricto sensu*). Neste trabalho, os princípios são considerados como normas, ao contrário da posição de Esser. Na teoria de Alexy, “as regras e os princípios são resumidos sob o conceito de norma”. *Ibidem*, p. 83. Não obstante, Prieto Sanchís, apesar de atribuir caráter normativo aos princípios, utiliza a expressão norma para designar as regras, ao lado dos princípios. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992. Sobre os “princípios”

No pensamento de Esser, a relação entre princípio e norma somente se torna clara no momento de sua efetiva aplicação ao caso concreto¹⁴⁰.

A teoria de Esser também trouxe outras perspectivas para a superação das posições antagônicas de positivistas e jusnaturalistas no tratamento do tema, renunciando, com isso, posteriores enfoques pós-positivistas, como o de Robert Alexy¹⁴¹. Com efeito, a partir da adaptação e renovação do pensamento tópico-problemático e da conceituação dos princípios como ponto de encontro entre direito e moral, realizadas por Esser, os novos estudos passaram a levar em conta a função dos princípios (diferenciados das regras) na argumentação jurídica.

1.1.1.2 – Princípios do Direito Justo em Karl Larenz

Karl Larenz desenvolve suas teses na obra “*Direito Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*” (*Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik*)¹⁴². Em linhas gerais, o conceito

como uma espécie do gênero “normas”, vide, também: GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999. GIANFORMAGGIO, Letizia. *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione basata su principi*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, gennaio/marzo, IV Serie, LXII, Giuffrè, 1985, p. 70.

¹³⁹ Esser reconhece que a distinção entre princípios e normas possui um alcance muito maior para o pensamento jurídico continental do que a distinção entre *principle* e *rule* na concepção do *common law*. *Idem, ibidem*, p. 122.

¹⁴⁰ Esser deixa claro que “a qualidade jurídica de um princípio não pode ser definida em abstrato” (*Idem, ibidem*, p. 88) e “somente a partir do modo e fim da aplicação podem-se fazer afirmações concretas e objetivas acerca de sua procedência e destino (dos princípios jurídicos)” (*Idem, ibidem*, p. 51). Por isso, o autor considera que “o erro sobre a relação entre princípio e norma não é só terminológico, mas também objetivo, porquanto se busca a distinção no plano da generalidade e não da qualidade, ou seja, da validade imediata. Disso decorre que tantas vezes se confira às regras jurídicas o caráter de princípios pelo único motivo de estarem formuladas de forma geral”. *Idem, ibidem*, p. 122.

¹⁴¹ García Figueroa, citando G. Zaccaria, enfatiza que “a teoria da argumentação jurídica de Alexy pode ser definida, em um certo sentido, como uma das direções mais interessantes que seguiu o discurso esseriano”. Em outras palavras, “parece inegável o comum interesse por parte de Alexy e Esser nas questões relativas à argumentação jurídica e ao papel dos princípios no direito”. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Princípios y positivismo*. *Op. cit.*, p. 126.

¹⁴² Na famosa obra “*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*” (Metodologia da Ciência do Direito), Larenz trata da discussão jusfilosófica relativa à justiça e do papel dos princípios da “Ética Jurídica” na construção do direito, mas deixa em aberto o tema do “o que e como são” esses princípios. Assim, como o próprio autor enfatiza, seu contributo pessoal sobre o tema está na obra “*Richtiges Recht*”. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1997. LARENZ, Karl. *Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik*. Munich, C. H. Beck, 1979. Na tradução espanhola: LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*.

de princípios de Karl Larenz não difere muito do pensamento de Esser. Segundo Larenz, desde a obra de Esser (*Princípio e norma na elaboração jurisprudencial do Direito Privado*), considera-se a existência de princípios que subjazem a uma determinada regulação jurídica e que são aplicados pela jurisprudência, ainda que com freqüência sejam desconhecidos ou estejam ocultos sob uma fundamentação obscura¹⁴³.

Em comentário pertinente, Larenz também enfatiza que Esser foi o primeiro autor a analisar com clareza a distinção entre princípio e norma. Em sua concepção, o princípio não é por si mesmo uma norma, mas a base ou o critério de justificação da norma¹⁴⁴.

Assim, seguindo o caminho trilhado por Esser, Larenz ressalta que “os princípios não são regras acabadas”, mas sim os fundamentos iniciais para a obtenção das regras. Em sua definição, os princípios constituem “pensamentos diretores e causas de justificação de uma regulação jurídica (possível ou efetivamente vigente)”¹⁴⁵.

Os princípios não são regras devido ao fato de “lhes faltar o caráter formal de proposições jurídicas, representado pela conexão entre um suporte fático e uma consequência

Madrid: Civitas; 2001. Díez-Picazo, em prólogo à esta obra, ressalta que as teses de K. Larenz são “especialmente importantes para o intento de delimitação dos princípios jurídicos, dos quais muito se fala e pouco se precisa”. *Ibidem*, p. 13.

¹⁴³ LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas; 2001, p. 34.

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 34. Canaris também afirma que os princípios não são normas. Em suas palavras: “(...) os princípios necessitam, para a sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio. De fato, eles não são normas e, por isso, não são capazes de aplicação imediata, antes devendo primeiro ser normativamente consolidados ou normativizados”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996, p. 96.

¹⁴⁵ LARENZ, Karl. *Derecho Justo (...)* p. 32, 35. Larenz baseia suas teses na Teoria do Direito Justo de Rudolf Stammler. Para Stammler, todo direito positivo é uma tentativa de ser Direito Justo. Gustav Radbruch também afirma que a filosofia do direito é a “doutrina do Direito Justo”, mas ao condicionar a compreensão do direito à consideração dos valores e, portanto, vincular o conceito de direito à idéia do direito (a idéia do direito é um valor), vai além de Stammler. Para Radbruch, “o conceito de direito só pode ser determinado como a realidade que procura alcançar a idéia do direito”. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2004, p. 41.

jurídica”. Nesse sentido, os princípios apenas indicam a direção que deve seguir o processo de regulação. Pode-se dizer que são “um primeiro passo para a obtenção da regra”¹⁴⁶.

Como fundamentos iniciais de uma regulação jurídica, os princípios devem estabelecer o marco em que se desenvolverá essa regulação e a conseqüente interpretação das regras produzidas. Dessa forma, possuem uma *função positiva*, que consiste em determinar os valores que devem permear a regulação jurídica. Em contraposição, em sua *função negativa*, os princípios excluem os demais valores opostos e as regras que deles derivem. Com isso, delimitam e justificam qual a regulação que está adequada ou não com o Direito Justo¹⁴⁷.

O conceito de Direito Justo de Larenz não remete para algo fora ou além do direito estabelecido ou do direito positivo. O Direito Justo é direito positivo, que possui vigência normativa e fática em um delimitado âmbito espacial e em um determinado momento histórico. Como nem todo direito positivo é considerado justo, pode-se dizer que o Direito Justo é um peculiar modo de ser do direito positivo¹⁴⁸.

Assim, os princípios são pensamentos diretores que orientam a regulação jurídica na direção do “justo” e, nesse sentido, constituem a representação jurídico-positiva dos *princípios do Direito Justo*. Os princípios, ao funcionarem como causas de justificação de uma

¹⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 33.

¹⁴⁷ Para Larenz, a função positiva dos princípios apresenta uma dose relativa de indeterminação que não existe na função negativa, a menos que se trate de um “caso limite”. A razão para isso está em que muitas vezes é mais fácil dizer que isso ou aquilo é absolutamente injusto, inadequado ou desproporcional, que dizer que é precisamente o justo, o adequado ou o proporcional. *Ibidem*, p. 33.

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 21. Na opinião de Arthur Kaufmann, não é possível, “por razões teórico-cognitivas, conhecer o ‘direito justo’ com perfeita exatidão. Possível é apenas a determinação do ‘direito não-injusto’”. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 2004, p. 65.

regulação, portanto, podem ser qualificados como princípios do Direito Justo introduzidos no direito positivo¹⁴⁹.

Os princípios do Direito Justo não possuem vigência em virtude do estabelecimento ou da autoridade de um legislador, nem por uma convicção jurídica generalizada¹⁵⁰, mas sim devido à sua “justeza”. A partir do momento em que são positivados e adentram o ordenamento, passam a ter vigência do mesmo modo que o direito positivo¹⁵¹.

Mas como reconhecer quais são os princípios do Direito Justo positivados num determinado ordenamento? Nesse caso, Larenz alerta para que não se cometa o erro de identificar os princípios pelo grau de abstração de uma regra. Para o autor, “o princípio não se obtém pela generalização de uma regra”¹⁵². “O grau de generalidade não é decisivo para o princípio. O decisivo é sua aptidão para configurar como causa de justificação de uma regulação jurídica”¹⁵³.

Para identificar os princípios do Direito Justo, Larenz remete para a “idéia do Direito”¹⁵⁴. A “idéia do Direito” pode ser considerada como o princípio fundamental de todo o

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 35.

¹⁵⁰ Neste ponto, parece existir uma tentativa de Larenz em superar posicionamentos positivistas para identificar os princípios de um ordenamento. Tanto a norma fundamental de Kelsen, que é fundamento de validade de todas as normas do ordenamento, como a regra de reconhecimento de Hart, que encontra respaldo na prática e na cultura jurídica de um sistema, não podem servir de lastro para o reconhecimento dos princípios de Direito Justo de Larenz.

¹⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 191. Em comentário a este pensamento de Larenz, vide: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 71.

¹⁵² Com essa concepção, Larenz aproxima-se das posições de Esser, que, como analisado, também considera um erro conferir às regras jurídicas o caráter de princípios pelo único motivo de estarem formuladas de forma geral. ESSER, Josef. *Op. cit.*, p. 122.

¹⁵³ *Idem, ibidem*, p. 35-35. Em comentário a este trecho da obra de Larenz, vide: ALEXEY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 83.

¹⁵⁴ De acordo com a filosofia de Gustav Radbruch, “a idéia do direito não pode ser outra senão a justiça”. Assim, o direito seria a realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, à justiça, isto é, à idéia do direito. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2004, p. 47. Por isso, Radbruch pôde conceber a existência de “leis que não são direito e do direito acima das leis”. RADBRUCH, Gustav. *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*. In: RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans.

Direito, ponto de referência de todos os demais princípios e, conseqüentemente, de toda regulação jurídica. Representa, assim, os “fins últimos do Direito”, como, por exemplo, a consecução da paz jurídica e a realização da justiça, os quais todo princípio deve ter a pretensão de realizar¹⁵⁵. Nesse sentido, os princípios do Direito Justo são determinações mais detalhadas, em seu conteúdo, da “idéia do Direito”¹⁵⁶.

Larenz enfatiza, porém, que os princípios do Direito Justo não são facilmente dedutíveis diretamente da “idéia do Direito”. Tampouco são obtidos por indução partindo-se do direito positivo¹⁵⁷. O verdadeiro significado, o conteúdo e o alcance de um princípio do Direito Justo apenas é revelado pelo processo de sua concretização. O princípio, em sua formulação lingüística, escapa de qualquer definição conceitual. As palavras utilizadas para descrever os princípios somente passam a ter significado real com o processo de concretização. Como afirma Larenz, “uma explicação dos princípios que se limite a convertê-los em palavras, sem penetrar em alguma de suas concretizações, corre o risco de permanecer num nível muito geral, em que cada um pode entender coisas diferentes”¹⁵⁸.

Derecho injusto y derecho nulo. Madrid: Aguilar; 1971. *Idem*. *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

¹⁵⁵ De acordo com Larenz, a *consecução e manutenção da paz jurídica e a realização da justiça* são consideradas os “fins últimos do Direito”. *Ibidem*, p. 42.

¹⁵⁶ Sobre a necessidade de se vincular o direito a critérios de justiça ou a uma “idéia do Direito”, vide também: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 2001, p. 321. Nas palavras de Engisch: “nós entendemos o Direito, não apenas como expressão do esforço efetivamente feito pelo legislador para realizar a justiça, para depois nos perguntarmos se o próprio legislador negou parcialmente este princípio por amor de outros, mas ainda no sentido de que a justiça ela mesma é a ‘idéia do Direito’ pela qual nós a cada passo havemos de apreciar se o Direito positivo é ou não digno de validade”. Segundo García Figueroa, a teoria alemã da “idéia do Direito” prenuncia, ainda que de forma remota, a teoria de Alexy. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Princípios y positivismo*. *Op. cit.*, p. 130.

¹⁵⁷ Essa assertiva demonstra a tentativa de Larenz de superar posicionamentos jusnaturalistas e positivistas na compreensão dos princípios. Os princípios do Direito Justo não fazem parte nem são obtidos a partir de um direito natural, de validade imanente; tampouco são encontrados, por indução, no direito positivo. Como afirma Larenz, os princípios do Direito Justo “encontram-se em um ponto intermediário entre a idéia do Direito como fundamento último da normatividade do Direito e as regulações concretas do Direito Positivo”. *Idem, ibidem*, p. 39.

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 36.

Portanto, deve-se distinguir o princípio, em si, de suas formas de desenvolvimento concreto no interior do ordenamento. É dizer, há que se diferenciar o princípio, como pensamento diretor ou condutor, das regulações jurídicas, por um lado, e das decisões de casos concretos, por outro. Assim, o sentido total e o alcance de um princípio serão compreendidos ao contemplar-se alguma de suas concretizações¹⁵⁹.

O enfoque dado por Larenz ao momento de concretização dos princípios aproxima-o das teses de Esser¹⁶⁰. Como acima analisado, Esser também considera que “a qualidade jurídica de um princípio não pode ser definida em abstrato”¹⁶¹ e “somente a partir do modo e fim da aplicação podem-se fazer afirmações concretas e objetivas acerca de sua procedência e destino (dos princípios jurídicos)”¹⁶². Por isso, o autor ressalta que “o erro sobre a relação entre princípio e norma não é só terminológico, mas também objetivo, porquanto se busca a distinção no plano da generalidade e não da qualidade, ou seja, da validade imediata”. Assim, para Esser é um equívoco “conferir às regras jurídicas o caráter de princípios pelo único motivo de estarem formuladas de forma geral”¹⁶³.

Nesses termos, as teorias de Esser e Larenz encontram-se num ponto comum: a consideração da existência de princípios que não fazem parte do ordenamento e que também não são dedutíveis de um direito natural, mas mesmo assim podem ser positivados e entrar em

¹⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 36-37, 52-53. Esse processo de compreensão, para Larenz, não deve se ater à formulação conceitual do princípio, sob pena de permanecer num nível abstrato muito alto, o que permitiria vários entendimentos diferentes a respeito de seu conteúdo. Por outro lado, não pode ir muito longe na análise das particularidades de uma regulação, pois poderá correr o risco de perder de vista o próprio princípio. O processo de compreensão do princípio deve, portanto, proceder no modo do conhecido “círculo hermenêutico”, descrito por Larenz na obra “Metodologia da Ciência do Direito”. LARENZ, Karl. *Metodologia ...*p. 13.

¹⁶⁰ Sobre a necessidade de concretização dos princípios, vide também: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996, p. 96.

¹⁶¹ ESSER, Josef. *Op. cit.* p. 88.

¹⁶² *Idem, ibidem*, p. 51.

¹⁶³ *Idem, ibidem*, p. 122.

processo de concretização, seja por meio de regulação ou da aplicação prática. A principal função desses princípios é auxiliar na descoberta da decisão justa para o caso concreto¹⁶⁴.

Encontra-se igualmente tanto em Esser como em Larenz a tentativa de superação de posicionamentos jusnaturalistas e positivistas de compreensão dos princípios¹⁶⁵. O Direito Justo de Larenz, que, como abordado, significa um “direito positivo justo”, é uma via intermediária entre a idéia de um direito natural e o positivismo jurídico¹⁶⁶.

A preocupação de Larenz com a “justeza” do direito e com sua aplicação no caso concreto, o que apenas seria possível por meio da positivação e concretização dos chamados princípios do Direito Justo, pode indicar uma nova aproximação, por meio desses princípios, entre direito e moral, assim como ocorre na teoria de Esser.

Essas novas perspectivas trazidas pela hermenêutica de Esser e Larenz influenciaram decisivamente o debate sobre a distinção entre princípios e regras. Posteriores estudos sobre essa diferenciação das normas jurídicas passaram a focar-se na hermenêutica do

¹⁶⁴ Os princípios também possuem a importante função de propiciar a “unidade interna” e “adequação valorativa” do sistema jurídico, como ensina Canaris. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996. Esse enfoque, no entanto, não será aqui adotado, apesar de ser relevante para representar o papel dos direitos fundamentais, como princípios que são, no sistema jurídico. Para o estudo do papel dos direitos fundamentais no sistema, com base nos ensinamentos de Canaris, vide: VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2004. Nesse trabalho, pretendíamos demonstrar que os direitos fundamentais irradiam efeitos por todo o sistema jurídico, mesmo no campo do Direito Privado. Daí a importância do pensamento sistemático e das abordagens de Canaris. No entanto, neste trabalho, por imperativo de delimitação do tema, o enfoque é dado para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, de modo que os estudos sobre o papel dos princípios na decisão do caso concreto apresentam-se, no momento, com maior importância.

¹⁶⁵ Sobre a “terceira via” entre jusnaturalismo e positivismo, vide: KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 2004, p. 61. De acordo com Kaufmann, “o direito natural e o positivismo tinham prescrito: um conceito objetivista de conhecimento, um conceito ontológico-substancial do direito (da lei), a ideologia da subsunção e a idéia de um sistema fechado. A hermenêutica declara bater-se contra todos estes dogmas”.

¹⁶⁶ Larenz, na construção de sua concepção do Direito Justo, remete para a teoria de Stammler. Segundo Larenz, Stammler, com sua teoria do Direito Justo, queria encontrar uma via intermediária entre a idéia de um direito natural válido *per se*, com independência do tempo e do espaço, e o positivismo, que em seu tempo dominava por toda parte o campo jurídico e a filosofia do direito. LARENZ, Karl. *Derecho Justo...* p. 23.

caso concreto. Não raro, evocaram uma forma de combate a vetustos posicionamentos jusnaturalistas, assim como uma superação da doutrina à época dominante, o positivismo. A remissão a uma “idéia do Direito” preside, ainda que de forma remota, a teoria de Alexy¹⁶⁷. A relevância dada ao papel dos princípios na argumentação jurídica conduz a uma nova forma de pensar o direito, um novo paradigma, chamado pós-positivismo.

1.1.1.3 – Princípios e regras em sentido estrito na concepção de Roscoe Pound

Na realidade anglo-americana, a teoria de Roscoe Pound apresenta-se como um claro antecedente das críticas de Dworkin ao modelo de regras concebido pelo positivismo jurídico¹⁶⁸. Em seu artigo “O modelo de regras” (*The model of rules*)¹⁶⁹, Dworkin reconhece que Pound já havia diagnosticado a tendência dos juristas de sua época em considerar o Direito como um sistema de regras, mostrando-se assim diretamente influenciado por suas teses¹⁷⁰.

O pensamento de Pound, ao lado das obras de grandes nomes como os de Oliver Wendell Holmes¹⁷¹ e Benjamin Cardozo¹⁷², compõe a chamada jurisprudência sociológica norte-americana¹⁷³, a qual se tornou um modelo de referência pela ênfase dada ao direito efetivamente aplicado pelos tribunais, em contraponto à jurisprudência analítica, que se

¹⁶⁷ Nesse sentido, vide: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Princípios y positivismo*. *Op. cit.*, p. 130.

¹⁶⁸ Cf.: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Princípios y positivismo*. *Op. cit.*, p. 127.

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. *University of Chicago Law Review*, 35, 1967, p. 39.

¹⁷⁰ Quem conhece a obra de Dworkin sabe que este autor não é muito cuidadoso em citar suas fontes, de modo que muitas vezes é difícil identificar a origem de algumas de suas idéias. No caso de Pound, no entanto, a influência está explícita nas citações que o próprio Dworkin faz daquele autor.

¹⁷¹ POUND, Roscoe. *Judge Holmes's contributions to the science of law*. In: *Harvard Law Review*, Vol. XXXIV, March 1921.

¹⁷² Vide: CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. Yale University Press, 1960. Tradução para o português: *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes; 2004. *Idem*, *The growth of the law*. London: Oxford University Press; 1924. Vide também: SCHWARTZ, Bernard. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Madrid: Civitas; 1980.

¹⁷³ POUND, Roscoe. *The scope and purpose of sociological jurisprudence*. In: *Harvard Law Review*, Vol. XXV, 1911-1912.

empenhava no estudo de institutos e conceitos jurídicos de forma abstrata, com o intuito de retirar conclusões pautadas pela lógica e pela comparação analítica¹⁷⁴. Com uma concepção mais pragmática do direito e da função judicial, Pound concebia um direito vivo ou dinâmico (*law in action*), formado não apenas por regras, mas por princípios, conceitos e critérios (*standards*), rechaçando o sistema estático de regras (*law in books*)¹⁷⁵ formulado pela jurisprudência analítica¹⁷⁶.

No seu famoso artigo, “Minha Filosofia do Direito” (*My Philosophy of Law*)¹⁷⁷, Pound tece algumas considerações a respeito do direito e dos tipos de normas e conceitos que o compõem, que posteriormente iriam influenciar diretamente o pensamento de Dworkin:

“Em vez de ser, como Bentham considerou que fosse, um agregado de regras, isto é, de regras em sentido estrito, tais como os dispositivos de um código penal, ele (o direito) é composto de preceitos, de uma técnica autorizada de desenvolvimento e aplicação dos preceitos e de um conjunto de ideais recebidos como finalidade ou propósito de uma ordem jurídica (...).”

¹⁷⁴ A jurisprudência analítica seria comparada às ciências biológicas, e os textos jurídicos a um *herbarium*. O jurista analítico pensa os conceitos jurídicos da mesma maneira que um botânico sistemático pensa as espécies do *herbarium*. POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Barcelona: Ariel; 1950, p. 171.

¹⁷⁵ Cf. NELKEN, David. *Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law*. In: *Legal Studies*. Vol. 4, July 1984.

¹⁷⁶ POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Barcelona: Ariel; 1950, p. 206. Em suas palavras; “o direito (*law*) é o conjunto de conhecimentos e de experiência pelo qual esta parte da engenharia social pode ser levada a cabo. Ele é algo mais do que um corpo de regras. Consiste em regras, princípios, conceitos e critérios (ou padrões) para a conduta e para a decisão. Mas também consiste em doutrinas e formas de pensamento profissional e de regras de arte profissionais mediante as quais os preceitos de conduta e de decisão podem ser aplicados, desenvolvidos e alcançar eficácia.”

¹⁷⁷ POUND, Roscoe. *My Philosophy of Law*. In: *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars*, publicado pela Julius Rosenthal Foundation, Northwestern University, 1941. Reeditado por Clarence Morris. *The Great Legal Philosophers*. University of Pensilvania Press, 1979. Na tradução para o português: “Minha Filosofia do Direito”. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 543-549. Neste trabalho, utiliza-se a tradução espanhola: “Mi Filosofía del Derecho”. In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (org.). *El ámbito de lo jurídico: lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Editorial Crítica; 2000, p. 303-314.

Em outro trabalho, “A aplicação das normas” (*The application of norms*)¹⁷⁸, Pound deixa explícita a idéia de que um sistema jurídico não é formado apenas por regras, mas também por princípios:

“É usual descrever o direito como um conjunto de regras. Mas, a menos que a palavra regra seja usada numa acepção tão lata, tal definição, enquadrada na referência a códigos ou por juristas que fixam seus olhos no direito de propriedade, fornece uma inadequada imagem dos múltiplos componentes de um moderno sistema jurídico. As regras, isto é, provisões definitivas e detalhadas para estados de fato igualmente definidos e detalhados, constituem o fundamento dos princípios jurídicos. (...) Em lugar das regras detalhadas, determinando exatamente o que acontecerá em face de uma situação de fato precisamente detalhada, passa-se a confiar em premissas gerais para o raciocínio jurídico. Esses princípios jurídicos, como os chamamos, são utilizados para criar novas regras, interpretar as antigas, medir seu âmbito de aplicação e reconciliá-las quando entram em conflito.”

Assim, com precedência às teses de Dworkin, Pound já tecia críticas ao modelo estrito de regras do positivismo¹⁷⁹. Em sua concepção, as regras sugerem uma imagem inadequada dos diferentes tipos de normas que compõem um sistema jurídico moderno¹⁸⁰. O direito seria formado por regras em sentido estrito, princípios, preceitos que definem concepções e preceitos que prescrevem critérios (*standards*). Todas essas categorias podem ser denominadas “regras em sentido amplo”¹⁸¹.

Para Pound, as regras (em sentido estrito) são preceitos que atribuem uma consequência jurídica definida e detalhada a uma situação de fato ou a um estado de coisas (*state of facts*) igualmente definido e detalhado¹⁸².

¹⁷⁸ POUND, Roscoe. *The application of norms*. In: *Idem. An introduction to the Philosophy of Law*. New Haven: Yale University Press, 1922, p. 114.

¹⁷⁹ As críticas destinam-se diretamente ao modelo de Jeremy Bentham, como igualmente o faz Dworkin, na introdução de sua obra: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes; 2002, p. VIII.

¹⁸⁰ POUND, Roscoe. *The application of norms*. In: *Idem. An introduction to the Philosophy of Law*. New Haven: Yale University Press, 1922, p. 115.

¹⁸¹ POUND, Roscoe. *Mi Filosofía del Derecho*. *Op. cit.* p. 310.

¹⁸² *Idem, ibidem*, p. 310.

Os princípios, por outro lado, são pontos de partida para o raciocínio e para a fundamentação jurídica. Caracterizam-se por não atribuir nenhuma consequência definida e detalhada a um estado de coisas ou a uma situação de fato. Na hipótese de uma situação que não esteja previamente regulada por uma regra, os princípios proporcionam a base para o raciocínio e para a fundamentação jurídica, indicando a solução a ser tomada¹⁸³. Eles atuam também como fonte de reconciliação quando as regras entram em conflito, fornecendo a fundamentação adequada para sua interpretação¹⁸⁴.

Os critérios jurídicos (*standards*) são medidas ou padrões de conduta a serem aplicados em cada caso. Exemplo de critério ou padrão jurídico encontra-se na exigência de razoabilidade¹⁸⁵.

As concepções jurídicas, por seu turno, são as categorias jurídicas que de uma certa forma delimitam o âmbito de aplicação de regras, princípios e critérios. Por exemplo: os institutos da fiança, do depósito, da venda, etc¹⁸⁶.

Todas essas distinções detalhadas, à primeira vista sem qualquer relevância prática, têm uma importante função: demonstrar que o direito é mais que um agregado de regras¹⁸⁷. Nas palavras do autor:

¹⁸³ POUND, Roscoe. *Mi Filosofía del Derecho. Op. cit.* p. 310. Em outro trabalho, Pound desta forma define os princípios: “o princípio é um ponto de partida autorizado para o raciocínio jurídico. Os princípios representam o trabalho de juristas, organizando a experiência judicial pela diferenciação dos casos, formulando um motivo como base para a diferença e comparando a experiência longamente desenvolvida de decisões em algum campo, reportando alguns casos a um ponto geral de partida para raciocínio e outros a outro ponto de partida semelhante, ou descobrindo um ponto de partida mais compreensivo para o campo inteiro”. POUND, Roscoe. *Que é lei?* In: *Idem. Justiça conforme à lei*. São Paulo: Ibrasa, 1976, p. 60.

¹⁸⁴ POUND, Roscoe. *The application of norms*. In: *Idem. An introduction to the Philosophy of Law*. New Haven: Yale University Press, 1922, p. 116.

¹⁸⁵ POUND, Roscoe. *Que é lei?* In: *Idem. Justiça conforme à lei*. São Paulo: Ibrasa, 1976.

¹⁸⁶ POUND, Roscoe. *Mi Filosofía del Derecho. Op. cit.* p. 310.

“A maior parte das queixas que a justiça tem encontrado neste século resulta da suposição de que o ‘direito’ tem um único e simples significado; que podemos tratá-lo como agregado de leis, que o direito é regra, e regra simples. (...) O direito é mais que um agregado de leis. É o que torna as leis instrumentos vivos da justiça. É o que permite aos tribunais ministrar a justiça por meio de leis; a restringi-las pela razão e a desenvolvê-las em toda a extensão da razão quando o legislador se mostra insuficiente.”¹⁸⁸

Com essas considerações, parece claro o posicionamento de Pound no sentido de atacar o modelo de regras descrito pelo positivismo, invocando, para tanto, novas categorias normativas. A distinção entre princípios e regras em sentido estrito formulada por Pound, ao basear-se em critérios semelhantes aos estabelecidos por Dworkin, pode ser considerada, nesse sentido, como um prefácio ao pensamento deste filósofo norte-americano.

1.1.2 – O marco do debate atual

1.1.2.1 – A distinção lógica ou qualitativa de Ronald Dworkin

1.1.2.1.1 – O ataque ao positivismo

Apesar da existência desses relevantes antecedentes a respeito da distinção entre princípios e regras, a discussão atual encontra seu marco precisamente no famoso artigo de Ronald Dworkin, “O modelo de regras” (*The Model of Rules*), publicado em 1967¹⁸⁹ e posteriormente incluído na obra “Levando os direitos a sério” (*Taking Rights Seriously*)¹⁹⁰. O

¹⁸⁷ POUND, Roscoe. *Juristic Science and Law*. In: Harvard Law Review. Vol. XXXI, June, 1918, p. 1.062. Vide também: POUND, Roscoe. *The end of law as developed in legal rules and doctrines*. In: Harvard Law Review, Vol. XXVII, January, 1914. POUND, Roscoe. *El derecho y la ciencia del derecho en las teorías recientes*. In: La Ley, tomo 29, enero/marzo, 1943.

¹⁸⁸ POUND, Roscoe. *Que é lei?* In: *Idem. Justiça conforme à lei*. São Paulo: Ibrasa, 1976, p. 64.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, p. 14-46, 1967. Existe tradução para o espanhol: *Es el derecho un sistema de reglas?*. México: Universidad Nacional Autónoma; 1977.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1977. Na tradução para o português: *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes; 2002.

objetivo deste artigo era proceder a um “ataque geral ao positivismo” (*a general attack on positivism*)¹⁹¹, especificamente, em sua “versão mais poderosa” formulada por Herbert Hart¹⁹².

Segundo Dworkin, a teoria positivista de Hart, ao tratar o direito como um sistema formado unicamente por regras, não conseguia compreender o processo de argumentação desenvolvido nos chamados “casos difíceis” (*hard cases*), onde operam normalmente outros tipos de padrões jurídicos distintos das regras propriamente ditas, como os princípios e as diretrizes políticas¹⁹³ (*principles and policies*). Os princípios não poderiam ser reconhecidos por meio de um critério formal (*test of pedigree*), como a regra de reconhecimento de Hart¹⁹⁴, de modo que o

¹⁹¹ Para Carlos Nino, as críticas de Dworkin são equivocadas nesse ponto, pois não atingem a tese central do positivismo: a de que o direito é um fenômeno social que pode ser identificado e descrito por um observador externo sem recorrer a considerações acerca de sua justificação ou valor moral. Assim, de acordo com Nino, atacar o sistema de regras positivista para incluir os princípios de nenhum modo afeta a tese central do positivismo. NINO, Carlos. *La superación de la controversia “positivismo vs. jusnaturalismo” a partir de la ofensiva antipositivista de Dworkin*. In: *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea; 2003, p. 145-173. Sobre outras críticas à teoria antipositivista de Dworkin, vide: RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*. Yale Law Journal, 81, 823, 1971-1972. CARRIÓ, Genaro. *Professor Dworkin’s Views on Legal Positivism*. Indiana Law Journal, Vol. 55, n° 2, 1979-1980. *Idem*. Principios y positivismo jurídico. In: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 225. *Idem*. Dworkin y el positivismo jurídico. In: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 353.

¹⁹² HART, Herbert. *The concept of law*. Oxford University Press, 1961. Na tradução para o português: *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996. Hart rebate as críticas de Dworkin em seu pós-escrito, publicado nas edições posteriores da obra “O conceito de direito”. Além do positivismo, Dworkin combate o utilitarismo. A respeito do debate entre Dworkin e Hart sobre utilitarismo e direitos, vide: HART, Herbert. *Entre utilidad y derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002. DWORKIN, Ronald. *Temos direito à pornografia?* In: *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes; 2001, p. 497.

¹⁹³ A tradução de “*policies*” por “diretrizes políticas” é a que mais consegue se aproximar do conceito utilizado por Dworkin para representar os padrões normativos que estabelecem um objetivo social, político ou econômico a ser alcançado em uma determinada sociedade. A diferença entre princípios e diretrizes será aprofundada na segunda parte do trabalho. De qualquer forma, como o próprio Dworkin acentua, o objetivo imediato de sua teoria é distinguir as regras dos princípios. DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, p. 14-46, 1967, p. 23.

¹⁹⁴ A regra de reconhecimento de Hart identifica as normas do sistema jurídico por sua origem fática, chamado de teste de origem ou “*pedigree*”. Os princípios não são determinados por este tipo de teste por que não podem ser reconhecidos por sua origem. Em resposta à essa afirmação de Dworkin, vide: CARRIÓ, Genaro. Principios y positivismo jurídico. In: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2006, p. 304.

modelo de regras positivista deveria ser substituído por um modelo compreensivo de princípios e outros padrões jurídicos¹⁹⁵.

Dworkin então estabelece uma distinção entre regras e princípios de natureza qualitativa ou lógica (*logical distinction*), com base na orientação diferenciada que cada tipo de norma fornece para as decisões jurídicas¹⁹⁶.

1.1.2.1.2 – A aplicação disjuntiva das regras

No modelo de Dworkin, as regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*). Isso quer dizer que, “dados os fatos que uma regra estipula, ou ela é válida, e neste caso a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”¹⁹⁷.

Assim, pode-se dizer que as regras são aplicadas de maneira disjuntiva. No exemplo erigido pelo próprio Dworkin, se uma regra exigir que o testamento só é válido se for assinado por três testemunhas, nenhum testamento será válido quando assinado por apenas duas testemunhas. De acordo com esta idéia, as regras apresentam uma estrutura binária, que determina uma aplicabilidade regida pela “lógica do *aut-aut*”¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Dworkin também critica a tese do poder discricionário defendida pelos positivistas. Em ataque às teses de Hart, que afirma que os juízes decidem discricionariamente quando as normas do sistema não indicam uma solução para o caso, Dworkin defende que quando as regras não determinam uma decisão, os juízes devem recorrer aos princípios. Assim, o direito, composto por regras e princípios, sempre oferece a resposta correta para todos os casos. Sobre a resposta correta, vide: DWORKIN, R.. *Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?* In: *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes; 175.

¹⁹⁶ A análise de Dworkin parte do exemplo da decisão tomada por um tribunal do Estado de Nova York, no caso *Riggs vs. Palmer*, 115, N. Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, 1967, p. 25.

¹⁹⁸ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Princípios y positivismo*. *Op. cit.*, p. 164. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003.

Nesse sentido, a subsunção é o modelo adequado para a aplicação das regras. Quando uma regra prescreve que ocorrido o fato A deve seguir-se a consequência B, essa lógica somente será desrespeitada se ocorrerem dois fatores: 1) ou a regra é inválida e, portanto, não se aplica ao caso; e, assim, não oferece qualquer orientação para a decisão; 2) ou existe uma regra de exceção, isto é, uma outra regra que, observadas certas condições, exclua a aplicação da primeira regra.

Dessa forma, as regras podem conter exceções. Se assim o for, o enunciado da regra deve enumerar todas as exceções, sob pena de incompletude. Segundo Dworkin, “a regra pode ter exceções, mas se as tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra”¹⁹⁹.

Portanto, o modelo de aplicação disjuntiva ou de “tudo-ou-nada” das regras está vinculado ao imperativo de enumeração exaustiva das exceções²⁰⁰. Isso significa que a regra, no sentido atribuído por Dworkin, consiste num “setor jurídico axiomatizado”²⁰¹.

1.1.2.1.3 – A dimensão de peso dos princípios

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, 1967, p. 25.

²⁰⁰ Essa tese de Dworkin foi fortemente combatida por diversos autores. Por exemplo, Genaro Carrió, em estudo crítico sobre a obra de Dworkin, afirma que “é impossível” enumerar de forma exaustiva todas as exceções a uma regra. CARRIÓ, Genaro. Dworkin y el positivismo jurídico. In: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 353. Alexy, por seu turno, ressalta que “nunca se pode estar seguro de que em um novo caso não haja necessidade de se introduzir uma nova cláusula de exceção”. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 100.

²⁰¹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo*. *Op. cit.*, p. 166. O sistema axiomatizado está caracterizado pela integridade, independência, completude e coerência normativa. Nesse sistema não há lacunas, antinomias ou redundâncias.

Os princípios, ao contrário, não estabelecem as condições que tornam sua aplicação necessária, mas apenas conduzem a argumentação numa certa direção. Pode haver princípios que apontem para direções opostas, caso em que um deles não será levado em consideração na decisão. No entanto, isso não quer dizer que o princípio não aplicado não seja parte do sistema jurídico. Quando dois princípios entram em conflito, o julgador deve saber mensurar a força relativa de cada um, para então determinar qual deles deverá prevalecer. Nesse sentido, os princípios possuem uma *dimensão de peso* ou *importância*²⁰².

As regras, por outro lado, não possuem essa dimensão. Elas são ‘funcionalmente importantes ou desimportantes’, isto é, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. “A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras”, como, por exemplo, as que dão precedência para a regra promulgada pela autoridade superior, para a regra promulgada mais recentemente ou para a regra mais específica²⁰³.

Contudo, ressalta Dworkin, por meio da análise da forma de uma norma jurídica nem sempre é possível dizer se ela constitui uma regra ou um princípio. A utilização de palavras como “razoável”, “injusto”, “negligente”, faz com que as regras muito se assemelhem aos princípios. “Às vezes, a regra e o princípio podem desempenhar o mesmo papel e a diferença entre eles chega a ser quase uma questão de forma”. Por isso, em muitos casos torna-se difícil estabelecer a distinção entre uma regra e um princípio²⁰⁴.

²⁰² DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, 1967, p. 25.

²⁰³ *Idem, ibidem*, p. 27.

²⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 28.

As teses de Dworkin a respeito dos princípios foram expandidas até a concepção global do Direito encontrada em “O império do Direito” (*Law’s Empire*)²⁰⁵ e “Uma questão de princípio” (*A matter of principle*)²⁰⁶ e reanimaram as discussões da teoria e filosofia do direito nas últimas décadas. A teoria dworkiniana renovou temas centrais como a relação entre direito e moral, a criação judicial do direito, a argumentação jurídica, a tipologia das disposições normativas²⁰⁷, trazendo assim novos enfoques para as teorias que intentaram superar a dicotomia jusnaturalismo e positivismo e seus reducionismos teóricos²⁰⁸. Dentre as teorias que claramente obtiveram sua influência, destaca-se a teoria dos princípios construída por Alexy.

1.1.2.2 – A teoria dos princípios de Robert Alexy

Robert Alexy introduziu suas teses no artigo “Sobre o conceito de princípios jurídicos” (*Zum Begriff des Rechtsprinzips*)²⁰⁹, no qual, apontando os defeitos da teoria de Dworkin, tomou-a como base para uma reformulação da distinção entre princípios e regras²¹⁰.

Segundo Alexy, a tese de Dworkin de que os conflitos entre regras – tendo em vista sua aplicação disjuntiva ou de tudo-ou-nada – possuem uma estrutura inteiramente distinta

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 1999.

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes; 2001.

²⁰⁷ Cf. RUIZ MANERO, Juan. *Princípios jurídicos*. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J.. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, B.O.E; 1996, p. 150.

²⁰⁸ Apesar de existirem fortes indícios de que a teoria de Dworkin aproxima-se mais de um tipo de jusnaturalismo renovado, há quem afirme que Dworkin pretende inaugurar uma via intermediária entre jusnaturalismo e positivismo. Cf. CALSAMIGLIA, Albert. *Por que es importante Dworkin?* Doxa n° 2, 1985.

²⁰⁹ ALEXY, Robert. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*. Rechtstheorie, Beiheft 1, 1979. As teses apresentadas nesse trabalho foram posteriormente desenvolvidas na obra “*Theorie der Grundrechte*” (Teoria dos Direitos Fundamentais). Na tradução para o espanhol: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 86.

²¹⁰ Sobre a influência de Dworkin no pensamento de Alexy, vide: SOBREVILLA, David. *El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy*. In: Isonomia, n° 4, abril, 1996.

das colisões entre princípios – pois estas normas possuem uma dimensão de peso, ausente nas regras – oferece um ponto de apoio para a obtenção de critérios de distinção adequados²¹¹.

Observa Alexy, no entanto, que os critérios utilizados por Dworkin, apesar de importantes, não atingem o núcleo da diferenciação entre regras e princípios. Com efeito, Dworkin não explica porque os princípios entram em colisão da maneira por ele descrita, isto é, numa dimensão de peso.

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios, olvidado pela teoria de Dworkin, está em esclarecer as razões que justificam o fato de os princípios e as regras entrarem em colisão de forma diferenciada. Para tanto, Alexy elabora uma *teoria dos princípios* composta por três teses fundamentais: a) a *tese da otimização*; b) a *lei da colisão* e c) a *lei da ponderação*²¹².

1.1.2.2.1 – A tese da otimização

A tese fundamental da teoria dos princípios, e que representa a principal evolução de Alexy em relação a Dworkin, está na caracterização dos princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes²¹³. Em consequência, na teoria de Alexy os princípios assumem o caráter de *mandatos de otimização*, que podem ser cumpridos em diferentes graus e cuja medida de cumprimento não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras que jogam em sentido contrário. Os

²¹¹ ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara; 2002, p. 13.

²¹² ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 295.

²¹³ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. In: Doxa n° 5, 1988, p. 143.

princípios, portanto, possuem um caráter *prima facie*, pois oferecem apenas razões *prima facie*, o que significa que o fato de um princípio valer, em tese, para um caso concreto, não significa que ele servirá como razão definitiva para esse mesmo caso, ou seja, não quer dizer que a consequência jurídica nele prevista será observada²¹⁴.

No conceito de Alexy, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não, ou seja, se uma regra é válida, então está ordenado fazer exatamente o que ela exige²¹⁵. Sua aplicação responde à lógica do tudo-ou-nada, como proposto por Dworkin²¹⁶. Por isso, são caracterizadas como *determinações* no âmbito do fática e juridicamente possível, comportando-se como *mandatos definitivos*, que fornecem *razões definitivas* para juízos concretos de dever ser²¹⁷.

A divisão estabelecida por Alexy entre mandatos definitivos e mandatos de otimização revela uma *distinção qualitativa* entre regras e princípios, tal qual a formulada por Dworkin. Para ambos os autores, toda norma ou é uma regra ou um princípio²¹⁸.

1.1.2.2.2 – A lei da colisão

A distinção proposta por Alexy adquire maior clareza com o estudo das colisões entre princípios e dos conflitos entre regras. Em ambos os casos existem duas normas que, aplicadas separadamente, levam a resultados incompatíveis entre si, ou seja, conduzem a

²¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 86.

²¹⁵ ALEXY, Robert. *Rights, legal reasoning and rational discourse*. In: Ratio Juris, Vol. 5, n° 2, July, 1992, p. 145.

²¹⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004, p. 162.

²¹⁷ Nesse ponto, Alexy adota a tese da aplicação disjuntiva das regras formulada por Dworkin.

²¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 87. DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, 1967.

juízos de dever ser contraditórios. A diferença fundamental entre os dois fenômenos está na maneira como se soluciona o conflito²¹⁹.

No caso do conflito entre regras, a solução somente é obtida pela declaração de invalidez de uma das regras ou pela introdução de uma cláusula de exceção em uma delas²²⁰. Este é o âmbito de aplicação por excelência das máximas de solução dos conflitos entre regras como “*lex posterior derogat legi priori*” e “*lex superior derogat legi inferiori*”²²¹.

As colisões entre princípios resolvem-se de forma totalmente diversa. Quando dois princípios entram em colisão, um deles deve ceder ante o outro, mas isso não significa que se tenha de declarar a invalidez do princípio afastado ou nele inserir uma cláusula de exceção. O que ocorre é que, de acordo com as circunstâncias de determinado caso, um dos princípios deve prevalecer ante o outro. Sob outras circunstâncias, observadas em caso distinto, o princípio antes rechaçado poderá ter prevalência. A solução dependerá, portanto, do contexto fático e jurídico de cada caso²²².

Pode-se dizer então que os princípios possuem pesos diferentes conforme as circunstâncias do caso concreto. Por esta razão, Alexy retoma a teoria de Dworkin para enfatizar

²¹⁹ ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 295.

²²⁰ Contra as teses de Dworkin, Alexy defende que as cláusulas de exceção introduzidas nas regras não podem ser enumeradas exhaustivamente, nem sequer teoricamente. Como afirma o autor, nunca se pode estar seguro de que em um novo caso não haja necessidade de se introduzir uma nova cláusula de exceção. Tendo em vista a quantidade indefinida de exceções, as regras, assim, podem perder seu caráter estritamente definitivo e adquirir um caráter *prima facie*. Mas, nesse caso, o caráter *prima facie* adquirido pelas regras em razão da perda de seu caráter definitivo é distinto do caráter *prima facie* dos princípios. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 100.

²²¹ ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 296.

²²² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 89.

que o conflito entre regras acontece no plano da validade e a colisão entre princípios ocorre numa *dimensão de peso*²²³.

Assim, a solução da colisão entre princípios é encontrada levando-se em conta as circunstâncias do caso, pela qual pode-se estabelecer entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em analisar cada caso e averiguar sob quais condições um princípio prevalece sobre o outro²²⁴.

Com isso, Alexy formula a *lei da colisão*, que desta forma dispõe: “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”. Explicando de outra forma, isso quer dizer que a satisfação das condições de prioridade de um princípio leva consigo a aplicação da consequência jurídica por ele estabelecida. Assim, se dadas certas circunstâncias *C*, o princípio *P1* prevalece sobre o princípio *P2*, e se o princípio *P1* estabelece a consequência jurídica *R*, então vale a regra que contém *C* (circunstâncias do caso) como suporte fático e *R* como consequência jurídica estabelecida pelo princípio prevalecente. Simplificando, pode-se dizer que dado *C*, aplica-se *R*²²⁵.

A lei da colisão representa um dos fundamentos da teoria dos princípios de Alexy. Ela reflete o caráter dos princípios como mandatos de otimização e demonstra que entre os princípios de um sistema jurídico não existem relações de precedência incondicionada ou

²²³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 89. Sobre a dimensão de peso, vide: DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, 1967.

²²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 92.

²²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 94. Vide, também: ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, Vol. 13, nº 3, september 2000, p. 297.

relações absolutas ou abstratas de precedência, mas apenas relações de precedência condicionada. A tarefa de otimização, nesse sentido, consiste em estabelecer ditas relações de maneira correta²²⁶.

1.1.2.2.3 – A lei da ponderação

Alexy estabelece uma conexão entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade, que pode ser descrita da seguinte forma: “a teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e este implica aquela”. Isso significa que o princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação propriamente dita), decorrem logicamente da teoria dos princípios.

Esse relacionamento com o princípio da proporcionalidade baseia-se na própria definição dos princípios. Como mandatos de otimização, os princípios devem ser cumpridos na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Os subprincípios da adequação e necessidade implicam que os princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades fáticas. Por outro lado, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito indica que os princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas, é dizer, a medida de seu cumprimento depende dos princípios que jogam em sentido contrário. Trata-se, neste caso, de ponderação de princípios em conflito. A ponderação será indispensável quando o cumprimento de um princípio significar o descumprimento do outro, ou seja, quando um princípio somente puder ser realizado à custa de outro princípio.

²²⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 95. *Idem*. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 297.

Para a ponderação de princípios, Alexy formula a seguinte lei, chamada de *lei da ponderação*: “quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”. Assim, de acordo com a lei da ponderação, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro princípio²²⁷.

A lei da ponderação constitui o método de fundamentação para os enunciados que estabelecem as relações de preferência condicionada entre os princípios. A racionalidade da ponderação depende dessa fundamentação²²⁸.

A teoria dos princípios adquiriu um papel central na obra de Alexy. A noção de princípio por ela defendida serve de base para a teoria da argumentação jurídica²²⁹, para a teoria dos direitos fundamentais²³⁰ e para a teoria do direito²³¹, que compõem o conjunto da obra de Alexy.

A distinção entre princípios e regras elaborada por Dworkin e reformulada posteriormente por Alexy consolidou a idéia que já vinha sendo construída desde Pound no contexto norte-americano e Esser na realidade europeia: a de que o direito não é constituído apenas por regras, mas por princípios, normas que abrem caminho para a entrada dos valores no

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 161. *Idem*. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 298.

²²⁸ A fórmula da lei da ponderação e os problemas que ela suscita, mormente relacionados à racionalidade da ponderação, não serão aqui analisados pormenorizadamente. Por ora, a análise deve focar-se apenas na distinção entre princípios e regras.

²²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy; 2001.

²³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.

²³¹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004.

direito – como defendido por Radbruch – em oposição às teses positivistas²³². A idéia de princípio como norma, e não mais apenas como mero valor despido de caráter deontológico, e a consideração do papel exercido por essas normas no sistema e na argumentação jurídica, adentrou o debate filosófico-jurídico com tamanha força que fez despertar um novo paradigma, chamado de pós-positivismo²³³.

Como não poderia deixar de ser, o tratamento teórico da distinção entre regras e princípios não ficou estagnado nas relevantes contribuições de Dworkin e Alexy, que passaram a servir de marco para posteriores estudos relacionados ao tema. Os novos enfoques sobre a diferenciação tipológica das normas têm procurado lançar olhares críticos sobre os modelos de Dworkin e Alexy. Dentre outros, destacam-se as contribuições de Manuel Atienza e Ruiz Manero.

1.1.3 – Novos enfoques: as distinções estrutural e funcional de Manuel Atienza e Ruiz Manero

Um dos modelos atuais mais interessantes está nas distinções estrutural e funcional²³⁴ formuladas por Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero no artigo “Sobre princípios e regras” (*Sobre principios y reglas*)²³⁵.

²³² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2004.

²³³ Vide, introdução.

²³⁴ Atienza e Ruiz Manero também estabelecem um terceiro enfoque, que toma em consideração a conexão entre as normas e os interesses e relações de poder existentes na sociedade. Esse enfoque não será aqui abordado, pois parte de uma perspectiva sociológica, não tendo, portanto, relação com as distinções estrutural e funcional entre regras e princípios, relevantes para as análises deste trabalho.

²³⁵ O artigo, que foi publicado num primeiro momento na revista *Doxa*, nº 10, em 1991, depois foi inserido como primeiro capítulo da obra “*Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*”. Barcelona: Ariel; 1996. Também sobre a distinção entre princípio e regras, vide: ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel; 2003.

Na abordagem de Atienza e Ruiz Manero, possui especial importância a distinção entre *princípios em sentido estrito* e *diretrizes*, que de certa forma revigora a distinção entre *principles* and *policies* formulada por Dworkin e posteriormente abandonada por Alexy²³⁶. Os *princípios em sentido estrito* são normas que expressam os valores superiores de um ordenamento jurídico, e as *diretrizes* são normas programáticas que estabelecem objetivos a serem realizados²³⁷.

Assim, partindo dessa divisão entre regras, princípios em sentido estrito e diretrizes, Atienza e Ruiz Manero analisam as normas como entidades organizadas de uma certa forma – o que constitui o *enfoque estrutural* – assim como a função que essas normas cumprem no raciocínio jurídico – o que configura o *enfoque funcional*.

1.1.3.1 – O enfoque estrutural: regras e princípios como estruturas normativas

No enfoque estrutural, a questão está em saber se os princípios, assim como as regras, podem ser formulados segundo um *esquema condicional*, que correlacione caso (conjunto de propriedades) e solução (qualificação normativa de uma determinada conduta, isto é, a qualificação de uma conduta como obrigatória, permitida ou proibida)²³⁸. Trata-se, portanto, de

²³⁶ Atienza e Ruiz Manero estabelecem outras distinções entre os princípios, mas que não serão aqui especificadas. Como bem explica José Juan Moreso, o núcleo do trabalho de Atienza e Ruiz Manero está em sua distinção entre regras, princípios em sentido estrito e diretrizes. MORESO, José Juan. *El encaje de las piezas del Derecho*. In: *Isonomía*, n° 14, abril, 2001, p. 136.

²³⁷ José Juan Moreso considera a distinção entre princípios em sentido estrito e diretrizes apenas como uma questão de grau, e não como uma distinção entre duas categorias de normas que se excluem. Lembra, assim, que o próprio Dworkin, que fixou a diferença entre *principles* e *policies*, já alertava para as dificuldades de se traçar essa distinção de forma clara, pois tal distinção pode entrar em colapso ao se considerar que um princípio pode enunciar um objetivo social e que uma diretriz pode enunciar um princípio. MORESO, José Juan. *El encaje de las piezas del Derecho*. In: *Isonomía*, n° 14, abril, 2001, p. 154.

²³⁸ Atienza e Ruiz Manero partem do esquema condicional de Alchourrón y Bulygin. ALCHOURRÓN, C.; BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea; 1993. Porém esclarecem que este esquema somente é adequado para as chamadas *regras de ação*, que qualificam normativamente determinada conduta. Segundo Atienza e Ruiz Manero, além das regras de ação, o sistema jurídico

analisar se os princípios em sentido estrito e as diretrizes possuem ou não uma estrutura condicional (isto é, se eles correlacionam um caso com uma solução normativa), como ocorre com as regras.

De acordo com a análise de Atienza e Ruiz Manero, os princípios em sentido estrito (normas que expressam os valores superiores de um ordenamento jurídico) podem sempre ser formulados como enunciados que correlacionam casos com a qualificação normativa de uma determinada conduta. A diferença está em que os princípios configuram o caso de forma aberta, enquanto as regras o fazem de forma fechada. Nas regras, o conjunto de propriedades que conformam o caso constituem um conjunto determinado e finito, ainda que sua formulação possa apresentar problemas de indeterminação semântica²³⁹. Nos princípios, as propriedades que estabelecem as condições de sua aplicação sequer estão genericamente definidas.

Porém, se as condições de aplicação de um princípio em sentido estrito estão configuradas de forma aberta, o que resulta em seu elevado grau de indeterminação, o mesmo não ocorre quanto à descrição do modelo de conduta qualificado deonticamente, isto é, quanto à descrição da ação a ser realizada. Tanto nos princípios em sentido estrito como nas regras o modelo de conduta qualificado deonticamente está formulado de modo preciso. É dizer, em ambas as normas existe a prescrição específica da realização de uma ação. Por exemplo: o princípio de igualdade pode ser descrito com o seguinte enunciado condicional: se não existe nenhuma razão suficiente fornecida por outro princípio para um tratamento desigual, então está

também é formado por *regras de fim*, que qualificam deonticamente a obtenção de um estado de coisas. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 30.

²³⁹ A indeterminação semântica não afeta o caráter de regra de uma norma, a não ser que alcance um grau elevado o suficiente para causar a indeterminação das suas condições de aplicação. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 32.

ordenado um tratamento igualitário. Dessa forma, na combinação de fatores relevantes que se apresentam em um caso concreto, se o princípio de igualdade prevalece frente a outros princípios e regras que jogam em sentido contrário, seu cumprimento deve ser pleno: ou o princípio prevalece sobre todos os outros, e é cumprido, ou não prevalece, e não é cumprido. Não existe a possibilidade de cumprimento gradual²⁴⁰.

Portanto, a característica estrutural dos princípios em sentido estrito está em que as condições de sua aplicação estão configuradas de forma aberta, mas o modelo de conduta prescrito está formulado de forma fechada, assim como nas regras. Assim, quanto ao aspecto estrutural, a diferença fundamental entre princípios em sentido estrito e regras encontra-se apenas na descrição das condições de aplicação da norma²⁴¹.

Por outro lado, as diretrizes ou normas programáticas diferenciam-se das regras em ambos os aspectos: configuram de forma aberta tanto as condições de aplicação como o modelo de conduta prescrito. Por exemplo, as normas constitucionais que estabelecem a proteção à saúde e ao consumidor. Elas não ordenam, nem proíbem, nenhuma ação, mas apenas a consecução de um objetivo: que a saúde e os interesses dos consumidores sejam eficazmente protegidos. Como esses objetivos não são, obviamente, os únicos ordenados constitucionalmente, sua realização muitas vezes terá efeitos negativos na consecução de outros objetivos constitucionais. Assim, diferentemente dos princípios em sentido estrito, no caso das diretrizes não se trata de determinar a prevalência de uma ou outra com relação a um determinado caso,

²⁴⁰ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 32.

²⁴¹ Contra essas teses, vide: PECZENIK, Aleksander. *Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. In: *Doxa*, nº 12, 1992, p. 330.

mas de articular políticas capazes de lograr, em conjunto e no maior grau possível, a consecução de todos esses objetivos²⁴².

Dessa forma, as diretrizes ou normas programáticas podem ser definidas como princípios que devem ser cumpridos na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas (meios a serem aplicados para a realização do fim nelas prescrito) e jurídicas (diretrizes que estabelecem outros objetivos igualmente protegidos e que jogam em sentido contrário). Apenas as diretrizes ou normas programáticas podem ser cumpridas em diversos graus, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, o que não ocorre com os princípios em sentido estrito que, uma vez realizadas as condições de sua aplicação, devem ser cumpridos de forma plena. A diferença entre princípios em sentido estrito e diretrizes, neste aspecto, está no *cumprimento pleno* daqueles e no *cumprimento gradual* destas²⁴³.

Por isso, de acordo com Atienza e Ruiz Manero, a teoria de Alexy dos princípios como mandatos de otimização – normas a serem cumpridas na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas – aplica-se perfeitamente ao âmbito das diretrizes, mas pode resultar distorcida em se tratando de princípios em sentido estrito²⁴⁴. Essas questões serão melhor analisadas na segunda parte (princípios e valores).

²⁴² ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 33.

²⁴³ Para José Juan Moreso, não está claro que os princípios em sentido estrito requeiram sempre um cumprimento pleno. No caso de conflito entre princípios, são possíveis soluções que estabeleçam algum grau de compromisso entre diversos valores. MORESO, José Juan. *El encaje de las piezas del Derecho*. In: *Isonomía*, n° 14, abril, 2001, p. 151. Contra a possibilidade de os princípios exigirem apenas cumprimento pleno, e a utilização deste critério para diferenciar os princípios das diretrizes, vide: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. In: *Doxa*, n° 13, 1993, p. 321.

²⁴⁴ Em defesa da teoria de Alexy e contra a posição de Atienza e Ruiz Manero, vide: PECZENIK, Aleksander. *Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. In: *Doxa*, n° 12, 1992, p. 329.

Enfim, a distinção estrutural entre regras e princípios – e dentro destes, entre princípios em sentido estrito e diretrizes ou normas programáticas – pode ser resumida da seguinte maneira: a) as regras configuram de forma fechada tanto o suporte fático como a conduta qualificada deonticamente; b) os princípios em sentido estrito configuram de forma aberta o suporte fático e de forma fechada a conduta qualificada deonticamente; c) as diretrizes ou normas programáticas estabelecem de forma aberta tanto o suporte fático como a conduta qualificada deonticamente²⁴⁵.

1.1.3.2 – O enfoque funcional: regras e princípios como razões para a ação

O segundo enfoque dado por Atienza e Ruiz Manero à distinção entre princípios e regras parte da consideração desses dois tipos de normas como razões para a ação, cujo aporte doutrinário pode ser buscado em Herbert Hart²⁴⁶ e Joseph Raz²⁴⁷.

A análise é focada no conceito de *razões para a ação peremptórias* ou “razões protegidas”, na terminologia de Raz²⁴⁸.

Quando a norma fornece uma *razão para a ação peremptória* significa que ela constitui: a) uma *razão de primeira ordem* para realizar a ação por ela exigida e, b) uma *razão de*

²⁴⁵ RUIZ MANERO, Juan. *Principios jurídicos*. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta; Boletín Oficial del Estado – BOE; 1996, p. 153.

²⁴⁶ HART, Herbert. *Commands and authoritative legal reasons*. In: *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Oxford, Clarendon Press, 1982. Na tradução para o espanhol: HART, Herbert. *Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad*. In: *Isonomía* n° 6, abril, 1997.

²⁴⁷ RAZ, Joseph. *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991. Em excelente análise da obra de Raz, vide: BAYÓN, Juan Carlos. *Razones y reglas: sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph Raz*. In: *Doxa*, n° 10, 1991, p. 25-66. Sobre o debate a respeito do tema, vide: COMANDUCCI, Paolo. *Sobre las reglas como razones excluyentes. Um comentário al trabajo de Juan Carlos Bayón*. In: *Doxa*, n° 19, 1996, p. 163-168. BAYÓN, Juan Carlos. *Respuesta a Comanducci*. In: *Doxa*, n° 19, 1996, p. 169-180.

²⁴⁸ Sobre as razões para a ação na teoria de Raz como base da distinção funcional entre regras e princípios de Atienza e Ruiz Manero, vide: RÓDENAS, Ángeles. *Razonamiento judicial y reglas*. México D.F: Fontamara; 2000.

segunda ordem para excluir ou suprimir qualquer deliberação independente e autônoma por parte de seu destinatário sobre os argumentos a favor ou contra a realização da ação²⁴⁹.

As regras são razões para ação peremptórias²⁵⁰. Isso quer dizer que, uma vez preenchidas as condições de aplicação de uma regra, os órgãos jurisdicionais devem obrigatoriamente observá-la (*razão de primeira ordem*), excluindo seu próprio juízo acerca das razões a serem aplicadas ao caso (*razão de segunda ordem*)²⁵¹.

Os princípios (em sentido estrito), ao contrário, não fornecem razões peremptórias para a ação, porque ao configurarem de forma aberta as condições de sua aplicação e não determinarem, por conseguinte, em quais casos prevalecem frente a outros, exigem uma ponderação com outros princípios que sejam razões para atuar de outra maneira. Portanto, os princípios são razões de primeira ordem, no sentido de que determinam que a ação por eles exigida seja realizada, mas não são razões de segunda ordem, pois ao órgão jurisdicional está

²⁴⁹ Atienza e Ruiz Manero também desenvolvem o conceito *de razões para a ação independentes do conteúdo*. Quando as normas fornecem uma razão desse tipo, os órgãos jurisdicionais devem aplicá-las unicamente pelo fato de terem emanado de uma autoridade normativa competente. Vale o critério da fonte e não do conteúdo. Porém, segundo esse critério, não existe uma diferença marcante entre regras e princípios – motivo pelo qual não será aqui abordada –, pois ambas as normas devem ser cumpridas independentemente de seu conteúdo. Nesse caso, a diferença residiria apenas entre os *princípios explícitos* e os *princípios implícitos*. Os primeiros seriam razões independentes do conteúdo, pois estão positivados no ordenamento, enquanto os segundos, por não serem normas do direito positivo, dependem de seu conteúdo para serem aplicados. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 35.

²⁵⁰ Para Prieto Sanchís, ao considerar as regras como razões peremptórias para a ação, Atienza e Ruiz Manero demonstram excessiva confiança na finitude lógica de um sistema de regras, ou seja, na possibilidade de uma regra conter todas as exceções à sua aplicação. Como defende Prieto Sanchís, é improvável que uma regra possa configurar de forma fechada todas as hipóteses de sua aplicação assim como as exceções à essa aplicação. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 37-38.

²⁵¹ De acordo com García Figueroa, uma norma pode ser considerada uma regra desde o ponto de vista estrutural, porque suas condições de aplicação encontram-se determinadas de forma fechada, mas, desde uma perspectiva funcional, ser considerada princípio, porque não funciona como uma razão peremptória. Por isso, os enfoques estrutural e funcional podem entrar em contradição, pois é possível encontrar normas que são ao mesmo tempo regras segundo um enfoque estrutural e princípios segundo um enfoque funcional e vice-versa. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1998, p. 160.

permitido deliberar, por juízo próprio, acerca de sua aplicação ou não, o que na maioria das vezes depende de uma ponderação que leve em conta as razões constantes em outros princípios²⁵².

Quanto aos *princípios em sentido estrito* e às *diretrizes*, a distinção em termos de razões para a ação poderia ser formulada da seguinte maneira.

As diretrizes ou normas programáticas fornecem *razões para a ação de tipo utilitário*, o que quer dizer que quando uma diretriz ordena a consecução de um fim, o destinatário da norma deve realizar a ponderação entre os meios mais eficazes para a realização desse fim, levando em conta os interesses opostos protegidos por outras diretrizes e que porventura possam vir a ser afetados. Caberá ao destinatário a escolha do meio que seja ao mesmo tempo mais eficaz para a realização do fim prescrito pela norma programática e menos gravoso para os fins opostos ordenados por outras normas²⁵³.

Os princípios em sentido estrito, ao contrário, geram *razões de correção*, as quais operam como razões últimas na deliberação do destinatário. Isso significa que, quando um princípio prevalece sobre outro, ele atua como uma regra de ação, que ordena a realização da ação por ele prescrita, não cabendo ao destinatário da norma a ponderação entre meios e fins em razão de interesses opostos protegidos por outros princípios²⁵⁴.

Por isso, para Atienza e Ruiz Manero, a ponderação terá significados diversos conforme estejam em jogo princípios em sentido estrito ou diretrizes.

²⁵² ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 36.

²⁵³ *Idem, ibidem*, p. 37.

²⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 37.

Quando há colisão entre princípios em sentido estrito, a ponderação consiste em construir casos genéricos (conjuntos de propriedades) e determinar em quais prevalece um princípio sobre o outro. No caso de colisão entre diretrizes, a ponderação é levada a efeito para a escolha dos melhores meios para concretização de um objetivo, sempre tendo em consideração os interesses resguardados por diretrizes opostas, de modo que a realização do fim pretendido seja a menos lesiva possível para a concretização de outros fins²⁵⁵.

Assim, em análise da teoria de Atienza e Ruiz Manero, observa-se que os enfoques estrutural e funcional estão intimamente relacionados. As regras funcionam como razões para a ação peremptórias e exigem cumprimento pleno devido ao fato de tanto as condições de aplicação como o modelo de conduta prescrito estarem configurados de forma fechada e definida. Os princípios em sentido estrito não são razões para a ação peremptórias, mas fornecem razões de correção, exigindo cumprimento pleno, justamente porque configuram de forma aberta o suporte fático e de forma fechada o modelo de conduta qualificada deonticamente. As diretrizes ou normas programáticas, por seu turno, geram razões utilitárias, exigindo apenas cumprimento gradual, pois estabelecem de forma aberta tanto o suporte fático como a conduta qualificada deonticamente.

Enfim, Atienza e Ruiz Manero, por meio dos enfoques estrutural e funcional, constroem uma distinção forte ou qualitativa entre regras e princípios, o que aproxima sua teoria, neste aspecto, das teses de Dworkin e Alexy. Na distinção qualitativa de Dworkin, as normas ou são regras, e se aplicam à maneira do tudo-ou-nada, ou são princípios, e possuem uma dimensão de peso que permite sua ponderação com outros princípios. Segundo a distinção de Alexy, as

²⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 38.

normas ou são mandatos definitivos (regras) ou mandatos de otimização (princípios). Na teoria de Atienza e Ruiz Manero, o universo normativo está adstrito a uma destas categorias: razão peremptória (regras) ou não peremptória (princípios); determinação fechada (regras) ou aberta (princípios e diretrizes) da condição de aplicação; configuração fechada (regras e princípios) ou aberta (diretrizes) da conduta qualificada deonticamente; cumprimento pleno (regras e princípios) ou cumprimento gradual (diretrizes); razão utilitária (diretrizes) ou razão de correção (princípios).

Essa maneira estanque de ver a distinção entre regras e princípios –comum às teorias de Dworkin, Alexy e Atienza e Ruiz Manero – sem lugar para situações intermediárias, não fugiu às críticas de alguns autores, dentre os quais destacam-se Aulis Aarnio e Klaus Günther. Em seguida, as críticas desses autores serão utilizadas como ponto de reflexão inicial para a tentativa de *repensar a distinção entre regras e princípios*.

1.2 – Algumas críticas doutrinárias à distinção entre regras e princípios

As concepções doutrinárias até o momento analisadas abordam regras e princípios como dois tipos de normas independentes entre si, cada uma coberta por características próprias e exclusivas. Essas doutrinas estão bem representadas na seguinte afirmação de Alexy: “*toda norma é ou bem uma regra ou um princípio*”²⁵⁶.

Esse modo de ver as normas, que constitui a tese da *demarcação forte* ou *qualitativa*, segue algumas posições doutrinárias, que podem ser resumidas e agrupadas da seguinte forma:

²⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 87.

Com relação às regras:

- a) as regras configuram seu suporte fático e as conseqüências jurídicas por elas prescritas de forma fechada, definida e detalhada;
- b) as regras fornecem razões peremptórias ou razões definitivas, pois, uma vez realizado o seu suporte fático, devem ser obrigatoriamente aplicadas;
- c) as regras, portanto, são aplicadas de forma disjuntiva ou à maneira do tudo ou nada;
- d) assim, as regras são determinações no âmbito do fática e juridicamente possível, ou, em outras palavras, são mandatos definitivos;
- e) o conflito entre regras acontece no plano da validade. Verificado o conflito entre regras, a solução somente é obtida pela declaração de invalidez de uma das regras ou pela introdução de uma cláusula de exceção em uma delas;
- f) enfim, a subsunção é o modelo adequado para a aplicação das regras.

Quanto aos princípios:

- a) os princípios, devido à sua indeterminação semântica, configuram as condições de sua aplicação de forma aberta;
- b) por isso, não são razões peremptórias ou definitivas, mas apenas razões *prima facie*;

c) nesse sentido, os princípios são pensamentos diretores e causas de justificação de uma regulação ou de uma decisão jurídica. Em outras palavras, são pontos de partida para o raciocínio e para a fundamentação jurídica;

d) os princípios são mandatos de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes;

e) a colisão entre princípios ocorre numa dimensão de peso. Quando dois princípios entram em colisão, um deles deve ceder ante o outro, mas isso não significa que se tenha de declarar a invalidez do princípio afastado ou nele inserir uma cláusula de exceção;

f) enfim, a ponderação é o método adequado para a aplicação dos princípios.

Dessa forma, de acordo com a tese da demarcação forte ou qualitativa, as regras possuem certas características não observadas nos princípios e estes também estão singularizados por determinadas peculiaridades que não podem ser encontradas nas regras. Estabelece-se, portanto, uma rígida separação entre regras e princípios, sem que se possa conceber a existência de normas com características comuns a regras e princípios. Não há espaço para categorias intermediárias.

A tese da demarcação forte ou qualitativa tem sido objeto de duras críticas, dentre as quais destacam-se as teorias de Aulis Aarnio e Klaus Günther, a seguir analisadas.

1.2.1 – As críticas de Aulis Aarnio

Para Aulis Aarnio, a tentativa de distinguir regras e princípios falha em quatro níveis de análise: a) o nível da formulação lingüística da norma; b) o nível da estrutura da norma; c) o nível da validade da norma; d) o nível da posição das normas na argumentação jurídica²⁵⁷.

a) o nível da formulação lingüística da norma. Aulis Aarnio é categórico ao afirmar que “desde o ponto de vista lingüístico, não há diferença entre regras e princípios”. A expressão lingüística de qualquer norma pode ser precisa ou imprecisa. Assim como a precisão não é encontrada apenas na formulação lingüística das regras, a indeterminação também não é característica exclusiva dos princípios. As regras podem ser formuladas de forma vaga, ambígua ou imprecisa, podendo ser tão difíceis de interpretar quanto os princípios²⁵⁸.

Entre regras e princípios existe uma escala intermediária que pode dividir-se em quatro partes: a) *as regras propriamente ditas (R)*; b) *as regras que são ou que atuam como princípios (RP)*; c) *os princípios que são ou que atuam como regras (PR)*; d) *os princípios propriamente ditos (P)*²⁵⁹.

Para Aarnio, entre estes subgrupos de normas não existem limites bem demarcados mas, ao contrário, apenas uma escala de graduação que vai das regras aos princípios. Uma norma pode ser mais como uma regra do que como um princípio ou vice-versa. A diferença entre as normas seria mais uma questão de grau: umas são mais específicas, outras mais gerais.

²⁵⁷ Para entender as análises de Aarnio, deve-se diferenciar a *formulação da norma* (FN) da *norma* (N) propriamente dita. A interpretação recai não sobre a norma (N), mas sobre a formulação da norma (FN). A norma é o resultado da interpretação. AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997, p. 19-20.

²⁵⁸ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 143. *Idem*. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997, p. 24.

²⁵⁹ AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997, p. 24.

Portanto, no nível da formulação lingüística da norma, a tese da demarcação forte ou qualitativa não é válida, pois não há como estabelecer linhas divisórias estritas ou radicais entre regras e princípios²⁶⁰.

b) o nível da estrutura da norma. No nível da estrutura da norma, também não há diferenças marcantes entre regras e princípios.

Os princípios são considerados por Alexy como mandatos de otimização. Um mandato, porém, não é um princípio, mas uma regra, que deve ser seguida ou não. O mandato de otimização não pode ser cumprido de forma gradual; ou se otimiza ou não se otimiza. No caso de colisão entre dois princípios, ambos somente podem ser harmonizados de maneira ótima²⁶¹.

Portanto, o caráter deontológico de regras e princípios é similar. Ambas as normas contêm um operador deôntico, sendo irrelevante a forma de determinação semântica do âmbito de aplicação da norma. A formulação lingüística da norma não afeta sua estrutura normativa. Assim, desde o ponto de vista da estrutura normativa, regras e princípios são fenômenos deontológicos²⁶².

c) o nível da validade da norma. Com relação à forma como regras e princípios estão em vigor no ordenamento jurídico, a tese da demarcação forte também não é válida.

²⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 26.

²⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 27. Em resposta às teses de Aarnio, vide: ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 300-301. Nesse trabalho, Alexy admite que os princípios, como objetos da ponderação, não são mandatos de otimização propriamente ditos, mas *mandatos a otimizar* ou *mandatos a serem otimizados*. Porém, isso não quer dizer que se deva abandonar a referência aos princípios como mandatos de otimização, pois esta maneira de tratamento é a forma mais simples de representar a natureza dos princípios. O mandato de otimização, como regra, está contido no próprio conceito de princípio. O princípio implica o mandato de otimização e vice-versa. “São as duas faces de uma mesma moeda”.

²⁶² AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio...* p. 27.

No plano da validade formal²⁶³, não há diferenças entre as normas, pois as regras propriamente ditas (R), as regras que são como princípios (RP), os princípios que são como regras (PR) e os princípios propriamente ditos (P) são todos formalmente válidos, estando manifestados na legislação. Todas essas normas, portanto, possuem fundamento de validade numa mesma regra de reconhecimento. A diferença somente poderia ser encontrada entre as normas expressas e aquelas não expressas, como os princípios que não estão incorporados ao direito e que só obtêm apoio institucional ou adquirem sua natureza jurídica por meio do discurso jurídico. Porém, neste caso, a diferença não se daria entre regras e princípios mas entre normas expressas e não expressas²⁶⁴.

Quanto à validade material²⁶⁵, também não pode ser observada nenhuma distinção marcante entre as normas. Em situação de conflito, tanto regras como princípios podem ceder diante de outras regras e princípios opostos, sem que tenham de ser declarados inválidos. Por isso, Dworkin equivoca-se ao afirmar que quando duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A validade material tanto de regras como de princípios sempre dependerá da interpretação que leve em conta todos os fatores determinantes do caso. Só se pode falar de validade material das normas uma vez interpretadas²⁶⁶.

²⁶³ Trata-se da *validade sistêmica* descrita por Aulis Aarnio com base na divisão de Wróblewski entre validade *sistêmica*, *fática* (eficácia) e *axiológica* (aceitabilidade). AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 71.

²⁶⁴ AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio...* p. 28.

²⁶⁵ O termo validade material engloba a *validade fática* ou *eficácia* e a *validade axiológica* ou aceitabilidade da norma. AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 71.

²⁶⁶ AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio...* p. 28.

d) *o nível da posição das normas na argumentação jurídica*. Neste ponto, Aarnio considera as regras e os princípios como argumentos (razões) para justificar uma determinada decisão²⁶⁷.

Para Aarnio, as regras são razões definitivas, mas podem também fornecer razões *prima facie*. Os princípios, seguindo a mesma lógica, não fornecem apenas razões *prima facie*, mas também definitivas. As regras propriamente ditas (R) e os princípios que são ou atuam como regras (PR) são razões definitivas. Por outro lado, os princípios propriamente ditos (P) são razões *prima facie* e as regras que são ou atuam como princípios (RP) podem ser tanto razões definitivas como *prima facie*, dependendo das circunstâncias do caso. Dessa forma, regras e princípios cumprem papéis semelhantes na argumentação jurídica²⁶⁸.

Portanto, a tese da demarcação forte também falha no nível da posição das normas na argumentação jurídica.

A partir dessas análises, Aarnio considera que entre regras e princípios não existem diferenças qualitativas. A distinção só seria válida se a análise recaísse apenas sobre os limites extremos da escala entre regras e princípios (R, RP, PR, P), ou seja, tomando-se em consideração apenas as regras propriamente ditas (R) e os princípios propriamente ditos (P). Porém, como visto, existem regras que são ou atuam como princípios (RP) e princípios que são ou atuam como regras (PR). Essa zona intermediária faz com que não haja qualquer diferença na

²⁶⁷ Essa análise leva em conta regras e princípios como razões para a ação.

²⁶⁸ Para Aarnio, a única forma de conceber-se uma distinção forte com base na função da normas no discurso jurídico seria tomando-se em consideração os limites extremos da escala entre regras e princípios (R, P). No entanto, na área situada entre os extremos, não há diferenças marcantes entre regras como princípios (RP) e princípios como regras (PR). Assim, no plano da argumentação jurídica, a única distinção relevante entre regras e princípios está em que as regras são o ponto central da aplicação do direito e os princípios indicam a direção da interpretação ou aplicação das regras. AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio...*, p. 31.

formulação lingüística das normas, na estrutura normativa, no plano da validade e no papel que cada tipo de norma cumpre na argumentação jurídica.

Ademais, se a distinção não pode ocorrer no plano da expressão lingüística da norma (antes da interpretação) e no processo de interpretação e aplicação, tampouco existe após a interpretação. O resultado da interpretação tanto de regras como de princípios sempre será uma regra que fornece uma razão definitiva para a decisão.

Enfim, para Aarnio, as normas não podem ser separadas em categorias de regras e princípios. De forma geral, antes da interpretação as normas fornecem razões *prima facie*. Após a interpretação, ou seja, levando-se em conta todas as circunstâncias relevantes do caso, as normas fornecem razões definitivas. Esse posicionamento muito se aproxima às teses de Klaus Günther.

1.2.2 – As críticas de Klaus Günther

O núcleo das críticas de Klaus Günther está no enfrentamento das teses de Alexy sobre a distinção entre regras e princípios²⁶⁹. Como visto acima, Alexy defende uma distinção entre princípios e regras baseada na estrutura dessas normas e no destino da validade de cada qual em caso de colisão²⁷⁰.

²⁶⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy; 2004, p. 305-322. *Idem*. *A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification*. In: Ratio Juris, Vol. 2, July, 1989, p. 155-166. *Idem*. *Critical remarks on Robert Alexy's Special Case Thesis*. In: Ratio Juris, Vol. 6, n° 2, 1993, p. 143-156. *Idem*. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. In: Doxa, n° 17-18, 1995, p. 271-302.

²⁷⁰ Em resposta às críticas de Klaus Günther sobre a distinção entre princípios e regras, vide: ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, September 2000, p. 299.

Para Alexy, as normas ou são regras, e fornecem razões definitivas²⁷¹, ou são princípios, e constituem apenas razões *prima facie*. Nesse sentido, as regras são mandatos definitivos e os princípios configuram mandatos de otimização, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Trata-se de uma distinção qualitativa com fundamento na estrutura de cada tipo de norma²⁷².

Na teoria de Alexy, a distinção com base na estrutura das normas implica que o conflito entre regras resolva-se numa dimensão de validade, é dizer, que o conflito seja solucionado com a declaração de invalidez de uma das regras ou por meio da introdução de uma cláusula de exceção. A colisão de princípios, por outro lado, ocorre numa dimensão de peso, em que a solução é tomada com o afastamento, mas não com a invalidez, de um dos princípios²⁷³.

Portanto, para Alexy, a solução do conflito entre regras e da colisão de princípios depende da estrutura de cada norma. É neste ponto que recaem as críticas de Klaus Günther.

Para Günther, o modo de aplicação de uma norma não está de qualquer forma vinculado à sua estrutura, mas, ao contrário, depende das circunstâncias especiais de uma

²⁷¹ Como analisado, na teoria de Alexy, as regras podem fornecer razões *prima facie*, pois é impossível prever todas as exceções à sua aplicação. Tendo em vista a quantidade indefinida de exceções, as regras, assim, podem perder seu caráter estritamente definitivo e adquirir um caráter *prima facie*. Mas, nesse caso, o caráter *prima facie* adquirido pelas regras em razão da perda de seu caráter definitivo é distinto do caráter *prima facie* dos princípios. Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 100.

²⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 90-95.

²⁷³ *Idem, ibidem*, p. 90-95.

determinada situação concreta, na qual todos os implicados comunicam-se a respeito das razões para a ação fornecidas pelas normas²⁷⁴.

Assim, na opinião de Günther, a distinção fixada por Alexy na estrutura das normas pode ser reconstruída de modo mais adequado com base em “condições de conversação”, isto é, fazendo-se com que a diferença entre normas definitivas e normas *prima facie* dependa da “quantidade apreendida de informações comunicadas em uma conversação a respeito das razões da ação”²⁷⁵.

Para tanto, Günther segue proposta de Searle, que deixa de lado a distinção com base na classificação das normas para fundamentá-la numa “máxima de conversação”. Segundo Günther, essa proposta “tem a vantagem de fazer com que a distinção seja desvinculada do conceito da norma e da validade coercitiva de juízos normativos, para, em lugar disso, ancorá-la nas condições da ação, as quais estabelecem a forma de tratarmos as normas em situações”²⁷⁶.

Dessa forma, “a diferença consistiria mais em tratarmos um norma como regra, à medida que a aplicarmos sem considerar os sinais característicos desiguais da situação, ou como princípio, à medida que a aplicarmos mediante o exame de todas as circunstâncias (fáticas e jurídicas) em determinada situação”²⁷⁷.

Em suma, a diferença entre regras e princípios não pode ser encontrada na estrutura das normas. A questão de se uma norma é aplicada como regra, ou seja, sem a

²⁷⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy; 2004, p. 309-315. Klaus Günther baseia-se nas teses de Searle.

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 309-315.

²⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 310.

²⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 315.

consideração das características peculiares do caso concreto, ou como princípio, observando-se todas as circunstâncias fáticas e jurídicas de uma situação, sempre depende das condições de conversação.

De acordo com Günther, portanto, não existem normas-regra, por um lado, e normas-princípio, por outro, mas apenas normas válidas que no momento de aplicação (desvinculado da atividade de justificação) são tema de uma conversação a respeito das razões para a ação por elas fornecidas.

1.3 – Avaliação crítica: existe alguma diferença forte entre regras e princípios?

As críticas doutrinárias de Aulis Aarnio e Klaus Günther demonstram que a tese da demarcação forte é insustentável. Regras e princípios não podem ser divididos em categorias bem definidas e inconciliáveis. Certas propriedades normativas podem ser encontradas em ambos os tipos de normas, o que revela uma fundada dúvida sobre a real possibilidade de se separar e catalogar as normas entre regras, por um lado, e princípios, por outro.

A tarefa de distinguir as regras dos princípios encontra um obstáculo difícil de ser superado: a constatação de que certas características estruturais e funcionais supostamente exclusivas das regras podem ser achadas nos princípios e determinadas propriedades normativas supostamente encontradas apenas nos princípios podem ser também atribuídas às regras. Os tópicos seguintes são destinados a analisar essa constatação.

1.3.1 – Os problemas da distinção com base na estrutura da norma

As teorias de Dworkin, Alexy e Atienza e Ruiz Manero, que estabelecem uma distinção forte ou qualitativa²⁷⁸, possuem um ponto em comum: vinculam a distinção entre regras e princípios à estrutura das normas e relacionam esse aspecto estrutural com um enfoque funcional. Em outras palavras, pode-se dizer que na teoria desses autores os aspectos estrutural e funcional da dicotomia regras/princípios encontram-se fortemente imbricados.

A seguir será demonstrado que não é possível fundamentar uma distinção qualitativa ou forte com base na estrutura das normas e que esse enfoque estrutural pode entrar em contradição com o enfoque funcional.

Em primeiro lugar, é fácil observar que a configuração do suporte fático e das conseqüências jurídicas prescritas por uma regra não ocorre apenas de forma fechada, definida e detalhada. Muitas vezes as regras apresentam uma textura aberta e aparecem como critérios hermenêuticos e não como normas específicas e exaustivamente compreensivas do caso em exame²⁷⁹. Nesses casos, as regras também padecem de um elevado grau de indeterminação semântica, deixando assim de fornecer razões peremptórias ou definitivas para a ação. Como ressalta Aarnio, as regras podem ser tão difíceis de interpretar quanto os princípios²⁸⁰.

²⁷⁸ As teorias de Esser, Larenz e Roscoe Pound, acima analisadas, também estabelecem uma distinção qualitativa entre regras e princípios.

²⁷⁹ A incorporação dos chamados conceitos jurídicos indeterminados às regras corrobora essa afirmação. Sobre o assunto, vide: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Princípios y positivismo...* *Op. cit.*, p. 183-185.

²⁸⁰ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 143. *Idem. Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997, p. 24. Como afirma Juan Carlos Bayón, “la duda acerca de si el caso que se enjuicia es o no uno de aquellos en los que efectivamente se debe hacer lo que cierto principio afirma que generalmente se debe hacer en esa clase de situaciones no es fácil de distinguir de la duda acerca de si el caso enjuiciado es o no uno de aquellos en los que cierta regla afirma que siempre se debe actuar de un determinado modo”. BAYÓN, Jaun Carlos. *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 355.

Da mesma forma, é duvidosa a caracterização dos princípios como normas cuja condição de aplicação seja descrita apenas de forma aberta e indeterminada. A descrição aberta ou fechada do suporte fático de uma norma somente pode ser aferida diante do caso concreto e em comparação com outra norma. Uma norma pode estar formulada de modo semi-aberto, de forma que seu suporte fático poderá ser considerado aberto em alguns casos e fechado em outros²⁸¹. Ao fim e ao cabo, tudo dependerá das circunstâncias de aplicação e das demais normas com ela relacionadas. Ademais, como lembra Bayón, a vaguidade é ineliminável em toda linguagem natural, sendo a textura aberta uma característica comum nas normas, o que termina desfazendo qualquer tipo de distinção forte entre princípios e regras²⁸².

Dworkin reconhece que, por meio da análise da forma de uma norma jurídica, nem sempre é possível dizer se se está diante de uma regra ou de um princípio²⁸³. Com efeito, não é por outro motivo que Aulis Aarnio considera a existência de categorias intermediárias como as regras que são ou atuam como princípios (RP) e os princípios que são ou atuam como regras (PR). E, por isso, Guastini pode afirmar que “a vaguidade é um elemento comum a todo enunciado prescritivo, seja uma norma (regra) ou um princípio”²⁸⁴.

Atienza e Ruiz Manero tentam esclarecer que a vaguidade de uma regra diferencia-se da abertura de um princípio. Naquela, as condições de aplicação, apesar de constituírem um conjunto fechado, podem estar configuradas de forma vaga, causando uma indeterminação semântica. Para os autores espanhóis, no entanto, essa indeterminação não tem o

²⁸¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 39.

²⁸² BAYÓN, Juan Carlos. *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 360.

²⁸³ DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, 1967, p. 28.

²⁸⁴ GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999, p. 147.

efeito de descaracterizar a estrutura da regra. Nos princípios, ao contrário, o que ocorre é que as condições de aplicação sequer estão genericamente indicadas. Portanto, segundo Atienza e Ruiz Manero, a diferença estrutural está em que a indeterminação que contamina os princípios é mais radical que a das regras²⁸⁵.

Porém, logo em seguida Atienza e Ruiz Manero afirmam que entre as regras vagas e os princípios abertos (indeterminados) podem existir “casos de penumbra”²⁸⁶; e é justamente devido à existência desses casos que se pode aferir o aspecto problemático da tentativa de distinguir regras e princípios com base na estrutura das normas²⁸⁷.

Entre as normas-regra, que delimitam o suporte fático de forma definida e detalhada, e as normas-princípio, que sequer determinam as condições de sua aplicação, existe uma zona de penumbra formada por normas vagas e abertas em diferentes aspectos (regras que são como princípios e princípios que são como regras) cujas razões para a ação somente podem ser definidas no contexto de aplicação.

Portanto, os princípios também podem fornecer razões definitivas ou peremptórias e as regras podem representar razões *prima facie*²⁸⁸, o que Alexy chega a admitir, em crítica à teoria de Dworkin²⁸⁹.

²⁸⁵ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 31

²⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 31-32.

²⁸⁷ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo...* *Op. cit.*, p. 144.

²⁸⁸ AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997, p. 31.

²⁸⁹ Alexy chega a admitir que as regras também podem fornecer razões *prima facie*, porém em seguida defende que o caráter *prima facie* das regras é substancialmente diverso do caráter *prima facie* dos princípios. *Teoría de los derechos fundamentales*. *Op. cit.* p. 98-101.

Por isso, os enfoques estrutural e funcional da distinção entre regras e princípios podem entrar em contradição. Uma norma pode ser uma regra segundo o enfoque estrutural e um princípio de acordo com o enfoque funcional, e vice-versa. Em outras palavras, uma norma pode configurar de forma fechada seu suporte fático (regra) e não representar uma razão peremptória para a ação; e outra norma pode estar formulada abertamente (princípio) e, no entanto, funcionar como uma razão definitiva²⁹⁰. O que definirá qual a razão fornecida pela norma é o próprio contexto de aplicação. Nesse sentido são os argumentos de Aulis Aarnio e Klaus Günther, acima analisados²⁹¹.

Assim, a distinção qualitativa com base na estrutura da norma somente seria válida desconsiderando-se a existência da zona de penumbra e tomando-se como base apenas os extremos da escala de Aulis Aarnio, no qual figuram as regras e os princípios propriamente ditos (R,P)²⁹².

Por outro lado, é preciso ressaltar que a suposição de que as regras são configuradas de forma fechada, definida e detalhada e que fornecem razões peremptórias ou definitivas para a ação somente pode sustentar-se com base na idéia de uma *norma completa*, ou seja, uma norma que enumere *a priori* e de forma exaustiva todas as exceções possíveis à sua aplicação, sejam estas derivadas de seu próprio comando normativo ou de outras normas do ordenamento jurídico²⁹³. Como analisado anteriormente, para demonstrar que as regras sofrem

²⁹⁰ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo...* Op. cit., p. 160, 197.

²⁹¹ AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy; 2004.

²⁹² AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997.

²⁹³ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Ontología y función de los mandatos de optimización*. Artigo a ser publicado pelo Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana.

aplicação disjuntiva ou à maneira do tudo-ou-nada, Dworkin teve que representar a regra como um sistema axiomatizado no qual estão definidas todas as hipóteses de aplicação e as exceções a essa aplicação²⁹⁴. Atienza e Ruiz Manero, por seu turno, estabeleceram a regra como uma norma que descreve de forma fechada todas as hipóteses de sua aplicação.

Esse tipo de norma completa, tal qual a regra no conceito de Dworkin ou de Atienza e Ruiz Manero, é de difícilíssima – e não seria demais dizer que é de impossível – construção. Como ressalta Genaro Carrió, em crítica ao modelo de regras de Dworkin, “todas as regras possuem uma textura aberta e, por isso, contêm exceções que não são exaustivamente especificáveis de antemão”²⁹⁵.

O conceito de regra encontrado em Dworkin e aperfeiçoado por Atienza e Ruiz Manero demonstra excessiva confiança na finitude lógica do sistema de regras. Mas é improvável que se possa catalogar por completo todas as possíveis exceções à aplicação de uma solução normativa, pois por via legislativa ou jurisprudencial sempre podem aparecer novas exceções²⁹⁶. Neste ponto, Alexy tem razão ao criticar Dworkin com a afirmação de que “nunca se pode estar seguro de que em um novo caso não haja necessidade de se introduzir uma nova cláusula de exceção”²⁹⁷.

²⁹⁴ A resposta de Dworkin às objeções de Joseph Raz bem demonstram essa assertiva. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes; 2002, p. 120.

²⁹⁵ CARRIÓ, Genaro R.. Principios y positivismo jurídico. In: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 225. *Idem*. Dworkin y el positivismo jurídico. In: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p.353.

²⁹⁶ Sobre as exceções às regras criadas por via legislativa e por via judicial, vide: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo...* *Op. cit*, p. 174-177.

²⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 100.

Ademais, o problema não está só na impossibilidade de se conhecerem todas as exceções, mas também em não saber *a priori* quais casos não contemplados pela norma receberão o mesmo tratamento por meio do método analógico²⁹⁸. A questão de quando não se deve aplicar uma norma, por existir alguma exceção, assim como a de em quais casos podemos aplicá-la, pois sempre estará aberta a possibilidade de sua aplicação por analogia²⁹⁹, são mais complexas do que a idéia do tudo-ou-nada de Dworkin ou da razão peremptória de Atienza e Ruiz Manero³⁰⁰.

Uma razão clara e um tanto óbvia da impossibilidade de construção de uma norma completa reside justamente no postulado de que todas as regras devem ser interpretadas e aplicadas no contexto do ordenamento jurídico. Como enfatiza Prieto Sanchís, apoiando-se nas lições de Bayón³⁰¹, “a determinação do alcance de uma regra é sempre um produto de sua relação com o resto do ordenamento jurídico”. Em outras palavras, “que as regras tenham que ser interpretadas no contexto do sistema jurídico exclui a possibilidade de que possam atuar como razões suficientes”³⁰².

Nesse sentido, se as regras devem ser interpretadas levando-se em conta as demais normas do ordenamento jurídico, parece indubitável que regras e princípios estejam em permanente influxo e, portanto, que os princípios podem em muitos casos representar exceções à aplicação de uma regra. Assim, se se considera que os princípios são formulados de forma aberta

²⁹⁸ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo... Op. cit.*, p. 179-183.

²⁹⁹ Como afirma Neil MacCormick, “nenhuma linha de distinção nítida pode ser traçada entre a argumentação a partir de princípios legais e a argumentação a partir de analogias. As analogias – segundo MacCormick – só fazem sentido se houver razões de princípios subjacentes a elas”. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2006, p. 242.

³⁰⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 37-38.

³⁰¹ BAYÓN, Juan Carlos. *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 361.

³⁰² PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 35.

e indeterminada e que não se pode enumerar as possíveis exceções à sua aplicação, e ao mesmo tempo admite-se que os princípios podem fornecer razões para a não-aplicação de uma regra, a ilação a que se chega é de que logicamente as exceções às regras não podem ser previstas de forma exaustiva pelo ordenamento jurídico³⁰³. O modo como Bayón expressa esse entendimento é digno de nota³⁰⁴:

“(…) a mi entender esta observación nos muestra precisamente el flanco más débil de la caracterización de las reglas como ‘normas fuertes’, porque la determinación del alcance de una regla siempre es un producto de la relación entre dicha disposición y el resto del ordenamiento, y dicha relación descarta la posibilidad de que alguna norma del sistema funcione exactamente del modo que Dworkin afirma que lo hacen las reglas. Dworkin admite – y de hecho ésa es la situación em el caso que le sirve de modelo para su exposición, Riggs v. Palmer – que se puede producir una colisión entre un principio y una regla que determine que un cierto caso, indiscutiblemente comprendido en el campo de aplicación de la regla, deba ser tratado sin embargo de modo distinto a lo que ésta establece y precisamente en atención al principio. Pero si ello es así, entonces la idea de que siempre es posible enumerar de antemano las excepciones a una regla (a diferencia de lo que sucedería con los principios) sólo puede ser mantenida si se supone que una de las excepciones que incorpora toda regla del sistema tiene que ser algo parecido a ‘... y siempre que no sea aplicable algún principio que justifique una decisión diferente’; y entonces, dado que no es posible contar de antemano com una lista cerrada de todas las excepciones a los principios y por ende de todos y cada uno de los casos em los que son aplicables, la introducción de una cláusula de excepción semejante em la estructura de toda regla acaba siendo un auténtico caballo de Troya que destruye la diferencia entre principios y reglas tal y como la entiende la interpretación de la tesis fuerte de la separación que estoy criticando. La existencia misma de principios dentro del sistema (así como la posibilidad de fijar el alcance de un precepto mediante razonamientos analógicos, que em sustância no difieren de los argumentos sobre la base de principios) determina que entre principios y reglas solo pueda establecerse una diferencia de grado (...).”

Com base nesse entendimento, pode-se chegar à conclusão de que a construção de uma norma completa é inconcebível num Estado constitucional, no qual a Constituição é

³⁰³ *Idem, ibidem*, p. 38. BAYÓN, Jaun Carlos. *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 361.

³⁰⁴ BAYÓN, Juan Carlos. *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 361-362.

concebida como a norma suprema que irradia efeitos por todo o sistema jurídico³⁰⁵. A consequência disso é que regras e princípios devam permanecer em constante interação. Assim sendo, não é difícil constatar que todas as regras do ordenamento jurídico possuem infinitas exceções baseadas justamente nos princípios. Portanto, ao admitir-se fenômenos como a irradiação das normas constitucionais deve-se simultaneamente abandonar a tese de uma separação rígida entre regras e princípios com base numa caracterização daquelas como normas detalhadas que fornecem razões peremptórias ou definitivas para a ação³⁰⁶.

Essas razões demonstram que o enfoque estrutural não é suficiente para estabelecer uma distinção forte ou qualitativa entre regras e princípios. Como conclui Guastini, “a interpretação é capaz de transformar os princípios em normas (regras) e as normas (regras) em princípios”³⁰⁷. Enfim, tudo se resume a uma questão de interpretação, pois uma mesma norma, seja qual for a sua estrutura, poderá ser interpretada como regra ou como princípio, conforme o caso³⁰⁸.

1.3.2 – Os problemas da distinção com base no tipo de colisão e no modo de aplicação da norma

³⁰⁵ Riccardo Guastini entende a “*constitucionalização do ordenamento jurídico*” como um processo de total “*impregnação*” do ordenamento por normas constitucionais. Em suas palavras, “um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais” (trad. livre). GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México DF: Fontamara; 2003, p. 153. Pedro Cruz Villalón fala em “*ordenamento jurídico invadido pela Constituição*”. CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1999.

³⁰⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Ontología y función de los mandatos de optimización*. Artigo a ser publicado pelo Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Pérez Luño entende que as teses da aplicação tudo-ou-nada e do conflito na dimensão de validade das regras formuladas por Dworkin desconhecem a possibilidade de uma interpretação sistemática da Constituição. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª Ed. Madrid: Editorial Tecnos; 2003, p. 294.

³⁰⁷ GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999, p. 147.

³⁰⁸ GIANFORMAGGIO, Letizia. *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione basata su principi*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, gennaio/marzo, IV Serie, LXII, Giuffrè, 1985, p. 71.

Assim, a tese da demarcação forte com base na estrutura da norma não enxerga dois fenômenos facilmente constatáveis: a *principalização das regras* e a *regularização dos princípios*³⁰⁹.

Isso quer dizer, em outros termos, que a distinção no plano estrutural encontra sérios problemas quando transportada para o plano funcional. Para que a distinção qualitativa com base na estrutura tenha continuidade no plano funcional a distinção deve-se adotar o seguinte pressuposto: regras só podem entrar em conflito numa dimensão de validade e serem aplicadas por subsunção; e princípios somente podem colisionar numa dimensão de peso e serem aplicados pelo método da ponderação. Contudo, isso não é possível, como já anunciado anteriormente.

Como se sabe, as teorias de Alexy e Dworkin defendem que a colisão de princípios ocorre numa dimensão de peso, e que a solução dessa colisão não implica a perda de validade de qualquer dos princípios em jogo. No entanto, como ressalta Prieto Sanchís, isso não quer dizer que uma colisão entre princípios nunca possa ocorrer num plano de validade. Para o autor, “parece perfeitamente imaginável uma antinomia total entre dois princípios, de maneira que ambos não possam coexistir no mesmo ordenamento”³¹⁰.

No mesmo sentido, o conflito entre regras não ocorre apenas numa dimensão de validade, ou, melhor dizendo, não é certo que se siga necessariamente a invalidez de uma regra por

³⁰⁹ Sobre a principalização das regras e a regularização dos princípios, vide: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo...* Op. cit, p. 177-179.

³¹⁰ É bem verdade que essa colisão total entre princípios é de difícil ocorrência, mas isso não é devido a uma estrutura típica dos princípios, como defendido por Alexy, mas sim ao que se chama de “coerência ideológica da Constituição”. Com efeito, os princípios vigentes num ordenamento são construídos por um mesmo legislador como projeções de um certo modelo jurídico-político. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 35.

seu conflito com outra³¹¹. Como diz Aarnio, duas regras também podem entrar em colisão de forma que uma delas tenha apenas de ceder sem ter que ser declarada inválida³¹². As críticas de Herbert Hart a Dworkin são enfáticas nesse sentido:

“Não vejo razões nem para aceitar este contraste nítido entre princípios jurídicos e regras jurídicas, nem o ponto de vista de que, se uma regra válida for aplicável a um caso dado, deve, diferentemente de um princípio, determinar sempre o resultado do caso. Não há razões para que um sistema jurídico não deva reconhecer que uma regra válida determina o resultado nos casos em que é aplicável, exceto quando outra regra, julgada como sendo mais importante, seja também aplicável ao mesmo caso. Por isso, uma regra que seja superada, em concorrência com uma regra mais importante num caso dado, pode, tal como um princípio, sobreviver, para determinar o resultado em outros casos, em que seja julgada como sendo mais importante do que outra regra concorrente”³¹³.

Para Neil MacCormick, que também tece duras críticas a Dworkin, “em problemas de interpretação, as normas de fato competem com os princípios e não são invalidadas pela derrota na competição”³¹⁴.

Não se pode descartar a hipótese, portanto, de que o conflito entre regras ocorra numa dimensão de peso³¹⁵. Aliás, é mais comum e também mais coerente que a solução do conflito entre regras seja no sentido de harmonização de seus conteúdos deônticos, que pode ser realizada por meio da acomodação de seus âmbitos de validade, ou seja, conferindo-lhes um

³¹¹ Como afirma Genaro Carrió, “os conflitos entre regras nem sempre se resolvem negando a validade de uma delas” e, portanto, “a dimensão de peso não é propriedade exclusiva dos princípios”. CARRIÓ, Genaro. *Principios y positivismo jurídico*. In: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. Segundo Aleksander Peczenik, o princípio segundo o qual “normas incompatíveis não podem ser simultaneamente válidas” é falso. *Apud*, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo... Op. cit.*, p. 170.

³¹² AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997, p. 28.

³¹³ HART, Herbert. *Pós-escrito*. In: *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996, p. 323-324. No mesmo sentido: RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*. Yale Law Journal, 81, 823, 1971-1972.

³¹⁴ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2006, p. 303.

³¹⁵ Ademais, com bem afirma Neil MacCormick, em crítica a Dworkin, a “dimensão de peso” “é uma noção metafórica que pode induzir em erro exatamente pelo modo pelo qual recorre a uma qualidade de objetos materiais que é objetivamente mensurável. Na justificação de segunda ordem em casos exemplares – completa MacCormick – ocorre uma complexa interação entre considerações de princípio, argumentos consequencialistas e pontos questionáveis de interpretação de normas válidas estabelecidas”. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica...Op. cit.*, p. 202, 253.

âmbito de vigência pessoal, material, espacial e temporal parcialmente distinto, o que permite aplicar uma em certas ocasiões e a outra nas demais³¹⁶. Dessa forma, tanto no caso do conflito de regras como na colisão de princípios deve-se dar preferência para as soluções de cunho conciliador que permitam a permanência de todas as normas no ordenamento jurídico.

Com base nesses entendimentos, não é incorreto dizer que os princípios também podem ser aplicados pelo método da subsunção e que as regras em muitos casos necessitarão de uma ponderação prévia à sua aplicação. Como afirma García Figueroa, “o modelo de princípios não é incompatível com o ideal da subsunção”. Na verdade, ponderação e subsunção possuem uma relação recíproca. Amparando-se em Sieckmann, García Figueroa esclarece que a ponderação encontra utilização nos casos em que o ideal da subsunção não pode ainda ser realizado. Em outras palavras: “a subsunção é o ideal da ponderação e a ponderação a realidade da subsunção”³¹⁷.

Assim, a forma como regras e princípios entram em conflito, a maneira como se dá a solução desse conflito, assim como o tipo de aplicação ao caso concreto, não podem depender da estrutura de cada norma. Portanto, é equivocado dizer que se uma norma se caracteriza como regra num plano ontológico ela entrará em conflito com outra regra apenas numa dimensão de validade e será aplicada pelo método da subsunção. Da mesma forma, não se pode dizer que uma norma, identificada como princípio antes de qualquer confronto normativo ou fático, colisionará com outro princípio somente numa dimensão de peso e será aplicada por meio de ponderação.

³¹⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 42.

³¹⁷ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo... Op. cit*, p. 199.

Com isso, é possível afirmar que a distinção qualitativa ou forte também falha ao tentar distinguir regras e princípios com base no tipo de colisão e no modo de aplicação, o que comprova mais uma vez a falibilidade do enfoque estrutural.

1.3.3 – Mandatos de otimização ou mandatos a serem otimizados?

O problema do enfoque estrutural assume maior importância diante da análise da teoria de Alexy. Com efeito, Alexy vincula o modo de colisão e de aplicação dos princípios à sua estrutura de mandatos de otimização. Assim, na distinção qualitativa de Alexy, as regras são (se aplicam como) mandatos definitivos e os princípios são (se aplicam como) mandatos de otimização.

Além dos já analisados defeitos do enfoque estrutural, é possível identificar na figura alexyana do mandato de otimização algumas incongruências conceituais que, contudo, podem ser facilmente assumidas e superadas para que se reconstrua um modelo condizente com a distinção dúctil entre regras e princípios, que mais a frente será defendida.

Em primeiro lugar, pode-se dizer que a idéia de mandato de otimização não vale apenas para os princípios, mas também para as regras. Como analisado, as regras também podem possuir uma textura aberta, de modo que ofereçam razões *prima facie*, assim como entrar em conflito na dimensão de peso e, nesse caso, serem aplicadas por meio de uma ponderação. Tudo leva a crer, portanto, que não apenas os princípios, mas também as regras devem ser otimizadas de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, se o mandato de otimização não é uma característica peculiar dos princípios, como defende Alexy, logicamente não serve como critério de diferenciação entre regras e princípios. Se tanto regras como

princípios devem responder a um imperativo de otimização, como afirmado, o mandato de otimização propriamente dito não pode ser tido como um princípio, cuja aplicação pode se dar de forma gradual.

As críticas de Aulis Aarnio são contundentes nesse sentido. Para o autor, o mandato de otimização não pode ser aplicado de forma “mais ou menos”. Um mandato, de acordo com este conceito, é uma regra: ou se cumpre ou não se cumpre; ou se otimiza ou não se otimiza³¹⁸. O mandato deixa então de ser de otimização para transformar-se em definitivo.

Em sentido semelhante, Sieckmann propõe um modelo que distingue entre princípios e mandatos de otimização, no qual estes não constituem princípios como no modelo de Alexy, mas regras secundárias (*second order-rules*) que determinam a otimização de princípios em conflito³¹⁹.

Diante das críticas de Aarnio, compartilhadas por Sieckmann, Alexy passa a admitir que os mandatos de otimização representam comandos definitivos para que as normas sejam otimizadas. “Como mandatos de otimização, eles não devem ser otimizados, mas cumpridos”. Porém, isso não deve propiciar um “desmoronamento” da teoria dos princípios. Para Alexy, é necessário diferenciar entre os *mandatos de otimização* e os *mandatos a serem otimizados*³²⁰.

³¹⁸ AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997, p. 27.

³¹⁹ SIECKMANN, Jan-Reinard. *Legal System and Pratical Reason. On the Structure of a Normative Theory of Law*. In: Ratio Juris; Vol. 5, n° 3, december, 1992, p. 291-292.

³²⁰ ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 300.

Os mandatos a serem otimizados, ou mandatos que se otimizam, constituem o objeto da ponderação. Situam-se, portanto, no nível dos objetos. Os mandatos de otimização, por outro lado, situam-se num metanível. Neste metanível, os mandatos estabelecem o que se deve fazer no nível dos objetos, ou seja, ordenam que os mandatos que se otimizam sejam realizados na maior medida possível³²¹. Dessa forma, segundo Alexy, os princípios, como objetos da ponderação, não são mandatos de otimização, mas sim mandatos a serem otimizados ou mandatos que se otimizam³²².

Assim sendo, e tendo em vista que as regras também devem ser otimizadas, a ilação a que se chega é que tanto os princípios como as regras podem passar a ser considerados como mandatos a serem otimizados e não mais como mandatos de otimização. Princípios e regras estão situados no nível dos objetos a serem ponderados.

O mandato de otimização propriamente dito, por estar situado num metanível, pode ser conceituado como uma *metanorma* ou *regra secundária* (*second order-rule*) vinculada ao princípio da proporcionalidade, o qual também não pode ser caracterizado como princípio, mas como metanorma³²³. Assim, é preciso ter em mente que o mandato de otimização propriamente dito constitui uma metanorma de interpretação, a ser utilizada em casos de colisões

³²¹ *Idem, ibidem*, p. 300.

³²² Porém, segundo Alexy, isso não quer dizer que se deva abandonar a referência aos princípios como mandatos de otimização, pois esta maneira de tratamento é a forma mais simples de representar a natureza dos princípios. O mandato de otimização, como regra, está contido no próprio conceito de princípio. O princípio implica o mandato de otimização e vice-versa. “São as duas faces de uma mesma moeda?”. Assim, tudo aconselha a que se continue a utilizar a expressão mandatos de otimização e somente se parta para diferenciações mais refinadas quando um tipo de análise mais profunda o requeira. ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 301.

³²³ Em uma quase imperceptível nota de rodapé, Alexy esclarece que o que se costuma denominar de “princípio da proporcionalidade”, na verdade, não é um princípio. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales ... Op. cit.* p. 112. O princípio da proporcionalidade não é objeto de ponderação e, portanto, também não é objeto de um mandato de otimização. A proporcionalidade é uma regra, mais precisamente, uma regra secundária ou metanorma.

de normas (regras ou princípios), e não uma propriedade pertencente apenas à estrutura normativa dos princípios.

1.3.4 – O “paradoxo do principialismo” e o “efeito cavalo de tróia” da distinção entre regras e princípios

A partir dessas análises, fica constatado o fracasso da tentativa de separar regras e princípios em categorias bem delimitadas e mutuamente excludentes. Todos os critérios de distinção adotados pela tese da demarcação forte, com base na estrutura das normas, no tipo de colisão e no modo aplicação, falham em algum aspecto relevante e acabam por ter o efeito inverso de aproximar ainda mais esses dois tipos de normas. Em suma, o efeito prático da distinção qualitativa é o de regularizar os princípios e principializar as regras, ficando demonstrado que as características estruturais e funcionais supostamente observadas apenas nos princípios podem também ser encontradas nas regras e vice-versa.

Nada obstante, esse efeito inverso fica ainda mais transparente quando a análise foca-se no objetivo primordial das teorias qualitativas: o ataque ao positivismo.

Como abordado, as teorias que intentaram separar as normas em regras e princípios sempre tiveram uma finalidade comum: demonstrar que o modelo positivista de sistema jurídico, formado unicamente por regras a serem aplicadas por mera subsunção, estava equivocado, pois não podia dar conta das pautas normativas com caráter aberto e indeterminado, que serviam de lastro para a regulação e para o raciocínio jurídico. Assim, desde Josef Esser, na realidade europeia, e Roscoe Pound e Dworkin, no contexto norte-americano, a doutrina tem procurado estudar os princípios jurídicos, pensamentos diretores de todo o ordenamento jurídico

que atuam no processo de interpretação/aplicação jurídica abrindo espaço para a argumentação prática e moral. Não é de se estranhar, portanto, que as principais réplicas a estes estudos partiram das maiores autoridades positivistas de que se tem conhecimento: Kelsen³²⁴, em oposição a Esser, e Hart³²⁵, em contraposição a Dworkin.

Entretanto, se o objetivo era atacar o positivismo, provando que o direito não é formado apenas por regras, mas também por princípios, a formulação de uma distinção qualitativa ou forte parece não ter sido a estratégia mais eficaz. Além da utilização de critérios de diferenciação que acabaram tendo o efeito inverso e indesejado de aproximar ainda mais os princípios do modelo positivista de regras, como acima analisado, ela incorreu em uma falha ainda mais grave ao focar sua atenção não nos princípios, mas nas regras. Destarte, paradoxalmente, para uma distinção forte torna-se mais importante uma caracterização forte das regras do que uma caracterização forte dos princípios, como bem ressaltado por García Figueroa³²⁶.

A estratégia tem razão de ser. Se não existem regras com propriedades normativas próprias, não tem mais sentido falar em princípios. A solução seria referir-se apenas a normas em geral, que seriam aplicadas de formas diferenciadas conforme as circunstâncias de cada caso. Em face disso, as atenções voltaram-se para as regras e para a cuidadosa delimitação de suas características, o que permitiu contrastá-las com os princípios. Em outras palavras, os

³²⁴ Kelsen, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; 1986.

³²⁵ Hart, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996.

³²⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Princípios y positivismo...* *Op. cit.*, p. 200.

defensores da tese da separação forte entre regras e princípios viram-se forçados a sustentar um conceito forte de princípios por meio de um contraste com um conceito muito forte de regras³²⁷.

Nesse intento de caracterizar as regras, as teorias principialistas construíram um modelo de norma completa, cujas propriedades determinantes estariam na descrição fechada, definida e detalhada do suporte fático e das conseqüências jurídicas por ela prescritas. De antemão, essa norma completa já conteria a previsão de todas as exceções à sua aplicação.

Com esse modelo forte de regras criou-se um verdadeiro *paradoxo do principialismo*³²⁸, pois as teorias fortes, que tinham por objetivo primordial defender os princípios e o modelo de interpretação/aplicação que eles proporcionam, acabaram construindo um conceito de regra muito mais rígido e formalista do que o conceito positivista ao qual pretendiam combater³²⁹.

Como já analisado anteriormente, essa norma completa é de impossível construção³³⁰. Prova disso está no fato que o próprio Kelsen, que tinha interesse em realizar tal objetivo, nunca o fez³³¹. E essa impossibilidade decorre, paradoxalmente, da própria presença dos

³²⁷ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Derechos Fundamentales*. In: BETEGÓN, Jerônimo; LAPORTA, Francisco; PÁRAMO, Juan Ramón de; PRIETO SANCHÍS, Luis (coord.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2004, p. 240.

³²⁸ Termo utilizado pelo Prof. García Figueroa. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidência de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. In: *Diritto&Questioni Pubbliche*, n° 3, 2003, p. 202. *Idem*. *Principios y Derechos Fundamentales*. In: BETEGÓN, Jerônimo; LAPORTA, Francisco; PÁRAMO, Juan Ramón de; PRIETO SANCHÍS, Luis (coord.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2004, p. 240.

³²⁹ Sobre o “rígido conceito de regra” formulado por Dworkin e sua diferença substancial do conceito de regra positivista, vide: CARRIÓ, Genaro. *Principios y positivismo jurídico*. In: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 217-234.

³³⁰ Nesse sentido, vide: CARRIÓ, Genaro. *Principios y positivismo jurídico*. In: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 226.

³³¹ Nesse sentido, vide: ALCHOURRÓN, C.; BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea; 1993, p. 98. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Ontología y función de los mandatos de optimización*. Artigo a ser publicado pelo Colégio de Registradores de la Propriedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

princípios no sistema jurídico e de sua permanente interação com as regras. Se as exceções aos princípios não podem ser previstas, e se os princípios podem representar exceções à aplicação das regras, parece certo que tampouco as exceções à aplicação das regras podem ser definidas de forma exaustiva, como quer fazer crer o modelo criado pela distinção forte. Nesse sentido, a defesa da existência dos princípios como exceções às regras representa um verdadeiro “*cavalo de tróia*”³³² para a distinção forte entre regras e princípios.

1.4 – Para uma distinção dúctil entre regras e princípios

1.4.1 – Porque não se deve abandonar a distinção entre regras e princípios

As análises anteriores parecem sugerir o abandono de qualquer distinção entre regras e princípios. O mais apropriado seria, nesse caso, falar apenas em normas cuja interpretação/aplicação poderia dar-se de forma diferenciada conforme o contexto de aplicação. As normas forneceriam razões definitivas ou *prima facie* de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Essas são as teses defendidas, ainda que com certos matizes, por Aulis Aarnio e Klaus Günther, como visto mais acima.

Esse modo de enxergar as normas costuma ser designado como *tese da conformidade*³³³. A tese da conformidade contrapõe-se à tese da demarcação forte ou qualitativa na medida em que defende que não há qualquer diferença entre regras e princípios, sendo o sistema jurídico formado apenas por normas num sentido genérico.

³³² A expressão é de Bayón. BAYÓN, Juan Carlos. *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 361. No mesmo sentido: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Ontología y función de los mandatos de optimización*. Artigo a ser publicado pelo Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

³³³ Cf.: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo...* *Op. cit.*, p. 132. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 86.

Apesar de seus argumentos serem fundamentais para demonstrar a insustentabilidade da teoria forte ou qualitativa, com anteriormente analisado, a tese da conformidade é defeituosa em três aspectos.

Em primeiro lugar, trata os enunciados normativos como meros tópicos cujo conteúdo proposicional apenas pode ser definido em face do caso concreto. Nesse sentido, ela termina caindo num realismo extremo³³⁴, pois antes do processo de interpretação/aplicação apenas existiria um conjunto indefinido de enunciados indiferenciados estruturalmente.

Em segundo lugar, a tese da conformidade não enxerga que o fato de uma norma oferecer razões definitivas ou *prima facie* não depende apenas do caso em análise e das condições de conversação, mas também pode estar vinculado, ainda que não necessariamente, à sua estrutura.

Por último, a tese da conformidade não consegue lidar com o fato de que em muitos casos certos enunciados jurídicos não geram qualquer dúvida sobre seu significado normativo. De acordo com a tese da conformidade, portanto, não poderia existir a clássica divisão entre casos fáceis e casos difíceis³³⁵.

Parece equivocado, portanto, dizer que antes da interpretação/aplicação não haja qualquer diferença entre regras e princípios. Como ressalta Prieto Sanchís, “é discutível e surpreendente, desde o ponto de vista da linguagem dos juristas, afirmar que antes da

³³⁴ Sob o ponto de vista do realismo, antes da interpretação/aplicação as normas são apenas uma obra ainda não concluída. RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1995, p. 628. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo... Op. cit.*, p. 148.

³³⁵ Cf.: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo... Op. cit.*, p. 149. É bem verdade que em um plano puramente teórico é difícil distinguir casos fáceis e casos difíceis, pois todo caso é problemático. Essa distinção, sem embargo, pode ser adotada num plano pragmático. Assim, a distinção entre regras e princípios, por estar situada primordialmente num plano pragmático, pode valer-se da distinção casos fáceis e casos difíceis.

interpretação não existe propriamente diferença alguma entre regras e princípios”³³⁶. Ademais, como bem afirma Alexy, em resposta às críticas de Klaus Günther, “a própria pergunta de se uma norma é uma regra ou um princípio pressupõe que as normas possam ser princípios”³³⁷.

Assim, existem motivos fortes para não se abandonar a distinção entre regras e princípios. Na opinião de Zagrebelsky, “a literatura sobre o modo de entender a diferença entre os princípios e as regras jurídicas é extensíssima e constitui por si mesma uma demonstração eloqüente não só do caráter problemático, mas também da relevância desta distinção”³³⁸. Na dogmática dos direitos fundamentais, essa distinção assume posição central, como afirma Alexy³³⁹. Dela dependem a compreensão analítica dos efeitos, do âmbito de proteção e, principalmente, da interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais. No âmbito do controle de constitucionalidade ela também é fundamental, pois, como ressalta Zagrebelsky, “distinguir os princípios das regras significa, em termos gerais, distinguir a Constituição da lei”³⁴⁰.

Não se pode negar, outrossim, a relevância prática de uma distinção entre as normas. No âmbito da interpretação constitucional, mormente quando o objeto são normas de

³³⁶ O autor espanhol, em outra passagem, ressalta o fato de que “desde a época da codificação a doutrina vem insistindo que o Direito não é um universo formado apenas por normas, mas compreende também princípios ou princípios gerais do direito”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 17, 54.

³³⁷ ALEXY, Robert. *Sobre la estructura de los principios jurídicos*. In: *Idem. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pullido; Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 107.

³³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003, p. 109. Sobre a importância da distinção entre princípios e regras, vide também: TOLONEN, Hannu. *Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política*. AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997, p. 65.

³³⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 85.

³⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003, p. 110. Mas isso não significa, como adverte o constitucionalista italiano, que inexista regras constitucionais e princípios infraconstitucionais. O que quer dizer com esta afirmação é que as normas legais são, em geral, regras, e as normas constitucionais, são, de forma prevalecente, princípios.

direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios cumpre relevante papel, muitas vezes determinando os métodos e técnicas de interpretação e aplicação dessas normas. Dessa forma, quando se está na seara pragmática da interpretação jurídica, parece totalmente plausível fazer alusão a um gênero peculiar de normas que são distintas, ainda que não distintas logicamente (ou qualitativamente), das demais normas comumente chamadas de regras³⁴¹. Como bem afirma Comanducci, a distinção entre regras e princípios, ainda que débil, “tem uma útil função heurística: permite, com efeito, dar conta dos distintos usos das normas na fase de aplicação, na fase do raciocínio jurídico e, especialmente, na interpretação e na argumentação da interpretação”³⁴².

Assim, os equívocos cometidos pela tese da demarcação forte ou qualitativa e os defeitos apresentados pela tese da conformidade abrem espaço para *uma distinção dúctil entre regras e princípios*. Em outros termos, se não é possível fixar uma distinção rígida entre regras e princípios, mas não se quer também abandonar tal distinção, o caminho a ser seguido é no sentido de desvendar as diferenças flexíveis entre ambos os tipos de normas.

1.4.2 – A escala de graduação entre regras e princípios: a zona de certeza e a zona de penumbra

A tese da distinção dúctil pretende encontrar o meio termo entre as teorias que intentam demarcar qualitativamente as regras e os princípios e as que não aceitam qualquer distinção entre as normas. A sua peculiaridade e, portanto, a sua vantagem, é que ela pretende não cair em duas falhas encontradas nas demais teorias: a) o desconhecimento da zona de

³⁴¹ Sentido, vide: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 54.

³⁴² COMANDUCCI, Paolo. *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. In: *Doxa* nº 21-II, 1998, p. 95.

penumbra (tese da distinção forte); b) e o rechaço da zona de certeza semântica (tese da conformidade).

A tese da distinção forte, ao tentar estabelecer uma separação rígida entre regras e princípios, desconhece que existe uma zona de penumbra na qual se torna difícil dizer se se está diante de uma regra ou de um princípio.

A tese da conformidade, por seu turno, ao afirmar que entre regras e princípios não existe nenhuma diferença, rechaça a existência de uma zona de certeza, na qual é possível indicar, antes mesmo da interpretação/aplicação, se um enunciado normativo constitui uma regra ou um princípio³⁴³.

A zona de penumbra e a zona de certeza podem ser representadas pela *escala de graduação entre regras e princípios*³⁴⁴. A zona de certeza reside nos extremos dessa escala, onde figuram as regras (R), de um lado, e os princípios (P), de outro. A zona de penumbra está na etapa intermediária entre os dois extremos, que é formada pelas regras que são ou que atuam como princípios (RP) e pelos princípios que são ou que atuam como regras (PR).

³⁴³ Como afirma Juan Carlos Bayón, a vaguidade e a textura aberta de uma norma não eliminam a existência de um “núcleo de casos claros”. BAYÓN, Juan Carlos. *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 355.

³⁴⁴ Toma-se como base o exemplo da Aulis Aarnio e segue-se sugestão de Luís Prieto Sanchís: AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; Uusitalo, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997, p. 31. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 63.

A distinção dúctil reconhece tanto a zona de penumbra como a zona de certeza e, por isso, não pode negar relevância à distinção entre regras e princípios. Para essa tese, existe sim uma distinção entre regras e princípios, ainda que dúctil³⁴⁵.

1.4.3 – O vínculo dúctil entre os planos estrutural e funcional da distinção

A distinção é dúctil tanto no plano estrutural como no plano funcional. É dúctil justamente porque admite que as propriedades estruturais e funcionais dos princípios podem ser encontradas nas regras e vice-versa. Ela pretende conviver harmoniosamente com esse fato, tomando como pressuposto que as dimensões estrutural e funcional mantêm um influxo recíproco, porém desordenado. Isso quer dizer que a distinção dúctil, apesar de focar-se primordialmente no aspecto funcional da distinção, reconhece que certas funções desempenhadas pelas normas estão vinculadas, ainda que de forma débil, à sua estrutura.

No plano estrutural, a teoria dúctil é focada nos princípios, pois pretende não cair no mesmo erro, observado nas teorias fortes, de mirar em demasia para a caracterização das regras, o que poderia gerar um modelo de regras mais formalista que o que se pretende combater ao se estabelecer uma distinção entre as normas. Assim, percebendo que a finalidade da distinção é ressaltar as peculiaridades dos princípios, a diferenciação dúctil é estabelecida com base em

³⁴⁵ As premissas para uma distinção dúctil já estavam indicadas nas críticas de Joseph Raz e Herbert Hart à distinção forte formulada por Dworkin. Como acentuava Hart no Pós-escrito à obra “O Conceito de Direito”, as incongruências observadas na tentativa de Dworkin de estabelecer uma diferença qualitativa entre regras e princípios poderiam ser sanadas ao admitir-se que tal distinção é apenas uma questão de grau. Ademais, ressaltava Hart que uma distinção gradual entre regras e princípios não impede que se faça um contraste entre (a) regras – em que a satisfação das respectivas condições de aplicação basta para determinar o resultado jurídico, salvo em poucos exemplos (em que as suas disposições podem entrar em conflito com as de outra regra reputada de maior importância) (para Hart, as normas são sempre “superáveis” ou “derrotáveis” (*defeasible*), como mais a frente será analisado) – e (b) princípios, que se limitam a apontar para uma decisão, mas que podem muito frequentemente não conseguir determiná-la. HART, Herbert. *Pós-escrito*. In: *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996, p. 325. Vide, também: RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*. Yale Law Journal, 81, 823, 1971-1972.

certas características observadas geralmente nos princípios, porém deixando claro que estas também podem aparecer nas regras. Dessa forma, essas características estruturais não servirão para fixar uma rígida separação entre regras e princípios, mas atuarão como indicadores ou estimuladores, ainda que não necessariamente, de uma certa função dessas normas no sistema jurídico e na argumentação jurídica.

Dentre essas características estruturais, as mais comuns são a generalidade e a vaguidade³⁴⁶. Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios são mais gerais que as regras, mas nada impede que as regras também possam padecer de um certo grau de generalidade. Da mesma forma, os princípios são mais vagos que as regras, mas as regras igualmente podem ser vagas.

Utilizando a escala de graduação, a generalidade e a vaguidade podem ser encontradas num alto grau nas normas que se situam no extremo pertinente aos princípios (P), mas também poderão ser observadas, em grau decrescente, nas normas que se situam na zona de penumbra (PR e RP).

Não é necessário explicitar cada uma dessas características, pois a distinção dúctil não se prende ao aspecto estrutural. O enfoque estrutural apenas se faz necessário diante da constatação de que algumas características presentes na morfologia das normas podem ser determinantes da função que estas cumprem no sistema jurídico e na argumentação jurídica.

³⁴⁶ Costuma-se atribuir aos princípios a característica da fundamentalidade material dentro do ordenamento jurídico. No entanto, essa característica, apesar de importante na definição dos princípios como normas fundamentais, não possui qualquer utilidade para a distinção entre regras e princípios, pois ela não se baseia na estrutura da norma. As teorias de Alexy, Dworkin e Atienza e Ruiz Manero, aqui analisadas, baseiam a distinção entre regras e princípios na estrutura das normas. O caráter fundamental de uma norma está desvinculado de sua estrutura. É dizer, o fato de uma norma ser fundamental não depende do seu caráter geral ou específico. Tanto regras como princípios (distinção com base na estrutura) podem constituir normas fundamentais.

Nesse sentido, a distinção dúctil tem maior claridade com o enfoque funcional. Com efeito, as diferenças entre regras e princípios aparecem com maior intensidade no momento da interpretação/aplicação das normas³⁴⁷. É nesse momento que a distinção demonstra ter uma grande transcendência prática. O enfoque funcional permite aproveitar as vantagens dessa distinção na prática jurídica³⁴⁸, na medida em que permite distinguir os diferentes usos das normas na interpretação, na argumentação e no raciocínio jurídicos. E não se pode deixar de frisar que as teorias de Alexy, Dworkin e Atienza e Manero, apesar de construírem uma distinção forte com base na estrutura das normas, parecem dar maior importância ao enfoque funcional³⁴⁹.

O enfoque funcional da distinção dúctil, em vez de basear-se no tipo de colisão e no modo de aplicação para estabelecer uma distinção forte entre regras e princípios, compreende as idéias da dimensão de peso, da aplicação tudo-ou-nada, e dos mandatos de otimização (como metanormas ou como objetos de otimização), não como propriedades exclusivas de um determinado tipo de normas, mas apenas como técnicas de interpretação que podem ser estimuladas, ainda que não necessariamente, pela estrutura de certas disposições normativas³⁵⁰.

³⁴⁷ Segundo Gianformaggio, “a diferença entre regra e princípio emerge exclusivamente no momento da interpretação/aplicação”. GIANFORMAGGIO, Letizia. *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione basata su principi*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, gennaio/marzo, IV Serie, LXII, Giuffrè, 1985, p. 72.

³⁴⁸ Nesse sentido: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo...* Op. cit, p. 154-155, 199, 206.

³⁴⁹ Alexy afirma que “a distinção entre regras e princípios mostra-se com maior claridade nas colisões entre princípios e nos conflitos entre regras”. ALEXY, Robert. *Sobre la estructura de los principios jurídicos*. In: *Idem. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pullido; Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 96. Em outro trabalho, afirma que somente o modo particular de colisão de regras e princípios leva ao núcleo da distinção”. ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. In: *Doxa* n° 5, 1988, p. 142. Dworkin, por seu turno, reconhece que por meio da análise da forma de uma norma jurídica nem sempre é possível dizer se se está diante de uma regra ou de um princípio. Isso significa que apenas a interpretação pode dizer com precisão se uma norma é uma regra ou um princípio. DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, 1967, p. 28. Atienza e Ruiz Manero afirmam que o enfoque funcional pode ser mais “iluminador”. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 33.

³⁵⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 51. Como constata Prieto Sanchís, sob o enfoque funcional, regras e princípios

As normas que desde o aspecto estrutural padecem de um alto grau generalidade e vaguidade, ou seja, os princípios que se situam no extremo da escala, tenderão a entrar em colisão numa dimensão de peso e exigirão, ainda que não necessariamente, uma aplicação por meio de ponderação, na qual a idéia de mandato de otimização poderá ser muito útil. A zona de certeza, portanto, pode proporcionar a antecipação do tipo de colisão e do modo de aplicação de uma norma. Na zona de penumbra, no entanto, a indeterminação quanto ao grau de especificidade ou generalidade, precisão ou vaguidade da norma fará com que o tipo de colisão e o modo de aplicação, isto é, se como regra ou como princípio, apenas sejam revelados após o confronto com outras normas e/ou com os fatos determinantes do caso concreto.

Em todo caso, definir se uma norma constitui (deve ser aplicada como) uma regra ou um princípio, é uma questão de interpretação, muitas vezes manipulada pelo intérprete com o intuito de atribuir à norma certos efeitos práticos (independentes de sua estrutura) que incentivarão mecanismos diferenciados de argumentação úteis para a solução do caso concreto.

Dessa forma, estabelece-se um vínculo dúctil entre a estrutura da norma e sua função na interpretação e na argumentação jurídica. Esse vínculo torna-se possível por meio da idéia de “*derrotabilidade*” (*defeasibility*) das normas.

1.4.4 – A “*derrotabilidade*” (*defeasibility*) das normas

não constituem duas classes de normas, mas dois tipos de “*estratégias interpretativas*”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson; 1998, p. 52.

A idéia de “derrotabilidade” (*defeasibility*)³⁵¹ permite que a distinção com base na estrutura da norma não entre em conflito com o enfoque funcional dessa distinção. As normas – regras e princípios – possuem certas características estruturais, que são marcantes nos extremos da escala de graduação (zona de certeza) mas que podem ser difíceis de identificação na zona de penumbra. Em todo caso, as normas serão sempre “derrotáveis” (*defeasible*)³⁵².

Afirmar que uma norma jurídica é “derrotável” equivale a dizer que ela está sujeita a exceções (implícitas) que não podem ser exaustivamente identificadas previamente, de forma que não é possível antecipar quais as circunstâncias que serão determinantes e suficientes para sua aplicação. Como se percebe, o conceito de “norma derrotável” possui um paralelismo com os conceitos de “dever *prima facie*”³⁵³ e de “norma aberta”, que podem ser utilizados como

³⁵¹ A idéia de “derrotabilidade” (*defeasibility*) das normas, tem sido atualmente revigorada na teoria do direito por meio das discussões acerca da distinção entre princípios e regras. Os antecedentes do uso da noção de “*defeasibility*” na teoria do direito remontam aos primeiros escritos de Herbert Hart, nos quais o autor utilizava esse adjetivo para qualificar uma condição *sui generis* dos conceitos jurídicos, que se manifesta na impossibilidade de se prever todas as hipóteses de sua aplicação, ou seja, na impossibilidade de enumeração das exceções à aplicação de um conceito jurídico. Apesar de Hart posteriormente abandonar esse tipo de análise dos conceitos jurídicos, a idéia de derrotabilidade permaneceu em escritos posteriores com relação às normas jurídicas. As normas derrotáveis ou abertas são normas que estão sujeitas a exceções implícitas que não podem ser previamente enumeradas de forma exaustiva. Assim, para Hart, as normas são necessariamente derrotáveis, pois, por mais que se tente, não se pode prever todas as hipóteses em que sua aplicação poderá ser afastada. HART, Herbert. *Pós-escrito*. In: *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996. Sobre o tema da derrotabilidade das normas, vide: HAGE, Jaap; PECZENIK, Alexander. *Law, morals and defeasibility*. In: *Ratio Juris*, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 305-325. RODRÍGUEZ, Jorge. *La derrotabilidad de las normas jurídicas*. In: *Isonomía* n° 6, abril, 1997. BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*. In: *Isonomía*, n° 13, octubre, 2000. *Idem*. *Why is legal reasoning defeasible?* *Diritti&questioni pubbliche*, n° 2, agosto, 2002. RÓDENAS, Ángeles. *En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas*. In: *Doxa* n° 24, 2001. NAVARRO, Pablo; RODRÍGUEZ, Jorge. *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*. In: *Isonomía*, n° 13, octubre, 2000. PAZOS, María Inés. *Derrotabilidad sin indeterminación*. In: *Doxa* n° 25, 2002. CELANO, Bruno. *“Defeasibility” e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili*. In: *Diritti&questioni pubbliche*, n° 2, agosto, 2002; WEINBERGER, Ota. *Prima facie ought. A logical and methodological enquiry*. In: *Ratio Juris*; Vol. 12, n° 3, september, 1999, p. 239-251; ALCHOURRÓN, Carlos. *Sobre derecho y lógica*. In: *Isonomía* n° 13, octubre/2000.

³⁵² As palavras “*defeasible*” e “*defeasibility*” têm sido traduzidas pelos teóricos do direito hispânico como “derrotável” (*derrotable*) e “derrotabilidade” (*derrotabilidad*). É bem verdade que esses termos, na tradução literal para o português, não são os mais apropriados, e chegam a ser deselegantes, para expressar a idéia de “*defeasible*”. Outros termos possíveis, como “superável”, “refutável” ou “derrogável” poderiam servir melhor a essa idéia. No entanto, abandoná-los poderia trazer certa confusão terminológica, visto que esses conceitos, e suas expressões lingüísticas, já estão de certa forma enraizados na teoria geral do direito de língua inglesa e castelhana.

³⁵³ WEINBERGER, Ota. *Prima facie ought. A logical and methodological enquiry*. In: *Ratio Juris*; Vol. 12, n° 3, september, 1999, p. 239-251.

sinônimos para referir-se à noção de imprevisibilidade de todas as exceções à aplicação de uma norma³⁵⁴. Assim, partindo-se do pressuposto de que as normas possuem uma estrutura condicional – isto é, correlacionam situações fáticas condicionantes e conseqüências jurídicas, “se A, então B” – o fato da impossibilidade de previsão de todas as exceções à aplicação de uma norma justifica que sua estrutura seja caracterizada por um enunciado condicionante derrotável; ou seja, mesmo em presença da situação fática descrita normativamente não é certo que se produza a conseqüência jurídica prescrita, pois esta sempre estará condicionada à não ocorrência de uma exceção imprevista.

É comum a afirmação de que apenas os princípios possuem uma estrutura condicional derrotável, que os tornam normas abertas ou *prima facie*, enquanto que as regras possuiriam uma estrutura condicional que englobaria todas as possíveis exceções³⁵⁵. As idéias de aplicação tudo-ou-nada das regras e da dimensão de peso dos princípios em Dworkin³⁵⁶ demonstram que estes são normas abertas ou derrotáveis e aquelas são normas fechadas e inderrotáveis.

Para a teoria dúctil, no entanto, todas as normas – regras e princípios – são derrotáveis³⁵⁷. Se se aceita que os princípios podem justificar exceções às regras – o que é admitido por Alexy³⁵⁸, Dworkin³⁵⁹ e Atienza e Ruiz Manero³⁶⁰ – e ao mesmo tempo entende-se

³⁵⁴ BAYÓN, Juan Carlos. *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*. In: Isonomía, n° 13, octubre, 2000, p. 91-92.

³⁵⁵ Para Guastini, esta é uma das características que distingue as regras dos princípios. Estes estariam caracterizados por uma estrutura condicional derrotável ou superável, enquanto as regras teriam uma estrutura condicional que não admite exceções. GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999, p. 150.

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, 1967.

³⁵⁷ Com bem afirma Moreso, as regras também são derrotáveis. MORESO, José Juan. *Conflictos entre principios constitucionales*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 111.

³⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 99-100.

que os princípios são normas abertas cujas exceções não podem ser determinadas de antemão, então é plausível a conclusão de que todas as normas jurídicas são derrotáveis³⁶¹. Assim explica

Bayón:

“dado que no es posible precisar de antemano en qué casos genéricos prevalecerá un principio sobre otros y que cualquier regla está sujeta a excepciones implícitas por razones de principio (lo que nos reconduciría de un modo u outro a un balance entre principios), toda norma jurídica, ya sea un principio o una regla, tendrá excepciones implícitas que no es posible identificar genéricamente por anticipado”³⁶².

Como explicado anteriormente, o próprio efeito de irradiação das normas constitucionais por todo ordenamento jurídico justifica a tese de que todas as normas estão sujeitas a exceções imprevistas. No Estado constitucional, a idéia de Constituição “invasora” do ordenamento jurídico³⁶³ traduz-se no influxo constante entre todas as normas, tornando impraticável a tarefa de determinação exaustiva dos casos em que uma norma será aplicada. A ilação que se retira disso é de que toda norma está sujeita a exceções em virtude de sua potencial

³⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, 1967, p. 28-29.

³⁶⁰ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 57.

³⁶¹ O argumento segundo o qual a derrotabilidade dos princípios implica necessariamente a derrotabilidade das regras encontra-se também nas críticas de Joseph Raz à distinção forte entre regras e princípios de Dworkin. RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*. Yale Law Journal, 81, 823, 1971-1972. No Pós-escrito à obra “O Conceito de Direito”, Herbert Hart demonstra essa incongruência da teoria de Dworkin: “Por isso, para Dworkin, o direito abrange não só as regras de tudo-ou-nada, como também os princípios “não conclusivos” e ele não pensa que esta diferença entre eles seja uma questão de grau. Mas eu não acho que a posição de Dworkin possa considerar-se coerente. Os seus exemplos mais antigos concluem no sentido de que as regras podem entrar em conflito com os princípios e que um princípio ganhará algumas vezes em concorrência com uma regra, e perderá outras vezes. Os casos que ele cita incluem *Riggs vs. Palmer*, no qual foi aplicado o princípio de que não pode permitir-se a uma pessoa que se aproveite do seu próprio acto ilícito, não obstante a linguagem clara das regras legisladas que regulavam o efeito de um testamento, de forma a impedir que um assassino herdasse por força do testamento da sua vítima. Isto é um exemplo de um princípio que prevalece em concorrência com uma regra, mas a existência de tal concorrência mostra seguramente que as regras não têm um carácter de tudo-ou-nada, uma vez que são passíveis de entrar num conflito com princípios, que as podem superar. Mesmo se descrevermos tais casos (como Dworkin por vezes sugere) não como conflitos entre regras e princípios, mas como um conflito entre o princípio que explica e justifica a regra em análise e um qualquer outro princípio, o contraste pronunciado entre regras de tudo-ou-nada e princípios não conclusivos desaparece; porque, deste ponto de vista, a regra não conseguirá determinar um resultado, num caso em que seja aplicável de harmonia com os seus termos, se o seu princípio justificativo for superado por outro”. HART, Herbert. *Pós-escrito*. In: *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996, p. 324.

³⁶² BAYÓN, Juan Carlos. *Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?* In: *Doxa* n° 24, 2001, p. 54.

³⁶³ CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1999.

colisão com outras normas jurídicas. A derrotabilidade das normas torna-se assim uma consequência da interação permanente entre regras e princípios³⁶⁴ característica do ordenamento jurídico de um Estado constitucional.

Portanto, a idéia de derrotabilidade esclarece o entendimento adotado pela teoria da distinção dúctil segundo o qual o fato de a norma ter uma determinada estrutura – de regra ou de princípio – não implica necessariamente que ela deva ser interpretada ou aplicada de uma ou de outra forma. Tanto as regras como os princípios podem fornecer razões *prima facie*, entrar em colisão numa dimensão de validade ou de peso, serem aplicados por subsunção ou ponderação. Enfim, a estrutura das normas apenas estimulará, mas não determinará, o modo de interpretação e aplicação.

Mas isso não significa introduzir uma insuperável indeterminação no direito, pois todas as normas – regras e princípios – têm sua zona de certeza, na qual a aplicação a certo conjunto de casos resta clara para o intérprete, como no caso das regras propriamente ditas (R) e dos princípios que atuam como regras (PR) (casos fáceis). A existência da zona de penumbra – que, ressalte-se, é contingente – não desconstitui a característica previsibilidade do direito, devido à sua coexistência com a zona de certeza.

1.4.5 – Ensaio sobre um conceito dúctil de princípio

A ductibilidade da distinção entre regras e princípios não permite que se estabeleça um conceito unívoco de princípio e, por oposição, outro de regra. A própria idéia de conceito parte do pressuposto de que existem categorias distintas e bem delimitadas, cujas

³⁶⁴ Sobre a interação entre regras e princípios, vide: UTZ, Stephen. *Rules, principles, algorithms and the description of legal systems*. In: *Ratio Iuris*, Vol. 5, n° 1, march, 1992.

propriedades peculiares e, portanto, exclusivas, dão ensejo à formulação de um enunciado descritivo que enumere resumidamente suas principais características. Isso não seria compatível com uma distinção dúctil.

Enfim, tudo o que se pode dizer é que não existe um conceito unívoco de princípio. A doutrina tem utilizado o vocábulo princípio com múltiplos significados e funções³⁶⁵. Em alguns contextos, recebem esta denominação as normas mais gerais ou mais abstratas, as que são mais fundamentais³⁶⁶ e as normas que fixam um fim ou objetivo³⁶⁷; em outros campos, as que cumprem uma determinada função na argumentação jurídica³⁶⁸ ou que representam postulados normativos para a atividade interpretativa³⁶⁹. Em qualquer desses casos, não há uma definição que possa ser considerada correta e exaustiva³⁷⁰.

³⁶⁵ Genaro Carrió enumera onze sentidos diferentes em que o termo “princípios” é utilizado na linguagem jurídica. CARRIÓ, Genaro R. *Principios y positivismo jurídico*. In: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 210. Atienza e Ruiz Manero, por seu turno, observam que a expressão “princípios jurídicos” é utilizada com sentidos diversos e muitas vezes contraditórios. Por exemplo: a) princípio no sentido de norma muito geral; b) princípio no sentido de norma redigida em termos particularmente vagos; c) princípio no sentido de norma programática ou diretriz; d) princípio no sentido de norma que expressa os valores superiores de um ordenamento jurídico; e) princípio no sentido de norma dirigida aos órgãos de aplicação jurídicos; f) princípio no sentido de enunciado ou máxima da ciência jurídica de um considerável grau de generalidade e que permite a sistematização de um ordenamento jurídico ou de um setor deste. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 26-27. Sobre os múltiplos significados da expressão princípios, vide também: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael de. *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 2000, p. 166. GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999, p. 145.

³⁶⁶ O uso do termo princípio como norma fundamental é comum entre os constitucionalistas, que necessitam explicar o caráter fundamental das normas constitucionais no ordenamento jurídico. Para uma classificação dos princípios com base em sua fundamentalidade, vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina; 1999.

³⁶⁷ Entra-se aqui no campo das chamadas diretrizes ou normas programáticas, utilizadas com o intuito de explicar a eficácia social ou efetividade das normas constitucionais.

³⁶⁸ As teorias de Alexy, Dworkin e Atienza e Ruiz Manero, como analisado acima, utilizam o termo princípio como substrato de um modelo de argumentação jurídica.

³⁶⁹ Por exemplo, o princípio da proporcionalidade como postulado normativo, na formulação de Humberto Ávila. ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Principios. Da definição à aplicação dos principios jurídicos*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros; 2004, p. 87.

³⁷⁰ Assim afirma categoricamente Ricardo Guastini. Para este autor, todas as tentativas de estabelecer um conceito unitário de princípios contêm um defeito fundamental: todas assumem que existe um só tipo de princípio ou que todos os princípios possuem certas características comuns. Dessa forma, descuidam da variedade tipológica dos princípios. GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999, p. 146.

Dessa forma, não parece adequado utilizar-se genericamente o termo “princípios jurídicos” como uma definição lexical a respeito da estrutura de certas disposições normativas. “Princípio jurídico” constitui mais uma definição convencional construída pelo teórico com o objetivo de explicar e sistematizar certos fenômenos observados em sede dogmática³⁷¹.

Cada problema teórico e cada situação fática podem estimular diversos sentidos convencionais da expressão “princípios jurídicos”. Sua utilização teórica ou prática será mais uma resposta a estes estímulos externos do que o resultado previsto por uma propriedade disposicional.

Como afirma Guastini, “não está claro, em absoluto, quais propriedades deve ter uma norma para merecer o nome de ‘princípio’”, de modo que tudo acaba cingindo-se a “uma questão de interpretação”³⁷². Assim sendo, segundo o autor italiano, não se pode dizer, enfaticamente, que o direito está formado por normas que possuem a estrutura de regras e outras que são princípios. De forma mais modesta, apenas se pode afirmar que *algumas* normas, *algumas* vezes, são tratadas pelos juristas como princípios. Certamente poderá haver algum consenso em torno à qualificação de uma norma como princípio, mas isso não a tornará invulnerável às exceções. Desse modo, a menos que o legislador tenha qualificado expressamente

³⁷¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 25.

³⁷² GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999, p. 144.

uma norma como princípio³⁷³, a questão de se uma determinada norma constitui um princípio não é, como ressaltado por Guastini, “uma questão de fato”, mas de “valoração do intérprete”³⁷⁴.

Portanto, para a teoria da distinção dúctil, os princípios constituem um recurso ou técnica de argumentação que na linguagem jurídica possui múltiplas funções e objetivos, cuja utilização pode vir a ser estimulada – mas não necessariamente – pelas características estruturais de um enunciado normativo. Diante dessa pluralidade de significados e funções, pode-se dizer, com Prieto Sanchís, que “os princípios são um critério relacional ou comparativo”³⁷⁵. Isso quer dizer que, a menos que se queira adotar um determinado tipo de argumentação, não tem muito sentido dizer que uma norma, isolada e abstratamente, constitui um princípio³⁷⁶.

Atribuir a uma norma a característica de princípio – e, conseqüentemente, utilizar as funções sistemáticas, os recursos argumentativos e as técnicas de interpretação que daí decorrem – pressupõe uma dupla tarefa de comparação. Em primeiro lugar, a norma é posta em um contexto relacional com as demais normas a ela ligadas sistematicamente ou que com ela colisionam diante do caso concreto. Em segundo lugar, as circunstâncias fáticas determinantes do caso concreto podem fornecer indicações relevantes para essa tarefa de comparação normativa. Portanto, uma norma poderá ser considerada um princípio na medida em que seja posta num contexto comparativo e relacional jurídico e fático.

³⁷³ O que também não será determinante de sua qualificação como princípio, pois os sujeitos institucionais podem modificar essa configuração legislativa ao interpretar um princípio como regra. Cf. COMANDUCCI, Paolo. *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. In: Doxa nº 21-II, 1998, p. 93.

³⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 147, 155.

³⁷⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992, p. 24.

³⁷⁶ De acordo com Comanducci, “o que agora se considera como princípio pode ser configurado depois como uma regra frente a outro princípio mais geral; ou bem o que agora se considera uma regra específica pode ser considerada depois como um princípio frente a outra regra mais específica” (trad. livre). COMANDUCCI, Paolo. *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. In: Doxa nº 21-II, 1998, p. 93.

Nesse sentido, generalidade, vaguidade e fundamentalidade constituem alguns dos critérios comparativos ou relacionais. Uma norma será tida como princípio se, comparando-a com outra, resulte mais geral, mais vaga e mais fundamental. Generalidade e vaguidade serão úteis para realçar um modelo mais sofisticado de argumentação jurídica, em oposição ao tipo de argumentação simples requerido pelas regras. A fundamentalidade poderá funcionar como critério de sistematização formal ou axiológica da norma no ordenamento jurídico. Cada contexto interpretativo ou de aplicação da norma oferecerá indicações da necessidade e da maneira de utilização dos princípios jurídicos.

1.5 – As normas de direitos fundamentais como regras e as normas de direitos fundamentais como princípios

Os estudos implementados até o presente momento destinaram-se a demonstrar a ductibilidade da distinção estrutural e funcional entre regras e princípios. Comprovou-se serem insustentáveis as tentativas de se estabelecer uma demarcação forte ou qualitativa para conceituar dois tipos de normas com características próprias e exclusivas. Teorias desse tipo, como as de Dworkin, Alexy e Atienza e Ruiz Manero – cujas linhas centrais, como analisado, já podiam ser encontradas nas teorias de Esser, Larenz e Pound – indubitavelmente fornecem um arcabouço teórico de extrema utilidade para a compreensão da estrutura e função das normas em um dado sistema jurídico.

O inegável valor heurístico dessas teorias, porém, não consegue esconder suas falhas e, dessa forma, protegê-las contra as profundas críticas doutrinárias que, ultimamente, têm procurado reformulá-las em modelos menos pretensiosos, porém mais condizentes com a

realidade³⁷⁷. Assim, hoje, pode-se afirmar que a comunidade jurídica tende a aceitar teorias mais modestas, que sejam flexíveis o suficiente para tentar compreender o intrincado fenômeno de interpretação e aplicação das normas jurídicas. Nesse sentido, a *teoria da distinção dúctil entre regras e princípios* pode fornecer alguma base para entender melhor a complexa estrutura das normas de direitos fundamentais.

1.5.1 – O modelo puro de princípios

As normas de direitos fundamentais são comumente qualificadas como princípios³⁷⁸. Isso ocorre em face da forte carga axiológica dos direitos por elas consagrados, de sua elevada posição na hierarquia do ordenamento jurídico, e do fato de sua aplicação, na maioria dos casos, entrar em conflito com a aplicação de outras normas, casos que são resolvidos quase sempre pelo método da ponderação.

Esse *modelo puro de princípios*, apesar de conseguir expressar melhor as características dessas normas – generalidade, abstração, fundamentalidade formal e material etc. – é criticado por relegar a natureza peremptória dos direitos fundamentais, ao considerar como imprescindível a realização de ponderações prévias que definam o seu conteúdo normativo vinculante para o caso concreto. As teorias que identificam nessas normas uma estrutura de princípios acabam negando a existência de normas de direitos fundamentais que estabelecem determinações precisas e que, em princípio, não se submetem a ponderações³⁷⁹.

³⁷⁷ Uma das críticas mais contundentes à distinção forte entre regras e princípios encontra-se no excelente trabalho de Humberto Ávila. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros; 2004.

³⁷⁸ Sobre qualificação das normas de direitos fundamentais como princípios, vide: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Derechos, Constitución, Democracia. Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las constituciones actuales*. Valladolid: Instituto Universitario de Historia Simancas, Universidad de Valladolid; 2003.

³⁷⁹ PEÑA FREIRE, Antonio M.. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta; 1997, p. 117.

1.5.2 – O modelo puro de regras

As doutrinas que levam a sério as críticas ao modelo de princípios elaboram propostas teóricas que caracterizam as normas de direitos fundamentais como verdadeiras regras³⁸⁰. O intuito primordial desse *modelo puro de regras* é propiciar a segurança jurídica e o respeito pelo conteúdo prescriptivo dessas normas, tomando em consideração sua inegável natureza peremptória.

As objeções ao modelo de regras são óbvias, pois, apesar de sua vantagem em proporcionar maior previsibilidade quanto ao conteúdo normativo vinculante dos direitos fundamentais, ele se mostra incapaz de compreender certas funções que as normas de direitos fundamentais desempenham na sistematização do ordenamento e no raciocínio jurídico. Esse modelo insiste na aplicação técnica e silogística das normas de direitos fundamentais, utilizando-se para tanto dos vetustos métodos da hermenêutica jurídica, desconhecendo que, na maioria dos casos, a ponderação é inevitável³⁸¹.

1.5.3 – O modelo misto de regras e princípios

Existem, ainda, os *modelos conciliadores ou “mistos”*, que constroem um tipo de estrutura dupla – regras e princípios – para as normas de direitos fundamentais³⁸². Esse modelo “combinado” compreende que as normas de direitos fundamentais muitas vezes contêm

³⁸⁰ Para uma caracterização das normas de direitos fundamentais como regras, vide: RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid; 2000.

³⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 117. PEÑA FREIRE, Antonio M.. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta; 1997, p. 116.

³⁸² O modelo regras/princípios é construído por Alexy. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 129.

determinações em relação com os princípios que jogam em sentido contrário e que, por isso, afastam qualquer ponderação prévia; ao mesmo tempo, aceita que em outros casos essas determinações podem resultar incompletas, de forma que a ponderação é necessária. Assim, como bem pontua Alexy, o modelo regras/princípios leva a sério as determinações contidas nas normas de direitos fundamentais e, portanto, o texto da Constituição; ao mesmo tempo, considera a necessidade da ponderação. Nesse sentido, reconhece que as normas de direitos fundamentais podem ter a estrutura de regras ou de princípios. Uma mesma disposição de direito fundamental contém esses dois tipos de normas e, dessa forma, possui um caráter duplo³⁸³.

O modelo regras/princípios de Alexy é vantajoso, em comparação com o modelo puro de regras e com o modelo puro de princípios, na medida em que compreende melhor a complexidade estrutural das normas de direitos fundamentais, estabelecendo, dessa forma, um modelo conciliador que abarca tanto regras como princípios. Sem embargo, esse modelo baseia-se numa distinção estrutural forte entre regras e princípios, de tal forma que Alexy chega a defender que o fato de uma disposição de direito fundamental ter um caráter duplo não significa que as normas de direitos fundamentais dela derivadas também possuam tal característica³⁸⁴. Para Alexy, as normas de direitos fundamentais ou são regras ou são princípios, em consonância com a distinção qualitativa estabelecida por sua teoria. Na medida em que o modelo regras/princípios fundamenta-se nessa demarcação forte entre as normas – que, como já analisado, apresenta inúmeros defeitos – ele não pode ser adotado pela teoria da distinção dúctil.

³⁸³ *Idem, ibidem*, p. 135.

³⁸⁴ Segundo Alexy, não obstante, uma norma de caráter duplo pode ser construída, incluindo-se nela uma cláusula restritiva que faça referência a princípios e à sua ponderação. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 135.

1.5.4 – As normas de direitos fundamentais segundo a teoria da distinção dúctil

Segundo a teoria da distinção dúctil – cujos aspectos relevantes foram acima delineados – não existe uma diferença lógica entre regras e princípios, de forma que uma mesma norma pode atuar como regra ou como princípio conforme o contexto interpretativo. A estrutura da norma pode apenas indicar, mas não determinar, o modo como ela será interpretada e aplicada.

Para a teoria da distinção dúctil, portanto, a norma de direito fundamental contém uma *estrutura flexível*, de forma que pode ser qualificada como regra propriamente dita (R), regra que atua como princípio (RP), princípio que atua como regra (PR) ou princípio propriamente dito (P). As normas de direitos fundamentais, dessa forma, não podem ser caracterizadas apenas como regras ou como princípios; sua estrutura é flexível, no sentido de que uma mesma norma pode apresentar-se como regra em um dado contexto interpretativo e em outro contexto distinto atuar como princípio e vice-versa.

Não há uma diferença estrutural forte entre normas de direitos fundamentais que são princípios e outras normas de direitos fundamentais que são regras. Uma norma é considerada mais aberta, vaga e imprecisa; outras definem seu suporte fático de forma mais precisa e prescrevem condutas determinadas. A diferença estrutural é apenas uma questão de grau, que pode ser bem representada pela escala de graduação acima estabelecida (R, RP, PR, P). As normas mais fechadas tendem a atuar como regras, mas nada impede que atuem também como princípios. As normas mais abertas podem funcionar como princípios, o que não significa que não possam ser aplicadas por subsunção. É necessário ressaltar, nada obstante, que a carga axiológica das normas de direitos fundamentais fará com que a atividade de

interpretação/aplicação requeira quase sempre o método da ponderação. Esses aspectos serão melhor elucidados no segundo capítulo.

Assim, as normas de direitos fundamentais podem fornecer razões peremptórias ou não independentemente do fato de possuírem uma estrutura mais aberta ou mais fechada, serem vagas ou precisas, determinadas ou indeterminadas. Ao fim e ao cabo, tudo dependerá da situação jurídica e fática de interpretação e aplicação da norma e da utilização prática ou teórica que dela se queira fazer.

Por isso, pode-se dizer as normas de direitos fundamentais também possuem uma *estrutura complexa*. Definir quando uma norma de direito fundamental atua como regra ou como princípio somente é possível por meio de um esforço hermenêutico que leve em conta um critério comparativo jurídico e fático: a norma é posta em um contexto comparativo jurídico com as demais normas a ela relacionadas sistematicamente ou que com ela entram em colisão; e num contexto fático, no qual as circunstâncias do caso concreto podem ser determinantes para a definição de seu conteúdo normativo vinculante para o caso em questão. Enfim, dizer quando uma norma de direito fundamental atua como regra ou como princípio é uma questão de interpretação, em que são relevantes as normas a ela relacionadas e as circunstâncias do caso concreto.

Conceituar uma norma de direito fundamental como regra ou como princípio dependerá também do tipo de utilidade teórica ou prática que se queira emprestar à norma. As normas de direitos fundamentais podem ser caracterizadas como princípios quando seja relevante acentuar sua fundamentalidade formal e material no ordenamento jurídico; ou quando se queira instaurar um tipo de argumentação jurídica mais sofisticado, introduzindo no discurso jurídico

razões de ordem axiológica ou teleológica. Nos casos em que existem colisões de normas de direitos fundamentais estas serão interpretadas como princípios e, dessa forma, serão submetidas a uma ponderação que leve em conta os valores incorporados em cada norma. O forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios. Como se vê, cada situação prática ou teórica demandará um sentido diferenciado para o termo “princípio” utilizado para qualificar a norma de direito fundamental.

Por outro lado, caracterizar as normas de direitos fundamentais como regras poderá ser útil para demonstrar sua natureza peremptória e, assim, introduzir na argumentação jurídica razões definitivas para sua aplicação. O conteúdo deontológico de algumas normas de direitos fundamentais e as circunstâncias do caso concreto muitas vezes dispensam ponderações prévias, de modo que a norma será aplicada como regra, ou seja, por meio de subsunção.

Portanto, dizer que uma norma de direito fundamental é uma regra, em certos casos, ou qualificá-la como princípio, em outros, não decorre necessariamente da observância da configuração estrutural e das propriedades peculiares e exclusivas de cada tipo de norma. A morfologia da norma diz muito pouco a respeito de sua interpretação e aplicação; pode apenas estimular certos tipos de argumentação ou servir de indicação para uma classificação dogmática.

Qualificar uma norma de direito fundamental como regra ou como princípio constitui um recurso utilizado pelo intérprete/aplicador para justificar o manuseio de certas técnicas de interpretação e de argumentação ou para fundamentar determinados usos teóricos ou dogmáticos da norma.

Enfim, as normas de direitos fundamentais possuem uma estrutura flexível e complexa, e sua qualificação como regras ou princípios é, em suma, uma questão de interpretação.

Ademais, as normas de direitos fundamentais são “derrotáveis” (*defeasible*), ou seja, estão expressadas por enunciados condicionais derrotáveis. Como ensina García Figueroa, a derrotabilidade é uma propriedade das normas jusfundamentais³⁸⁵. Isso quer dizer que as conseqüências jurídicas prescritas pela norma podem ser excluídas ou afastadas pela ocorrência de uma exceção à sua aplicação não prevista pela própria norma ou pelo sistema jurídico. A derrotabilidade das normas de direitos fundamentais resulta de sua forte carga axiológica e, portanto, de sua vocação a entrar em colisão com outras normas jusfundamentais, de forma que, num contexto de argumentação jurídica no qual se leve a cabo uma ponderação de valores, uma das normas terá sua aplicação afastada excepcionalmente para o caso concreto. As exceções à aplicação das normas de direitos fundamentais, por serem o resultado de um processo de ponderação de razões morais num contexto de argumentação em concreto, não podem ser estabelecidas *ex ante* pelo sistema jurídico. As exceções estão apenas implícitas no sistema jurídico pela própria *estrutura flexível, complexa e derrotável* das normas de direitos fundamentais. Esses aspectos serão aprofundados na segunda parte, na qual será estudada a *dimensão axiológica* das normas de direitos fundamentais.

³⁸⁵ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. In: *Diritto&Questioni Pubbliche*, n° 3, 2003, p. 197. *Idem*. *Principios y Derechos Fundamentales*. In: BETEGÓN, Jerónimo; LAPORTA, Francisco; PÁRAMO, Juan Ramón de; PRIETO SANCHÍS, Luis (coord.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2004, p. 235.

2. PRINCÍPIOS E VALORES

Introdução

Uma das características marcantes dos chamados Estados constitucionais traduz-se na presença de princípios constitucionais que juridicizam, em um determinado momento histórico, as exigências morais e éticas mais importantes da comunidade. As constituições contemporâneas, como normas supremas dos ordenamentos jurídicos constitucionalizados, assumem peculiar estrutura em razão da incorporação de *princípios* e *valores* que têm a pretensão de fundamentar e legitimar a ordem jurídica, política e social.

A Constituição do Brasil de 1988, influenciada por esse constitucionalismo de princípios e valores que surgiu no segundo pós-guerra em face da decadência de regimes autoritários³⁸⁶, em seu preâmbulo, declara como *valores supremos* da sociedade brasileira a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça etc., que encontram expressão normativa através dos princípios e regras distribuídos ao longo do texto constitucional.

Assim, no constitucionalismo contemporâneo, as normas constitucionais (regras e princípios), sobretudo as que asseguram direitos fundamentais, estão singularizadas por seu elevado teor axiológico, na medida que traduzem para a linguagem normativa os valores supremos da comunidade. Não se trata de valores ontologicamente integrados a uma moral transcendental, imutável e correta, mas de valores que conformam a consciência cultural e ética de uma comunidade historicamente situada e que são incorporados ao ordenamento jurídico-constitucional com a pretensão de orientar a vida em comum.

³⁸⁶ A Constituição brasileira de 1988 traduz os anseios de uma sociedade que sofreu as amarguras de duas décadas de regime ditatorial e, por isso, no tocante à incorporação de um amplo catálogo de direitos, princípios e valores, muito se assemelha às Constituições de Portugal (1976), Espanha (1978), Alemanha (1949) e Itália (1948), que também foram promulgadas em momentos históricos marcados pelo repúdio aos regimes autoritários recém depositos.

Essa forte carga valorativa assumida pelas normas constitucionais influencia diretamente em sua hermenêutica e altera substancialmente a divisão funcional de poderes do Estado constitucional. Com efeito, ao lidar com os valores positivados em princípios constitucionais, o intérprete se vê obrigado a operar com as técnicas de interpretação comumente utilizadas em contextos de argumentação moral, como a ponderação ou sopeso de razões de acordo com as circunstâncias concretas³⁸⁷. Em consequência, os órgãos jurisdicionais encarregados dessa complexa tarefa hermenêutica passam a dividir com o legislador democrático a atividade de criação do direito mediante a concretização desses valores constitucionais.

Por isso, questões filosófico-jurídicas levantadas em torno a problemas fundamentais do direito constitucional atual – como, por exemplo, a racionalidade da ponderação de direitos fundamentais e a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, objetos de instigante debate entre Alexy e Habermas³⁸⁸ – encontram sua origem precisamente na *relação entre norma e valor*. Definir os contornos dessa relação e os efeitos dela decorrentes para a interpretação constitucional e para a sistematização do ordenamento jurídico revela-se como pressuposto indispensável para dilucidar problemas relacionados à configuração normativa dos direitos fundamentais – como mandatos a serem otimizados, princípios em sentido estrito ou

³⁸⁷ A ponderação é uma técnica própria da argumentação moral, marcada pela comparação entre diversos argumentos em jogo e que resulta na prevalência do argumento com maior peso ou importância.

³⁸⁸ Sobre este debate, vide: ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. In: Oxford University Press, I CON, Vol. 3, n° 4, 2005, p. 572-581. *Idem*. *On the structure of legal principles*. In: Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 294-304. *Idem*. *Basic rights and democracy in Jürgen Habermas's procedural paradigm of the law*. In: Ratio Juris, Vol. 7, n° 2, july, 1994, p. 227-238. *Idem*. Jürgen Habermas's theory of legal discourse. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Cardozo Law Review, Vol. 17, n° 4-5, march, 1996, p. 1027-1034. *Idem*. *Constitutional rights, balancing and rationality*. In: Ratio Juris, Vol. 16, n° 2, june, 2003, p. 131-140. *Idem*. *The special case thesis*. In: Ratio Juris, Vol. 12, n° 4, december 1999, p. 374-384. *Idem*. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Fundación Beneficentia et peritia iuris; 2004. HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants, Benjamin N.º Cardozo Scholl of Law. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Cardozo Law Review, Vol. 17, n° 4-5, march, 1996. *Idem*. *A short reply*. In: Ratio Juris, Vol. 12, n° 4, december 1999.

diretrizes políticas – e, portanto, para entender melhor as conseqüências da presença dessas normas nas constituições atuais.

Nesse sentido, este capítulo pretende encontrar respostas mais ou menos precisas para algumas questões fundamentais relacionadas a esse tema: qual a distinção entre princípios (normas) e valores? Qual é a influência dessa distinção para a configuração normativa dos direitos fundamentais? Como estão articuladas as dimensões deontológica e axiológica das normas de direitos fundamentais? Quais são os efeitos produzidos pelas normas jusfundamentais como conseqüência de sua elevada carga valorativa? Enfim, qual a estrutura e conteúdo assumidos pelas normas de direitos fundamentais presentes nas constituições dos denominados Estados constitucionais?

Dessa forma, esclarecidos alguns aspectos da distinção entre regras e princípios e sua repercussão para a normatividade dos direitos fundamentais, o estudo deve continuar *repensando a distinção entre princípios (normas) e valores*. A maior proximidade dos princípios em relação aos valores, diante de seu conteúdo axiológico mais explícito que o das regras, justifica que a análise seja focada, num primeiro momento, na tentativa de distinguir e relacionar os elementos deontológicos e axiológicos que se encontram muito próximos no caso dos princípios e dos valores.

Essa tarefa será levada a efeito por meio de uma avaliação crítica a respeito das distinções entre princípios e valores encontradas nas teorias de Alexy e Peczenik (denominadas *distinções fracas*) e Habermas (*distinção forte*) e de sua adequação para compreender a estrutura das normas de direitos fundamentais. Com isso, será possível compreender a dimensão objetiva e os efeitos decorrentes do conteúdo valorativo das normas de direitos fundamentais e, por fim –

após analisar as críticas a essa configuração axiológica dos direitos – definir sua atuação normativa, em cada contexto interpretativo, como mandatos a serem otimizados, princípios em sentido estrito ou diretrizes políticas.

2.1 – A noção de valor

A idéia de *valor* é compreendida de diferentes maneiras conforme o contexto em que esteja inserida, seja na linguagem comum ou especializada de âmbitos filosóficos e científicos. Assim, diversas são as concepções sobre o conceito de valor, de modo que não seria possível realizar aqui qualquer estudo, por mais sucinto que pretendesse ser, direcionado a estabelecer um conceito ou uma teoria dos valores. Por isso, para as finalidades deste trabalho – esclarecer as relações e diferenças entre princípios e valores e sua influência na configuração normativa dos direitos fundamentais – , é suficiente apenas enunciar algumas características determinantes de uma *noção de valor*.

Essa noção de valor não possui base em uma filosofia dos valores. O estudo dos valores – e de sua diferenciação em relação às normas – e, nesse sentido, de seu papel na fundamentação jurídica das decisões proferidas por um Tribunal Constitucional, prescinde de uma teoria dos valores como, por exemplo, a teoria objetivista e intuicionista de Max Scheler³⁸⁹. Como ressalta Alexy, o fato de que o Tribunal Constitucional alemão fundamente duas decisões com base em valores, em uma ordem de valores ou em um sistema de valores não significa que

³⁸⁹ SCHELER, Max. *Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs*. Trad. Maurice Gandillac. Paris: Gallimard, 1955. Para Scheler, os valores são seres ideais, que possuem validade e objetividade próprias, independentes da realidade e de toda experiência. Os valores são, assim, objetos de uma intuição especial, que podem ser conhecidos, assim como as leis da lógica e da matemática.

tenha de utilizar qualquer teoria ou filosofia mais sofisticada³⁹⁰. No mesmo sentido, Schlink esclarece que, se entre 1950 e 1970 o *Bundesverfassungsgericht* caracterizou os direitos fundamentais como valores, nunca o fez com base em um “ambicioso sentido filosófico, como o dos valores éticos materiais desenvolvidos por Max Scheler e Nicolai Hartmann”³⁹¹.

Portanto, para diferenciar princípios e valores e tentar descrever a atividade de fundamentação jurídica que neles encontra base, não é necessária a utilização de uma teoria ou filosofia dos valores. Para Alexy, a interpretação das teses axiológicas desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional pode ser realizada por meio de uma “teoria dos valores mais débil”³⁹².

De acordo com tal teoria, a comparação entre princípios (normas) e valores pode apoiar-se em algumas características estruturais gerais dos valores e que se tornam manifestas quando se estabelece a distinção entre *objeto* e *critério de valoração*. Os valores propriamente ditos são apenas os *critérios de valoração*, como, por exemplo, bom, mal, econômico, seguro, justo, etc., os quais não se confundem com os *objetos valorados*, como os objetos naturais, artefatos, pensamentos, acontecimentos, ações, situações etc³⁹³.

Como um mesmo objeto pode ser valorado com base em diferentes critérios de valoração, muitas vezes contrapostos, os valores tendem a entrar em *colisão*, de forma que uma *valoração total* (juízo de valor definitivo) somente é possível por meio de uma *ponderação* entre diversos critérios de valoração. No âmbito do Direito Constitucional, portanto, possuem

³⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 2001, p. 151.

³⁹¹ SCHLINK, Bernhard. *The dynamics of constitutional adjudication*. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Cardozo Law Review, Vol. 17, n° 4-5, march, 1996, p. 1234.

³⁹² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 2001, p. 151.

³⁹³ *Idem, ibidem*, p. 144. Sobre a necessidade de se distinguir entre os valores e os objetos valorados, vide: FRONDIZI, Risieri. *Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1958.

relevância apenas os *juízos de valor comparativos*, pois, por exemplo, para resolver o problema da ponderação entre a liberdade de imprensa e a segurança externa, não seria adequado trabalhar com juízos de valor métricos, de forma a se estabelecer uma escala numérica de importância entre ambos os valores³⁹⁴.

Ademais, os critérios de valoração, ou valores propriamente ditos, assim como as normas, *são válidos* ou não. Essa validade não é objeto de algum tipo de evidência ou fruto de um intuicionismo, mas resulta de *fundamentações*, que, dependendo do tipo de validade de que se trate, podem ser jurídicas, sociais ou éticas³⁹⁵.

Para Alexy, uma tal teoria débil, por estar livre de suposições ontológicas e epistemológicas sobre os valores, não é afetada por objeções filosóficas como aquelas proferidas à teoria intuicionista de Scheler.

Além disso, a essa noção genérica, baseada na teoria de Alexy, devem ser acrescentadas mais algumas características presentes nos valores, bem delimitadas por Recaséns Siches³⁹⁶, que podem ser úteis para as análises posteriores.

Assim, é preciso enfatizar, ainda, que, na medida em que correspondem a critérios de valoração, diferenciados dos objetos valorados, os valores também podem ser considerados como *ideais*. Na qualidade de ideais, dessa forma, não se confundem com as coisas

³⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 146.

³⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 151.

³⁹⁶ Recaséns Siches não aceita que os valores possuam uma objetividade abstrata, e daí a sua divergência com Scheler. Para o autor, os valores também não são essências parecidas com as idéias platônicas, como sustentou Nicolai Hartmann, mas estão vinculados à *vida humana*, de forma que somente nela encontram seu sentido. RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1995, p. 57-58.

ou condutas consideradas valiosas (objetos de valoração) ou mesmo com as realidades psíquicas (os atos de pensar não se confundem com a idéia pensada)³⁹⁷.

Dessa qualidade ideal resulta a *dissociação entre valor e realidade*. Alguns valores estão realizados, outros apenas em certa medida (de forma gradual) e outros encontram-se completamente negados. Por isso, se diz que as categorias de *ser* e *valor* são independentes. A essência dos valores é independente de sua realização, ou seja, “um valor vale não porque tenha sido realizado, mas sim apesar de sua realização”. Como enfatiza Recaséns Siches, o fato de que a justiça nunca tenha sido plenamente realizada não impõe que ela deixe de ser reconhecida como um valor³⁹⁸.

No entanto, como ensina Recaséns Siches, essa independência não significa indiferença frente a sua realização, pois os valores possuem uma *vocação a serem realizados*; isto é, possuem uma *pretensão de serem cumpridos* na maior medida possível. Assim, quando os valores não se encontram cumpridos em uma determinada realidade, esta, apesar de não deixar de *ser* realidade, aparece como não justificada, como *algo que certamente é*, porém que *não deveria ser*. Nesse sentido, os valores, mesmo não estando cumpridos, *tendem a determinar normas de comportamento*. Por isso, Recaséns Siches pode afirmar que “toda idéia de dever ser, de *normatividade*, funda-se em uma estimacão, em um juízo de valor”³⁹⁹.

O Direito não é um valor ou conjunto de valores, antes constitui o “veículo de realização de valores”, “algo que funciona como meio de realização de valores”. O Direito é uma

³⁹⁷ *Idem, ibidem*, p. 58. No mesmo sentido, vide: FRONDIZI, Risieri. *Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1958.

³⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 64.

³⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 65.

atividade humana que faz referência a valores (justiça, segurança, igualdade, etc.), mas que com eles não se confunde. Nas palavras de Recaséns Siches, “o Direito não é a pura idéia da justiça nem das demais qualidades de valor que aspira realizar”, mas uma “uma obra humana de interpretação e realização desses valores”⁴⁰⁰. Dessa forma, não há correspondência perfeita entre o direito positivo e os valores que pretende concretizar, podendo haver normas justas, menos justas ou injustas. Não obstante, todo direito está vocacionado a ser uma realidade na qual estejam encarnados os valores da justiça. Nas palavras de Recaséns Siches, “todo direito é um intento de Direito justo, um propósito de Direito valioso”⁴⁰¹.

Essas são as idéias que podem conformar uma noção de valor e que serão muito úteis para as análises seguintes.

2.2 – Entre a deontologia dos princípios e a axiologia dos valores

No tópico anterior, tentou-se delimitar uma noção de valor segundo a qual os valores constituem *critérios de valoração* (diferenciados dos objetos valorados) que tendem a entrar em *colisão* quando utilizados em um processo de *valoração total* de objetos e que, dessa forma, submetem-se a um *juízo de valor comparativo* e, portanto, a uma *ponderação*. Ademais, representam também *ideais* que, apesar de estarem realizados em diferentes medidas, possuem a *pretensão de serem cumpridos na maior medida possível*. Essa vocação de serem realizados faz

⁴⁰⁰ Esse conceito é em boa parte coincidente com o de Radbruch, segundo o qual o “o direito só pode ser compreendido no âmbito da atitude referida ao valor”; “o direito pode ser injusto, mas só é direito por ter o sentido de ser justo”. Portanto, a filosofia do direito é a consideração valorativa do direito, a ‘doutrina do direito justo’ (Stammler). O conceito de direito “é um conceito cultural, quer dizer, um conceito de uma realidade referida a valores, uma realidade cujo sentido é o de estar a serviço dos valores. O direito é a realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, à idéia do direito. O conceito de direito cumpre-se, portanto, na idéia do direito. A idéia do direito não pode ser outra senão a justiça”. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2004, p. 11, 13, 47.

⁴⁰¹ RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1995, p. 70.

com que os valores, ao funcionarem como *critérios de justificação* e de *crítica da realidade*, gerem *normatividade*. Os valores constituem, dessa forma, os fins que o Direito se propõe a realizar na maior medida possível. Feitas essas considerações sobre a noção de valor, resta analisar qual a diferença entre os princípios jurídicos (normas) e os valores.

2.2.1 – A distinção fraca

2.2.1.1 – As diferenças entre princípios e valores em Robert Alexy

Alexy considera princípios e valores como categorias estreitamente vinculadas.

Para o autor, essa vinculação se dá em dois sentidos:

- a) à semelhança do que ocorre com os princípios, existe uma colisão de valores e uma ponderação de valores;
- b) da mesma maneira que os princípios, os valores também podem ser realizados de forma gradual.

Essa estreita vinculação permite que enunciados de princípios possam ser reformulados como enunciados de valores e vice-versa. Assim, dá no mesmo falar em princípio da liberdade de imprensa ou valor da liberdade de imprensa etc⁴⁰². Princípios e valores, portanto, possuem estruturas semelhantes.

⁴⁰² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 139. *Idem*. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004, p. 164.

Nada obstante, segundo Alexy, existe *uma* diferença fundamental entre princípios e valores. Para apresentá-la da forma mais clara possível, Alexy utiliza a divisão dos conceitos práticos formulada por Georg Henrik von Wright⁴⁰³.

De acordo com von Wright, os conceitos práticos se dividem em três grupos. O primeiro diz respeito aos *conceitos deontológicos*. Como exemplos desse tipo de conceito, pode-se citar o de mandado, proibição, permissão etc., todos referentes ao conceito deontológico fundamental de *mandado* ou de *dever ser*. No segundo, encontram-se os *conceitos axiológicos*, como belo, valente, seguro, econômico, democrático, social, liberal etc., cujo conceito fundamental, como se pode perceber, não é de mandado ou de dever ser, mas de *bom*. Por último, estão os *conceitos antropológicos*, como os de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação.

Com base nessa tripartição de conceitos práticos, dentre os quais apenas são relevantes os conceitos deontológicos e axiológicos, Alexy estabelece uma “diferença decisiva entre o conceito de princípio e o de valor”. Para o autor, os princípios são mandatos, mais especificamente, mandatos de otimização e, assim sendo, pertencem ao âmbito deontológico. Os valores, por outro lado, estão num nível axiológico, pois não expressam o que é devido, mas o que é bom. Assim, se no âmbito deontológico a distinção se dá entre regras e princípios, como tipos de normas que possuem caráter de dever ser e expressam verdadeiros mandatos (as regras são mandatos definitivos e os princípios são mandatos de otimização), no nível axiológico a

⁴⁰³ VON WRIGHT, Georg Henrik. *The Logic of Preference*, apud. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 139.

diferença ocorre entre *regras de valoração* (que não podem ser objeto de ponderação) e *valores* (que podem ser objeto de ponderação)⁴⁰⁴.

Portanto, a *única* diferença fundamental entre princípios e valores está no caráter deontológico dos primeiros e no caráter axiológico dos últimos. Isso quer dizer que “o que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido”⁴⁰⁵.

De qualquer forma, permanece a “ampla coincidência estrutural entre princípios e valores”⁴⁰⁶, de forma que um enunciado possa ser expressado como valor ou como princípio sem qualquer alteração no processo de argumentação jurídica⁴⁰⁷. A distinção formulada por Alexy, dessa forma, possui o efeito (inverso) de realçar a semelhança estrutural entre princípios e valores. Sua utilidade principal está em esclarecer as duas dimensões (deontológica e axiológica) de uma mesma norma. Deixa aberta, não obstante, a possibilidade de que na interpretação da norma se passe facilmente da dimensão deontológica para a dimensão axiológica.

2.2.1.2 – *As diferenças entre princípios e valores em Aleksander Peczenik*

⁴⁰⁴ Deve ser lembrado que a distinção de Alexy é feita com base na estrutura das normas, que apresenta muitas dificuldades teóricas, como exposto acima. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 145.

⁴⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 147.

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004, p. 164.

⁴⁰⁷ Segundo Alexy, “na argumentação jurídica é perfeitamente possível partir do modelo de valores em vez do modelo de princípios”. A vantagem do modelo de princípios está em que ele expressa de forma clara o caráter de *dever ser*, dando lugar a menos “falsas interpretações” do que o modelo de valores. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 147.

Em sentido semelhante ao das teses de Alexy, a coincidência estrutural entre princípios e valores e a distinção entre as dimensões deontológica e axiológica também podem ser encontradas na teoria de Aleksander Peczenik⁴⁰⁸.

De acordo com Aleksander Peczenik, um *valor* pode ser definido como um *ideal*. Existem diversos tipos de valores (ou ideais), como os *valores individuais*, que são bons para o indivíduo, como a vida humana, a liberdade, a integridade, a propriedade etc.; os *valores coletivos*, como o meio ambiente equilibrado e o progresso; e os *valores-produto*, como a arte, a tecnologia, o Estado, o Direito e outros produtos culturais⁴⁰⁹.

Como ideais, os valores assumem duas características. Em primeiro lugar, podem ser realizados de forma gradual, ou seja, apenas em uma certa medida. Em segundo lugar, os valores possuem um caráter *prima facie*, pois não determinam juízos morais definitivos, mas apenas condicionais. Sua aplicação fica condicionada à inexistência de juízos morais decorrentes de outros valores em sentido contrário. Por isso, devem ser objeto de uma “ponderação baseada na consideração de todas as coisas” (*all-things-considered weighing and balancing*)⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ AARNIO, Aulis; PECZENIK, Aleksander. *On values. Universal or relative?* In: Ratio Juris, Vol. 9, n° 4, 1996. PECZENIK, Alexander. *Law, morality, coherence and truth*. In: Ratio Juris, Vol. 7, n° 2, July 1994, p. 146-176. *Idem. A theory of legal doctrine*. In: Ratio Juris, Vol. 14, n° 1, March 2001, p. 75-105. *Idem. Derecho y razón*. México D.F: Fontamara; 2003. *Idem. Dimensiones morales del Derecho*. In: Doxa n° 8, 1990, p. 89-109. *Idem. Legal reasoning as a special case of moral reasoning*. In: Ratio Juris, Vol. 1, n° 2, July 1988, p. 123-136. PECZENIK, Alexander; HAGE, Jaap. *Law, morals and defeasibility*. In: Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, September 2000, p. 305-325.

⁴⁰⁹ PECZENIK, Alexander. *Law, morality, coherence and truth*. In: Ratio Juris, Vol. 7, n° 2, July 1994, p. 159.

⁴¹⁰ AARNIO, Aulis; PECZENIK, Aleksander. *On values. Universal or relative?* In: Ratio Juris, Vol. 9, n° 4, 1996. PECZENIK, Alexander. *Law, morality, coherence and truth*. In: Ratio Juris, Vol. 7, n° 2, July 1994, p. 159.

Os princípios, por seu turno, expressam valores. É dizer, cada princípio estabelece um ideal, um valor⁴¹¹. Muitos princípios expressam valores individuais, mas existem também os princípios que contêm valores coletivos ou valores-produto⁴¹².

Na medida em que expressam valores ou ideais, os princípios não possuem um caráter binário ou de tudo-ou-nada. Um princípio estabelece um ideal que pode realizar-se em um grau maior ou menor. Assim, da mesma forma que os valores, os princípios possuem um caráter apenas *prima facie* e, portanto, devem ser objeto de uma ponderação que leve em conta todos os princípios e valores *prima facie* relevantes para o caso⁴¹³.

Na teoria de Aleksander Peczenik, portanto, existe uma correlação necessária entre princípios e valores que, ao modo de Alexy, se dá em duas perspectivas:

- a) tanto princípios como valores possuem um caráter *prima facie* e podem entrar em colisão, caso em que devem ser objeto de ponderação;
- b) princípios e valores, por expressarem ideais, podem ser realizados em diferentes medidas, isto é, de forma gradual.

Diante dessa similitude, é possível expressar um mesmo ideal utilizando-se de enunciados de princípios ou de valores. É dizer, princípios e valores são apenas duas maneiras diferentes de expressar um mesmo ideal.

⁴¹¹ As regras, ao contrário, não expressam valores, mas sim um compromisso entre vários valores. PECZENIK, Alexander. *Legal reasoning as a special case of moral reasoning*. In: Ratio Juris, Vol. 1, n° 2, July 1988, p. 125.

⁴¹² Peczenik não concorda com a tese de Dworkin segundo a qual os princípios expressam necessariamente direitos individuais. PECZENIK, Alexander. *Law, morality, coherence and truth*. In: Ratio Juris, Vol. 7, n° 2, July 1994, p. 160.

⁴¹³ PECZENIK, Alexander. *Dimensiones morales del Derecho*. In: Doxa n° 8, 1990, p. 92. AARNIO, Aulis; PECZENIK, Aleksander. *On values. Universal or relative?* In: Ratio Juris, Vol. 9, n° 4, 1996, p. 325-326.

Assim, seguindo no mesmo caminho de Alexy, Peczenik reconhece *apenas* uma diferença entre princípios e valores, que consiste no fato de que “um princípio nos diz o que é *prima facie* obrigatório, enquanto um valor diz o que é *prima facie* o melhor”⁴¹⁴. Em outras palavras, a *única* diferença está em que os princípios pertencem ao âmbito deontológico e os valores à dimensão axiológica.

2.2.2 – A distinção forte: as diferenças entre princípios e valores em Jürgen Habermas

Nas teorias de Alexy e Aleksander Peczenik, princípios e valores diferenciam-se *apenas* em virtude de seu caráter deontológico e axiológico, respectivamente. Segundo Habermas, o problema dessa distinção está no “*apenas*”⁴¹⁵.

Habermas defende que os princípios jurídicos não podem ser assimilados aos valores, pois ambos possuem propriedades lógicas inteiramente distintas. Princípios e valores, além de diferenciar-se segundo a referência de cada qual à ação deontológica e axiológica, respectivamente – ponto que Alexy bem compreende e concorda – também distinguem-se de acordo com a codificação binária (normas) ou gradual (valores) de sua pretensão de validade; por seu tipo de caráter vinculante, absoluto nas normas e relativo nos valores; e, ainda, em relação ao sistema de princípios e ao sistema de valores. Essa diferenciação lógica entre princípios e valores é estabelecida por Habermas da seguinte maneira⁴¹⁶.

⁴¹⁴ PECZENIK, Alexander. *Legal reasoning as a special case of moral reasoning*. In: Ratio Juris, Vol. 1, n° 2, July 1988, p. 126. *Idem*. *Dimensiones morales del Derecho*. In: Doxa n° 8, 1990, p. 92. AARNIO, Aulis; PECZENIK, Aleksander. *On values. Universal or relative?* In: Ratio Juris, Vol. 9, n° 4, 1996, p. 325.

⁴¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Reply to symposium participants, Benjamin N.º Cardozo Scholl of Law*. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Cardozo Law Review, Vol. 17, n° 4-5, March, 1996, p. 1.530.

⁴¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Trotta; 2000, p. 328-329.

Em primeiro lugar, os princípios têm caráter deontológico e os valores possuem um sentido teleológico. É dizer, os princípios, na qualidade de normas jurídicas, estabelecem comandos gerais para a prática de um determinado comportamento, enquanto que os valores são entendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas; expressam a preferência por certos bens que em determinadas contextos consideram-se desejáveis e que podem ser realizados mediante ações destinadas à consecução desse fim⁴¹⁷.

Ademais, os princípios, como normas, possuem uma “pretensão binária de validade”, isto é, ou são válidos ou inválidos. Por outro lado, os valores possuem uma “pretensão de validade gradual”, ou seja, fixam relações de preferência que indicam que determinados bens são mais atrativos que outros. Por isso, os valores aceitam ser cumpridos em diferentes medidas⁴¹⁸.

Em terceiro lugar, os princípios possuem um caráter vinculante absoluto e os valores um caráter vinculante relativo. Isso quer dizer que a validade deontológica dos princípios tem um sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: “o que é devido pretende ser bom de igual maneira para todos”. Os valores possuem um sentido relativo de uma apreciação de bens a qual se está habituado ou que é adotada em uma determinada cultura ou que está representada por uma certa forma de vida. Assim, os valores dizem “o que é bom de forma relativa para nós”⁴¹⁹.

Por último, existem diferenças no tocante ao sistema de princípios (ou sistema de normas) e o sistema de valores. Os princípios não podem contradizer-se se pretendem validade

⁴¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 328.

⁴¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 328.

⁴¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 328-329.

para o mesmo círculo de destinatários; devem relacionar-se de forma coerente, ou seja, formar um sistema. Os valores, ao contrário, concorrem pela primazia em relação a outros valores. Assim sendo, na medida em que obtêm reconhecimento intersubjetivo em uma determinada cultura ou forma de vida, “constituem configurações ao mesmo tempo tensas e flexíveis”⁴²⁰.

Com a divisão forte entre princípios (normas) e valores, Habermas tenta separar o modo de interpretação/aplicação de normas do modo de interpretação/aplicação de valores, de forma que apenas o primeiro pode corresponder à aplicação das normas jurídicas e, portanto, das normas de direitos fundamentais. Sua intenção é preservar o “muro divisório” introduzido no discurso jurídico com a compreensão deontológica das normas jurídicas⁴²¹. A assimilação dos princípios jurídicos aos valores estabelecida pela distinção fraca de Alexy introduz no discurso jurídico formas próprias da aplicação de valores e, nesse sentido, subverte o caráter deontológico das normas jurídicas.

Como se vê, Habermas estabelece uma rígida separação entre princípios e valores, baseado numa concepção forte do caráter deontológico das normas jurídicas, em especial, das normas de direitos fundamentais. Resta saber qual o tipo de distinção – a distinção fraca de Alexy e Peczenik ou a distinção forte de Habermas – adequa-se melhor à estrutura das normas constitucionais e, portanto, das normas de direitos fundamentais.

2.2.3 – Avaliação crítica

As distinções fraca (Alexy e Peczenik) e forte (Habermas) concordam em um ponto: princípios e valores distinguem-se em virtude do caráter deontológico dos primeiros e

⁴²⁰ *Idem, ibidem*, p. 329.

⁴²¹ *Idem, ibidem*, p. 332.

axiológico dos segundos. O consenso a respeito dessa diferença básica entre princípios e valores, que de certa forma representa a clássica distinção entre o “correto” e o “bom”, baseia-se no fato de que formular uma norma é um ato distinto de formular um valor. Parece claro que não é a mesma coisa dizer que “não se deve discriminar” e dizer que “a discriminação não é boa”. Da mesma forma, não tem o mesmo sentido afirmar que “devemos tratar a todos de forma igual” e dizer que “tratar a todos de forma igual é bom”. Enfim, uma coisa é dizer que “algo é devido” e outra inteiramente distinta é afirmar que “algo é valioso”⁴²².

O problema está em saber se essa é a *única* diferença entre princípios e valores, de acordo com a distinção fraca de Alexy e Peczenik, ou se existem outras diferenças de caráter lógico, como proposto por Habermas. Em suma, a discussão gira em torno do “*apenas*”, como bem observado por Habermas⁴²³. A análise deve focar-se na questão de saber qual das distinções melhor se adequa à estrutura das normas de direitos fundamentais.

Habermas diferencia princípios e valores de acordo com a codificação da pretensão de validade de cada qual. Os princípios jurídicos, na qualidade normas jurídicas, possuem uma pretensão binária de validade; isto é, ou são válidos, e se aplicam, ou são inválidos, e não se aplicam; não há possibilidade de uma aplicação gradual. Os valores, em oposição, possuem uma pretensão gradual de validade, de forma que sua aplicação pode ocorrer em diferentes medidas, conforme a valoração que recebam em cada caso⁴²⁴.

⁴²² Sobre essas análises, vide: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Norma y valor en el neoconstitucionalismo*. Artigo a ser publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional n° 6.

⁴²³ HABERMAS, Jürgen. *Reply to symposium participants, Benjamin N.º Cardozo Scholl of Law*. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Cardozo Law Review, Vol. 17, n° 4-5, march, 1996, p. 1.530.

⁴²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Trotta; 2000, p. 328.

A concepção forte do caráter deontológico das normas jurídicas formulada por Habermas parece se adequar às normas que compõem os sistemas jurídicos de direito penal e civil, por exemplo, porém é inadequada em se tratando de normas constitucionais e, sobretudo, de normas de direitos fundamentais. Sua estrutura complexa e derrotável faz com que seu caráter deontológico seja diferenciado das demais normas do ordenamento jurídico. As normas de direitos fundamentais estão caracterizadas por seu alto grau de generalidade, vaguidade, indeterminação e por sua tendência a entrar em colisão com as demais normas constitucionais, de forma que sua pretensão de validade não pode ser a mesma de uma regra de direito penal. De sua peculiar estrutura resulta um caráter deontológico diferenciado, como mais a frente será analisado. Nesse sentido, são enfáticas as críticas de Bernal Pulido à rígida separação entre princípios e valores estabelecida por Habermas:

“La contundente crítica de J. Habermas que postula esta objeción, parece soslayar en alguna medida los esfuerzos que la doctrina constitucional europea viene acometiendo desde la segunda posguerra, tendientes a subrayar las peculiaridades de las disposiciones de la Constitución. A causa de su alto grado de indeterminación y de vaguedad, de su redacción concisa, su carácter supremo y su tendencia a las colisiones, las disposiciones constitucionales no ostentan un sentido deóntico idéntico al que es propio de las disposiciones incluidas en los códigos penales o civiles. Por esta misma razón, no puede considerarse que se elimina el carácter jurídico a los derechos fundamentales, cuando su aplicación no se concibe en todos los casos, de modo binario, como un asunto de todo o nada, según la conocida expresión de R. Dworkin. Los derechos fundamentales tienen una dimensión deóntica peculiar, que viene determinada por las características especiales de las disposiciones que los expresan y de sus procedimientos de aplicación”⁴²⁵.

Ademais, como ressalta Sieckmann, a estrita separação entre normas e valores estabelecida por Habermas resulta adequada quando as normas funcionam como regras de

⁴²⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 484-485.

comportamento, mas não quando cumprem uma função argumentativa de fundamentação de decisões judiciais⁴²⁶.

Habermas defende também que princípios e valores possuem um caráter vinculante diferenciado, que é absoluto, no caso dos princípios, e relativo, em se tratando de valores. Assim, o caráter deontológico dos princípios jurídicos tem o sentido de uma obrigação incondicional e universal, ou seja, o que os princípios prescrevem como devido pretende ser bom de forma igual para todos. Os valores, ao contrário, possuem um caráter relativo, vinculado às preferências de uma determinada comunidade. Em outras palavras, os valores estabelecem o que é bom para nós⁴²⁷.

No entanto, Habermas parece entrar em contradição ao reconhecer que as normas jurídicas, na qualidade de direito positivo, são válidas para um determinado âmbito e para um círculo definido de destinatários. O próprio Habermas afirma que as normas jurídicas geralmente não estabelecem o que é bom para todos os homens, mas regulam a vida em comum dos cidadãos em uma comunidade jurídica concreta. Por isso, Habermas admite que a diferença entre o caráter vinculante absoluto dos princípios jurídicos (prescrevem o que é bom de forma igual para todos) e o caráter vinculante relativo dos valores (dizem o que é bom para nós), muitas vezes passa despercebida porque o direito positivo sempre é válido em uma comunidade jurídica específica⁴²⁸. Assim, se os princípios jurídicos são sempre válidos em uma determinada comunidade, eles não podem ter um sentido deontológico absoluto e universal, pois dessa forma deixariam de ser normas jurídicas para transformar-se em normas morais. Nesse sentido, são

⁴²⁶ *Apud*, BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 486, nota 153.

⁴²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Trotta; 2000, p. 328.

⁴²⁸ *Idem, ibidem*, p. 329.

contundentes as críticas de Alexy à concepção forte do carácter deontológico dos princípios jurídicos estabelecida por Habermas:

“La tercera propiedad de este concepto fuerte del carácter deontológico, según la cual lo debido es absoluto y universal de tal modo que pretende ser bueno para todos de igual medida, presenta problemas cuando se trata de las normas jurídicas. Como el próprio Habermas enfatiza, a diferencia de las normas morales, las normas jurídicas ‘en general no establecen lo que es bueno para todos los hombres; ellas regulan la vida en común de los ciudadanos en una comunidad jurídica concreta’. Pero entonces ellas no pueden ser normas, si se sigue el concepto estricto del carácter deontológico. Esta construcción sería inaceptable”⁴²⁹.

Em outro trabalho, Alexy desta forma dirige suas críticas a Habermas:

“Habermas explica o conceito de princípio distinguindo-o do conceito de valor. Princípios devem ter um significado deontológico, enquanto valores devem ter um significado teleológico. Essa distinção, que representa a clássica dicotomia entre o correto e o bom, deve-se concordar com ela. Problemática, entretanto, é a defesa de Habermas de que “o devido” das normas obrigatórias tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal; o devido pretende ser igualmente bom para todos. Em contraste, ‘a atratividade dos valores compartilhados intersubjetivamente tem o sentido relativo de uma apreciação de bens que se tornaram habituais ou que foram adotados em culturas e formas de vida: decisões valorativas decisivas ou preferências de ordem superior dizem-nos, consideradas todas as coisas em conjunto, o que é bom para nós (ou para mim).’

Interpretando-se isso de forma literal, princípios são questões do discurso moral e valores são questões do discurso ético. Porém, isso causa problemas no caso dos princípios jurídicos. Habermas enfatiza que questões jurídicas são diferentes das questões morais. Ele defende que normas jurídicas, “geralmente ..., não dizem o que é igualmente bom para todos os seres humanos; elas regulam a vida em comum dos cidadãos de uma comunidade jurídica concreta”. Portanto, os discursos de justificação e aplicação no direito devem abrir-se para argumentos pragmáticos e éticos. Isso, entretanto, exclui a definição, carente de maior qualificação, de princípios jurídicos como normas com carácter obrigatório absoluto no sentido universal explicado acima, porque isso os transformaria em normas morais. Habermas reconhece o problema”⁴³⁰.

Habermas também defende que princípios e valores diferenciam-se conforme o tipo de sistema que formam. Os princípios ou normas jurídicas não podem contradizer-se entre si. Se pretendem ter validade sob um determinado círculo de destinatários, devem manter uma relação

⁴²⁹ ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los principios jurídicos. In: *Idem. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2003, p. 125.

⁴³⁰ ALEXY, Robert. Jürgen Habermas’s theory of legal discourse. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Cardozo Law Review, Vol. 17, n° 4-5, march, 1996, p. 1029. (trad. livre)

coerente, ou seja, devem formar um sistema. Os valores, por outro lado, “competem para ser os primeiros” (mais valiosos) e, na medida em que conseguem reconhecimento intersubjetivo dentro de uma cultura, “constituem configurações ao mesmo tempo tensas e flexíveis”⁴³¹.

Essa distinção também não tem razão de ser. As normas jurídicas, principalmente as normas constitucionais, incorporam valores contraditórios entre si e nem por isso deixam de formar sistema. Os sistemas jurídicos dos Estados Constitucionais estão compostos, em seu nível hierárquico mais elevado, de normas cujo forte conteúdo axiológico desencadeia um permanente estado de colisão. Dessa forma, os valores expressados pelas normas constitucionais também “competem para ser os primeiros”, ou seja, cada valor, considerado isoladamente e de forma abstrata, tem a pretensão de ser absoluto, e isso faz com que sua convivência com outros valores determinados por outras normas constitua “configurações tensas e flexíveis”. Pode-se dizer que essa tensão entre valores contraditórios é da essência dos sistemas jurídicos dos Estados constitucionais, que são congenitamente pluralistas, no sentido mais amplo da expressão.

Observe-se, ainda, que o sistema jurídico não é composto apenas por normas, num sentido deontológico forte concebido por Habermas. Os valores são elementos essenciais de um sistema jurídico, e é justamente por meio deles que se tornam possíveis a unidade e a coerência do sistema. Ademais, como ressalta Canaris, as “quebras no sistema” decorrentes das contradições de valores são inevitáveis, o que não constitui um obstáculo intransponível para a

⁴³¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Trotta; 2000, p. 328.

sistematização do direito, pois o próprio sistema dispõe de métodos de eliminação dessas contradições⁴³².

Portanto, a distinção forte entre princípios e valores formulada por Habermas mostra-se insuficiente em todos os seus aspectos, o que leva a crer que, tratando-se de normas constitucionais e, dessa forma, de normas de direitos fundamentais, a diferença entre princípios e valores resume-se ao caráter deontológico daqueles e axiológico destes, como defendido por Alexy e Peczenik. A rígida separação entre princípios e valores estabelecida por Habermas não compreende a carga valorativa dos princípios constitucionais, seu caráter aberto, polissêmico, indeterminado, sua elevada posição na hierarquia do ordenamento jurídico etc., enfim, sua extrema similitude com os valores.

A questão crucial está em que Habermas, ao enxergar como um problema a assimilação dos princípios jurídicos aos valores, deixa de perceber que os princípios jurídicos, tal qual conformados nas Constituições – ou seja, como normas constitucionais – também possuem uma *dimensão axiológica*. É dizer, os princípios jurídicos, além de uma *dimensão deontológica*, possuem também uma *dimensão axiológica*. São normas jurídicas que possuem uma alta carga valorativa. Os princípios jurídicos constituem a expressão normativa de valores assumidos por uma determinada comunidade.

⁴³² Para Canaris, as quebras no sistema decorrentes de contradições de valores faz com que “a formação de um sistema completo (ideal) numa determinada ordem jurídica permaneça sempre um objetivo não totalmente alcançado”. Sem embargo, “ainda quando uma formação plena do sistema permaneça inalcançável, essa discrepância entre o ideal de um sistema e a sua realização não implica nada de decisivo contra o significado do sistema para a Ciência do Direito”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996, p. 199-200, 234-235.

Assim ocorre em todos os Estados constitucionais, nos quais as Constituições incorporam pela via normativa os valores compartilhados culturalmente pela comunidade. O exemplo mais eloqüente encontra-se na Constituição Espanhola de 1978 que, em seu art. 1.1, institui a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político como *valores superiores* do ordenamento jurídico⁴³³. Naquele país, nem a doutrina nem a jurisprudência separam princípios jurídicos e valores superiores em categorias bem distintas. A doutrina tem preferido falar em uma “distinção débil”⁴³⁴ ou “gradual”⁴³⁵ e o Tribunal Constitucional tem utilizado em seus julgados princípios jurídicos e valores superiores de forma indistinta⁴³⁶. Em estudo aprofundado sobre o tema, Díaz Revorio chega à conclusão de que princípios e valores não são categorias qualitativamente distintas. Assim, mesmo entendendo insuficiente o critério de diferenciação de Alexy, o autor considera a utilidade de uma diferenciação entre as dimensões axiológica e deontológica:

Desde el punto de vista lingüístico la idea de la pertenencia de los valores al mundo de lo axiológico no significaría nada nuevo, dado que la axiología se define como la ‘teoría de los valores’. En todo caso, parece adecuado situar a los valores en el ámbito de lo bueno, siendo éste un criterio al que creemos responden los valores explícitamente recogidos en nuestra Constitución. Sin embargo, también algunos de

⁴³³ O Professor Gregorio Peces-Barba, um dos redatores da Constituição Espanhola de 1978, explica que o art. 1.1 instituiu, na história constitucional contemporânea, a união entre valores e normas, conquistando a admiração de filósofos como Ronald Dworkin, que demonstrou profundo interesse pela redação desse artigo. PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. In: *Idem. Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1993, p. 241. Sobre os debates constituintes a respeito da redação do art. 1.1 da Constituição Espanhola, vide: LLAMAS CASCÓN, Ángel. *Los valores jurídicos como ordenamento material*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado; 1993, p. 223.

⁴³⁴ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1997, p. 97 e ss.

⁴³⁵ Pérez Luño considera insuficientes os diversos critérios utilizados pela doutrina para diferenciar princípios e valores, e propugna por uma distinção apenas gradual. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos; 2003, p. 287. Em defesa de uma distinção meramente gradual, vide também: OLLERO TASSARA, Andrés. *La Constitución: entre el normativismo y la axiología*. In: *Idem. Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1989.

⁴³⁶ Sobre o tratamento da distinção entre princípios jurídicos e valores superiores pela doutrina e pelo Tribunal Constitucional da Espanha, vide: DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1997, p. 97 e ss. FREIXES SANJUÁN, Teresa; REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *Los valores y principios en la interpretación constitucional*. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, nº 35, mayo-agosto, 1992, p. 98.

nuestros principios constitucionales (o de los que suelen denominarse así) se corresponden principalmente con el ámbito de lo axiológico. Y, por lo demás, la propia constitucionalización de los valores los incluye, sin perder su carácter axiológico, en el mundo del deber ser, pues como veremos poseen también una faceta como mandatos. En realidad, desde el punto de vista de nuestra Constitución, no parecen netamente escindibles los elementos deontológicos y axiológicos. La propia constitucionalización tanto de principios como de valores parece responder al hecho de que siendo *lo bueno*, se pasan a configurar como *lo debido*; por ello la utilidad principal de esta distinción está en destacar las dos dimensiones, aunque ambas puedan estar presentes en los mismos valores o principios (...) ⁴³⁷.

Seguindo a tendência das constituições dos Estados constitucionais contemporâneos ⁴³⁸, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu preâmbulo, reconhece a liberdade, a segurança, a igualdade, a justiça etc., como *valores supremos* da sociedade brasileira. As normas constitucionais, mormente as que compõem o catálogo de direitos fundamentais do art. 5º, configuram normativamente esses valores supremos, num plano deontológico, atribuindo-lhes força normativa. Essas normas, portanto, possuem uma dimensão axiológica e ao mesmo tempo deontológica. A diferença entre os valores supremos e as normas constitucionais está no caráter estritamente axiológico daqueles e no duplo caráter (deontológico e axiológico) destas.

Como se pode constatar, a incorporação pelas constituições contemporâneas de normas de direitos fundamentais com alta carga axiológica é um fato, cujas consequências, desejáveis ou não, não podem ser contornadas com a tentativa de separar rigidamente normas e valores, no intuito de fazer com que a atividade de interpretação/aplicação de normas não seja contaminada por preferências subjetivas próprias da interpretação/aplicação de valores. As normas de direitos fundamentais não podem possuir uma pretensão binária de validade, assim como

⁴³⁷ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1997, p. 107.

⁴³⁸ Sobre a dimensão normativo-axiológica da Constituição de Portugal de 1976, vide: CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

propõe Habermas, justamente porque incorporam valores, e sua aplicação, portanto, muitas vezes ocorrerá na forma como se dá a aplicação de valores.

Deve-se entender, dessa forma, que não é possível estabelecer uma distinção rígida entre princípios e valores visto que os princípios jurídicos representam o instrumento de articulação das dimensões axiológica e deontológica no direito dos Estados constitucionais.

Nesse sentido, García Figueroa tece algumas considerações elucidativas sobre a questão. O autor espanhol observa que o direito constitucional não está formulado apenas em uma linguagem prescritiva, isto é, deontológica, mas também em uma linguagem valorativa, ou seja, axiológica. Essa “materialização” e “remoralização” do direito é uma característica típica da passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Em suas palavras, “*el paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho ha supuesto en buena parte la transformación de un Derecho deontológico (puramente normativo) en un Derecho axiológico (marcadamente valorativo)*”⁴³⁹. Dessa forma, o direito do Estado constitucional não dispõe apenas de uma *norma* como o princípio jurídico da igualdade, mas consagra também o *valor* da igualdade.

García Figueroa considera como uma “vantagem” essa forte carga axiológica das normas de direitos fundamentais incorporadas nas constituições dos Estados constitucionais, e critica quem, como Habermas, a considera como uma “desvantagem”. Assim se manifesta o filósofo espanhol:

⁴³⁹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Norma y valor en el neoconstitucionalismo*. Artigo a ser publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 6.

“Sin embargo, no todos contemplan esta transacción en el Estado constitucional que cede perfección formal a cambio de un vínculo sustancial (de dimensión ética, de dimensión axiológica, si se quiere) con ese optimismo. Por ejemplo, esta ventaja es considerada por Habermas como una desventaja. Habermas insiste en que la dimensión axiológica que adquieren las Constituciones comporta una indeseable flexibilización y consiguiente judicialización del Derecho que anula los “cortafuegos” de nuestros derechos fundamentales. Sin embargo esta crítica no parece del todo justa. (...) De esta forma, la configuración de los derechos fundamentales como principios representa el instrumento normativo de la institucionalización de ideales en el Derecho, algo que parece a todas luces deseable. Los principios son por su parte el intento de salvar el desfase entre el plano deontológico del Derecho (su configuración normativa) con el plano axiológico (los valores incorporados). La nueva configuración normativa del Derecho (como principios) en el plano deontológico responde a la nueva configuración valorativa del Derecho (axiológicamente cargado) en el plano axiológico. Desde este punto de vista, la crítica de Habermas a la teoría de los principios parece sesgada. La dimensión axiológica del Derecho constitucionalizado no es el problema que los principios incorporan, sino que los principios son precisamente el instrumento que sirve a la articulación de la dimensión axiológica y la dimensión deontológica en el Derecho del Estado constitucional. En efecto, esta dimensión axiológica, el “vínculo sustancial” del que nos habla Ferrajoli, la “dimensión ética sustancial” del Estado de Derecho constitucional exige un tipo adecuado de normas. La configuración de las normas de derechos fundamentales como principios constituye el intento de adecuar las normas en el plano deontológico a los valores en el plano axiológico. De este modo la configuración normativa de los derechos fundamentales nos remite a la dimensión valorativa de la Constitución. Esta cuestión nos lleva a considerar el papel de los valores en el Derecho y la relación de estos con los principios”⁴⁴⁰.

As considerações acima levam a crer que a distinção fraca formulada por Alexy e Peczenik adequa-se melhor à estrutura das normas de direitos fundamentais. Princípios e valores distinguem-se, basicamente, por seu caráter deontológico e axiológico, respectivamente. Por outro lado, os princípios jurídicos, por possuírem, além de uma dimensão deontológica, uma dimensão axiológica, muito se assemelham aos valores.

Como observa Rodríguez-Toubes Muñiz, deve-se evitar uma confusão entre princípios e valores, porém isso não significa deixar de pôr em relevo a estreita relação existente entre eles⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Norma y valor en el neoconstitucionalismo*. Artigo a ser publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional n° 6.

⁴⁴¹ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid; 2000, p. 43.

Essa estreita relação entre princípios e valores observada por Alexy e Peczenik ocorre em dois sentidos primordiais: a) tanto princípios como valores possuem um caráter *prima facie* e podem entrar em colisão com outros princípios e valores, caso em que devem ser objeto de ponderação; b) princípios e valores, por expressarem ideais, são realizados em diferentes medidas, isto é, de forma gradual; portanto, não possuem um caráter binário ou de tudo-ou-nada, mas apenas relativo.

2.2.4 – Valores supremos e princípios constitucionais na Constituição de 1988

Essa distinção parece ser a mais adequada para estabelecer uma diferenciação entre os *valores supremos* mencionados no preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e os *princípios ou normas constitucionais* distribuídos ao longo do texto constitucional.

Os valores supremos possuem apenas um caráter axiológico, porém não deontológico. Não configuram mandados, permissões, proibições etc. Em outros termos, eles não são normas, mas apenas valores, estando despidos de toda força normativa.

No entanto, na medida em que representam as preferências éticas, políticas e sociais expressadas no processo constituinte como primordiais para a sociedade brasileira, os valores supremos conformam um núcleo axiológico básico fundamentador de todo o ordenamento jurídico.

Assim, na qualidade de opções valorativas adotadas pelo legislador constituinte, os valores supremos possuem *três funções básicas* relacionadas aos princípios ou normas

constitucionais⁴⁴²: a) *fundamentadora*, no sentido de que constituem o lastro axiológico das normas constitucionais e, portanto, das normas infraconstitucionais, enfim, do ordenamento jurídico em seu conjunto; b) *orientadora*, pois atuam como guia para a hermenêutica teleológica das normas constitucionais; c) *crítica*, na medida em que funcionam como critério ou parâmetro de valoração das normas constitucionais.

Os princípios ou normas constitucionais, por outro lado, constituem a expressão normativa, ou deontológica, dos valores supremos. Possuem, nesse sentido, além de um conteúdo deontológico, um conteúdo axiológico vinculado aos valores supremos, de forma que sua interpretação e aplicação pressupõe uma atividade de cognição de seu conteúdo axiológico.

Por isso, no processo de argumentação jurídica e de fundamentação das decisões, valores e princípios podem muitas vezes ser utilizados de forma indistinta. No raciocínio jurídico, referir-se ao princípio da igualdade ou ao valor da igualdade pode ter o mesmo significado. Ambos funcionam como razão justificadora de uma decisão que proíba um tratamento discriminatório. Como se verá mais a frente, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado valores e princípios como sinônimos para fundamentar suas decisões⁴⁴³. E essa referência indistinta a valores e princípios ocorre, na maioria das vezes, no seio de um processo de ponderação de razões para a decisão. Não há, assim, uma diferença marcante entre a colisão e ponderação de valores e a colisão e ponderação de princípios constitucionais. A própria atividade de ponderar ou sopesar razões implica uma atividade de valoração. A diferença básica, portanto, continua sendo a dimensão axiológica dos valores e a dupla dimensão deontológica e axiológica dos princípios.

⁴⁴² Em sentido semelhante, vide: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos; 2003, p. 288.

⁴⁴³ Vide item 2.3.4.3 deste capítulo.

2.2.5 – A dupla face das normas

Como visto, as teses de Alexy e Peczenik oferecem algumas boas razões para se defender que os princípios, além de uma dimensão deontológica, possuem também uma dimensão axiológica⁴⁴⁴. Como bem afirma Aulis Aarnio, seguindo na mesma linha de raciocínio, “os princípios jurídicos não são unicamente fenômenos deontológicos, mas também axiológicos”⁴⁴⁵. Enfim, os princípios jurídicos, ao mesmo tempo em que definem o que é devido, qualificam algo como valioso.

Nada obstante, é preciso lembrar que, se os princípios jurídicos possuem um forte conteúdo valorativo – e daí que, diante de sua estreita relação com os valores, a análise até agora tenha focado-se na distinção entre princípios e valores – isso não significa que as regras estejam despidas de qualquer conteúdo axiológico. Se não há uma distinção forte entre regras e princípios, como explicado na primeira parte, a ilação a que se chega é que tanto regras como princípios possuem uma dimensão axiológica⁴⁴⁶. Humberto Ávila, que também rejeita qualquer tipo de diferenciação lógica ou qualitativa entre regras e princípios, deixa expresso que “a

⁴⁴⁴ Como ressalta Rodríguez-Toubes Muñoz, seguir a distinção de Alexy não significa negar que os princípios tenham um conteúdo axiológico. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid; 2000, p. 45.

⁴⁴⁵ AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; Uusitalo, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997, p. 32. Da mesma forma, Pérez Luño ressalta que “os princípios também podem assumir um conteúdo axiológico”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª Ed. Madrid: Tecnos; 2003, p. 291.

⁴⁴⁶ A distinção dúctil leva a crer que a diferença é apenas de grau, ou seja, as normas que normalmente funcionam como regras (R, PR) possuem uma menor carga valorativa ou, melhor dizendo, o valor ou valores nelas contidos não se deixam transparecer à primeira vista, sem um prévio esforço hermenêutico. Por outro lado, as normas que atuam como princípios (P, RP) geralmente possuem um forte conteúdo valorativo facilmente identificável pelo intérprete. Assim, pode-se dizer que, de acordo com a distinção dúctil aqui adotada, regras e princípios possuem tanto uma dimensão deontológica como uma dimensão axiológica. Sem embargo, no caso das normas de direitos fundamentais, essa distinção acaba carecendo de interesse neste momento, pois, sejam como regras ou como princípios, em todo caso essas normas serão a expressão patente de valores adotados pela comunidade, no caso, os valores supremos mencionados no preâmbulo da Constituição brasileira de 1988. Seguindo essa linha de raciocínio, as análises seguintes tratarão apenas de *normas* num sentido genérico.

dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica”⁴⁴⁷.

Atienza e Ruiz Manero também esclarecem que não apenas os princípios, mas também as demais normas de um ordenamento jurídico, contêm, além de um elemento normativo, um “elemento valorativo”⁴⁴⁸.

Pode-se dizer então que as normas possuem uma *dupla face*: por um lado, determinam o que é devido (elemento normativo, diretivo, imperativo, isto é, deontológico); por outro, contêm um juízo de valor ou critério de valor (de justificação ou de crítica) sobre o que é devido (elemento valorativo ou axiológico). Os elementos deontológico e axiológico representam, por assim dizer, as *duas faces de uma mesma norma*⁴⁴⁹.

Afirmar que as normas possuem uma dupla face, deontológica e axiológica, significa que os juízos de valor ou critérios de valor estão intimamente conectados com os

⁴⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros; 2004, p. 50.

⁴⁴⁸ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 145.

⁴⁴⁹ Atienza e Ruiz Manero falam em “caráter bifronte” das normas. ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 145.

imperativos (normas) que deles se derivam⁴⁵⁰. Existe uma espécie de “conexão prática” entre valores e normas⁴⁵¹ (elementos axiológico e deontológico).

Pode-se demonstrar essas assertivas por meio dos seguintes enunciados:

(1) A vida é um bem valioso;

logo

(2) Não se deve matar.

Como se pode perceber, (1) representa um enunciado que expressa um juízo de valor e (2) é um enunciado que contém uma norma (imperativo, na terminologia de Hare). Não obstante, os enunciados (1) e (2) não parecem muito distintos. De acordo com (1), consideram-se boas (critério de valoração) e justificadas (critério de justificação) as ações ou omissões destinadas a manter as pessoas com vida. Conforme o enunciado (2), existe um imperativo de conduta para que as pessoas preservem as vidas umas das outras. Ao fim e ao cabo, portanto, (1)

⁴⁵⁰ Hare defende que de todo juízo de valor se infere um imperativo. Hare desta forma expõe seu pensamento: “(...) para orientar escolhas ou ações, um juízo moral tem de ser tal que se uma pessoa assente a ele, tem de assentir a alguma sentença imperativa derivável dele; em outras palavras, se uma pessoa não assente a alguma sentença imperativa de tal tipo, isso é evidência cabal de que não assente ao juízo moral num sentido avaliatório (...). Estamos, portanto, claramente autorizados a dizer que o juízo moral implica o imperativo, pois dizer que um juízo implica outro é simplesmente dizer que você não pode assentir ao primeiro e dissentir do segundo, a menos que tenha compreendido erradamente um ou outro (...). Assim, dizer que os juízos morais orientam as ações e dizer que eles implicam imperativos vem a ser quase a mesma coisa. HARE, R. M.. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes; 1996, p. 184. Contra essas teses de Hare, vide: NINO, Carlos. *Son prescripciones los juicios de valor?* In: *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea; 2003, p. 109-123.

⁴⁵¹ García Figueroa, amparando-se nas lições de von Wright, explica a existência de uma “conexão prática” entre valor e norma por meio da idéia de “necessidade prática”. A necessidade prática de um norma deriva de um valor. Isso pode ser explicado por um “silogismo prático”: se a igualdade é um valor constitucional, então o princípio da igualdade (norma jurídica) é a formulação expressa de uma necessidade prática no direito constitucionalizado derivada do valor constitucional de igualdade. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Norma y valor en el neoconstitucionalismo*. Artigo a ser publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 6. Sobre as relações entre valor e norma na obra de Georg Henrik von Wright, vide: WRIGHT, George Henrik von. *Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos*. In: *Doxa* nº 26, 2004.

e (2) destinam-se a justificar ações ou omissões que levem à preservação da vida. A diferença encontra-se apenas na ênfase que se dá em (1) ao elemento axiológico e em (2) ao elemento deontológico.

Nesse sentido, Atienza e Ruiz Manero podem afirmar que “o fato de que um enunciado assuma a forma de valor ou de princípio não implica nenhuma diferença quanto ao seu significado, mas tão somente quanto à ênfase na dimensão valorativa ou diretiva de um ou de outro”⁴⁵².

Ressalte-se, porém, que o elemento valorativo tem prioridade sobre o deontológico, ou seja, dos valores decorrem imperativos, porém dos imperativos não decorrem valores. Em outras palavras, é possível dizer que o que é valioso é devido, ou é devido porque é valioso, mas não que o devido é valioso ou que é valioso porque é devido⁴⁵³. Isso vem a confirmar que os valores a serem considerados são apenas aqueles incluídos nas normas jurídicas, ou que fazem parte do ordenamento jurídico como escolhas do legislador (constituente)⁴⁵⁴.

Por outro lado, isso não significa que, como defendido por Kelsen, as normas jurídicas sejam o fundamento dos valores, de modo que teria valor positivo apenas a conduta

⁴⁵² ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 158.

⁴⁵³ Cfr.: ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 158.

⁴⁵⁴ Como ressaltam Atienza e Ruiz Manero, os valores incorporados aos enunciados jurídicos podem considerar-se como a configuração de juízos de valor efetuados por quem estabelece esses enunciados (as autoridades jurídicas). Porém, isso não quer dizer que se deva atribuir a essas autoridades, como o legislador, por exemplo, a capacidade de criar valores, mas apenas que são valores por elas assumidos.

conforme a norma, ou valor negativo a conduta a ela contrária⁴⁵⁵. Em sentido oposto, as normas são o instrumento de configuração e entrada dos valores no ordenamento jurídico⁴⁵⁶.

2.3 – Os direitos fundamentais como valores

2.3.1 – A estrutura deontológica e axiológica das normas de direitos fundamentais

Nessa perspectiva, as normas de direitos fundamentais possuem uma dupla face, ou seja, são ao mesmo tempo fenômenos deontológicos e axiológicos.

Na dimensão estritamente normativa ou deontológica, as normas de direitos fundamentais caracterizam-se pelo uso de enunciados deônticos (de mandado, proibição e permissão) para definir pretensões (direitos subjetivos em sentido estrito), liberdades, poderes e imunidades⁴⁵⁷. Um direito fundamental em termos deontológicos, portanto, está estruturado por um conjunto de posições (pretensões, liberdades, poderes e imunidades) conferidas por normas (que incorporam diferentes modalidades deônticas) reunidas em uma disposição de direito fundamental⁴⁵⁸.

Mas os direitos fundamentais não devem ser entendidos apenas em termos estritamente deontológicos. Eles não constituem apenas pretensões, liberdades, poderes e imunidades com base em enunciados deônticos. Compreendê-los dessa forma seria reduzi-los à

⁴⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 200 (...).

⁴⁵⁶ OLLERO TASSARA, Andres. La Constitución: entre el normativismo y la axiología. In: *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1989, p. 226.

⁴⁵⁷ Adota-se aqui a divisão de conceitos jurídicos de Hohfeld: a) direito subjetivo (em sentido estrito); b) liberdades ou privilégios; c) poderes ou competências; d) imunidades. Nas análises seguintes, o conjunto desses conceitos poderá ser substituído por direito subjetivo (em sentido amplo) para representar o conjunto de posições jurídicas jusfundamentais. Sobre os conceitos jurídicos fundamentais, vide: HOHFELD, W. N.. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina; 1968.

⁴⁵⁸ Este conceito assemelha-se ao de “direito fundamental como um todo” de Alexy. Cfr.: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 240.

linguagem normativa desses enunciados. Os direitos fundamentais também constituem valores, de modo que, como bem afirma Atienza, “chegam a ser incompreensíveis quando desvinculados desses valores que tratam de proteger ou de realizar”⁴⁵⁹.

Essa dimensão valorativa dos direitos é bem explicada por Francisco Laporta, que sustenta uma distinção entre os valores que constituem o núcleo de um direito fundamental e as técnicas de proteção destinadas à salvaguarda desses valores (direitos subjetivos, liberdades etc.)⁴⁶⁰.

Para Laporta, não há dúvida de que a idéia de direitos encontra respaldo dentro de uma linguagem normativa⁴⁶¹. Mas isso não significa conceber toda linguagem normativa como um conjunto cujos elementos são única e exclusivamente os enunciados deônticos, ou seja, aqueles que comportam pelo menos alguma das modalidades deônticas, como obrigatório, proibido e permitido⁴⁶². No âmbito dos direitos, isso levaria ao erro de confundir os tipos de direitos com os tipos de proteção normativa que a eles se concede.

⁴⁵⁹ ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel; 2003, p. 212.

⁴⁶⁰ LAPORTA, Francisco. *Sobre el concepto de derechos humanos*. In: *Doxa*, n° 4, 1987.

⁴⁶¹ Segundo Laporta, a idéia de “ter um direito” não faz sentido diante de uma ausência de normas, pois para se ter um direito devem haver normas que prescrevam deveres e obrigações de abstenção e de não-interferência. Assim, o fato de que algum tipo de dever ou de obrigação deva acompanhar sempre a exigência de um direito supõe que a noção de direito deva ser compreendida no mundo da linguagem normativa que a ele circunda. LAPORTA, Francisco. *Sobre el concepto de derechos humanos*. In: *Doxa*, n° 4, 1987.

⁴⁶² Isso apenas levaria à adoção de uma tese forte de correlação entre direitos e deveres, de modo a se considerar que a expressão “ter um direito” significa que outra ou outras pessoas “têm um dever”, reduzindo a noção de “direito” a uma “noção logicamente mais primitiva de ‘dever’”. O fundamento e a gênese dos direitos passam a ser as obrigações e deveres. Em outras palavras, A só tem um direito porque B tem uma obrigação. Assim, acaba-se outorgando aos deveres e obrigações uma prioridade em relação aos direitos. Portanto, para Laporta, “reduzir os direitos a deveres é uma via pouco satisfatória”. A idéia do que significa “ter um direito” é muito distinta. A linguagem dos direitos possui também uma força explicativa e justificatória que leva a considerar que, ao contrário do exposto, são os direitos que constituem o fundamento dos deveres e obrigações, ou seja, B tem uma obrigação porque A tem um direito. A existência de deveres e obrigações possui fundamento na pré-existência de um direito. LAPORTA, Francisco. *Sobre el concepto de derechos humanos*. In: *Doxa*, n° 4, 1987.

Os direitos, na concepção de Laporta, não se confundem com os enunciados deônticos que estabelecem sua proteção normativa, porque são, além disso, valores aos quais o sistema jurídico qualifica como tendo importância suficiente para articular uma proteção normativa. Possuem, portanto, uma dimensão valorativa que justifica a própria existência de uma dimensão deontológica.

Dessa forma, por serem valores ou bens concebidos como dignos de proteção por dado sistema normativo⁴⁶³, os direitos constituem a razão justificatória da existência das normas⁴⁶⁴. Assim, não é a criação de deveres, obrigações, poderes e imunidades que sustenta a existência dos direitos, mas estes, como bens relevantes, isto é, situações ou estados de coisas aos quais o sistema confere certa importância e valor, é que constituem as razões que justificam uma articulação normativa para sua plena proteção e realização. Nesse sentido, as normas operam apenas como veículos de proteção desses valores (individuais ou coletivos) que a elas são anteriores⁴⁶⁵.

Portanto, além do elemento deontológico, consubstanciado na confecção normativa de mandados, proibições e permissões, os direitos fundamentais possuem um elemento valorativo que explica, dá sentido e justifica (opera como razão) essa proteção normativa.

Os direitos fundamentais devem ser entendidos em sua dupla dimensão, deontológica e axiológica. Por exemplo, a liberdade de expressão não pode ser entendida

⁴⁶³ Para Laporta, a noção de direito possui duas dimensões básicas: o valor especial que se atribui a um certo estado de coisas como digno de proteção e a atribuição individualizada desse bem ou benefício e sua proteção.

⁴⁶⁴ Um só direito pode representar a razão justificatória de um universo complexo de enunciados normativos que criam deveres e obrigações.

⁴⁶⁵ Em outros termos, A tem direito a X não porque uma norma atribui um dever ou obrigação a B, mas a norma prescreve deveres a B por que A tem um direito pré-existente.

unicamente no sentido de que os indivíduos possuem certos direitos, liberdades etc. O sistema jurídico atribui essas posições aos indivíduos como meio de realização de um estado de coisas considerado valioso. Em outras palavras, protege-se o livre fluxo de informações porque isso é necessário para a existência de uma opinião pública livre em uma sociedade democrática. Existe, como afirmado acima, uma “conexão prática” entre valor e norma.

Assim, utilizando a expressão de Francisco Tomás y Valiente, pode-se dizer que valores e direitos fundamentais estão unidos por uma “*relação de derivação ou projeção*”: os direitos fundamentais são a projeção normativa dos valores incorporados pela Constituição⁴⁶⁶. Esse é o sentido que vem sendo delineado desde a *teoria da integração* de Smend, segundo a qual os direitos fundamentais constituem a representação normativa e escrita de um sistema cultural de valores que dá sentido à vida estatal contida na Constituição⁴⁶⁷.

Ademais, é possível considerar que a dimensão valorativa possui prioridade sobre a dimensão deontológica, de modo que se pode dizer que se algo é valioso então está justificada a existência de normas para sua proteção e realização, mas não faz sentido sustentar que algo é valioso porque existem normas que o protegem. Por exemplo, pode-se dizer que o valor da liberdade de expressão funciona como razão justificatória da articulação normativa de liberdades, poderes etc., que permitam aos indivíduos expressar livremente suas opiniões; por outro lado, não tem sentido afirmar que a liberdade de expressão é um valor apenas porque existem normas que permitem expressar livremente as opiniões⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *La resistencia constitucional y los valores*. In: Doxa nº 15-16, 1994, p. 645.

⁴⁶⁷ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 232.

⁴⁶⁸ Cfr.: ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel; 2003, p. 213.

Enfim, o que importa ter em consideração é que as normas de direitos fundamentais não possuem um estrito caráter deontológico, de tudo-ou-nada, ou, no conceito de Habermas, um caráter binário, comum às demais normas do ordenamento jurídico. A expressão normativa dos direitos fundamentais também se dá num âmbito axiológico, porquanto os direitos configuram valores objetivos da ordem jurídica. Os direitos fundamentais constituem, na expressão de Francisco Tomás y Valiente, “um sistema axiológico positivado pela Constituição”⁴⁶⁹. E, na medida em que conformam valores, admitem cumprimento gradual. Os valores representam ideais e, por isso, possuem uma ontológica natureza contrafática. Eles aspiram a uma realização plena, porém faticamente essa realização estará sempre condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas. Por isso, as normas de direitos fundamentais podem ser interpretadas como mandatos a serem otimizados. Essas idéias serão aprofundadas mais a frente.

2.3.2 – A dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais

Com essas considerações, pode-se entender também que as normas que consagram direitos fundamentais não são apenas constitutivas de direitos subjetivos (em sentido amplo), mas operam também como valores objetivos do sistema jurídico. Isso leva a crer que os direitos fundamentais não podem ser entendidos apenas do ponto de vista de certas concepções individualistas, pelo que acabariam sendo resumidos a um emaranhado de posições jurídico-subjetivas em face do Estado. Os direitos fundamentais são a expressão normativa do conjunto de valores básicos de uma sociedade.

⁴⁶⁹ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *La resistencia constitucional y los valores*. In: *Doxa* n° 15-16, 1994, p. 644. Sobre o “sistema axiológico positivado pela Constituição”, vide, também: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La teoría de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, n° 39, septiembre/diciembre, 1993, p. 199.

Nessa perspectiva, a doutrina tem feito alusão a uma "dupla dimensão", uma "dupla natureza", um "duplo caráter" ou uma "dupla função" dos direitos fundamentais⁴⁷⁰. Entende-se, assim, que os direitos fundamentais possuem, além de uma *dimensão subjetiva*, que os fazem direitos voltados para o indivíduo, uma *dimensão objetiva*, transformando-os também em valores ou fins a serem perseguidos por toda a sociedade. Apresentam-se, na normativa constitucional, como marco de proteção de situações jurídicas subjetivas e, ao mesmo tempo, como conjunto de valores objetivos⁴⁷¹.

Para Vieira de Andrade, falar de uma dupla dimensão tem o sentido de mostrar que “os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderam; antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da ação estadual”⁴⁷².

É bem verdade que o aspecto subjetivo é, em certa medida e à primeira vista, proeminente em relação ao aspecto objetivo, pois os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos subjetivos ou garantias de um *status* jurídico individual, como se pode observar na

⁴⁷⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina; 2001, p. 110. QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora; 2002, p. 96. MARTÍN-RETORTILLO BAQUEL, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas; 1988, p. 53. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La teoría de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*. In: Revista Española de Derecho Constitucional, año 13, n° 39, septiembre/diciembre, 1993.

⁴⁷¹ PÉREZ LUÑO, Antonio E.. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos; 1998, p. 20-21.

⁴⁷² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina; 2001, p. 111. Nesse sentido, Canotilho tem ressaltado a *dimensão dirigente* das normas de direitos fundamentais, que as transmuda em uma ordem de princípios, impregnadores de todo o ordenamento jurídico e vinculativos para todos os poderes: poderes internos como o poder legislativo, político, administrativo e judicial; poderes públicos exercidos por privados; e poderes privados dotados de esquemas coactivos semelhantes aos poderes públicos. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Das constituições dos direitos à crítica dos direitos*. In: Revista Direito Público n° 7, jan./mar de 2005, p. 84.

expressão constitucional do art. 5º da Constituição brasileira de 1988. Não obstante, como salienta Díez-Picazo, a dimensão objetiva, apesar de ser menos aparente do que a dimensão subjetiva, refere-se a uma característica evidente dos direitos fundamentais: estes encarnam certos valores básicos, que constituem o fundamento da ordem política e da paz social⁴⁷³.

De qualquer forma, a dimensão objetiva ou axiológica dos direitos fundamentais não pode ser considerada como uma mera justaposição, como um simples complemento ou suplemento da dimensão subjetiva, que seria primordial⁴⁷⁴. De acordo com Hesse, trata-se de uma “relação de remissão e complemento recíprocos”⁴⁷⁵ ou, no entendimento de Häberle, de “uma relação recíproca ou de paridade hierárquica”⁴⁷⁶.

Assim, parece certo que os direitos fundamentais não podem ser concebidos unicamente como direitos subjetivos, destinados à proteção de situações individuais, ou como liberdades, poderes, competências, cujo significado maior encontra-se na delimitação de uma esfera de imunidade individual face ao Estado. O direito subjetivo fundamental, como posição primordial, não explica todas as conseqüências que resultam da expressão jurídica de direitos fundamentais, ou seja, não abarca toda a relevância jurídica das normas que os contemplam. As normas de direitos fundamentais, para serem entendidas por completo, devem ser consideradas em sua dupla dimensão: como constitutivas de direitos subjetivos e, ao mesmo tempo, como

⁴⁷³ DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas; 2003, p. 57.

⁴⁷⁴ Esse é o entendimento de Vieira de Andrade, segundo o qual a dimensão subjetiva é principal. A dimensão objetiva, por outro lado, atua apenas como “complemento e suplemento da dimensão subjetiva”, em que “só tem lugar os conteúdos normativos (as garantias ou os deveres) a que não possam corresponder direitos individuais”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina; 2001, p. 111.

⁴⁷⁵ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst (*et al.*). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons; 1996, p. 91.

⁴⁷⁶ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson; 2003, p. 74.

expressão de valores objetivos da ordem constitucional⁴⁷⁷. Assim, a dimensão objetiva permite explicar outros efeitos produzidos pelas normas de direitos fundamentais.

2.3.2.1 – A eficácia irradiante

Em primeira linha, o significado axiológico dos direitos fundamentais revela o *efeito de irradiação* por todo o ordenamento jurídico das normas constitucionais que os definem. Esse efeito de irradiação afeta as três funções do Estado: se estende à conformação material das normas pelo legislador, que devem incorporar os valores expressos no conteúdo objetivo dos direitos fundamentais; à atuação do Poder Executivo, em suas funções administrativas ou normativas; e à interpretação e aplicação das normas por parte dos juízes⁴⁷⁸.

O conteúdo valorativo das normas de direitos fundamentais tende a impregnar todo o funcionamento do ordenamento jurídico e de seus subsistemas, mesmo os de Direito Privado⁴⁷⁹, o que revela uma peculiar *vis expansiva* das normas de direitos fundamentais⁴⁸⁰.

2.3.2.2 – A eficácia nas relações privadas (*Drittwirkung*)

⁴⁷⁷ Assim, para Canotilho, por possuírem uma dupla dimensão, as normas de direitos fundamentais estão sujeitas a uma fundamentação subjetiva e, por outro lado, a uma fundamentação objetiva. A fundamentação subjetiva procura realçar o significado ou relevância da norma de direito fundamental para o indivíduo, para seus interesses, para sua situação da vida, para sua liberdade, enfim, para sua personalidade. A fundamentação objetiva, por outro lado, tem em vista salientar a função objetiva do direito fundamental, como valor, apresentando sua importância para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª Ed. 2002, p. 1242.

⁴⁷⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft; 1993, P. 111.

⁴⁷⁹ Surge aqui a questão de se as normas produzidas em âmbitos estritamente privados, como os regulamentos ou estatutos de organismos privados, devem submeter-se ao conteúdo objetivo dos direitos fundamentais.

⁴⁸⁰ ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1984, p. 362. QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora; 2002, p. 269 e ss.

Essa força expansiva das normas de direitos fundamentais também proporciona uma “força vinculativa generalizada”⁴⁸¹, que engloba, além dos poderes públicos, os sujeitos privados. Assim, desse poder de irradiação das normas de direitos fundamentais decorre a sua potencial eficácia nas relações privadas⁴⁸².

Como afirma Vieira de Andrade, "partindo-se do postulado de que os direitos fundamentais, na sua dimensão subjetiva, se referem exclusivamente às relações entre os particulares e o Estado, conclui-se que será na sua dimensão objetiva, enquanto normas constitucionais e valores comunitários, que se justifica e exprime a respectiva eficácia fora do âmbito dessas relações, em especial nas relações dos particulares entre si"⁴⁸³.

De acordo com a dimensão objetiva, portanto, está justificada uma ampla eficácia das normas de direitos fundamentais, em todos os âmbitos do ordenamento jurídico, mesmo no Direito Privado, assim como uma ampla vinculação, que não fica restrita aos poderes públicos, mas alcança também as relações entre particulares. As normas de direitos fundamentais, nesse sentido, desencadeiam tanto uma *eficácia vertical*, em relação ao Estado, como uma *eficácia horizontal*, no âmbito das relações privadas, ou *Drittwirkung* (eficácia entre terceiros).

2.3.2.3 - Os deveres de prestação e proteção e as normas de organização e procedimento

A dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais também traduz-se no *dever geral de prestação e proteção* desses direitos por parte dos poderes públicos.

⁴⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina; 2001, p. 141.

⁴⁸² VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2004.

⁴⁸³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina; 2001, p. 141.

Com efeito, como expressão de um sistema de valores objetivos que conforma todo o ordenamento jurídico, as normas de direitos fundamentais instituem não apenas direitos individuais de defesa (mandatos de abstenção), mas deveres positivos de proteção e realização desses direitos por parte do Estado.

Essa proteção e realização se articula por meios variados, dentre os quais cobra especial relevo a implementação de *normas de organização e procedimento* destinadas a proporcionar aos indivíduos os instrumentos (processuais, procedimentais, de organização etc.) necessários para o devido resguardo de seus interesses⁴⁸⁴.

2.3.2.4 – *As garantias institucionais*

Segundo a dimensão objetiva, as normas de direitos fundamentais também podem ser caracterizadas como *garantias institucionais*, ou seja, como conjunto jurídico-normativo que regula um determinado setor da realidade econômica, social ou administrativa em torno de um direito fundamental e em vista da sua realização” – no conceito de Vieira de Andrade⁴⁸⁵.

Assim, se na dimensão subjetiva as normas de direitos fundamentais asseguram direitos subjetivos, na dimensão objetiva elas constituem garantias institucionais de direitos fundamentais.

⁴⁸⁴ Sobre a realização e garantia dos direitos fundamentais por meio de normas de organização e procedimento, vide: HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons; 1996, p. 101-103. Nesse contexto, Häberle complementa a teoria dos *status* de Jellinek para instituir o conceito de *status activus procesualis*. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos; 2002, p. 193-201.

⁴⁸⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina; 2001, p. 139.

Na concepção de Häberle⁴⁸⁶, baseada na teoria institucional de Hauriou⁴⁸⁷ e no pensamento jurídico de Kaufmann, as normas de direitos fundamentais possuem um caráter duplo, que se traduz nas dimensões individual (ou subjetiva) e na dimensão institucional (ou objetiva). Para Häberle, esse duplo caráter – que poderia ser comparado à “cabeça de Jano, o Deus de duas caras” – caracteriza a própria essência dos direitos fundamentais. Na dimensão individual, as normas de direitos fundamentais garantem direitos subjetivos públicos. Segundo a dimensão institucional, essas normas constituem uma “garantia jurídico-constitucional” de “âmbitos vitais”, “relações vitais”, “regulações objetivas”, como a liberdade de contrato, a propriedade, a herança, a regulação do matrimônio e da família, a liberdade de associação, de reunião e a liberdade sindical, destinadas à garantia de direitos fundamentais. O caráter individual, por um lado, e o objetivo-institucional, por outro, formam, segundo Häberle, o próprio “direito fundamental”.

2.3.2.5 – *Controle de constitucionalidade*

Outra decorrência da dimensão objetiva é a inconstitucionalidade e, portanto, a nulidade das normas infraconstitucionais contrárias aos valores contidos nas normas de direitos constitucionais. A inconstitucionalidade não é efeito da proteção de situações subjetivas pela norma de direito fundamental, mas sim de seu caráter de direito objetivo cujo conteúdo material é vinculante para o legislador. A dimensão objetiva enseja, assim, o controle de constitucionalidade ou, em outros termos, a verificação da compatibilidade material de todas as normas do ordenamento jurídico com o conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais.

⁴⁸⁶ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson; 2003, p. 71.

⁴⁸⁷ HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

Constata-se, com isso, que as normas de direitos fundamentais não protegem apenas direitos subjetivos públicos (em sentido amplo), de caráter eminentemente individual. Essa *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais apenas pode ser compreendida por meio da consideração de sua dupla dimensão, como direitos individuais e, ao mesmo tempo, como valores objetivos da ordem jurídica.

2.3.3 – *As normas de direitos fundamentais como mandatos a serem otimizados*

A dimensão objetiva, na medida em que ressalta a face normativa dos direitos fundamentais, sem fazer referência a qualquer titular concreto, converte-os em mandatos⁴⁸⁸ a serem otimizados⁴⁸⁹. É dizer, na medida em que os direitos fundamentais, em sua vertente objetiva, comportam um conteúdo normativo que deve ser respeitado e realizado pelos poderes públicos (administração, jurisdição e legislação) e pelos sujeitos privados, transformam-se em comandos a serem otimizados, isto é, a serem observados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas⁴⁹⁰.

Isso porque, na face objetiva, o que importa não é a existência de direitos, liberdades, competências ou a titularidade individual desses diversos tipos de posições jusfundamentais. Como explicado acima, na dimensão objetiva os direitos fundamentais são normas que prescrevem deveres de prestação e proteção com o intuito de proporcionar a sua máxima eficácia jurídica e social. Em outras palavras, essas normas criam deveres objetivos para o Estado e, tendo em vista sua eficácia externa ou horizontal, também para os particulares. Não

⁴⁸⁸ O termo *mandato* deve ser utilizado numa acepção ampla, que abarque também outras modalidades deonticas, como permissões, proibições etc. Nesse sentido: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004, p. 185.

⁴⁸⁹ Sobre a diferença entre mandatos de otimização e mandatos a serem otimizados, vide: cap. 1, item 1.3.3.

⁴⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 86.

criam direitos subjetivos e, portanto, não fazem referência a qualquer titular concreto de posições jusfundamentais.

Na qualidade de deveres objetivos, portanto, têm a pretensão de serem realizados na maior medida possível. Diz-se na maior medida possível pois sua plena eficácia está condicionada às circunstâncias econômicas, sociais e políticas em um determinado momento histórico. Tendo em vista que seu cumprimento se dá em diferentes medidas, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, são conceituados não como mandatos a serem cumpridos, mas apenas otimizados.

Essa caracterização das normas como mandatos a serem otimizados também está relacionada com o fato de que os direitos, em sua face objetiva ou axiológica, constituem a expressão jurídica de valores fundamentais da ordem jurídica. Assim, na medida em que esses valores representam ideais, como visto anteriormente nas teorias de Alexy e Peczenik, eles tendem a ser realizados de forma gradual. Um ideal representa um estado de coisas valioso caracterizado por sua natureza contrafática, de modo que, apesar de aspirar a uma realização plena – possuem uma *vocação a serem realizados*, de acordo com a noção de valor acima delimitada –, em verdade essa realização sempre fica a depender de condicionalismos fáticos e jurídicos. Os direitos fundamentais, na qualidade de valores, são como ideais que exigem o maior cumprimento possível tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas.

Na seara dos direitos econômicos, sociais e culturais, por sua própria natureza, essa qualidade de mandatos a serem otimizados encontra exemplos mais claros. Com efeito, a plena realização dos chamados direitos de segunda geração possui limites fáticos e jurídicos: a) os limites fáticos estão presentes em fatores econômicos, em condicionalismos institucionais, no

modo de organização e funcionamento da administração pública e, principalmente, na existência e quantidade dos recursos financeiros postos à disposição do Estado⁴⁹¹; b) os limites jurídicos definem-se tendo em vista a realização de outros direitos sociais e, principalmente, na garantia das liberdades individuais. Assim, diante dessas limitações fáticas e jurídicas à sua efetivação, esses direitos fundamentais são caracterizados pela doutrina especializada como direitos submetidos à *reserva do possível*⁴⁹².

Observe-se, não obstante, que não se trata de identificar a dimensão objetiva com os direitos sociais, econômicos e culturais. O que se pretende ressaltar é apenas o lado objetivo desses direitos, como normas que criam deveres de prestação e proteção. A dimensão objetiva, como já explicado, é uma característica presente em todas as normas de direitos fundamentais, quer sejam liberdades individuais ou direitos sociais. Os direitos sociais, além de uma dimensão objetiva, que os tornam deveres de prestação e proteção, também possuem uma dimensão subjetiva, pois a esses deveres estão correlacionados direitos individuais a abstenção, prestação e proteção por parte do Estado, ou seja, autênticos direitos subjetivos públicos. Por exemplo, os direitos à saúde e à educação, além de configurarem normas impositivas de ações estatais concretas que permitam sua máxima eficácia, também obrigam o Estado a abster-se de realizar qualquer ato que possa resultar contrário a esse dever positivo, ou seja, atuam também como mandatos de abstenção. Com essa “subjetivação”, a categoria dos direitos sociais muito se

⁴⁹¹ Cf.: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company; 1999.

⁴⁹² Cf.: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 2002, p. 146. SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2001, p. 265. No direito lusitano: ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina; 2001. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina; 1999, p. 448. QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra Editora; 2002, p. 150. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora; 2000, p. 392.

aproxima dos direitos liberais clássicos, o que comprova, como ressalta Alexy, que “o fosso que separa os direitos de tradição liberal dos direitos próprios do Estado social não é tão profundo como poderia pensar-se à primeira vista”⁴⁹³.

Assim, não apenas os direitos sociais, mas também os individuais e coletivos conterão, além dos tradicionais mandatos de abstenção (ações negativas), verdadeiros mandatos de otimização. Por exemplo, a liberdade de expressão, a liberdade de associação, a liberdade de reunião etc., constituem-se não só como direitos individuais de caráter negativo, isto é, tendentes a criar esferas de proteção contra a intervenção estatal ou de terceiros. Eles também configuram (i) deveres de prestação, na medida em que exigem ações positivas do Estado destinadas a proporcionar as condições fáticas e jurídicas necessárias para sua plena realização; (ii) e deveres de proteção, pois impõem ao Estado a tarefa de resguardá-los contra a ação de terceiros.

Portanto, se na dimensão subjetiva os direitos fundamentais (individuais ou sociais) delimitam esferas individuais de proteção em face do Estado e de terceiros, configurando-se como mandatos de abstenção, na dimensão objetiva eles atuam como normas objetivas criadoras de deveres para o Estado, ou seja, como mandatos de otimização, a serem cumpridos na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Isso demonstra a adequação (com as devidas correções, analisadas na primeira parte) da teoria de Alexy a respeito dos mandatos de otimização e sua aplicação às normas de direitos fundamentais. Apenas para recordar, Alexy define os princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades

⁴⁹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 441.

fáticas e jurídicas existentes. Assim, os princípios são mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos de forma gradual, e a medida desse cumprimento está condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas⁴⁹⁴.

Ocorre que Alexy, em consonância com sua distinção forte entre regras e princípios, qualifica apenas estes como mandatos de otimização. Porém, como analisado na primeira parte, não só os princípios, mas também as regras devem responder a um imperativo de otimização. Princípios e regras constituem objetos a serem otimizados⁴⁹⁵.

Lembre-se, assim, que é preciso distinguir entre os mandatos de otimização propriamente ditos, que são metanormas ou regras secundárias (*second order-rules*)⁴⁹⁶, e os mandatos a serem otimizados, que constituem as normas objeto de otimização, no caso, regras ou princípios.

Alexy também vincula a característica de mandatos de otimização à estrutura normativa dos princípios. Para a distinção dúctil, referir-se a uma norma como um mandato de otimização constitui mais uma técnica de interpretação, mais um dos modos possíveis de utilização prática e teórica dos princípios (ou das regras), que será muito útil em contextos de colisões entre normas, a serem resolvidas de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Assim, a distinção dúctil entre regras e princípios leva à ilação de que as normas de direitos fundamentais, quer funcionem como regras ou como princípios, podem ser

⁴⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 86.

⁴⁹⁵ Vide, item 1.3.3, cap. 1.

⁴⁹⁶ SIECKMANN, Jan-Reinard. *Legal System and Practical Reason. On the Structure of a Normative Theory of Law*. In: *Ratio Juris*; Vol. 5, n° 3, december, 1992, p. 291-292.

interpretadas como mandatos a serem otimizados, o que ocorrerá geralmente nos casos de colisão nos quais faz-se mister uma solução de concordância prática ou de harmonização de conteúdos normativos.

2.3.4 – *A ordem objetiva de valores na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais*

A concepção das normas de direitos fundamentais como expressão de valores objetivos da ordem jurídica acabou consolidando-se na jurisprudência dos Tribunais Constitucionais⁴⁹⁷. Apesar das críticas – que mais à frente serão analisadas – atualmente está pacificada a visão jurisprudencial a respeito da dimensão axiológica das normas de direitos fundamentais.

A seguir, serão abordadas as concepções objetivas ou axiológicas das normas de direitos fundamentais que foram desenvolvidas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, pelo Tribunal Constitucional da Espanha e, enfim, pelo Supremo Tribunal Federal.

2.3.4.1 – *Tribunal Constitucional da Alemanha*

Na Alemanha, a qualificação dos direitos fundamentais como normas objetivas de princípios/decisões axiológicas surgiu apenas com o advento da Lei Fundamental de Bonn de 1949, conforme relata Böckenförde⁴⁹⁸. A discussão iniciou-se com a questão do verdadeiro significado e da fundamentação última dos direitos, que acabou recebendo as influências da idéia

⁴⁹⁷ Nesse sentido: HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons; 1996, p. 91-93. No mesmo sentido: FAVOREU, Louis (et al.). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1984.

⁴⁹⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft; 1993, P. 111.

material de valor, tal qual desenvolvida pela filosofia dos valores de Max Scheler⁴⁹⁹ e Nicolai Hartmann, e da teoria da integração de Rudolf Smend⁵⁰⁰.

Sem embargo, o caráter objetivo dos direitos fundamentais somente passou a adquirir significado geral por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal⁵⁰¹. Esse desenvolvimento se deu em dois sentidos: a) no primeiro, os direitos fundamentais, em seu conjunto, passaram a ser considerados como uma ordem objetiva/axiológica e como um sistema de valores que recebe aplicação em todos os âmbitos do Direito; b) no segundo, os direitos fundamentais foram interpretados como normas de caráter objetivo que contêm decisões axiológicas⁵⁰².

A famosa decisão do caso Lüth (BVerfGE 7, 198)⁵⁰³, de 15 de janeiro de 1958, representa um marco na concepção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁵⁰⁴. Nessa

⁴⁹⁹ SCHELER, Max. *Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs*. Trad. Maurice Gandillac. Paris: Gallimard, 1955.

⁵⁰⁰ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1985.

⁵⁰¹ Ressalte-se, porém, que o Tribunal não chega a desenvolver uma teoria ou filosofia dos valores tal qual a teoria objetivista e intuicionista desenvolvida por Scheler e Hartmann. Nesse sentido, vide: SCHLINK, Bernhard. *The dynamics of constitutional adjudication*. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Cardozo Law Review, Vol. 17, n° 4-5, march, 1996.

⁵⁰² Nesse segundo sentido, foi decisiva a decisão no caso sobre a tributação dos cônjuges (BVerfGE 6, 55), de 17 de janeiro de 1957, na qual ficou assentado que o art. 6.1 da Lei Fundamental (“o matrimônio e a família encontram-se sob a proteção da ordem estatal”) não constitui somente um direito fundamental no sentido “clássico”, de proteção da esfera privada do matrimônio e da família e de garantia institucional, mas é também uma norma de princípio que implica uma decisão valorativa vinculante para a esfera do matrimônio e da família no marco do direito público e do direito privado.

⁵⁰³ Cfr.: SCHWABE, Jürgen (comp.). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Montevideo: Konrad- Adenaur- Stiftung; 2003, p. 132.

⁵⁰⁴ A demanda se deu nestes termos: em 1950, Erich Lüth, presidente de um clube de imprensa privado de Hamburgo, em um discurso diante de distribuidores e produtores cinematográficos, por ocasião de um festival cinematográfico, incitou ao boicote do filme *"Unsterbliche Geliebte"* (Amante Imortal), com o argumento de que o diretor havia dirigido, na época de Hitler, um filme anti-semita, além de outros filmes que propagavam a ideologia nacional-socialista. O produtor do filme apresentou uma demanda ao juiz civil de Hamburgo, baseando-se no § 826 do BGB (quem, de modo contrário aos bons costumes, cause danos dolosamente a outro, está obrigado a repará-los), obtendo êxito. Em resposta ao recurso interposto por Erich Lüth, o Tribunal Constitucional invalidou a sentença do tribunal civil, por considerar que esta vulnerava o direito fundamental à liberdade de expressão. Na fundamentação, o Tribunal Constitucional declarou que, em virtude de seu desenvolvimento histórico, os direitos fundamentais são,

decisão, o Tribunal Constitucional alemão parte da constatação de que os direitos fundamentais destinam-se, em primeiro lugar, a assegurar a esfera de liberdade do indivíduo ante as intromissões do poder público, ou seja, são direitos de defesa do cidadão frente ao Estado:

“Sem dúvida, os direitos fundamentais têm por objeto, em primeiro lugar, assegurar a esfera de liberdade dos particulares frente às intervenções do poder público; são direitos de defesa do cidadão frente ao Estado. Isso se deriva tanto do desenvolvimento histórico-espiritual da idéia dos direitos fundamentais como dos fatos históricos que levaram à recepção dos direitos fundamentais nas Constituições dos Estados. E esse sentido é o que têm também os direitos fundamentais da Lei Fundamental, que com seu sentido preferencial querem afirmar a prevalência do homem e de sua dignidade frente ao poder do Estado. A isso corresponde que o legislador haja arbitrado o remédio especial de defesa desses direitos, *die Verfassungsbeschwerde*, somente contra atos do poder público”.

Adiante, porém, admite o Tribunal que a Lei Fundamental não pode ser concebida como uma “ordem neutra ante os valores”. Ela representa uma “ordem axiológica objetiva” que engrandece a força normativa dos direitos fundamentais. Esse “sistema de valores”, que encontra seu núcleo na dignidade da pessoa humana, deve atuar como decisão básica em todos os âmbitos do Direito, orientando as atividades legislativa, administrativa e judicial:

“(…)Não obstante, é igualmente certo que a Lei Fundamental, que não quer ser neutra frente aos valores, em seu título referente aos direitos fundamentais também instituiu uma ordem objetiva de valores, que expressa um fortalecimento normativo dos direitos fundamentais. Este sistema de valores, que tem seu centro no livre desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade no interior da comunidade social, deve reger como decisão constitucional básica em todos os âmbitos do direito; dele recebem diretrizes e impulsos a legislação, a administração e a jurisdição”.

Nessa decisão, portanto, o Tribunal Constitucional Federal alemão deixa fixada a idéia de um duplo caráter dos direitos fundamentais: por um lado, concebem direitos individuais frente ao poder público; por outro, são normas objetivas que expressam um conteúdo

sem dúvida, direitos de defesa do particular frente ao Estado; não obstante, representam também uma ordem objetiva de valores, que incide no âmbito civil.

axiológico e estabelecem um sistema de valores que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico. A partir do caso Lüth, essa estrutura dual da norma de direito fundamental tornou-se generalizada, continuando a ser aplicada pelo Tribunal Constitucional alemão em casos posteriores⁵⁰⁵.

2.3.4.2 – Tribunal Constitucional da Espanha

O conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais também foi assumido em várias decisões do Tribunal Constitucional da Espanha. A jurisprudência em torno da concepção dos direitos fundamentais como valores começou a formar-se logo nos primeiros anos de funcionamento do Tribunal Constitucional espanhol⁵⁰⁶. A sentença n° 25, de 1981⁵⁰⁷, representou um marco na consideração do duplo caráter das normas de direitos fundamentais. Assim ficou consignado nos fundamentos da decisão:

“(…) Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1). Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social». Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para la protección de

⁵⁰⁵ BVerfGE 39, 1; BVerfGE 49, 89; BVerfGE 53, 30; dentre outras. Vide: SCHWABE, Jürgen (*comp.*). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Montevideo: Konrad- Adenaur- Stiftung; 2003, p. 132.

⁵⁰⁶ O Tribunal Constitucional da Espanha, regulamentado pela Lei Orgânica n° 2/1979, começou a funcionar no dia 14 de julho de 1980.

⁵⁰⁷ STC 25/1981.

los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto). En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna.”

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, também levada em consideração na Sentença nº 18, de 1984, foi reafirmada na famosa Sentença nº 53, de 1985, na qual se declarou a inconstitucionalidade de lei orgânica que modificava o Código Penal espanhol para introduzir algumas excludentes de punibilidade do crime de aborto. Nos fundamentos desta decisão encontram-se argumentos determinantes do “sistema de valores” constituído pelo conjunto das normas de direitos fundamentais:

“Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de

tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.”

Esses entendimentos continuaram a ser reafirmados em julgamentos posteriores (STC 64/1888, por exemplo), consolidando a jurisprudência constitucional espanhola no sentido de considerar os direitos fundamentais como “a expressão jurídica de um sistema de valores que, por decisão do constituinte, deve informar o conjunto da organização política e jurídica”⁵⁰⁸.

2.3.4.3 – *Supremo Tribunal Federal*

No Brasil, ainda não há um desenvolvimento jurisprudencial mais sofisticado a respeito da dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais. As relações entre Constituição, valores e direitos fundamentais, desenvolvidas sobretudo nas jurisprudências alemã e espanhola, e os conceitos teóricos que com base nelas se formaram, ainda não foram devidamente recepcionados pelas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante, em julgados recentes, a Corte Suprema, muitas vezes influenciada pela doutrina constitucional brasileira a respeito do tema⁵⁰⁹, vem demonstrando certa simpatia e aproximação com as teses alemã e espanhola sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que a tem levado a considerar as normas de direitos fundamentais como a

⁵⁰⁸ Para outras sentenças sobre direitos fundamentais: LÓPEZ GUERRA, Luis. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Boletín Oficial del Estado; 2000.

⁵⁰⁹ Dentre outros, vide: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Ed.; 1999. COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 2000. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2001. SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) . *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey; 2003, p. 251. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Ed.; 2001. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros; 2000.

expressão jurídica de uma ordem objetiva de valores que conformam todo o ordenamento jurídico e servem de lastro para a atuação dos poderes públicos⁵¹⁰.

Isso pôde ser observado no histórico julgamento do HC nº 82.424/RS⁵¹¹, o qual marca o posicionamento atual da Corte no tocante ao sistema de direitos fundamentais insculpido na Constituição de 1988. No julgamento desse *habeas corpus*, os profundos e bem fundamentados votos dos Ministros, além de delimitarem a extensão e os limites da liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX), acabaram indicando as bases filosóficas e jurídicas para a interpretação do catálogo de direitos fundamentais da Constituição de 1988.

Nesse sentido, o voto do Ministro Marco Aurélio tratou de definir o sistema de direitos fundamentais como a “própria essência da Constituição”, qualificando-os como “valores objetivos que servem como norte da atuação estatal”. Assim está consignado nos fundamentos do referido voto:

“A Constituição de 1988 representou um divisor de águas entre o antigo regime totalitário e um período de redemocratização do País, marcando, dessa forma, uma época que tem como modelo de atuação do Estado o respeito incondicional aos direitos fundamentais. Por isso mesmo, o sistema constitucional dos direitos fundamentais, previsto no artigo 5º da Carta, com os eventuais acréscimos do § 2º, reflete, em rigor e em larga medida, a própria essência da Constituição e a retomada do processo de democratização e da garantia do cidadão contra abusos e arbitrariedades no exercício do Poder Público. Os direitos fundamentais são hoje verdadeiros princípios estruturantes da organização e do funcionamento do Estado, valores objetivos que servem como norte da atuação estatal em seus mais diferentes níveis: no Legislativo, formam um catálogo de princípios e garantias que informam e direcionam toda a atividade de criação das normas de nosso ordenamento jurídico e de concretização dos preceitos constitucionais; no Executivo, mostram-se como verdadeiros limites ao exercício do poder administrativo, servindo como trincheiras de proteção da liberdade

⁵¹⁰ Nesse sentido, não é difícil prever que o Supremo Tribunal Federal acabará formando um arcabouço doutrinário sólido a respeito das normas de direitos fundamentais como expressão jurídica de valores consagrados na ordem constitucional brasileira. Doutrinas como a da eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, construídas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e aplicadas pelo Tribunal Constitucional espanhol, são familiares a qualquer Estado Constitucional moderno.

⁵¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. HC nº 82.424/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 19.3.2004.

do cidadão; e, no judiciário, refletem a base e o fundamento necessário da compreensão e interpretação de nossas normas – efeito interpretativo -, evitando que a atividade jurisdicional se transforme em medidas discricionárias ou providências ilegítimas de opções políticas pautadas em escolhas pessoais dos juízes.”

Tudo indica que se trata do início de uma sólida construção jurisprudencial a respeito do sentido axiológico do sistema de direitos fundamentais da Constituição de 1988. O Supremo Tribunal Federal tende a seguir o caminho da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais da Alemanha, Espanha, Itália, Portugal etc., Estados constitucionais cujos sistemas jurídicos estão marcados pela presença de normas de direitos fundamentais que traduzem para a linguagem normativa os valores compartilhados culturalmente pela sociedade.

2.4 – Críticas aos direitos fundamentais como valores: algumas concepções deontológicas dos direitos

As concepções doutrinárias que caracterizam os direitos fundamentais como valores e reconhecem nas normas que os asseguram uma estrutura de mandatos a serem otimizados não estão livres de críticas. Desde os primeiros aportes da teoria da integração de Smend⁵¹², essa estrutura axiológica das normas de direitos fundamentais tem sido alvo de opositores como Forsthoff⁵¹³, Böckenforde⁵¹⁴ e, mais recentemente, Habermas⁵¹⁵.

O receio em face do estabelecimento de uma estreita vinculação entre normas e valores justifica-se em face das conseqüências por ela geradas para a interpretação das normas de direitos fundamentais e, principalmente, para a composição dos poderes no Estado Democrático

⁵¹² SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1985.

⁵¹³ FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; 1975.

⁵¹⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft; 1993.

⁵¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Trotta; 2000.

de Direito. Entender os direitos fundamentais como valores positivados na ordem jurídica, segundo os críticos, causa uma indesejada onipresença da Constituição⁵¹⁶, em detrimento da legislação ordinária, e uma temerosa onipotência judicial, sobretudo do Tribunal Constitucional, limitando de forma indevida a autonomia do legislador democrático. Assim, as críticas mais contundentes ressaltam o perigo de que uma concepção axiológica leve a uma verdadeira “*tiranía dos valores*”, na clássica expressão de Carl Schmitt.

Como se pode perceber, esses problemas originam-se da peculiar estrutura das normas de direitos fundamentais e de sua presença nas constituições dos Estados Democráticos de Direito. E não é por outro motivo que as tentativas para a construção de uma interpretação constitucional racional e conforme a divisão de poderes no Estado constitucional partem uma rígida separação entre norma e valor. Com base nessa separação, é possível formular conceitos estritamente deontológicos dos direitos. A intenção primordial é introduzir nos processos de interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais barreiras contra a entrada de argumentos teleológicos ou utilitaristas que descaracterizariam a qualidade de “trunfos” (Dworkin) que possuem os direitos em face do Estado.

A seguir serão apresentadas algumas concepções deontológicas dos direitos (num sentido genérico) que, por sua profundidade e valor crítico em face do conceito axiológico de direitos acima delineado, pode fornecer algumas diretrizes para se repensar a estrutura da normas de direitos fundamentais.

⁵¹⁶ Na expressão de Forsthoff, “a Constituição torna-se um ovo de colombo jurídico, da qual tudo surge, desde o Código Penal até a lei de fabricação de termômetros”. FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; 1975, p. 242.

2.4.1 – A concepção positivista dos direitos em Ernst Forsthoff

Um dos primeiros críticos à concepção dos direitos fundamentais como valores foi Ernst Forsthoff⁵¹⁷. Influenciada em certa medida pela dogmática do direito público alemão, a teoria de Forsthoff ia de encontro à teoria da integração de Smend – que paulatinamente ganhava grande aceitação pela doutrina e jurisprudência alemã – segundo a qual o sistema de direitos fundamentais previsto pela Lei Fundamental de Bonn, de 1949, configurava uma ordem objetiva de valores que tinha a função primordial de proporcionar a integração material da comunidade e da ordem jurídica com um todo⁵¹⁸. Para Forsthoff, compreender os direitos fundamentais como valores e não como normas jurídicas vinculantes significava despir a Constituição de certeza jurídica e conduzir o processo de interpretação das normas constitucionais a um casuismo permeado pela falta de racionalidade.

Em uma conferência proferida no ano de 1953, Forsthoff defendeu a tese segundo a qual o Estado de Direito (liberal) e o Estado Social, justamente por possuírem estruturas tão diferentes, não poderiam ser sobrepostos em uma mesma constituição. Assim, a idéia central que passou a permear sua teoria foi a de que a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, deveria ser entendida como uma constituição liberal⁵¹⁹.

⁵¹⁷ FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; 1975. *Idem*. Problemas constitucionales del Estado Social. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1986. *Idem*. Concepto y esencia del Estado Social de Derecho. ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1986. *Idem*. *Sociedad industrial y Administración Pública*. Madrid: ENAP; 1967. *Idem*. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; 1958.

⁵¹⁸ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 232.

⁵¹⁹ FORSTHOFF, Ernst. Problemas constitucionales del Estado Social. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1986, p. 45.

A idéia de uma constituição liberal levou Forsthoff a entender os direitos fundamentais em sua concepção clássica⁵²⁰. Nesse sentido, os direitos fundamentais deveriam manter a característica histórica de garantias de liberdade e de autonomia individual, atuando como direitos de defesa contra as ingerências dos poderes públicos. O fato de a Constituição de Weimar ter ampliado o catálogo de direitos, aceitando garantias sociais que jamais tinham sido asseguradas por qualquer constituição, levou apenas a uma perda de seguridade e a um fracasso em sua função protetora⁵²¹. A concepção dos direitos fundamentais como uma ordem de valores, e as conseqüências que desse entendimento se derivam, como a atribuição de uma eficácia entre terceiros (*Drittwirkung*), seriam incompatíveis com o sentido tradicional desses direitos. Assim, para Forsthoff, seria “mais aconselhável manter a função protetora dos direitos fundamentais dentro dos limites de eficácia que sempre lhes foi atribuído, e que permitiu-lhes apresentar-se apenas como direitos de defesa frente à intervenção soberana”⁵²².

De acordo com essa concepção liberal, as normas de direitos fundamentais constituem enunciados jurídicos que criam direitos e deveres e que, portanto, estão guiados pela idéia de “limite”, não sendo diferentes em substância das normas de direito ordinário.

As normas que asseguram típicos direitos sociais (trabalho, assistência social, educação etc.), ao contrário, não podem ser formuladas como normas gerais e abstratas suscetíveis de aplicação, pois esses direitos carecem de um conteúdo constante, suscetível de regulamentação prévia; sua aplicação se dá no “marco do oportuno, do necessário e do possível”. Muitas vezes essas normas introduzem conceitos morais que, nos dizeres do autor alemão, são

⁵²⁰ FORSTHOFF, Ernst. *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*. ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1986, p. 78.

⁵²¹ FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; 1975, p. 258.

⁵²² FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; 1975, p. 262.

“bem intencionados”, mas que estão “juridicamente nas nuvens”. Por isso, a inclusão desse tipo de normas na constituição ocasiona dificuldades para sua interpretação⁵²³. Smend tentou encontrar saídas para estas dificuldades distinguindo as normas de direitos fundamentais, sobretudo as que garantem direitos sociais, das normas do direito ordinário. Para Smend, as normas de direitos fundamentais, como normas constitucionais, incorporam valores que atuam como elementos de integração material da ordem jurídica e de legitimação da atuação do Estado. Portanto, cobram um tipo diferenciado de interpretação jurídica normalmente destinado às leis ordinárias⁵²⁴.

Porém, para Forsthoff, as normas que asseguram direitos fundamentais não são essencialmente diferentes das normas do direito ordinário. No Estado de Direito (liberal) tanto umas como as outras são normas gerais e abstratas que impõem limites à atuação Estado. Por existir tal afinidade entre a lei ordinária e as normas de direitos fundamentais, explica Forsthoff, ambas devem ser interpretadas de acordo com os mesmos métodos tradicionais da hermenêutica jurídica. Somente através da manutenção do método interpretativo baseado na estrita subsunção das normas aos fatos se poderá evitar que a hermenêutica dos direitos fundamentais se transforme em um verdadeiro casuismo, com a conseqüente perda de segurança jurídica, perigo este inevitável quando o processo interpretativo baseia-se em critérios axiológicos⁵²⁵.

⁵²³ FORSTHOFF, Ernst. *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*. ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1986, p. 85-88.

⁵²⁴ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 229-234.

⁵²⁵ FORSTHOFF, Ernst. *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*. ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1986, p. 85-88.

Dessa forma, Forsthoff adota uma concepção positivista que entende os direitos fundamentais como categorias técnico-jurídicas que conformam em normas do ordenamento jurídico certas garantias individuais em face do Estado. Essas normas estão despidas, nesse sentido, de qualquer caráter axiológico, constituindo-se apenas como pressuposto formal de funcionamento do Estado de Direito (liberal), e cuja interpretação se faz de acordo com os métodos criados pela dogmática jusprivatista inspirada no positivismo jurídico⁵²⁶.

2.4.1.1 – Análise crítica

As críticas formuladas por Forsthoff à concepção axiológica dos direitos fundamentais tiveram um grande impacto em sua época e serviram de base para que o próprio Tribunal Constitucional alemão questionasse sua jurisprudência sobre a conformação, por meio das normas constitucionais, de um sistema de valores⁵²⁷. As teses de Forsthoff representam assim um marco de oposição à dogmática dominante dos direitos fundamentais. Sua principal contribuição está em questionar essa dogmática e, dessa forma, chamar a atenção para a necessidade de que a interpretação constitucional ocorra da forma mais racional possível, sem cair em um indesejável casuísmo, com o qual a certeza e a força normativa da Constituição só têm a perder.

Não obstante, a defesa de uma leitura positivista e estritamente liberal do texto constitucional não mais se adequa ao constitucionalismo atual. A Constituição de Weimar nunca foi uma constituição liberal, como defendia Forsthoff, mas, ao contrário, é hoje considerada uma das primeiras constituições do Estado Social de Direito, com um alargado leque de direitos

⁵²⁶ Nesse sentido, vide: PÉREZ-LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos; 2003, p. 297.

⁵²⁷ Vide: BverfGE 69, de 1985. Votos dissidentes dos juízes Böckenförde e Mahrenholz.

sociais, culturais e econômicos, que influenciou outras legislações constitucionais, como a Constituição do Brasil de 1934, que introduziu os capítulos da família, educação e cultura e da ordem econômica e social, inéditos na história constitucional brasileira. Foi sob a égide da Constituição de Weimar que a doutrina constitucional alemã iniciou a construção da concepção axiológica das normas constitucionais e, nesse passo, da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais.

Portanto, as teses de Forsthoff, apesar de seu valor contestativo em face das profundas mudanças na dogmática constitucional da época, não podem mais ser adotadas no estágio atual do constitucionalismo. Existe um certo consenso que as normas constitucionais são estruturalmente diversas das normas da legislação ordinária e que, dessa forma, necessitam de uma hermenêutica diferenciada. É nesse sentido que os esforços em prol da criação de métodos mais sofisticados de interpretação dos direitos fundamentais têm sido cada vez maiores e ganham, na medida de sua evolução, maior complexidade. Os métodos hermenêuticos desenvolvidos pela dogmática do direito privado, baseados num silogismo acrítico e na mera subsunção como base de aplicação das normas, estão inteiramente ultrapassados. Parece certo também que as normas de direitos fundamentais são vinculantes não apenas para o Estado, como queria fazer crer a concepção liberal de Forsthoff, mas também são eficazes nas relações entre particulares⁵²⁸.

Diante disso, a teoria de Forsthoff, apesar de defender certos posicionamentos já ultrapassados, serve como elemento de crítica e contraponto à dogmática que entende os direitos fundamentais como valores. Certos temas, atualmente em voga, como a racionalidade da

⁵²⁸ Sobre as críticas à concepção liberal de Forsthoff e sua inadequação para a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, vide: VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2004, p. 113-114.

ponderação de valores e a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, até hoje colhem frutos na teoria de Forsthoff. Ela tem o mérito de reconhecer, como bem ressaltado por Pérez Luño, as dificuldades que uma cultura jurídica apegada a operar com categorias formais – que tem como ponto de referência prescrições detalhadas com nitidez – encontra diante da necessidade de interpretar o atual sistema constitucional de direitos fundamentais expressados sob a forma de valores e princípios⁵²⁹.

2.4.2 – A concepção antiutilitarista dos direitos em Ronald Dworkin

As críticas mais contundentes à estrutura axiológica das normas de direitos fundamentais, como a de Habermas⁵³⁰, defendem uma concepção deontológica dos direitos com base no conhecido conceito antiutilitarista dos “direitos como trunfos” formulado por Dworkin⁵³¹.

Dworkin não pretende apenas proceder a um ataque geral ao positivismo jurídico (*a general attack on positivism*), em sua versão mais sofisticada encontrada na obra de Herbert Hart, como exposto no primeiro capítulo. Quando o filósofo norte-americano chama a atenção para a existência dos princípios jurídicos, suas intenções voltam-se também para o combate ao *utilitarismo*⁵³². Ambas as teorias – positivismo jurídico e utilitarismo – formam o que Dworkin convencionou chamar de *teoria dominante do direito*, cujas raízes estão na obra de

⁵²⁹ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos; 2003, p. 285.

⁵³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Trotta; 2000.

⁵³¹ Assim, é importante tecer algumas considerações sobre essa concepção antiutilitarista de direitos e, principalmente, sobre a distinção entre princípios e diretrizes políticas (*policies*) dela decorrente. Essa distinção é fundamental para se repensar a estrutura das normas de direitos fundamentais.

⁵³² Sobre as críticas de Dworkin ao utilitarismo e algumas das incongruências encontradas nessa crítica, vide: FARREL, Martín D. *Dworkin y el utilitarismo: algunas inconsistencias*. In: *Doxa* nº 2, 1985, p. 187.

Jeremy Bentham⁵³³. As críticas proferidas à teoria dominante do direito – que constituem a “parte crítica” da teoria dworkiniana – estão focadas em um objetivo comum: “ênfatisar a velha idéia dos direitos humanos individuais” – a “parte construtiva” da teoria. Segundo Dworkin, “a teoria dominante é falha porque rejeita a idéia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado”⁵³⁴. O ponto central da teoria de Dworkin, portanto, está na defesa da fundamentalidade e primordialidade dos direitos (*background rights*) em face dos cálculos utilitaristas do Estado⁵³⁵.

O conceito antiutilitarista de direito⁵³⁶ pode ser assim descrito: se um indivíduo tem um direito a algo, então o Estado não pode privá-lo deste direito com fundamento na realização de um interesse geral da comunidade. Os seguintes trechos da obra de Dworkin bem expressam este conceito:

“Se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja do interesse geral proceder assim. Este sentido do que constitui um direito – que poderia ser chamado de conceito antiutilitarista de um direito – parece-me muito próximo do sentido de direito que, nos últimos anos, tem sido empregado principalmente nos escritos e na argumentação políticos e jurídicos. Esse sentido destaca o conceito bem definido de um direito individual contra o Estado, conceito que está, por exemplo, no cerne da teoria constitucional nos Estados Unidos. (...) Nos casos em que a restrição à liberdade for suficientemente grave ou severa, é verdadeiro afirmar que o governo não está autorizado a impor essa restrição, apenas

⁵³³ Sobre o utilitarismo de Jeremy Bentham e a concepção dos direitos que dele se deriva, vide: HART, Herbert. *Utilitarismo y derechos naturales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

⁵³⁴ Em suas palavras: “O positivismo jurídico rejeita a idéia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a idéia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade. O utilitarismo econômico rejeita a idéia de que os direitos políticos possam preexistir aos direitos jurídicos, isto é, que os cidadãos possuam outra justificativa para criticar uma decisão legislativa que não seja a alegação de que uma decisão não atende, de fato, ao bem-estar geral”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. XIV.

⁵³⁵ Este é o autêntico *leit-motiv* da teoria de Dworkin, como ressalta Javier de Lucas. Vide: LUCAS, Javier de. *Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil segun R. Dworkin*. In: *Doxa* nº 2, 1985, p. 197. Sobre a centralidade da tese dos direitos na teoria de Dworkin, vide também: TOLONEN, Hannu. *Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política*. AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997, p. 73.

⁵³⁶ O conceito antiutilitarista de direito formulado por Dworkin também não escapou às críticas de Herbert Hart. A respeito do debate entre Dworkin e Hart sobre utilitarismo e direitos, vide: HART, Herbert. *Entre utilidad y derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002. DWORKIN, Ronald. *Temos direito à pornografia?* In: *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes; 2001, p. 497.

porque ela seria imposta no interesse geral. O governo não está autorizado, por exemplo, a restringir a liberdade de expressão sempre que lhe parecer que isso contribuirá para o aumento do bem-estar geral. (...) Essa idéia – a de que os direitos individuais podem conduzir à utilidade geral – pode ou não ser verdadeira, mas ela é irrelevante para a defesa dos direitos enquanto tais, pois quando afirmamos que alguém tem um direito de expressar livremente suas opiniões, no sentido político relevante, queremos dizer que ele tem o direito de fazê-lo, mesmo quando isso não for de interesse geral. Se queremos defender os direitos individuais no sentido em que os reivindicamos, devemos tentar descobrir alguma coisa que, além da utilidade, sirva de argumento em favor deles.”⁵³⁷

Como se pode perceber, o conceito antiutilitarista de direito pressupõe uma distinção marcante entre *direitos* e *metas coletivas*⁵³⁸. Essa distinção forte estabelecida por Dworkin – e que já vinha prenunciada pela diferença entre *interesses individuais* e *interesses sociais* de Roscoe Pound, assim como ocorreu com a distinção entre regras e princípios, como explicado no primeiro capítulo⁵³⁹ – tem a função de fixar a primordialidade dos direitos em face das metas coletivas. Dworkin defende que a força de um direito não depende de seu poder de promover alguma meta coletiva. Apenas uma teoria política utilitarista condiciona a proteção de um direito à realização de um bem-estar geral da comunidade. O utilitarismo é uma teoria política

⁵³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 414-419.

⁵³⁸ Dworkin descreve desta forma a distinção entre direitos e metas coletivas: “(...) estabelecerei uma distinção entre direitos e objetivos, fixando-me no caráter distributivo de alegações sobre os direitos e sobre a força dessas alegações, na argumentação política, contra alegações concorrentes de uma natureza distributiva diferente. (...) Começarei pela idéia de um *objetivo político* como uma justificação política genérica. Uma teoria política considera um determinado estado de coisas como um objetivo político se, para essa teoria, ele conta a favor de uma decisão política que tem a probabilidade de promover ou proteger tal estado de coisas, e contra uma decisão que irá retardar sua ocorrência ou colocá-la em perigo. *Um direito político é um objetivo político individuado*. Um indivíduo tem direito a uma oportunidade, a um recurso ou a uma liberdade se esse direito conta a favor uma decisão política que promove ou protege o estado de coisas no qual ele desfruta tal direito, mesmo que com isso nenhum outro objetivo político seja servido e algum objetivo político seja desservido, e se esse direito contar contra a decisão que retardar ou colocar em perigo esse estado de coisas, mesmo que com isso algum outro objetivo político possa ser atingido. *Uma meta é um objetivo político não-individuado*, isto é, um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados. As metas coletivas estimulam trocas de benefícios e encargos no seio de uma comunidade, tendo em vista a produção de algum benefício geral para a comunidade como um todo. A eficiência econômica é uma meta coletiva: exige a distribuição de oportunidades e responsabilidades que possam produzir o maior benefício econômico agregado, definido de um determinado modo.” (ênfases acrescidas) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 142-143.

⁵³⁹ Nesse sentido, vide: ARJONA, César. *Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias*. In: *Doxa* nº 26, 2004, p. 35.

baseada em metas coletivas e não em direitos⁵⁴⁰, pois estabelece o bem-estar geral da comunidade como o valor supremo e os direitos individuais como valores a ele subordinados⁵⁴¹. Para Dworkin, porém, uma teoria política adequada – como a teoria da justiça de John Rawls e a teoria da revolução de Thomas Paine – deve basear-se em direitos e não em metas, ou seja, deve considerar como fundamentais os direitos e os indivíduos que deles são titulares⁵⁴². Segundo uma teoria política desse tipo, portanto, o exercício dos direitos por um indivíduo não pode estar subordinado a qualquer cálculo utilitarista por parte do Estado⁵⁴³.

A construção de uma teoria política baseada em direitos leva Dworkin a formular outra distinção, também qualitativa ou forte, entre *princípios e diretrizes políticas*⁵⁴⁴ (*principles and policies*), que constituem as normas ou padrões jurídicos (standards jurídicos) que consagram, respectivamente, os direitos e as metas coletivas. Uma diretriz política, segundo Dworkin, é um standard jurídico que “estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (...)”. Um princípio, por outro lado, constitui “um standard jurídico que deve ser observado, não porque vá promover ou

⁵⁴⁰ Dworkin estabelece uma classificação das teorias políticas da seguinte maneira: a) *teorias baseadas em metas*, que consideram fundamental alguma meta como, por exemplo, o aumento do bem-estar geral; *teorias baseadas em direitos*, que adotam algum direito, como o de liberdade, como fundamental; *teorias baseadas em deveres*, que consideram algum dever, como o de obedecer à vontade de Deus conforme determinam os Dez Mandamentos, como fundamental. O utilitarismo é uma teoria baseada em metas; os imperativos categóricos de Kant configuram uma teoria baseada em deveres; e a teoria da revolução de Tom Paine é baseada em direitos. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 266.

⁵⁴¹ Nesse sentido: CALSAMIGLIA, Albert. *Por que es importante Dworkin?* In: *Doxa* n° 2, 1985, p. 160.

⁵⁴² Como analisa Herbert Hart, as críticas ao utilitarismo, como as de Ronald Dworkin e Robert Nozick, baseiam-se na premissa de que o utilitarismo, ao fixar-se no dever dos governos de maximizar a felicidade e o bem-estar da comunidade como um todo, não reconhecem a individualidade das pessoas e a importância de suas preferências particulares. HART, Herbert. *Entre utilidad y derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

⁵⁴³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 263-269.

⁵⁴⁴ A tradução de “*policies*” por “diretrizes” ou “programas” políticos é a que mais consegue se aproximar do conceito utilizado por Dworkin para representar os padrões normativos que estabelecem um objetivo social, político ou econômico a ser alcançado em uma determinada sociedade.

assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁵⁴⁵.

Assim, os direitos são previstos por um tipo específico de norma ou standard jurídico: os princípios. As diretrizes políticas são proposições jurídicas que não descrevem direitos, mas apenas metas coletivas. Dessa forma, se o exercício de um direito não pode estar condicionado à realização de metas coletivas, o Estado só pode restringir tais direitos com base em *argumentos de princípio* e não com fundamento em *argumentos de política*⁵⁴⁶. Essa separação entre argumentos de princípio e argumentos de política é considerada por Dworkin como “uma distinção fundamental na teoria política”. Segundo o autor, os argumentos de princípio “justificam uma decisão política mostrando que essa decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. Por exemplo, “o argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio”. Por outro lado, “os argumentos de política justificam uma decisão política mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”. “O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política”⁵⁴⁷.

Em suma, “os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”. “Os argumentos de princípio são argumentos

⁵⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 36.

⁵⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 421.

⁵⁴⁷ Dworkin alerta para que não se confunda essa distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política com uma outra, que se dá entre as *teorias consequencialistas e não consequencialistas dos direitos*. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 129, 452.

destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo”⁵⁴⁸.

Na concepção de Dworkin, portanto, os direitos individuais não podem ser restringidos com base em argumentos de política (utilitaristas ou ideais)⁵⁴⁹ que tendem a justificar que essas restrições são necessárias para a promoção de um estado de coisas considerado valioso pela comunidade. Apenas os argumentos de princípio, que se fundamentam na igual proteção do direito de outro indivíduo que será afetado, poderão justificar uma restrição de direitos individuais. Com efeito, segundo Dworkin, os argumentos de princípio “apoiam uma restrição específica à liberdade, com base no argumento de que a restrição é exigida para proteger o direito específico de algum indivíduo que seria prejudicado pelo exercício da liberdade”⁵⁵⁰.

Enfim, na concepção forte de Dworkin, os direitos fundamentais, veiculados por proposições jurídicas de princípios, são verdadeiros “trunfos” (*triumphs*) em face de decisões

⁵⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 141.

⁵⁴⁹ De acordo com Dworkin, os argumentos de política podem ser divididos da seguinte maneira. “Os argumentos de política utilitarista argumentam que a comunidade como um todo estará em melhor situação porque um maior número de seus cidadãos terá, em geral, mais daquilo que deseja, ainda que alguns deles venham a ter menos. Por outro lado, os argumentos de política ideais sustentam que a comunidade estará em melhor situação não porque um maior número de seus membros terá mais daquilo que deseja, mas porque a comunidade estará, de algum modo, mais próxima de uma comunidade ideal, pouco importando se seus membros desejam ou não tal melhoria”. Tanto os argumentos de política utilitaristas como os argumentos de política ideais não podem justificar uma restrição a direitos individuais. Os argumentos de política ideais não podem ser usados devido ao fato de que a idéia de comunidade ideal é controversa dentro da própria comunidade. Os argumentos de política utilitaristas, por seu turno, somente poderiam ser utilizados se os cálculos utilitaristas sobre os quais se assentam concentrassem-se exclusivamente em *preferências pessoais*, isto é, concentrassem-se no fato de que uma restrição particular à liberdade fará mais pessoas mais felizes, ou satisfará um número maior de suas preferências particulares, desconsiderando as *preferências externas*, que expressam uma preferência pela atribuição de bens ou oportunidades a outras pessoas. Porém, como ressalta Dworkin, “é impossível conceber procedimentos políticos que discriminem com precisão entre preferências pessoais e externas”; “as preferências pessoais e externas estão às vezes tão inextricavelmente combinadas que a discriminação é psicológica e institucionalmente impossível”. Assim, o utilitarismo que leva em conta as preferências externas é defeituoso e o utilitarismo que considera apenas as preferências pessoais é de impossível realização prática, de modo que nem um nem outro pode justificar uma restrição a direitos individuais. Nas palavras de Dworkin: “o conceito de direito político individual, no sentido antiutilitarista forte que distingi anteriormente, é uma resposta aos defeitos filosóficos de um utilitarismo que leva em conta as preferências externas e a impossibilidade prática de um utilitarismo que não as leve em conta”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 361-366, 425-426.

⁵⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 421.

políticas tomadas com base na persecução de objetivos coletivos da comunidade. A teoria de Dworkin, dessa forma, é representativa de uma “concepção deontológica dos direitos”⁵⁵¹.

2.4.2.1 – *Análise crítica*

O conceito antiutilitarista dos direitos de Dworkin, apesar do caráter central que possui em sua teoria da interpretação constitucional, parece ser um tanto ideológico, na medida em que tenta separar de forma rígida os argumentos de política dos argumentos de princípio. A natureza contrafática de uma teoria desse tipo resta clara ao se analisar a atuação dos Tribunais Constitucionais nos chamados casos difíceis. Argumentos baseados em princípios e argumentos com base em políticas não são passíveis de identificação e distinção tão precisas tal como postulado por Dworkin. A jurisdição constitucional justifica suas decisões tanto com base em direitos como em objetivos coletivos da comunidade. Essas são também as críticas de Greenawalt, às quais o próprio Dworkin responde ponderando que realmente não é tão simples determinar quando uma decisão é tomada segundo considerações de princípios ou de políticas⁵⁵².

Ademais, a distinção entre princípios e diretrizes políticas também não é tão forte como delineada na teoria de Dworkin⁵⁵³. O próprio autor chega a reconhecer que, muitas

⁵⁵¹ Como bem observado por Rodolfo Arango Rivadeneira, em prefácio à tradução para o castellano do artigo de Herbert Hart “Between utility and rights” (1979). HART, Herbert L. A.. *Entre utilidad y derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2003.

⁵⁵² DWORKIN, Ronald. Resposta aos críticos. In: *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 456-460.

⁵⁵³ Neil MacCormick tece duras críticas à distinção entre princípios e diretrizes políticas formulada por Dworkin: “(...) a presente teoria não parte de nenhum pressuposto semelhante. É claro que é perfeitamente legítimo em qualquer tipo de trabalho teórico apresentar definições que estipulem como termos específicos deverão ser usados e compreendidos no contexto da teoria. Contudo, estipulações que atribuam significado especial a palavras de uso comum e geral são propensas a desorientar os leitores, quando também o próprio autor. A estipulação de Dworkin de que os princípios são sempre e exclusivamente outorgadores de direitos está carregada desse tipo de perigo. O ‘princípio da utilidade’ como proposto por um utilitarista (que prescreve que em situações especiais deveria sempre ser escolhido aquele ato que maximizasse a felicidade total – ou, em algumas versões, a média), de acordo com a teoria dworkiniana não poderia de modo algum ser chamado de ‘princípio’. O ‘princípio’ do direito consuetudinário

vezes, essa distinção perde relevância, na medida em que princípios podem ser interpretados como diretrizes e vice-versa⁵⁵⁴. Portanto, como será analisado mais à frente, ela não pode ser adotada, em sua vertente forte, para caracterizar a estrutura das normas de direitos fundamentais.

De toda forma, essa separação entre argumentos de política, baseados em metas coletivas prescritas por diretrizes políticas, e argumentos de princípio, fundados em direitos, tem o seu valor crítico. Dworkin parece querer descrever o que os juízes realmente fazem, tomando como base o que deveriam fazer. Nesse sentido, suas teses estão destinadas a construir uma teoria política, jurídica e moral que sirva de elemento de crítica da atuação dos juízes na proteção dos direitos constitucionais.

Por meio da separação entre argumentos de princípio e argumentos de política é possível construir a forte concepção deontológica dos direitos como “trunfos” contra os cálculos utilitaristas do Estado. Esse conceito deontológico serve como contraponto ao conceito axiológico dos direitos e, dessa forma, permite questionar a atividade de interpretação constitucional dos direitos fundamentais, fortemente permeada por razões de índole teleológica.

de que são nulos os contratos que restrinjam os negócios de uma forma adversa ao interesse do público também não é um princípio nos termos dworkinianos. O ‘princípio do menor esforço’ (de que sempre se deveria escolher o mais simples entre possíveis meios alternativos para obter um determinado fim) não é afinal um princípio em termos dworkinianos. De modo semelhante, mas no sentido inverso, se usamos o termo ‘política’ para descrever a política estabelecida nos tribunais escoceses e ingleses para garantir que, na ausência de leis escritas contrárias, um julgamento imparcial será concedido a todos cujos interesses sejam diretamente afetados por um processo decisório público, descobrimos que o dworkinismo nos condenará por emprego infeliz do termo. A meu ver, sua proposta não se aplica. Seria de uma excentricidade singular adotar as prescrições de Dworkin referentes ao emprego dos termos ‘princípio’ e ‘política’, pois fazê-lo de modo constante tornaria indizíveis todos os tipos de frases que são perfeitamente dizíveis no contexto do emprego usual de advogados, filósofos e naturalmente leigos. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2006, p. 337-338.

⁵⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes; 2002, p. 36. Neil MacCormick enfatiza que “as esferas do princípio e da política não são distintas e mutuamente opostas, mas irremediavelmente entrelaçadas”. “Expressar a conveniência de alguma meta geral de política é enunciar um princípio. Enunciar um princípio é estruturar uma possível meta política”. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica ... Op. cit.*, p. 343-344.

Por isso, tem servido como base para teorias críticas da jurisdição constitucional como as de Klaus Günther e Habermas.

2.4.3 – *As concepções anti-teleológicas dos direitos: as críticas aos mandatos de otimização*

Atualmente, as críticas voltam-se primordialmente para uma das principais concepções axiológicas das normas de direitos fundamentais: a teoria dos mandatos de otimização de Alexy. Autores como Klaus Günther e Habermas, por exemplo, defendem que uma concepção deontológica dos direitos fundamentais não pode ser compatível com a estrutura teleológica dos mandatos de otimização. Tais críticas, que a seguir serão resumidas, têm sido denominadas pelo próprio Alexy de “objeções teleológicas”⁵⁵⁵.

2.4.3.1 – *As críticas aos mandatos de otimização em Klaus Günther e Jürgen Habermas*

Dentre as chamadas “objeções teleológicas” aos mandatos de otimização, sem dúvida a mais importante é a formulada por Jürgen Habermas⁵⁵⁶, em certa medida baseado nos estudos de Klaus Günther⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Sobre o termo “objeções teleológicas”, vide: ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. In: *Ratio Juris*, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 294-304.

⁵⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Trotta; 2000. Vide também: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2ª Ed. São Paulo: Loyola; 2004.

⁵⁵⁷ Klaus Günther, discípulo de Habermas, participou do grupo de estudos para elaboração da obra “*Faktizität und Geltung*”, e suas reflexões, já inseridas na época no livro “*Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*” influenciaram decisivamente o conteúdo da obra de Habermas. Na tradução para o português: GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy; 2004, p. 305-322. Vide também: GÜNTHER, Klaus. *A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification*. In: *Ratio Juris*, Vol. 2, july, 1989, p. 155-166. *Idem*. *Critical remarks on Robert Alexy’s Special Case Thesis*. In: *Ratio Juris*, Vol. 6, n° 2, 1993, p. 143-156. *Idem*. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. In: *Doxa*, n° 17-18, 1995, p. 271-302.

Günther critica diretamente a teoria dos mandatos de otimização de Alexy⁵⁵⁸. Para o autor, defender que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado da melhor maneira possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, como o faz Alexy, significa atribuir a essas normas uma estrutura teleológica. Os princípios, na concepção de Alexy, “ordenam almejar ou realizar um estado de coisas, segundo a disponibilidade dos recursos e sob a consideração de finalidades legítimas concorrentes”. Portanto, estão “relacionados com um conceito de ação orientado para um fim”, de modo que “no momento da aplicação somente se tratará da concretização de um alvo legítimo com meios apropriados e necessários, e considerando-se o grau de restrição de outros alvos ou bens graduados no mesmo nível”. Com base no conceito de Alexy, portanto, princípios possuem um caráter material próprio (pois são valores ou fins a serem almejados), que possuem um status normativo próprio (ou peso) e que exigem um tipo especial de aplicação (otimização)⁵⁵⁹.

De acordo com Günther, essa estrutura teleológica acaba desvirtuando o caráter deontológico dos princípios jurídicos. Substitui-se o caráter de “dever ser” da norma jurídica pelo “o que é bom ou melhor” próprio dos valores. Assim, segundo Günther, “Alexy consegue paralelizar princípios e valores entre si”. O que é devido acaba sendo, em cada caso, o melhor estado de coisas que se pode alcançar, considerando-se os meios apropriados e necessários e os valores relevantes na situação⁵⁶⁰. Essa paralelização entre princípios e valores explica em boa parte porque Alexy acaba abandonando a distinção entre *principles* e *policies* estabelecida por Dworkin – depois adotada em caráter semelhante por Atienza e Ruiz Manero, como será

⁵⁵⁸ Em resposta às críticas de Günther, vide: ALEXY, Robert. *Justification and application of norms*. In: Ratio Juris, Vol. 6, n° 2, July, 1993, p. 157-170. *Idem*. *On the structure of legal principles*. In: Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, September 2000, p. 294-304.

⁵⁵⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy; 2004, p. 321-322.

⁵⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 321-322.

analisado adiante, ao diferenciarem princípios em sentido estrito e diretrizes. O resultado disso é a introdução no discurso jurídico de argumentos funcionais próprios do sistema administrativo ou econômico e a construção de uma ordem de valores que não aceita ser continuamente questionada em procedimentos discursivos.

As teses de Günther influenciaram decisivamente o pensamento de Habermas a respeito do tema. Seguindo a mesma linha, Habermas entende que caracterizar os princípios como mandatos de otimização tem o efeito de transformá-los em valores, cuja intensidade de cumprimento permanece aberta. Para o filósofo alemão, “se os princípios representam valores que devem ser realizados de forma ótima, e se o grau de cumprimento deste mandato de otimização não decorre da própria norma – pois a norma não estabelece esse grau, nem poderia estabelecê-lo – a aplicação de tais princípios no âmbito do faticamente possível conduz a uma ponderação orientada a fins”. Portanto, o problema central da equivocada autocompreensão metodológica do Tribunal Constitucional alemão – quando desenvolve uma “jurisprudência de valores” – encontra-se precisamente na assimilação dos princípios jurídicos e, portanto, dos direitos fundamentais, aos valores⁵⁶¹.

⁵⁶¹ A profundidade das críticas proferidas por Habermas aos mandatos de otimização e à prática do Tribunal Constitucional alemão tem despertado um interessante debate entre o autor e Robert Alexy. Sobre este debate, vide: ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. In: Oxford University Press, I CON, Vol. 3, n° 4, 2005, p. 572-581. *Idem*. *Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Fundación Beneficentia et peritia iuris; 2004. *Idem*. *Basic rights and democracy in Jürgen Habermas's procedural paradigm of the law*. In: Ratio Juris, Vol. 7, n° 2, july, 1994, p. 227-238. *Idem*. *Jürgen Habermas's theory of legal discourse*. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Cardozo Law Review, Vol. 17, n° 4-5, march, 1996, p. 1027-1034. *Constitutional rights, balancing and rationality*. In: Ratio Juris, Vol. 16, n° 2, june, 2003, p. 131-140. *Idem*. *The special case thesis*. In: Ratio Juris, Vol. 12, n° 4, december 1999, p. 374-384. *Idem*. *On the structure of legal principles*. In: Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 294-304. HABERMAS, Jürgen. *Reply to symposium participants, Benjamin N.º Cardozo Scholl of Law*. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Cardozo Law Review, Vol. 17, n° 4-5, march, 1996. *Idem*. *A short reply*. In: Ratio Juris, Vol. 12, n° 4, december 1999.

Como analisado anteriormente, Habermas defende que os princípios jurídicos não podem assimilar-se aos valores pois ambos possuem propriedades lógicas inteiramente distintas⁵⁶².

Dessa forma, os direitos fundamentais assumem sentidos distintos se são compreendidos como princípios deontológicos – como em Dworkin – ou como bens ou valores otimizáveis – como na teoria de Alexy. Na qualidade de princípios, os direitos fundamentais regulam uma determinada matéria de acordo com o interesse de todos e de forma equânime; como valores, formam, em conjunto com os demais valores, uma ordem simbólica que expressa a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica⁵⁶³.

Para Habermas, os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios deontológicos, ou como “trunfos” no sentido dado por Dworkin, pois, como normas jurídicas que são, estão formulados conforme o modelo de normas obrigatórias de ação e não segundo o modelo de bens jurídicos otimizáveis – de Alexy. Por isso – em suas palavras:

“Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción, y no conforme al modelo de bienes apetecibles. (...) La transformación conceptual de los derechos fundamentales en valores fundamentales significa un enmascaramiento teleológico de los derechos, que no contribuye por cierto a percatarse de la circunstancia de que, en los contextos de fundamentación, las normas y los valores desempeñan papeles distintos en lo tocante a lógica de la argumentación.”⁵⁶⁴

Portanto, para Habermas, caracterizar os direitos fundamentais como mandatos de otimização tem o efeito de fazer desaparecer o muro divisório introduzido no discurso jurídico

⁵⁶² Vide item 2.2.2.

⁵⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Trotta; 2000, p. 329.

⁵⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 329-330.

pela compreensão deontológica das normas e princípios jurídicos. Os direitos individuais acabam transformando-se em bens e valores que no caso concreto irão competir com outros bens e valores. Nesse sentido, têm de submeter-se caso a caso a uma relação transitiva com os demais valores, que será determinada pela preferência particular do intérprete/aplicador, segundo uma análise de custo/benefício. Perdem, com isso, o sentido de normas obrigatórias de validade universal e, conseqüentemente, a força justificatória que possuem no contexto da argumentação jurídica⁵⁶⁵.

2.4.3.2 – *As críticas aos mandatos de otimização em Atienza e Ruiz Manero*

No primeiro capítulo foi analisada a proposta de diferenciação entre regras e princípios formulada por Atienza e Ruiz Manero. Como visto, os autores espanhóis, além de estabelecerem uma distinção qualitativa entre regras e princípios (distinção externa), também fixam uma distinção interna (também qualitativa) entre dois tipos de princípios (em sentido amplo): *princípios em sentido estrito* e *diretrizes ou normas programáticas*, a qual, de certa forma, revigora a distinção entre *principles* e *policies* de Dworkin, abandonada por Alexy na conceituação dos mandatos de otimização⁵⁶⁶.

Essa distinção, dentre outros objetivos, tem a finalidade de demonstrar que os mandatos de otimização, no modelo concebido por Alexy, somente podem corresponder à estrutura das diretrizes ou normas programáticas. As normas de direitos fundamentais, para Atienza e Ruiz Manero, possuem a estrutura de princípios em sentido estrito e, portanto, não são mandatos de otimização, pois seu cumprimento não pode ser gradual – na maior medida possível,

⁵⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 332.

⁵⁶⁶ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 33.

segundo as possibilidades fáticas e jurídicas – e sua aplicação não depende de razões utilitárias ou teleológicas destinadas a fornecer argumentos consequencialistas em prol dos melhores fins e dos meios menos gravosos para a consecução desses fins. Estas questões serão melhor elucidadas a seguir.

Na classificação de Atienza e Ruiz Manero, os princípios em sentido estrito são normas que expressam os valores superiores de um ordenamento jurídico, por exemplo, o princípio da igualdade. As diretrizes, por outro lado, são normas programáticas que estipulam obrigações aos poderes públicos para consecução de determinados fins, como as que determinam que o Estado deve garantir a defesa dos consumidores e usuários de serviços públicos, protegendo, por meio de procedimentos eficazes, a saúde, a segurança e os interesses econômicos destes. Princípios em sentido estrito e diretrizes diferenciam-se num plano estrutural (com base na estrutura das normas) e num plano funcional (com base no tipo de razões para ação fornecido por cada norma).

No plano estrutural, a diferença entre princípios e diretrizes (já analisada no primeiro capítulo) se dá da seguinte forma: a) os princípios em sentido estrito configuram de forma aberta o suporte fático e de forma fechada a conduta qualificada deonticamente; b) as diretrizes ou normas programáticas estabelecem de forma aberta tanto o suporte fático como a conduta qualificada deonticamente⁵⁶⁷.

Isso quer dizer que, no caso dos princípios, uma vez determinada a sua aplicação (após a ponderação com outros princípios opostos), eles devem ser cumpridos de forma

⁵⁶⁷ RUIZ MANERO, Juan. *Principios jurídicos*. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta; Boletín Oficial del Estado – BOE; 1996, p. 153.

plena. Quando há uma colisão de princípios, ou um dos princípios prevalece sobre o princípio oposto, e é cumprido; ou não prevalece, e não é cumprido⁵⁶⁸. Não existe a possibilidade de soluções harmonizadoras ou de concordância prática entre os princípios opostos que levem ao cumprimento simultâneo de ambos em diferentes medidas.

As diretrizes, ao contrário, podem ser cumpridas de forma gradual, justamente porque configuram de forma aberta não só as condições de sua aplicação, mas também o modelo de conduta qualificado deonticamente. Dessa forma, as diretrizes podem ser definidas como normas que devem ser cumpridas na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas (meios a serem aplicados para a realização do fim nela prescrito) e jurídicas (diretrizes que estabelecem outros objetivos igualmente protegidos e que jogam em sentido contrário)⁵⁶⁹. Abre-se então a possibilidade de ocorrência de soluções de compromisso entre diversas diretrizes, de modo que todos os fins por elas prescritos sejam realizados em diferentes medidas, elegendo-se para tanto os meios menos gravosos.

No plano funcional, a diferença é a seguinte. As diretrizes ou normas programáticas fornecem *razões para a ação de tipo utilitário*, o que quer dizer que, quando uma diretriz prescreve um fim cuja realização seja desejável faz com que, em princípio, haja uma razão em favor de tudo o que conduza a essa realização. Assim, cabe ao destinatário da norma a escolha dos meios mais eficazes para esse objetivo e menos gravosos para os fins opostos determinados por outras diretrizes⁵⁷⁰. Nesse sentido, as razões utilitárias geram argumentos de tipo teleológico ou conseqüencialistas em favor dos melhores fins e dos meios menos gravosos.

⁵⁶⁸ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 32.

⁵⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 33.

⁵⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 37.

Os princípios em sentido estrito geram *razões de correção*, as quais operam como razões últimas na deliberação do destinatário; isto é, uma vez determinada a prevalência de um princípio em sentido estrito, o destinatário deve realizar a ação por ele prescrita, desconsiderando as conseqüências dessa ação. Assim, se existe uma razão de correção para a ação X, então a negação dessa ação só pode ser justificada com razões do mesmo tipo (baseadas em princípios), que tenham um maior peso, mas não em razões utilitárias (baseadas em diretrizes), que demonstrem que a ação X é incompatível com a consecução de um certo fim. Desse modo, as razões de correção têm o poder de descartar qualquer argumento de tipo teleológico ou conseqüencialista fornecido pelas razões utilitárias⁵⁷¹.

Portanto, quando existe uma colisão entre diretrizes, as razões utilitárias fornecidas por cada qual devem ser ponderadas de forma a se chegar a uma solução que permita a realização de todas elas na maior medida possível, elegendo-se para tanto os meios menos gravosos para a consecução desses fins mutuamente opostos.

No caso de colisão de princípios em sentido estrito, a ponderação consiste em construir casos genéricos e determinar em quais prevalece um princípio sobre o outro (razões de correção apenas são desconsideradas tendo em vista apenas outras razões de correção). Na colisão entre princípios em sentido estrito e diretrizes, as razões de correção geradas por aqueles determinam sempre a sua prevalência sobre as razões utilitárias destas.

A distinção entre princípios em sentido estrito e diretrizes também ocorre de acordo com o tipo de valor que cada norma incorpora. A diferença que interessa para as análises

⁵⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 37.

aqui expandidas se dá entre os *valores últimos* (ou finais) e *valores utilitários*⁵⁷². Essa divisão, como se verá mais à frente, será de grande utilidade para diferenciar os valores incorporados em diferentes aspectos pelas normas de direitos fundamentais. Ela servirá também, em alguma medida, para deslindar problemas relacionados à colisão e ponderação de direitos fundamentais. Por isso, cabe despendar algumas linhas com essa explicação.

Segundo Atienza e Ruiz Manero, caracterizar certas ações ou estados de coisas – que são os objetos de valoração⁵⁷³ – como *valores últimos*, significa prescindir de suas conseqüências, dando ênfase à própria ação ou estado de coisas valorado. Por exemplo, a liberdade de expressão é um valor último. Para considerar a liberdade de expressão como valiosa é desnecessário tecer juízos sobre as possíveis conseqüências das ações ou estados de coisas tendentes a realizá-la – como, por exemplo, fazer possível o funcionamento da democracia. A liberdade de expressão é valiosa em si mesma, e serão boas ou estarão justificadas as ações ou omissões que levem à sua realização, ou será valioso o estado de coisas no qual a liberdade de expressão encontre-se respeitada⁵⁷⁴.

Os *valores utilitários*, ao contrário, são critérios superiores de valoração, pois recaem sobre as conseqüências de determinadas ações ou estados de coisas. Assim, por exemplo, consideram-se valiosas tanto as ações destinadas à criação de empregos como o estado de coisas no qual todos possuem um emprego; mas o critério de valoração recai definitivamente não sobre

⁵⁷² Atienza e Ruiz Manero estabelecem outras diferenciações, como entre valores extrínsecos e intrínsecos. Todavia, como bem ressalta Andrzej Grabowski, essa distinção é em certa medida desnecessária para a análise das colisões de princípios. GRABOWSKY, Andrzej. *Clasificar valores en el Derecho. Sobre la concepción de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. In: Doxa, n° 20, 1997.

⁵⁷³ Diversos objetos ou entidades podem ser objeto de valoração, mas para Atienza e Ruiz Manero interessam apenas as *ações* ou *estados de coisas*, que são os elementos que servem para a análise dos enunciados jurídicos.

⁵⁷⁴ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 161.

as próprias ações ou estados de coisas, mas sobre as suas conseqüências, que, nesse caso, consistem na possibilidade de que cada pessoa empregada possa estabelecer seu próprio plano de vida etc⁵⁷⁵.

Como se pode perceber, os valores últimos tendem a ser coincidentes com os valores de liberdade, enquanto que os valores utilitários identificam-se com os objetivos de caráter econômico e social. Todavia, essa coincidência não é necessária, pois o valor liberdade, por exemplo, pode assumir tanto um caráter negativo, caso em que será valor último, como positivo (liberdade material ou real), em que poderá ser considerado como valor utilitário. Da mesma forma, o valor saúde poderá ser tanto um valor último como um valor utilitário. Não se pode, portanto, estabelecer uma classificação dos valores supremos de uma sociedade, como saúde, liberdade, igualdade, propriedade, etc., segundo a divisão entre valores últimos e valores utilitários. A divisão entre valores últimos e valores utilitários não é apropriada para esse fim, pois em cada valor supremo, como a liberdade a igualdade etc., existem aspectos que podem ser considerados últimos e outros que constituem objetivos a alcançar⁵⁷⁶.

Porém, ela esclarece certos aspectos da colisão de valores. Como cada valor não é absoluto, nem único, a convivência de valores últimos e utilitários num ordenamento jurídico impõe colisões e, nesse caso, limitações recíprocas. Os valores últimos apenas podem ser limitados por outros valores últimos (limitação horizontal), caso em que perdem parcela de seu campo de aplicação, mas não sua força ou intensidade. Assim, o valor liberdade poderá ser limitado pelo valor igualdade, mas não pelo valor correspondente a certo objetivo social (valores utilitários), como o estado de coisas proporcionado por uma política de pleno emprego. Dessa

⁵⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 161.

⁵⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 162.

forma, os valores utilitários não só estão limitados horizontalmente por outros valores de mesmo tipo, como também verticalmente por valores últimos, sendo atingidos em sua força e intensidade. Por exemplo, no caso de limitação horizontal entre valores utilitários, uma política de pleno emprego poderá trazer certas limitações à estabilidade econômica, etc. Por outro lado, não estaria justificada uma política de emprego que limitasse de alguma forma a liberdade ou igualdade dos indivíduos. Em suma, em caso de colisão, os valores últimos serão sempre prevaletentes sobre os valores utilitários⁵⁷⁷.

Com isso, pode-se dizer também que os valores últimos devem ser aplicados de forma plena, com toda sua força e intensidade, enquanto que os valores utilitários podem sofrer graduação quanto à sua aplicação.

Após essas explanações, é preciso esclarecer qual a importância dessas distinções para as normas de direitos fundamentais.

As normas de direitos fundamentais, de acordo com Atienza e Ruiz Manero, possuem a estrutura de princípios em sentido estrito⁵⁷⁸. Assim sendo, elas assumem as seguintes características pertencentes a este tipo de princípios: a) expressam os valores superiores de um ordenamento jurídico; b) configuram de forma aberta as condições de aplicação e de forma fechada a conduta prescrita; c) fornecem razões de correção e; d) incorporam valores últimos.

Essas características são determinantes da função dessas normas no sistema jurídico e na argumentação jurídica. Por expressarem os valores superiores de um ordenamento

⁵⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 162.

⁵⁷⁸ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 144. Nesse sentido: BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid: Dyckinson; 2004, p. 156.

jurídico, elas possuem uma função de explicação e sistematização do Direito. Por fixarem de forma fechada o modelo de conduta deontologicamente exigido, as normas jusfundamentais não admitem cumprimento gradual, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Elas fornecem razões de correção, que só podem ser desconsideradas por outras razões de mesmo tipo (baseadas em direitos fundamentais opostos) que tenham um maior peso. Expressam também valores últimos, pois os bens ou estados de coisas por elas protegidos são valiosos em si mesmos (não dependem das conseqüências da realização desses bens ou estados de coisas) e estão limitados apenas por outros valores últimos.

As normas de direitos fundamentais, dessa forma, cumprem um papel negativo na argumentação jurídica, no sentido de que afastam razões utilitárias geradas pelas diretrizes políticas, impedindo que a consecução dos interesses e fins determinados por essas diretrizes possam restringir ou anular os valores últimos por elas protegidos. Elas descartam, nesse sentido, qualquer tipo de argumento teleológico e conseqüencialista, impondo a prevalência de seus valores últimos.

No caso de conflito entre direitos fundamentais, a ponderação consistirá em averiguar qual deles possui o maior peso e, conseqüentemente, deve prevalecer. Decidido pela aplicação de um dos princípios em jogo, este deve ser cumprido de forma plena. No caso de colisão entre direitos fundamentais (princípios em sentido estrito) e diretrizes, sempre deverão prevalecer os direitos fundamentais.

Portanto, na concepção de Atienza e Ruiz Manero, as normas de direitos fundamentais não possuem a estrutura dos mandatos de otimização⁵⁷⁹. A teoria de Alexy, segundo a qual os princípios são mandatos de otimização – normas a serem cumpridas na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas – aplica-se perfeitamente ao âmbito das diretrizes, mas resulta distorcida em se tratando de princípios em sentido estrito⁵⁸⁰. Os mandatos de otimização, dessa forma, são diretrizes ou normas programáticas que são cumpridas de forma gradual e que introduzem na argumentação jurídica razões de tipo utilitário ou teleológico. Não podem, desse modo, representar a estrutura normativa dos direitos fundamentais.

2.4.3.3 – *Análise crítica*

As teses de Habermas já foram objeto de crítica quando se analisou a distinção entre normas e valores – vide item 2.2.3. Ficou assentado que a separação rígida entre princípios e valores e o estrito caráter deontológico dos princípios não são adequados para entender a estrutura normativa dos direitos fundamentais. Remete-se então para aquelas considerações, restando apenas analisar as teses de Atienza e Ruiz Manero que, em certa medida, coincidem com as de Habermas, mormente no tocante às críticas aos mandatos de otimização.

A teoria de Atienza e Ruiz Manero tem aspectos inovadores – e por isso sua análise crítica será maior –, na medida em que tenta estabelecer, como admitem os próprios autores⁵⁸¹, uma mediação entre as teorias de Alexy, Dworkin e Habermas.

⁵⁷⁹ Em defesa da teoria de Alexy e contra a posição de Atienza e Ruiz Manero, vide: PECZENIK, Aleksander. *Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. In: *Doxa*, n° 12, 1992, p. 329.

⁵⁸⁰ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª Ed. Barcelona: Ariel; 2004, p. 34.

⁵⁸¹ Vide: ATIENZA, Manuel. *Entrevista a Robert Alexy*. In: *Doxa* n° 24; 2001, p. 676.

No entanto, é justamente nessa tentativa de mediação entre teorias que os autores espanhóis incorrem em alguns equívocos. Em primeiro lugar, assim como analisado quanto à teoria de Dworkin, não é possível estabelecer uma distinção forte entre princípios e diretrizes políticas com base no cumprimento pleno daqueles e no cumprimento gradual destas. Sobre o problema, são precisas as considerações de José Juan Moreso:

“No es claro que los principios en sentido estricto requieran siempre un cumplimiento pleno. En los casos de conflictos importantes entre los valores que subyacen a determinados principios (casos difíciles sin duda) – como casos de conflicto entre la libertad de expresión y del derecho al honor, por ejemplo – es posible sugerir soluciones que establecen algún grado de compromiso entre dichos valores”⁵⁸².

É preciso enfatizar que a própria idéia de que os princípios constitucionais não são absolutos e de que a Constituição exige a máxima eficácia de todos por igual, rejeita qualquer concepção de que eles possam sempre ser cumpridos de forma plena. A convivência, em um mesmo ordenamento jurídico, de princípios ao mesmo tempo válidos e contraditórios entre si, fala em prol da possibilidade de que haja cumprimento gradual de uns e de outros. Nesse sentido são as considerações de Prieto Sanchís:

“(...) la tesis de Atienza y Ruiz Manero resulta en cierto modo sorprendente o contraintuitiva (...). No sé si el calificativo de contraintuitivo será el más acertado, pero com él tan sólo quiero indicar que en el lenguaje de los juristas suele insistirse en el carácter tendencialmente contradictorio de los principios y en la necesidad de su adecuada conjugación y mutuo ajuste, buscando siempre la más alta satisfacción de cada uno que sea compatible com el menor sacrificio de los demás. Basta leer a Alexy o Gianformaggio, pero también las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional para comprobar que ésta es una caracterización casi universal: en un sistema jurídico existen (o sea, son simultaneamente válidos) principios contradictorios; por ejemplo, autonomía de la voluntad y prohibición de discriminar, seguridad del tráfico jurídico y respecto a la voluntad negocial, etc. Y, en estas condiciones, parece difícil concebir

⁵⁸² MORESO, José Juan. *El encaje de las piezas del derecho*. In: Isonomía n° 14, abril 2001, p. 151. Em sentido semelhante, vide: PECZENIK, Aleksander. *Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. In: Doxa n° 12, 1992, p. 329-330.

que los principios exijan un cumplimiento pleno, pues entonces resultaría inviable un mínimo cumplimiento de los principios contradictorios”⁵⁸³.

Isso não significa dizer que seja impossível, em qualquer hipótese, que um princípio tenha cumprimento pleno, mas que um cumprimento apenas em certa medida também é possível. O que ocorre é que o compromisso recíproco entre princípios contraditórios é tarefa exercida na maioria das vezes pelo legislador. A lei é o instrumento conciliador de princípios opostos. Por outro lado, é bem verdade também que, na resolução judicial de casos concretos, na maior parte das vezes, a colisão de princípios é resolvida com a prevalência de apenas um deles, que terá, no sentido estabelecido por Atienza e Ruiz Manero, cumprimento pleno. Mas isso não quer dizer que uma decisão judicial não possa conjugar princípios em contradição ou que o legislador não possa dar cumprimento pleno a um princípio. Assim, é possível dizer que Atienza e Ruiz Manero estão certos na medida em que defendem que, resolvido o conflito entre princípios e determinada a aplicação de apenas um deles, ocorrerá um cumprimento pleno. Porém, deve-se deixar claro que também é possível que a colisão seja solucionada pela harmonização dos valores subjacentes, de forma que ambos recebam concretização gradual. As conclusões de Prieto Sanchís não são divergentes desse entendimento:

“Así, pues, puedo estar de acuerdo con Atienza y Ruiz Manero cuando dicen que, determinada la prevalencia de un principio, éste exige su cumplimiento pleno, pero no en que, decidida su aplicabilidad a un caso, se deduzca sin más esa prevalencia. Cuando en un supuesto concurren principios contradictorios puede prevalecer uno de ellos y entonces se da efectivamente un cumplimiento pleno, pero pueden también conjugarse ambos y entonces se produce un cumplimiento gradual o parcial. Si no estoy equivocado, creo que aquí reside el núcleo de la polémica: ellos consideran que los principios, a diferencia de las normas o reglas, configuran de forma abierta su condición de aplicación, pero que, una vez decidida su relevancia en el caso, el principio en cuestión prevalece y entonces exige su cumplimiento pleno. Por mi parte, pienso que es más correcto sostener que los principios pueden ser aplicables sin

⁵⁸³ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. In: *Doxa* nº 13, 1993, p. 321.

alcanzar esa prevalencia, justamente cuando concurra un principio contradictorio que deba ser armonizado, admitiendo entonces un cumplimiento gradual”⁵⁸⁴.

Dessa forma, se os princípios podem ser cumpridos de forma gradual, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, nada há que impeça a sua caracterização como mandatos a serem otimizados.

Ademais, não está certo, pelo menos de acordo com a prática dos Tribunais Constitucionais, que razões baseadas em princípios em sentido estrito sempre prevaleçam sobre as razões fornecidas por diretrizes políticas. Considerando-se que os princípios em sentido estrito estipulam direitos e que as diretrizes políticas estabelecem bens coletivos, parece certo que um conflito entre ambos possa ser resolvido em prol de bens coletivos e não de direitos individuais. Defender o contrário significa negar que o direito de propriedade nunca possa ser afastado quando entre em colisão com uma política de meio ambiente, ou que a liberdade de iniciativa empresarial não possa ceder diante de uma política de saúde pública ou de proteção dos consumidores. Assim, se a distinção entre razões de correção e razões utilitárias pode ser muito útil para facilitar a argumentação jurídica no processo de ponderação de razões – como mais à frente será analisado – ela não pode ser utilizada para fixar uma primordialidade estrita dos direitos individuais em face de bens coletivos.

Isso se torna ainda mais claro com a distinção estabelecida por Atienza e Ruiz Manero entre valores últimos, contidos nos princípios em sentido estrito, e valores utilitários, representados pelas diretrizes políticas. Os autores espanhóis estabelecem uma hierarquia entre ambos os tipos de valores, determinando que, em caso de colisão, valores últimos só podem ser

⁵⁸⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. In: *Doxa* n° 13, 1993, p. 325.

limitados por valores de mesmo tipo e valores utilitários podem ser restringidos tanto por outros valores utilitários como por valores últimos. Em outros termos, valores últimos limitam-se reciprocamente e valores utilitários, além de limitarem-se horizontalmente, também podem ser limitados verticalmente por valores últimos.

Assim como não se pode estabelecer uma rígida hierarquia entre direitos individuais e bens coletivos, tampouco parece ser adequado estabelecê-la entre valores últimos e valores utilitários. Numa colisão entre o valor da liberdade de expressão (valor último) e o valor da incolumidade pública (valor utilitário), é perfeitamente concebível vislumbrar que o primeiro seja limitado em prol do bem-estar da comunidade.

Enfim, não é possível fixar qualquer hierarquia entre razões de correção e razões utilitárias, nem mesmo uma ordem de valores de qualquer tipo. A tese de Atienza e Ruiz Manero, como os próprios autores esclarecem⁵⁸⁵, tenta adequar-se à “ordem débil” de princípios e valores defendida por Alexy e torná-la compatível com a distinção de Dworkin entre princípios e diretrizes políticas (*policies*), utilizada em certa medida por Habermas. Porém, é preciso lembrar que Alexy é totalmente contra qualquer tipo de ordem rígida entre princípios ou, mais especificamente, entre direitos individuais e bens coletivos. Alexy defende apenas uma precedência *prima facie* dos direitos individuais, baseada na fórmula *in dubio pro libertate*; ou seja, na dúvida, quando as razões sejam fortes para ambos os lados, decide-se a favor dos direitos individuais. Nesse sentido, Alexy alerta para que essa *ordem flexível* não seja confundida com uma *ordem rígida* baseada na precedência definitiva de direitos individuais em face de bens coletivos. Direitos individuais podem perfeitamente ser restringidos por bens coletivos. A

⁵⁸⁵ ATIENZA, Manuel. *Entrevista a Robert Alexy*. Doxa n° 24, 2001, p. 676.

diferença é que serão necessárias razões mais fortes para limitar direitos individuais do que para restringir bens coletivos⁵⁸⁶.

Portanto, se os direitos individuais podem ser restringidos por bens coletivos, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, nada obsta à conceituação dos princípios como mandatos de otimização. E essa crítica vale da mesma forma para Habermas. Como visto, Habermas teme que a idéia de ponderação ou de otimização possa causar uma restrição de direitos individuais em face de bens coletivos. Dessa forma, os direitos individuais perderiam o caráter de “trunfos” (Dworkin) que no discurso jurídico jogam contra os argumentos teleológicos baseados em bens coletivos. No entanto, se é certo que da consideração dos direitos como mandatos de otimização decorre, inevitavelmente, o perigo de que direitos individuais sejam excessivamente limitados em prol de bens coletivos, por outro lado, a solução encontrada na absoluta prioridade de direitos individuais em face de bens coletivos resulta inaceitável. Do contrário, seria como conceber – segundo acima alertado – que o direito de propriedade não pudesse ser restringido em prol do meio ambiente ou que a liberdade de iniciativa empresarial não pudesse ser limitada com base na proteção dos consumidores⁵⁸⁷.

Apesar dessas incongruências, a distinção entre princípios (em sentido estrito) e diretrizes políticas e, dessa forma, entre valores últimos e valores utilitários e, ainda, entre razões de correção e razões de tipo utilitário, pode ser útil para se esclarecerem certas técnicas utilizadas na ponderação de princípios ou, mais especificamente, das normas de direitos fundamentais, como será abordado no próximo tópico.

⁵⁸⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004, p. 207-208.

⁵⁸⁷ Nesse sentido, vide: ALEXY, Robert. *Sobre la estructura de los principios jurídicos*. In: *Idem. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2003, p. 132-133.

Feitas essas considerações, de índole corretiva, conclui-se que as contribuições de Atienza e Ruiz Manero, na medida em que tentam estabelecer uma mediação entre as teorias de Alexy, Dworkin e Habermas, podem fornecer novas perspectivas para a compreensão da estrutura e função das normas de direitos fundamentais.

2.5 – Princípios e diretrizes políticas

As teorias acima analisadas (Dworkin, Habermas e Atienza e Ruiz Manero) têm um ponto em comum: fundamentam a primordialidade dos direitos em face de bens coletivos e políticas. Nesse sentido, Dworkin concebe os direitos como “trunfos” que jogam contra as políticas utilitaristas do Estado; Habermas defende um caráter estritamente deontológico dos direitos em oposição à teleologia dos bens coletivos e a axiologia dos valores; e Atienza e Ruiz Manero estabelecem a primazia dos direitos, que são valores últimos e geram razões de correção, sobre as diretrizes políticas, que contêm valores utilitários e fornecem razões de tipo utilitário.

Essa primordialidade dos direitos leva à divisão entre princípios e diretrizes políticas estabelecida por Dworkin, utilizada por Habermas e reformulada por Atienza e Ruiz Manero. A estrutura das normas que concebem direitos não seria, dessa forma, a de mandatos a serem otimizados, como na concepção de Alexy, mas sim de princípios num sentido estritamente deontológico. Resta saber se esta distinção entre princípios e diretrizes políticas pode ser útil de alguma maneira para se definir a estrutura das normas de direitos fundamentais.

2.5.1 – A distinção dúctil

Como visto nas críticas a Dworkin, a distinção entre princípios e diretrizes políticas (*policies*) – que, da mesma forma que a distinção entre regras e princípios, é qualitativa – não pode ser tão rígida tal qual defendido pelo autor⁵⁸⁸. E, como bem acentua Gianformaggio, Dworkin é pouco rigoroso ao formular uma distinção tão central em sua teoria⁵⁸⁹. Como efeito, poucas linhas depois de descrevê-la, reconhece a sua fragilidade:

“A distinção pode entrar em colapso interpretando-se um princípio como a expressão de um objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito), ou interpretando-se uma diretriz política (*policy*) como a expressão de um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou adotando-se a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são enunciados disfarçados de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número). Em alguns contextos, a distinção tem usos que se perdem quando entra em colapso dessa maneira”⁵⁹⁰.

Da mesma forma, na reformulação proposta por Atienza e Ruiz Manero, a distinção entre princípios em sentido estrito e diretrizes não é tão forte como à primeira vista pode parecer. Os próprios autores admitem que, apesar de a distinção ter caráter “exaustivo e excludente”, “é possível que um mesmo enunciado possa ser considerado em certos contextos argumentativos como princípio e em outros como diretriz”, e isso “constitui uma ambigüidade característica de muitos princípios”⁵⁹¹.

Essa dificuldade de traçar de forma clara a linha divisória entre princípios e diretrizes políticas leva a crer que essa distinção, como bem ressaltado por Moreso⁵⁹², é apenas gradual – assim como a distinção dúctil entre regras e princípios defendida na primeira parte –

⁵⁸⁸ Para uma análise crítica da distinção entre princípios e diretrizes políticas de Dworkin, vide: MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2006, p. 337-344.

⁵⁸⁹ GIANFORMAGGIO, Letizia. *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione basata su principi*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, gennaio/marzo, IV Serie, LXII, Giuffrè, 1985, p. 83.

⁵⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *The model of rules*. 35 University of Chicago Law Review, 14, 1967, p. 23.

⁵⁹¹ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel; 2004, p. 27.

⁵⁹² MORESO, José Juan. *El encaje de las piezas del derecho*. In: Isonomía n° 14, abril 2001, p. 154.

sempre dependente do contexto interpretativo em que se apresente. O fato de que uma norma seja interpretada como diretriz política em um determinado caso não impede que ela seja posteriormente interpretada como princípio.

Assim, considerando-a como dúctil, a distinção entre princípios e diretrizes políticas pode ser útil para esclarecer a estrutura das normas de direitos fundamentais. Em primeiro lugar, é preciso rever a tese de Atienza e Ruiz Manero segundo a qual as normas de direitos fundamentais possuem a estrutura de princípios em sentido estrito. Como analisado acima, na teoria dos autores espanhóis, as normas de direitos fundamentais, por possuírem a estrutura de princípios em sentido estrito, a) expressam os valores superiores de um ordenamento jurídico; b) configuram de forma aberta as condições de aplicação e de forma fechada a conduta deontologicamente prescrita; c) fornecem razões de correção e; d) incorporam valores últimos.

Na teoria de Atienza e Ruiz Manero, a identificação das normas de direitos fundamentais com os princípios em sentido estrito tem como pressuposto a distinção forte ou qualitativa entre estes e as diretrizes políticas. No entanto, se essa distinção não pode ser tão rígida a ponto de que uma norma seja, de forma exclusiva, ou princípio ou diretriz – fato admitido pelos próprios autores, como visto acima – a ilação a que se chega é de que as normas de direitos fundamentais não podem possuir exclusivamente uma estrutura de princípios em sentido estrito. A própria configuração normativa dos direitos fundamentais ao meio ambiente (art. 225), à educação (art. 205) e à saúde (art. 196)⁵⁹³, por exemplo, demonstra a impossibilidade

⁵⁹³ Parece certo que as normas que asseguram os direitos fundamentais ao meio ambiente, à educação e à saúde, podem ser interpretadas como princípios, no sentido de direitos individuais, ou como diretrizes, no sentido de objetivos coletivos. Isso decorre de sua própria configuração normativa: Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Art. 205 – A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da

de se restringir sua estrutura à de princípios em sentido estrito (direitos individuais). Nesse sentido, parece mais realista considerar que uma mesma norma de direito fundamental possa ser interpretada como princípio ou como diretriz política. Os próprios autores não parecem ser totalmente contrários a esta idéia, como se pode depreender do seguinte trecho:

“Ello, naturalmente, no significa negar que los derechos – las libertades – se traduzcan también en exigencias que tienen la forma de directrices. Pero la idea esencial es que el núcleo de los derechos – de las libertades – lo constituyen principios”⁵⁹⁴.

Assim, da mesma forma que na distinção dúctil entre regras e princípios – segundo a qual uma mesma norma de direito fundamental pode ser interpretada como regra ou como princípio – de acordo com a distinção dúctil entre princípios em sentido estrito e diretrizes uma mesma norma de direito fundamental poderá ser interpretada como princípio ou como diretriz. Tudo dependerá do contexto argumentativo e da utilização prática ou teórica que se queira emprestar à norma.

2.5.2 – *Princípios em sentido amplo, princípios em sentido estrito e diretrizes políticas*

Faz-se necessário, assim, um conceito amplo de princípio, que abarque tanto os princípios em sentido estrito como as diretrizes. O *conceito dúctil de princípio* – formulado na primeira parte – é apropriado para tanto, pois constrói um conceito genérico que abarca todas as múltiplas facetas do termo “princípios jurídicos”. De acordo com este conceito, a referência a princípios em sentido estrito (que expressam direitos individuais) e a diretrizes políticas (que

sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005.

⁵⁹⁴ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel; 2004, p. 144.

expresam bens coletivos) é apenas uma das variadas formas de utilização prática ou teórica dos princípios em sentido amplo.

Lembre-se, neste ponto, que o próprio Alexy, ao abandonar a distinção de Dworkin entre princípios e diretrizes políticas, o faz por razões conceituais, mas sem deixar de considerar a sua importância. Na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Alexy deixa claro que “sem dúvida, a diferença entre direitos individuais e bens coletivos é importante”, e que a diferença estabelecida por Dworkin entre princípios (que expressam direitos individuais) e diretrizes políticas (que se referem a bens coletivos) pode ser levada em consideração no âmbito de um conceito mais amplo de princípio⁵⁹⁵. E, recentemente, em entrevista a Atienza, Alexy desta forma expressou sua opinião:

“Ciertamente, se pueden distinguir diversos tipos de principios, y la distinción entre principios que tienen como objeto derechos individuales y principios cuyo objeto son bienes colectivos es, sin duda, particularmente importante, aunque no sea tan simple como pudiera parecer a primera vista. El significado de esta distinción proviene de que el peso para la fundamentación que se conceda a ambos tipos de principios es decisivo en cuanto a la extensión que un sistema otorga al individualismo”⁵⁹⁶.

Portanto, além da distinção dúctil entre regras e princípios, pode-se estabelecer, no âmbito de um conceito amplo de princípio, uma distinção dúctil entre princípios em sentido estrito e diretrizes políticas. Da mesma forma que a interpretação de uma norma como regra ou como princípio – como explicado no primeiro capítulo – será mais uma resposta ao contexto fático e jurídico de interpretação do que uma consequência determinada por suas propriedades morfológicas, a interpretação de uma norma de direito fundamental como princípio ou como diretriz política também estará condicionada ao contexto argumentativo em que se apresente.

⁵⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001, p. 111.

⁵⁹⁶ ATIENZA, Manuel. *Entrevista a Robert Alexy*. Doxa n° 24, 2001, p. 677.

2.5.3 – Direitos individuais e bens coletivos

Essa distinção possui peculiar importância no âmbito das normas de direitos fundamentais, pois permite diferenciar entre direitos individuais e bens coletivos – ainda que essa tarefa não seja tão simples como parece –, diferenciação esta que tem repercussões diretas na interpretação e aplicação dessas normas. Assim, a colisão entre normas terá características diferenciadas conforme ocorra entre direitos individuais, entre direitos individuais e bens coletivos ou apenas entre bens coletivos. Da mesma forma, a solução desses diversos tipos de colisões advirá de formas distintas de ponderação⁵⁹⁷.

Além disso, no processo de argumentação jurídica levado a efeito no momento de interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais, as razões de correção e as razões utilitárias, assim como os valores últimos e os valores utilitários, podem cumprir relevante papel, determinando a prevalência de princípios em sentido estrito (que expressam direitos individuais) em face de diretrizes políticas (que expressam bens coletivos). Ressalte-se, todavia, que, como explicado na análise crítica à teoria de Atienza e Ruiz Manero, não se pode estabelecer uma hierarquia ou *ordem rígida* entre razões de correção e razões utilitárias, valores últimos e valores utilitários, enfim, entre princípios em sentido estrito (direitos individuais) e diretrizes políticas (bens coletivos). É possível apenas o estabelecimento de uma prevalência *prima facie* ou

⁵⁹⁷ A ponderação de princípios terá significados diversos conforme estejam em jogo princípios em sentido estrito ou diretrizes. Quando há colisão entre princípios em sentido estrito, a ponderação consiste em construir casos genéricos (conjuntos de propriedades) e determinar em quais prevalece um princípio sobre o outro. Nesse caso, não se trata de encontrar uma solução que tenha em conta ambos os princípios em conflito; uma solução harmônica ou de concordância prática; mas em aplicar um princípio e sacrificar o outro. O princípio que prevalece, portanto, é aplicado de forma plena. Por outro lado, no caso de colisão entre diretrizes, a ponderação será levada a efeito para a consecução de um objetivo ou bem coletivo, elegendo-se os melhores meios para esse fim, mas sempre tendo em consideração os fins opostos, de modo que a realização do objetivo pretendido seja a menos lesiva possível para a realização de outros bens. A ponderação, nesse caso, consiste em adotar uma solução de conciliação, em que cada princípio em conflito receba aplicação de forma gradual, na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

ordem flexível que servirá para que, nos casos de dúvida, nos quais as razões sejam fortes para ambos os lados, decida-se em prol dos princípios em sentido estrito (direitos individuais).

2.5.4 – Novamente sobre os mandatos de otimização

Por fim, é preciso enfatizar que a inexistência de uma distinção rígida entre princípios e diretrizes políticas, assim como a impossibilidade de se estabelecer um sistema de prioridades absolutas de uns em face de outros, demonstra a validade da tese segundo a qual as normas de direitos fundamentais podem ser interpretadas como mandatos a serem otimizados. No âmbito das críticas a Atienza e Ruiz Manero, ficou comprovado que tanto princípios como diretrizes podem ser aplicados de forma gradual e que os princípios podem ceder quando entram em colisão com as diretrizes políticas. Nesse sentido, pode-se dizer que as normas de direitos fundamentais, atuem como regras ou como princípios (em sentido amplo), podem ser interpretadas como mandatos a serem otimizados.

Na maioria das vezes, a interpretação das normas de direitos fundamentais como mandatos a serem otimizados ocorrerá em contextos de colisão de normas, nos quais sejam necessárias soluções de cunho harmonizador ou de concordância prática entre os conteúdos normativos, em que cada norma poderá ser aplicada de forma gradual, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas.

Em outros casos de colisões de normas de direitos fundamentais, estas poderão ser interpretadas como colisões entre princípios em sentido estrito e diretrizes políticas como o intuito de reforçar a primordialidade de direitos individuais em face de bens coletivos. Nessas hipóteses, a idéia de “direitos como trunfos” ou a máxima “*in dubio pro libertate*”, assim como a

divisão entre razões de correção e razões utilitárias, ou entre valores últimos e valores utilitários, poderão exercer papel determinante na solução da colisão normativa, no sentido de enfatizar a prevalência de princípios em detrimento de diretrizes políticas. Determinada a prevalência do princípio, este deve ser cumprido de forma plena. Como se vê, tudo dependerá do contexto interpretativo e da utilização prática ou teórica que se queira emprestar à norma.

CONCLUSÕES

Ao longo da dissertação, várias conclusões foram tomadas, e seria um tanto enfadonho repetir, de forma resumida, todas as questões tratadas e as ilações delas retiradas. Não obstante, parece interessante expor, na forma de tópicos, as *teses* formuladas no presente trabalho. A seguir, serão apresentadas as principais teses com relação às distinções entre (1) regras e princípios e (2) princípios e valores.

1 – Regras e princípios

1.1 – As concepções doutrinárias mais conhecidas, como a de Dworkin e Alexy, assim como a de Atienza e Ruiz Manero – que possuem antecedentes nas doutrinas de Esser, Larenz e Roscoe Pound – abordam regras e princípios como dois tipos de normas independentes entre si, cada uma coberta por características próprias e exclusivas. Esse modo de ver as normas constitui a tese da *distinção forte* ou *qualitativa*.

1.2 – Com relação às regras, a tese da *distinção forte* ou *qualitativa* segue algumas posições doutrinárias, que podem ser resumidas e agrupadas da seguinte forma: a) as regras configuram seu suporte fático e as conseqüências jurídicas por elas prescritas de forma fechada, definida e detalhada; b) as regras fornecem razões peremptórias ou razões definitivas, pois, uma vez

realizado o seu suporte fático, devem ser obrigatoriamente aplicadas; c) as regras, portanto, são aplicadas de forma disjuntiva ou à maneira do tudo ou nada; d) assim, as regras são determinações no âmbito do fática e juridicamente possível, ou, em outras palavras, são mandatos definitivos; e) o conflito entre regras acontece no plano da validade. Verificado o conflito entre regras, a solução somente é obtida pela declaração de invalidez de uma das regras ou pela introdução de uma cláusula de exceção em uma delas; f) enfim, a subsunção é o modelo adequado para a aplicação das regras.

1.3 – Quanto aos princípios: a) os princípios, devido à sua indeterminação semântica, configuram as condições de sua aplicação de forma aberta; b) por isso, não são razões peremptórias ou definitivas, mas apenas razões *prima facie*; c) nesse sentido, os princípios são pensamentos diretores e causas de justificação de uma regulação ou de uma decisão jurídica. Em outras palavras, são pontos de partida para o raciocínio e para a fundamentação jurídica; d) os princípios são mandatos de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes; e) a colisão entre princípios ocorre numa dimensão de peso. Quando dois princípios entram em colisão, um deles deve ceder ante o outro, mas isso não significa que se tenha de declarar a invalidez do princípio afastado ou nele inserir uma cláusula de exceção; f) enfim, a ponderação é o método adequado para a aplicação dos princípios.

1.4 – Dessa forma, de acordo com a tese da demarcação forte ou qualitativa, as regras possuem certas características não observadas nos princípios e estes também estão singularizados por determinadas peculiaridades que não podem ser encontradas nas regras. Estabelece-se, portanto, uma rígida separação entre regras e princípios, sem que se possa conceber a existência de normas com características comuns a regras e princípios. Não há espaço para categorias intermediárias.

1.5 – No entanto, a tese da demarcação forte é insustentável. Regras e princípios não podem ser divididos em categorias bem definidas e inconciliáveis. Certas propriedades normativas podem ser encontradas em ambos os tipos de normas, o que revela uma fundada dúvida sobre a real possibilidade de se separar e catalogar as normas entre regras, por um lado, e princípios, por outro. Assim, a tarefa de distinguir as regras dos princípios encontra um obstáculo difícil de ser superado: a constatação de que certas características estruturais e funcionais supostamente

exclusivas das regras podem ser achadas nos princípios e determinadas propriedades normativas supostamente encontradas apenas nos princípios podem ser também atribuídas às regras.

1.6 – Em primeiro lugar, é fácil observar que a configuração do suporte fático e das conseqüências jurídicas prescritas por uma regra não ocorre apenas de forma fechada, definida e detalhada. Muitas vezes as regras apresentam uma textura aberta e aparecem como critérios hermenêuticos e não como normas específicas e exaustivamente compreensivas do caso em exame. Nesses casos, as regras também padecem de um elevado grau de indeterminação semântica, deixando assim de fornecer razões peremptórias ou definitivas para a ação.

1.7 – Da mesma forma, é duvidosa a caracterização dos princípios como normas cuja condição de aplicação seja descrita apenas de forma aberta e indeterminada. A descrição aberta ou fechada do suporte fático de uma norma somente pode ser aferida diante do caso concreto e em comparação com outra norma. Uma norma pode estar formulada de modo semi-aberto, de forma que seu suporte fático poderá ser considerado aberto em alguns casos e fechado em outros. Ao fim e ao cabo, tudo dependerá das circunstâncias de aplicação e das demais normas com ela relacionadas. Ademais, a vaguidade é ineliminável em toda linguagem natural, sendo a textura aberta uma característica comum nas normas, o que termina desfazendo qualquer tipo de distinção forte entre princípios e regras com base em sua estrutura.

1.8 – Portanto, os princípios também podem fornecer razões definitivas ou peremptórias e as regras podem representar razões *prima facie*. Por isso, os enfoques estrutural e funcional da distinção forte entre regras e princípios podem entrar em contradição. Uma norma pode ser uma regra segundo o enfoque estrutural e um princípio de acordo com o enfoque funcional, e vice-versa. Em outras palavras, uma norma pode configurar de forma fechada seu suporte fático (regra) e não representar uma razão peremptória para a ação; e outra norma pode estar formulada abertamente (princípio) e, no entanto, funcionar como uma razão definitiva. O que definirá qual a razão fornecida pela norma é o próprio contexto de aplicação.

1.9 – A suposição de que as regras são configuradas de forma fechada, definida e detalhada e que fornecem razões peremptórias ou definitivas para a ação somente pode sustentar-se com base na idéia de uma *norma completa*, ou seja, uma norma que enumere *a priori* e de forma exaustiva todas as exceções possíveis à sua aplicação, sejam estas derivadas de seu próprio comando

normativo ou de outras normas do ordenamento jurídico. Esse tipo de norma completa, tal qual a regra no conceito de Dworkin ou de Atienza e Ruiz Manero, é de difícilima – e não seria demais dizer que é de impossível – construção, pois é improvável que se possa catalogar por completo todas as possíveis exceções à aplicação de uma solução normativa, pois por via legislativa ou jurisprudencial sempre podem aparecer novas exceções. Além disso, a textura aberta comum a qualquer tipo de norma pode tornar impraticável a tentativa de se estabelecer previamente em quais casos a norma será ou não aplicada. Ademais, o problema não está só na impossibilidade de se conhecerem todas as exceções, mas também em não saber *a priori* quais casos não contemplados pela norma receberão o mesmo tratamento por meio do método analógico.

1.10 – Uma razão clara e um tanto óbvia da impossibilidade de construção de uma norma completa reside justamente no postulado de que todas as regras devem ser interpretadas e aplicadas no contexto do ordenamento jurídico. Nesse sentido, se as regras devem ser interpretadas levando-se em conta as demais normas do ordenamento jurídico, parece indubitável que regras e princípios estejam em permanente influxo e, portanto, que os princípios podem em muitos casos representar exceções à aplicação de uma regra. Assim, se se considera que os princípios são formulados de forma aberta e indeterminada e que não se pode enumerar as possíveis exceções à sua aplicação, e ao mesmo tempo admite-se que os princípios podem fornecer razões para a não-aplicação de uma regra, a ilação a que se chega é de que logicamente as exceções às regras não podem ser previstas de forma exaustiva pelo ordenamento jurídico.

1.11 – A construção de uma norma completa é inconcebível num Estado constitucional, no qual a Constituição é concebida como a norma suprema que irradia efeitos por todo o sistema jurídico. A consequência disso é que regras e princípios devem permanecer em constante interação. Assim sendo, não é difícil constatar que todas as regras do ordenamento jurídico possuem infinitas exceções baseadas justamente nos princípios. Portanto, ao admitir-se fenômenos como a irradiação das normas constitucionais deve-se simultaneamente abandonar a tese de uma separação rígida entre regras e princípios com base numa caracterização daquelas como normas detalhadas que fornecem razões peremptórias ou definitivas para a ação.

1.12 – Essas razões demonstram que o enfoque estrutural não é suficiente para estabelecer uma distinção forte ou qualitativa entre regras e princípios. Enfim, tudo se resume a uma questão de

interpretação, pois uma mesma norma, seja qual for a sua estrutura, poderá ser interpretada como regra ou como princípio, conforme o caso.

1.13 – A distinção forte no plano estrutural encontra sérios problemas quando transportada para o plano funcional. Para que a distinção qualitativa com base na estrutura tenha continuidade no plano funcional da distinção deve-se adotar o seguinte pressuposto: regras só podem entrar em conflito numa dimensão de validade e serem aplicadas por subsunção; e princípios somente podem colisionar numa dimensão de peso e serem aplicados pelo método da ponderação.

1.14 – Contudo, isso não é possível. A forma como regras e princípios entram em conflito, a maneira como se dá a solução desse conflito, assim como o tipo de aplicação ao caso concreto, não podem depender da estrutura de cada norma. É equivocado dizer que se uma norma se caracteriza como regra num plano ontológico ela entrará em conflito com outra regra apenas numa dimensão de validade e será aplicada pelo método da subsunção. O conflito entre regras não ocorre apenas numa dimensão de validade, ou, melhor dizendo, não é certo que se siga necessariamente a invalidez de uma regra por seu conflito com outra. Duas regras também podem entrar em colisão de forma que uma delas tenha apenas de ceder sem ter que ser declarada inválida. Não se pode descartar a hipótese, portanto, de que o conflito entre regras ocorra numa dimensão de peso. Aliás, é mais comum e também mais coerente que a solução do conflito entre regras seja no sentido de harmonização de seus conteúdos deônticos, que pode ser realizada por meio da acomodação de seus âmbitos de validade, ou seja, conferindo-lhes um âmbito de vigência pessoal, material, espacial e temporal parcialmente distinto, o que permite aplicar uma em certas ocasiões e a outra nas demais. Dessa forma, tanto no caso do conflito de regras como na colisão de princípios deve-se dar preferência para as soluções de cunho conciliador que permitam a permanência de todas as normas no ordenamento jurídico.

1.15 – A idéia de mandato de otimização não vale apenas para os princípios, mas também para as regras. As regras também podem possuir uma textura aberta, de modo que ofereçam razões *prima facie*, assim como entrar em conflito na dimensão de peso e, nesse caso, serem aplicadas por meio de uma ponderação. Tudo leva a crer, portanto, que não apenas os princípios, mas também as regras devem ser otimizadas de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

1.16 – Assim, se o mandato de otimização não é uma característica peculiar dos princípios, logicamente não serve como critério de diferenciação entre regras e princípios. Se tanto regras como princípios devem responder a um imperativo de otimização, o mandato de otimização propriamente dito não pode ser tido como um princípio, cuja aplicação pode se dar de forma gradual. Os princípios, como objetos da ponderação, não são mandatos de otimização, mas sim mandatos a serem otimizados ou mandatos que se otimizam. Assim sendo, e tendo em vista que as regras também devem ser otimizadas, a ilação a que se chega é que tanto os princípios como as regras podem passar a ser considerados como mandatos a serem otimizados e não mais como mandatos de otimização. Princípios e regras estão situados no nível dos objetos a serem ponderados.

1.17 – O mandato de otimização propriamente dito, por estar situado num metanível, pode ser conceituado como uma *metanorma* ou *regra secundária*, vinculada ao princípio da proporcionalidade, o qual também não pode ser caracterizado como princípio, mas como metanorma. O mandato de otimização constitui uma metanorma de interpretação, a ser utilizada em casos de colisões de normas (regras ou princípios), e não uma propriedade pertencente apenas à estrutura normativa dos princípios.

1.18 – As falhas encontradas na tese da distinção forte ou qualitativa parecem levar ao abandono de qualquer distinção entre regras e princípios. O mais apropriado seria, nesse caso, falar apenas em normas cuja interpretação/aplicação poderia dar-se de forma diferenciada conforme o contexto de aplicação. As normas forneceriam razões definitivas ou *prima facie* de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Esse modo de enxergar as normas costuma ser designado como *tese da conformidade*. A tese da conformidade contrapõe-se à tese da demarcação forte ou qualitativa na medida em que defende que não há qualquer diferença entre regras e princípios, sendo o sistema jurídico formado apenas por normas num sentido genérico.

1.19 – Apesar de seus argumentos serem fundamentais para demonstrar a insustentabilidade da teoria forte ou qualitativa, a tese da conformidade é defeituosa em três aspectos. Em primeiro lugar, trata os enunciados normativos como meros tópicos cujo conteúdo proposicional apenas pode ser definido em face do caso concreto. Nesse sentido, ela termina caindo num realismo extremo, pois antes do processo de interpretação/aplicação apenas existiria um conjunto

indefinido de enunciados indiferenciados estruturalmente. Em segundo lugar, a tese da conformidade não enxerga que o fato de uma norma oferecer razões definitivas ou *prima facie* não depende apenas do caso em análise e das condições de conversação, mas também pode estar vinculado, ainda que não necessariamente, à sua estrutura. Por último, a tese da conformidade não consegue lidar com o fato de que em muitos casos certos enunciados jurídicos não geram qualquer dúvida sobre seu significado normativo. De acordo com a tese da conformidade, portanto, não poderia existir a clássica divisão entre casos fáceis e casos difíceis.

1.20 – Assim, os equívocos cometidos pela tese da demarcação forte ou qualitativa e os defeitos apresentados pela tese da conformidade abrem espaço para *uma distinção dúctil entre regras e princípios*. Em outros termos, se não é possível fixar uma distinção rígida entre regras e princípios, mas não se pode abandonar tal distinção, devido à sua relevância teórica e prática, o caminho a ser seguido é no sentido de desvendar as diferenças flexíveis entre ambos os tipos de normas.

1.21 – A *tese da distinção dúctil* pretende encontrar o meio termo entre as teorias que tentam demarcar qualitativamente as regras e os princípios e as que não aceitam qualquer distinção entre as normas. A sua peculiaridade e, portanto, a sua vantagem, é que ela pretende não cair em duas falhas encontradas nas demais teorias: a) o desconhecimento da zona de penumbra (tese da distinção forte); b) e o rechaço da zona de certeza semântica (tese da conformidade). A zona de penumbra e a zona de certeza podem ser representadas pela *escala de graduação entre regras e princípios*. A zona de certeza reside nos extremos dessa escala, onde figuram as regras (R), de um lado, e os princípios (P), de outro. A zona de penumbra está na etapa intermediária entre os dois extremos, que é formada pelas regras que são ou que atuam como princípios (RP) e pelos princípios que são ou que atuam como regras (PR). A distinção dúctil reconhece tanto a zona de penumbra como a zona de certeza e, por isso, não pode negar relevância à distinção entre regras e princípios.

1.22 – A distinção é dúctil tanto no plano estrutural como no plano funcional. É dúctil justamente porque admite que as propriedades estruturais e funcionais dos princípios podem ser encontradas nas regras e vice-versa. Assim, a diferenciação dúctil é estabelecida com base em certas características observadas geralmente nos princípios, porém deixando claro que estas

também podem aparecer nas regras. Essas características estruturais não servirão para fixar uma rígida separação entre regras e princípios, mas atuarão como indicadores ou estimuladores, ainda que não necessariamente, de uma certa função dessas normas no sistema jurídico e na argumentação jurídica.

1.23 – A distinção dúctil, apesar de focar-se primordialmente no aspecto funcional da distinção, reconhece que certas funções desempenhadas pelas normas estão vinculadas, ainda que de forma débil, à sua estrutura. Dentre essas características estruturais, as mais comuns são a generalidade e a vaguidade. Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios são mais gerais que as regras, mas nada impede que as regras também possam padecer de um certo grau de generalidade. Da mesma forma, os princípios são mais vagos que as regras, mas as regras igualmente podem ser vagas. Utilizando a escala de graduação, a generalidade e a vaguidade podem ser encontradas num alto grau nas normas que se situam no extremo pertinente aos princípios (P), mas também poderão ser observadas, em grau decrescente, nas normas que se situam na zona de penumbra (PR e RP).

1.24 – A distinção dúctil tem maior claridade com o enfoque funcional, pois as diferenças entre regras e princípios aparecem com maior intensidade no momento da interpretação/aplicação das normas. O enfoque funcional da distinção dúctil, em vez de basear-se no tipo de colisão e no modo de aplicação para estabelecer uma distinção forte entre regras e princípios, compreende as idéias da dimensão de peso, da aplicação tudo-ou-nada, e dos mandatos de otimização (como metanormas ou como objetos de otimização), não como propriedades exclusivas de um determinado tipo de normas, mas apenas como técnicas de interpretação que podem ser estimuladas, ainda que não necessariamente, pela estrutura de certas disposições normativas. As normas que desde o aspecto estrutural padecem de um alto grau de generalidade e vaguidade, ou seja, os princípios que se situam no extremo da escala, tenderão a entrar em colisão numa dimensão de peso e exigirão, ainda que não necessariamente, uma aplicação por meio de ponderação, na qual a idéia de mandato de otimização poderá ser muito útil. A zona de certeza, portanto, pode proporcionar a antecipação do tipo de colisão e do modo de aplicação de uma norma. Na zona de penumbra, no entanto, a indeterminação quanto ao grau de especificidade ou generalidade, precisão ou vaguidade da norma fará com que o tipo de colisão e o modo de aplicação, isto é, se como regra ou como princípio, apenas sejam revelados após o confronto com outras normas e/ou com os fatos determinantes do caso concreto. Em todo caso, definir se uma

norma constitui (deve ser aplicada como) uma regra ou um princípio, é uma questão de interpretação, muitas vezes manipulada pelo intérprete com o intuito de atribuir à norma certos efeitos práticos (independentes de sua estrutura) que incentivarão mecanismos diferenciados de argumentação úteis para a solução do caso concreto.

1.25 – A idéia de “derrotabilidade” (*defeasibility*) permite que a distinção com base na estrutura da norma não entre em conflito com o enfoque funcional dessa distinção. Afirmar que uma norma jurídica é “derrotável” equivale a dizer que ela está sujeita a exceções (implícitas) que não podem ser exaustivamente identificadas previamente, de forma que não é possível antecipar quais as circunstâncias que serão determinantes e suficientes para sua aplicação. Assim, a idéia de derrotabilidade esclarece o entendimento adotado pela teoria da distinção dúctil segundo o qual o fato de a norma ter uma determinada estrutura – de regra ou de princípio – não implica necessariamente que ela deva ser interpretada ou aplicada de uma ou de outra forma. É dizer, a estrutura das normas apenas estimulará, mas não determinará, o modo de interpretação e aplicação.

1.26 – A ductibilidade da distinção entre regras e princípios não permite que se estabeleça um conceito unívoco de princípio e, por oposição, outro de regra. “Princípio jurídico” constitui mais uma definição convencional construída pelo teórico com o objetivo de explicar e sistematizar certos fenômenos observados em sede dogmática. Cada problema teórico e cada situação fática podem estimular diversos sentidos convencionais da expressão “princípios jurídicos”. Sua utilização teórica ou prática será mais uma resposta a estes estímulos externos do que o resultado previsto por uma propriedade disposicional.

1.27 – Para a teoria da distinção dúctil, os princípios constituem um recurso ou técnica de argumentação que na linguagem jurídica possui múltiplas funções e objetivos, cuja utilização pode vir a ser estimulada – mas não necessariamente – pelas características estruturais de um enunciado normativo. Isso quer dizer que, a menos que se queira adotar um determinado tipo de argumentação, não tem muito sentido dizer que uma norma, isolada e abstratamente, constitui um princípio.

1.28 – Atribuir a uma norma a característica de princípio – e, conseqüentemente, utilizar as funções sistemáticas, os recursos argumentativos e as técnicas de interpretação que daí decorrem

– pressupõe uma dupla tarefa de comparação. Em primeiro lugar, a norma é posta em um contexto relacional com as demais normas a ela ligadas sistematicamente ou que com ela colisionam diante do caso concreto. Em segundo lugar, as circunstâncias fáticas determinantes do caso concreto podem fornecer indicações relevantes para essa tarefa de comparação normativa. Portanto, uma norma poderá ser considerada um princípio na medida em que seja posta num contexto comparativo e relacional jurídico e fático. Nesse sentido, generalidade, vaguidade e fundamentalidade constituem alguns dos critérios comparativos ou relacionais. Uma norma será tida como princípio se, comparando-a com outra, resulte mais geral, mais vaga e mais fundamental. Generalidade e vaguidade serão úteis para realçar um modelo mais sofisticado de argumentação jurídica, em oposição ao tipo de argumentação simples requerido pelas regras. A fundamentalidade poderá funcionar como critério de sistematização formal ou axiológica da norma no ordenamento jurídico. Cada contexto interpretativo ou de aplicação da norma oferecerá indicações da necessidade e da maneira de utilização dos princípios jurídicos.

1.29 – A *teoria da distinção dúctil entre regras e princípios* pode fornecer alguma base para entender melhor a complexa estrutura das normas de direitos fundamentais. A norma de direito fundamental contém uma *estrutura flexível*, de forma que pode ser qualificada como regra propriamente dita (R), regra que atua como princípio (RP), princípio que atua como regra (PR) ou princípio propriamente dito (P). As normas de direitos fundamentais, dessa forma, não podem ser caracterizadas apenas como regras ou como princípios; sua estrutura é flexível, no sentido de que uma mesma norma pode apresentar-se como regra em um dado contexto interpretativo e em outro contexto distinto atuar como princípio e vice-versa.

1.30 – Não há uma diferença estrutural forte entre normas de direitos fundamentais que são princípios e outras normas de direitos fundamentais que são regras. Uma norma é considerada mais aberta, vaga e imprecisa; outras definem seu suporte fático de forma mais precisa e prescrevem condutas determinadas. A diferença estrutural é apenas uma questão de grau, que pode ser bem representada pela escala de graduação acima estabelecida (R, RP, PR, P). As normas mais fechadas tendem a atuar como regras, mas nada impede que atuem também como princípios. As normas mais abertas podem funcionar como princípios, o que não significa que não possam ser aplicadas por subsunção. É necessário ressaltar, nada obstante, que a carga

axiológica das normas de direitos fundamentais fará com que a atividade de interpretação/aplicação requeira quase sempre o método da ponderação.

1.31 – As normas de direitos fundamentais podem fornecer razões peremptórias ou não independentemente do fato de possuírem uma estrutura mais aberta ou mais fechada, serem vagas ou precisas, determinadas ou indeterminadas. Ao fim e ao cabo, tudo dependerá da situação jurídica e fática de interpretação e aplicação da norma e da utilização prática ou teórica que dela se queira fazer. Por isso, as normas de direitos fundamentais também possuem uma *estrutura complexa*. Definir quando uma norma de direito fundamental atua como regra ou como princípio somente é possível por meio de um esforço hermenêutico que leve em conta um critério comparativo jurídico e fático: a norma é posta em um contexto comparativo jurídico com as demais normas a ela relacionadas sistematicamente ou que com ela entram em colisão; e num contexto fático, no qual as circunstâncias do caso concreto podem ser determinantes para a definição de seu conteúdo normativo vinculante para o caso em questão.

1.32 – Conceituar uma norma de direito fundamental como regra ou como princípio dependerá também do tipo de utilidade teórica ou prática que se queira emprestar à norma. As normas de direitos fundamentais podem ser caracterizadas como princípios quando seja relevante acentuar sua fundamentalidade formal e material no ordenamento jurídico; ou quando se queira instaurar um tipo de argumentação jurídica mais sofisticado, introduzindo no discurso jurídico razões de ordem axiológica ou teleológica. Nos casos em que existem colisões de normas de direitos fundamentais, estas serão interpretadas como princípios e, dessa forma, serão submetidas a uma ponderação que leve em conta os valores incorporados em cada norma. O forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios. Cada situação prática ou teórica demandará um sentido diferenciado para o termo “princípio” utilizado para qualificar a norma de direito fundamental.

1.33 – Caracterizar as normas de direitos fundamentais como regras poderá ser útil para demonstrar sua natureza peremptória e, assim, introduzir na argumentação jurídica razões definitivas para sua aplicação. O conteúdo deontológico de algumas normas de direitos

fundamentais e as circunstâncias do caso concreto muitas vezes dispensam ponderações prévias, de modo que a norma será aplicada como regra, ou seja, por meio de subsunção.

1.34 – Portanto, dizer que uma norma de direito fundamental é uma regra, em certos casos, ou qualificá-la como princípio, em outros, não decorre necessariamente da observância da configuração estrutural e das propriedades peculiares e exclusivas de cada tipo de norma. A morfologia da norma diz muito pouco a respeito de sua interpretação e aplicação; pode apenas estimular certos tipos de argumentação ou servir de indicação para uma classificação dogmática. Qualificar uma norma de direito fundamental como regra ou como princípio constitui um recurso utilizado pelo intérprete/aplicador para justificar o manuseio de certas técnicas de interpretação e de argumentação ou para fundamentar determinados usos teóricos ou dogmáticos da norma.

1.35 – Ademais, as normas de direitos fundamentais são “derrotáveis” (*defeasible*). Isso quer dizer que as conseqüências jurídicas prescritas pela norma podem ser excluídas ou afastadas pela ocorrência de uma exceção à sua aplicação não prevista pela própria norma ou pelo sistema jurídico. A derrotabilidade das normas de direitos fundamentais resulta de sua forte carga axiológica e, portanto, de sua vocação a entrar em colisão com outras normas jusfundamentais, de forma que, num contexto de argumentação jurídica no qual se leve a cabo uma ponderação de valores, uma das normas terá sua aplicação afastada excepcionalmente para o caso concreto. As exceções à aplicação das normas de direitos fundamentais, por serem o resultado de um processo de ponderação de razões morais num contexto de argumentação em concreto, não podem ser estabelecidas *ex ante* pelo sistema jurídico. As exceções estão apenas implícitas no sistema jurídico pela própria *estrutura flexível, complexa e derrotável* das normas de direitos fundamentais.

2 – Princípios e valores

2.1 – A distinção forte entre princípios e valores formulada por Habermas mostra-se insuficiente em todos os seus aspectos, o que leva a crer que, tratando-se de normas constitucionais e, dessa forma, de normas de direitos fundamentais, a diferença entre princípios e valores resume-se ao caráter deontológico daqueles e axiológico destes, como defendido por Alexy e Peczenik. Os princípios jurídicos, tal qual conformados nas Constituições – ou seja, como normas

constitucionais – também possuem uma *dimensão axiológica*. É dizer, além de uma *dimensão deontológica*, possuem também uma *dimensão axiológica*. São normas jurídicas que possuem uma alta carga valorativa, uma vez que constituem a expressão normativa de valores compartilhados culturalmente por uma determinada comunidade historicamente situada. Deve-se entender, dessa forma, que não é possível estabelecer uma distinção rígida entre princípios e valores visto que os princípios jurídicos representam o instrumento de articulação das dimensões axiológica e deontológica no direito dos Estados constitucionais.

2.2 – A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu preâmbulo, reconhece a liberdade, a segurança, a igualdade, a justiça etc., como *valores supremos* da sociedade brasileira. As normas constitucionais, mormente as que compõem o catálogo de direitos fundamentais do art. 5º, configuram normativamente esses valores supremos, num plano deontológico, atribuindo-lhes força normativa. Essas normas, portanto, possuem uma dimensão axiológica e ao mesmo tempo deontológica. A diferença entre os valores supremos e as normas constitucionais está no caráter estritamente axiológico daqueles e no duplo caráter (deontológico e axiológico) destas.

2.3 – A incorporação pelas constituições contemporâneas de normas de direitos fundamentais com alta carga axiológica é um fato, cujas conseqüências, desejáveis ou não, não podem ser contornadas com a tentativa de separar rigidamente normas e valores, no intuito de fazer com que a atividade de interpretação/aplicação de normas não seja contaminada por preferências subjetivas próprias da interpretação/aplicação de valores. As normas de direitos fundamentais não podem possuir uma inafastável pretensão binária de validade, justamente porque incorporam valores, e sua aplicação, portanto, muitas vezes ocorrerá na forma como se dá a aplicação de valores.

2.4 – A estreita relação estrutural entre princípios e valores ocorre em dois sentidos primordiais: a) tanto princípios como valores possuem um caráter *prima facie* e podem entrar em colisão com outros princípios e valores, caso em que devem ser objeto de ponderação; b) princípios e valores, por expressarem ideais, são realizados em diferentes medidas, isto é, de forma gradual; portanto, não possuem um caráter binário ou de tudo-ou-nada, mas apenas relativo.

2.5 – No processo de argumentação jurídica e de fundamentação das decisões, valores e princípios podem muitas vezes ser utilizados de forma indistinta. No raciocínio jurídico, referir-se ao princípio da igualdade ou ao valor da igualdade pode ter o mesmo significado. Ambos

funcionam como razão justificadora de uma decisão que proíba um tratamento discriminatório. E essa referência indistinta a valores e princípios ocorre, na maioria das vezes, no seio de um processo de ponderação de razões para a decisão. Não há, assim, uma diferença marcante entre a colisão e ponderação de valores e a colisão e ponderação de princípios constitucionais. A própria atividade de ponderar ou sopesar razões implica uma atividade de valoração.

2.6 – As normas de direitos fundamentais possuem uma dupla face, ou seja, são ao mesmo tempo fenômenos deontológicos e axiológicos. Na dimensão estritamente normativa ou deontológica, as normas de direitos fundamentais caracterizam-se pelo uso de enunciados deônticos (de mandado, proibição e permissão) para definir pretensões (direitos subjetivos em sentido estrito), liberdades, poderes e imunidades. Um direito fundamental em termos deontológicos, portanto, está estruturado por um conjunto de posições (pretensões, liberdades, poderes e imunidades) conferidas por normas (que incorporam diferentes modalidades deônticas) reunidas em uma disposição de direito fundamental.

2.7 – Os direitos fundamentais não devem ser entendidos apenas em termos estritamente deontológicos, mas em sua dupla dimensão, deontológica e axiológica. As normas de direitos fundamentais não possuem um estrito caráter deontológico, de tudo-ou-nada, ou um caráter binário, comum às demais normas do ordenamento jurídico. A expressão normativa dos direitos fundamentais também se dá num âmbito axiológico, porquanto os direitos configuram valores objetivos da ordem jurídica. Os direitos fundamentais são a projeção normativa dos valores incorporados pela Constituição, isto é, constituem um sistema axiológico positivado pela Constituição.

2.8 – Os direitos fundamentais não se confundem com os enunciados deônticos que estabelecem sua proteção normativa, porque são, além disso, valores aos quais o sistema jurídico qualifica como tendo importância suficiente para articular uma proteção normativa. Eles não constituem apenas pretensões, liberdades, poderes e imunidades com base em enunciados deônticos. Compreendê-los dessa forma seria reduzi-los à linguagem normativa desses enunciados. Os direitos fundamentais também constituem valores, de modo que chegam a ser incompreensíveis quando desvinculados desses valores que tratam de proteger ou de realizar. Possuem, portanto, uma dimensão valorativa que justifica a própria existência de uma dimensão deontológica.

Assim, não é a criação de deveres, obrigações, poderes e imunidades que sustenta a existência dos direitos, mas estes, como bens relevantes, isto é, situações ou estados de coisas aos quais o sistema confere certa importância e valor, é que constituem as razões que justificam uma articulação normativa para sua plena proteção e realização. Portanto, além do elemento deontológico, consubstanciado na confecção normativa de mandados, proibições e permissões, os direitos fundamentais possuem um elemento valorativo que explica, dá sentido e justifica essa proteção normativa.

2.9 – As normas que consagram direitos fundamentais não são apenas constitutivas de direitos subjetivos. Os direitos fundamentais não podem ser concebidos unicamente como direitos subjetivos, destinados à proteção de situações individuais, ou como liberdades, poderes, competências, cujo significado maior encontra-se na delimitação de uma esfera de imunidade individual face ao Estado. O direito subjetivo fundamental, como posição primordial, não explica todas as conseqüências que resultam da expressão jurídica de direitos fundamentais, ou seja, não abarca toda a relevância jurídica das normas que os contemplam. As normas de direitos fundamentais, para serem entendidas por completo, devem ser consideradas em sua dupla dimensão: como constitutivas de direitos subjetivos e, ao mesmo tempo, como expressão de valores objetivos da ordem constitucional. Em outros termos, os direitos fundamentais possuem, além de uma *dimensão subjetiva*, que os fazem direitos voltados para o indivíduo, uma *dimensão objetiva*, transformando-os também em valores ou fins a serem perseguidos por toda a sociedade.

2.10 – A dimensão objetiva permite explicar outros efeitos produzidos pelas normas de direitos fundamentais. Em primeira linha, o significado axiológico dos direitos fundamentais revela o *efeito de irradiação* por todo o ordenamento jurídico das normas constitucionais que os definem. Esse efeito de irradiação afeta as três funções do Estado: se estende à conformação material das normas pelo legislador, que devem incorporar os valores expressos no conteúdo objetivo dos direitos fundamentais; à atuação do Poder Executivo, em suas funções administrativas ou normativas; e à interpretação e aplicação das normas por parte dos juízes.

2.11 – Esse poder de irradiação das normas de direitos fundamentais decorre a sua potencial eficácia nas relações privadas. De acordo com a dimensão objetiva, portanto, está justificada uma ampla eficácia das normas de direitos fundamentais, em todos os âmbitos do ordenamento

jurídico, mesmo no Direito Privado, assim como uma ampla vinculação, que não fica restrita aos poderes públicos, mas alcança também as relações entre particulares. As normas de direitos fundamentais, nesse sentido, desencadeiam tanto uma *eficácia vertical*, em relação ao Estado, como uma *eficácia horizontal*, no âmbito das relações privadas, ou *Drittwirkung* (eficácia entre terceiros).

2.12 – A dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais também traduz-se no *dever geral de prestação e proteção* desses direitos por parte dos poderes públicos. Como expressão de um sistema de valores objetivos que conforma todo o ordenamento jurídico, as normas de direitos fundamentais instituem não apenas direitos individuais de defesa (mandatos de abstenção), mas deveres positivos de proteção e realização desses direitos por parte do Estado. Essa proteção e realização se articula por meios variados, dentre os quais cobra especial relevo a implementação de *normas de organização e procedimento* destinadas a proporcionar aos indivíduos os instrumentos (processuais, procedimentais, de organização etc.) necessários para o devido resguardo de seus interesses.

2.13 – Em sua dimensão objetiva, as normas de direitos fundamentais também podem ser caracterizadas como *garantias institucionais*, ou seja, como conjunto jurídico-normativo que regula um determinado setor da realidade econômica, social ou administrativa em torno de um direito fundamental e em vista da sua realização. Outra decorrência da dimensão objetiva é a inconstitucionalidade e, portanto, a nulidade das normas infraconstitucionais contrárias aos valores contidos nas normas de direitos constitucionais. A inconstitucionalidade não é efeito da proteção de situações subjetivas pela norma de direito fundamental, mas sim de seu caráter de direito objetivo cujo conteúdo material é vinculante para o legislador. A dimensão objetiva enseja, assim, o controle de constitucionalidade ou, em outros termos, a verificação da compatibilidade material de todas as normas do ordenamento jurídico com o conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais.

2.14 – A dimensão objetiva, na medida em que ressalta a face normativa dos direitos fundamentais, sem fazer referência a qualquer titular concreto, converte-os em mandatos a serem otimizados. É dizer, na medida em que os direitos fundamentais, em sua vertente objetiva, comportam um conteúdo normativo que deve ser respeitado e realizado pelos poderes públicos

(administração, jurisdição e legislação) e pelos sujeitos privados, transformam-se em comandos a serem otimizados, isto é, a serem observados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

2.15 – A caracterização das normas como mandatos a serem otimizados também está relacionada com o fato de que os direitos, em sua face objetiva ou axiológica, constituem a expressão jurídica de valores fundamentais da ordem jurídica. Assim, na medida em que esses valores representam ideais, eles tendem a ser realizados de forma gradual. Um ideal representa um estado de coisas valioso caracterizado por sua natureza contrafática, de modo que, apesar de aspirar a uma realização plena – possuem uma vocação a serem realizados –, em verdade essa realização sempre fica a depender de condicionalismos fáticos e jurídicos. Os direitos fundamentais, na qualidade de valores, são como ideais que exigem o maior cumprimento possível tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas.

2.16 – Além da distinção dúctil entre regras e princípios, pode-se estabelecer, no âmbito de um conceito amplo de princípio (conceito dúctil), uma distinção dúctil entre princípios em sentido estrito e diretrizes políticas. Da mesma forma que a interpretação de uma norma como regra ou como princípio será mais uma resposta ao contexto fático e jurídico de interpretação do que uma consequência determinada por suas propriedades morfológicas, a interpretação de uma norma de direito fundamental como princípio ou como diretriz política também estará condicionada ao contexto argumentativo em que se apresente.

2.17 – Essa distinção possui peculiar importância no âmbito das normas de direitos fundamentais, pois permite diferenciar entre direitos individuais e bens coletivos – ainda que essa tarefa não seja tão simples como parece –, diferenciação esta que tem repercussões diretas na interpretação e aplicação dessas normas. Assim, a colisão entre normas terá características diferenciadas conforme ocorra entre direitos individuais, entre direitos individuais e bens coletivos ou apenas entre bens coletivos. Da mesma forma, a solução desses diversos tipos de colisões advirá de formas distintas de ponderação.

2.18 – No processo de argumentação jurídica levado a efeito no momento de interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais, as razões de correção e as razões utilitárias, assim como os valores últimos e os valores utilitários, podem cumprir relevante papel, determinando a

prevalência de princípios em sentido estrito (que expressam direitos individuais) em face de diretrizes políticas (que expressam bens coletivos). Ressalte-se, todavia, que não se pode estabelecer uma hierarquia ou *ordem rígida* entre razões de correção e razões utilitárias, valores últimos e valores utilitários, enfim, entre princípios em sentido estrito (direitos individuais) e diretrizes políticas (bens coletivos). É possível apenas o estabelecimento de uma prevalência *prima facie* ou *ordem flexível* que servirá para que, nos casos de dúvida, nos quais as razões sejam fortes para ambos os lados, decida-se em prol dos princípios em sentido estrito (direitos individuais).

2.19 – A inexistência de uma distinção rígida entre princípios e diretrizes políticas, assim como a impossibilidade de se estabelecer um sistema de prioridades absolutas de uns em face de outros, demonstra a validade da tese segundo a qual as normas de direitos fundamentais podem ser interpretadas como mandatos a serem otimizados. Tanto princípios como diretrizes podem ser aplicados de forma gradual e os princípios podem ceder quando entram em colisão com as diretrizes políticas. Nesse sentido, pode-se dizer que as normas de direitos fundamentais, atuem como regras ou como princípios (em sentido amplo), podem ser interpretadas como mandatos a serem otimizados.

2.20 – Na maioria das vezes, a interpretação das normas de direitos fundamentais como mandatos a serem otimizados ocorrerá em contextos de colisão de normas, nos quais sejam necessárias soluções de cunho harmonizador ou de concordância prática entre os conteúdos normativos, em que cada norma poderá ser aplicada de forma gradual, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas.

2.21 – Em outros casos de colisões de normas de direitos fundamentais, estas poderão ser interpretadas como colisões entre princípios em sentido estrito e diretrizes políticas como o intuito de reforçar a primordialidade de direitos individuais em face de bens coletivos. Nessas hipóteses, a idéia de “direitos como trunfos” ou a máxima “*in dubio pro libertate*”, assim como a divisão entre razões de correção e razões utilitárias, ou entre valores últimos e valores utilitários, poderão exercer papel determinante na solução da colisão normativa, no sentido de enfatizar a prevalência de princípios em detrimento de diretrizes políticas. Determinada a prevalência do

princípio, este deve ser cumprido de forma plena. Como se vê, tudo dependerá do contexto interpretativo e da utilização prática ou teórica que se queira emprestar à norma.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991.

_____. *Las reglas en serio*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; Uusitalo, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997.

_____. *On the legitimacy of law: a conceptual point of view*. In: Ratio Juris, Vol. 2, n° 2, July 1989.

_____. *On collective actions. Some remarks on the theory of legal actions*. In: Ratio Juris, Vol. 11, March 1998.

_____. *Lawyer's Professional Ethics – do they exist?* In: Ratio Juris, Vol. 14, n° 1, March 2001.

_____; PECZENIK, Aleksander. *On values. Universal or relative?* In: Ratio Juris, Vol. 9, n° 4, 1996.

ALCHOURRÓN, Carlos. *Sobre derecho y lógica*. In: Isonomía n° 13, octubre/2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy; 2001.

_____. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Fundación Beneficentia et peritia iuris; 2004.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa; 2004.

_____. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares; 2005.

_____. *Balancing, constitutional review, and representation*. In: Oxford University Press, I CON, Vol. 3, n° 4, 2005, p. 572-581.

_____. *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

_____. *Basic rights and democracy in Jürgen Habermas's procedural paradigm of the law*. In: Ratio Juris, Vol. 7, n° 2, July, 1994, p. 227-238.

_____. *Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional*. In: Isonomía, n° 1, octubre, 1994.

- _____. *Justification and application of norms*. In: Ratio Juris, Vol. 6, n° 2, july, 1993, p. 157-170.
- _____. *Jürgen Habermas's theory of legal discourse*. In: Habermas on Law and Democracy: critical exchanges. Cardozo Law Review, Vol. 17, n° 4-5, march, 1996, p. 1027-1034.
- _____. *On balancing and subsumption. A structural comparison*. In: Ratio Juris, vol. 16, n° 4, december, 2003, p. 433-449.
- _____. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. In: Doxa n° 5, 1988, p. 139-151.
- _____. *Constitutional rights, balancing and rationality*. In: Ratio Juris, Vol. 16, n° 2, june, 2003, p. 131-140.
- _____. *Sobre la estructura de los principios jurídicos*. In: *Idem. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2003.
- _____. *The special case thesis*. In: Ratio Juris, Vol. 12, n° 4, december 1999, p. 374-384.
- _____. *A discourse-theoretical conception of practical reason*. In: Ratio Juris, Vol. 5, n° 3, december, 1992, p. 231-251.
- _____. *La fundación de los derechos humanos en Carlos S. Nino*. In: Doxa n° 26, 2004.
- _____. *The nature of legal philosophy*. In: Ratio Juris, vol. 17, n° 2, june 2004, p. 156-167.
- _____. *Derecho y Razón Práctica*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara; 2002.
- _____. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2001.
- _____. *Rights, legal reasoning and rational discourse*. In: Ratio Juris, Vol. 5, n° 2, July, 1992, p. 143-152.
- _____. *Justicia como corrección*. In: Doxa n° 26, 2004.
- _____. *On the structure of legal principles*. In: Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 294-304.
- _____. *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*. In: VÁZQUEZ, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa; 2003.
- _____. *Legal argumentation as rational discourse*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, n° 23, vol. 1, 1982, p. 165-178.

- _____. *La naturaleza de la filosofía del derecho*. In: Doxa n° 26, 2004.
- _____. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlin*. In: Doxa, n° 23, 2000, p. 197-230.
- _____. *Los derechos fundamentales*. In: *Idem. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2003.
- _____. *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático*. In: *Derechos y Libertades*, año V, n° 8, enero/junio, 2000.
- _____. *Discourse theory and human rights*. In: *Ratio Juris*, Vol. 9, september 1996, p. 209-235.
- _____. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. In: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (org.). *The Spanish Constitution in the european context*. Madrid: Dykinson; 2003, p. 1505-1514.
- _____. *Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição constitucional e Jurisdição Especializada*. In: *Revista dos Tribunais*, ano 91, Vol. 799, maio, 2002, p. 33-51.
- _____. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. In: *Revista de Direito Administrativo*; Vol. 217, jul./set. 1999, p. 55-66.
- _____. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.
- ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretención de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2001.
- ALEXY, Robert; PECZENIK, Alexander. *The concept of coherence and its significance for discourse rationality*. In: *Ratio Juris*, Vol. 3, march, 1990, p. 130-147.
- ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *The concept of Jurisprudence*. In: *Ratio Juris*, Vol. 3, n° 1, march, 1990, p. 1-13.
- ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1984.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina; 2001.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Derechos, Constitución, Democracia. Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las constituciones actuales*. Valladolid: Instituto Universitario de Historia Simancas, Universidad de Valladolid; 2003.

ARJONA, César. *Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias*. In: *Doxa* n° 26, 2004.

ASÍS ROIG, Rafael de. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Editorial Debate; 1992.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel; 2003.

_____. *Tras la Justicia*. Barcelona: Ariel; 2003.

_____. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas; 1997.

_____. *As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy; 2003.

_____. *Entrevista a Robert Alexy*. *Doxa* n° 24, 2001.

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

_____. *Sobre principios y reglas*. In: *Doxa*, n° 10, 1991.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros; 2004.

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Dickinson; 2000.

BAYÓN, Juan Carlos. *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991.

_____. *Razones y reglas: sobre el concepto de "razón excluyente" de Joseph Raz*. In: *Doxa*, n° 10, 1991, p. 25-66.

_____. *Respuesta a Comanducci*. In: *Doxa*, n° 19, 1996, p. 169-180.

_____. *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*. In: *Isonomía*, n° 13, octubre, 2000.

_____. *Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?* In: *Doxa* n° 24, 2001.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco (et al.). *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos; 2004.

BENDA, Ernst (*et al.*). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales; 1996.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003.

_____. *Estructura y límites de la ponderación*. In: *Doxa* n° 26, 2004.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1997.

_____. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: MacGraw-Hill; 1997.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Mandarim; 2000.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 2ª Ed. Bauru: Edipro, 2003.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; 1999.

_____. *O positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone; 1996.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft; 1993.

_____. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta; 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros; 2000.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros Ed.; 2001.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2003.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit Constitutionnel*. 26ª Ed. Paris: Librairie Générale et de Jurisprudence; 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. *Por que es importante Dworkin?* In: *Doxa* n° 2, 1985.

_____. *Postpositivismo*. In: *Doxa* n° 21-I, 1998.

CAMPO, Javier Jiménez. *Derechos fundamentales: conceptos y garantías*. Madrid: Editorial Trotta S.A.; 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996.

_____. *Direitos fundamentais e Direito privado*. Coimbra: Almedina; 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina; 1999.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora; 2004.

_____. *Direito Constitucional*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina; 1993.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed.; 1994.

_____. *O direito constitucional entre o moderno e o pós-moderno*. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n° 9. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro; 1990.

_____. *O direito constitucional na encruzilhada do milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15, n° 43, enero/abril; 1995.

_____. *Revisar la/o romper con la Constitución Dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo*. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15, n° 43, enero/abril; 1995.

_____. *Novos questionamentos da Teoria da Constituição*. In: SEGADO, Francisco Fernández (ed.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson; 2003.

_____. *Das constituições dos direitos à crítica dos direitos*. In: *Revista Direito Público* n° 7, jan./mar de 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa. Lei do Tribunal Constitucional*. 6ª Ed. Coimbra: Coimbra Ed.; 2002.

_____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora; 1991.

CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes; 2004.

_____. *The growth of the law*. London: Oxford University Press; 1924.

CARRILLO, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Boletín Oficial del Estado; Centro de Estudios Constitucionales; 1995.

CARRIÓ, Genaro R.. *Professor Dworkin's Views on Legal Positivism*. Indiana Law Journal, Vol. 55, n° 2, 1979-1980.

_____. Principios y positivismo jurídico. In: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

_____. Dworkin y el positivismo jurídico. In: *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (org.). *El ámbito de lo jurídico: lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Editorial Crítica; 2000.

CELANO, Bruno. "Defeasibility" e bilanciamento. *Sulla possibilità di revisioni stabili*. In: *Diritti e questioni pubbliche*, n° 2, agosto, 2002.

CODERCH, Pablo Salvador (org.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Editorial Civitas S.A.; 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica; 2000.

COMANDUCCI, Paolo. *Sobre las reglas como razones excluyentes. Un comentario al trabajo de Juan Carlos Bayón*. In: *Doxa*, n° 19, 1996, p. 163-168.

_____. *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. In: *Doxa* n° 21-II, 1998.

_____. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 75.

COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell; 2002.

COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta; 2004.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1999.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del Derecho*. Barcelona: Bosch; 1979.

_____. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1975.

_____. *Supuestos, concepto y principio del Derecho*. Barcelona: Bosch; 1962.

DELTORO, Pablo de Lora. *La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la Filosofía del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1998.

DÍAZ, Elías. *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*. Madrid: Editorial Civitas; 1978.

_____. *Legitimidad democrática: libertad y criterio de las mayorías*. Milano: Rivista Sociologia del Diritto, Vol. XI, 1984, p. 109-120.

_____. *Ética contra política*. México D.F.: Distribuciones Fontamara; 1998.

_____. *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

_____. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 8ª ed. Madrid: Taurus, 1992.

_____. *Para una recuperación de la legitimidad democrática*. Milano: Rivista Sociologia del Diritto, Vol. XIII, 1986, p. 89-198.

_____. *El tema de la naturaleza de las cosas en la filosofía jurídica*. Madrid: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Vol. V, 1961, p. 549-570.

_____. Estado de Derecho y derechos humanos. In: BETEGÓN, Jerônimo (*et al.*) (coord.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2004.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1997.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas; 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes; 2002.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes; 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes; 2001.

_____. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes; 2003.

_____. *The model of rules*. 35 University of Chicago Law Review, 14, 1967.

_____. *Es el derecho un sistema de reglas?* México: Universidad Nacional Autónoma; 1977.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Ed., Universidad de los Andes, Facultad de Derecho; 1997.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A.; 1985.

ESCUADERO ALDAY, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Civitas; 2004.

_____. *Positivismo y moral interna del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Ed. Bosch; 1961.

ESTRADA, Alexey Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; 2000.

FARREL, Martin D. *Dworkin y el utilitarismo: algunas inconsistencias*. In: Doxa n° 2, 1985.

FAVOREU, Louis (et al.). *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1984.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Filosofía Política y Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 1995.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (org.). *The Spanish Constitution in the european context*. Madrid: Dykinson; 2003.

_____. *La teoría de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*. In: Revista Española de Derecho Constitucional, año 13, n° 39, septiembre/diciembre, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta; 2001.

_____. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta; 2004.

_____. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT; 2002.

_____. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional*. In: Isonomía nº 16, abril 2002.

FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; 1975.

_____. Problemas constitucionales del Estado Social. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1986.

_____. Concepto y esencia del Estado Social de Derecho. ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1986.

_____. *Sociedad industrial y Administración Pública*. Madrid: ENAP; 1967.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos; 1958.

FREIXES SANJUÁN, Teresa; REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *Los valores y principios en la interpretación constitucional*. In: Revista Española de Derecho Constitucional, año 12, nº 35, mayo-agosto, 1992.

FRONDIZI, Risieri. *Qué son los valores? Introducción a la axiología*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1958.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1998.

_____. *Principios y Derechos Fundamentales*. In: BETEGÓN, Jerónimo; LAPORTA, Francisco; PÁRAMO, Juan Ramón de; PRIETO SANCHÍS, Luis (coord.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2004, p. 235.

_____. *La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho*. In: Diritto&Questioni Pubbliche, nº 3, 2003, p. 197.

_____. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

_____. *Ontología y función de los mandatos de optimización*. Artículo a ser publicado pelo Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

_____. *Norma y valor en el neoconstitucionalismo*. Artículo a ser publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 6.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial; 2000.

GARCÍA TORRES, Jesus; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas; 1986.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J.. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, B.O.E; 1996.

_____; AARNIO, Aulis; Uusitalo, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994.

GIANFORMAGGIO, Letizia. *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione basata su principi*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, gennaio/marzo, IV Serie, LXII, Giuffrè, 1985.

GRABOWSKY, Andrezej. *Clasificar valores en el Derecho. Sobre la concepción de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. In: Doxa, n° 20, 1997.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros; 2002.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Ed. Malheiros; 2001.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999.

_____. *Estudios de teoría constitucional*. México DF: Fontamara; 2003.

_____. La interpretación: objetos, conceptos y teorías. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.). *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México/DF: Fontamara; 2003.

_____. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

_____. *La Constitución como límite a la actividad legislativa*. In: Derechos y Libertades. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Año V, n° 8, enero/junio, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Ed.; 2001.

_____. *A norma de direito fundamental*. In: Revista Sequência nº 29, p. 23-28.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy; 2004.

_____. *A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification*. In: Ratio Juris, Vol. 2, July, 1989, p. 155-166.

_____. *Critical remarks on Robert Alexy's Special Case Thesis*. In: Ratio Juris, Vol. 6, nº 2, 1993, p. 143-156.

_____. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. In: Doxa, nº 17-18, 1995, p. 271-302.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Dickinson; 2003.

_____. *El concepto de los derechos fundamentales*. In: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado - B.O.E; 1994.

_____. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos; 2002.

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta; 1998.

_____. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Tecnos; 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Trotta; 2000.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 2ª Ed. São Paulo: Loyola; 2004.

_____. *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; 2003.

_____. *On law and disagreement. Some comments on "interpretative pluralism"*. In: Ratio Juris, Vol. 16, nº 2, June 2003, p. 187-194.

_____. *Reply to symposium participants, Benjamin N.º Cardozo School of Law*. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Cardozo Law Review, Vol. 17, nº 4-5, March, 1996.

_____. *A short reply*. In: Ratio Juris, Vol. 12, nº 4, December 1999.

HARE, R. M.. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes; 1996.

- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996.
- _____. *Entre utilidad y derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- _____. *Utilitarismo y derechos naturales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- _____. Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño. In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica; 2000, p. 327-348.
- _____. *Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad*. In: Isonomía n° 6, abril, 1997.
- HASSEMER, W.; KAUFMANN, A. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gunbenkian; 2002.
- HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. De Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 1998.
- _____. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Editorial Civitas S.A.; 1995.
- _____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1992.
- _____. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst (*et al.*). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons; 1996.
- HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 4ª Ed. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado; 1974.
- HIERRO, Liborio. *Realismo Jurídico*. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J.. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, B.O.E; 1996, p. 77.
- HOHFELD, W. N.. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina; 1968.
- HOLMES, Oliver Wendell. *O caminho do Direito*. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2002.
- _____. *The Common Law*. Massachusetts: Cambridge, 1967.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company; 1999.

- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 2004.
- _____. *Derecho, moral y historicidad*. Madrid: Marcial Pons; 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 1998.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes; 1998.
- _____. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; 1986.
- _____. *Quien debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos; 2002.
- _____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes; 2003.
- _____. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes; 2000.
- _____. *O problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes; 1998.
- _____. El alma y el Derecho. In: CORREAS, Oscar (comp.). *El otro Kelsen*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México; 1989, p. 319-331.
- _____. Dios y Estado. In: CORREAS, Oscar (comp.). *El otro Kelsen*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México; 1989, p. 243-266.
- KLAMI, Hannu Tapani. "Res ad ethicam venit". *Algunos comentarios acerca de reglas, principios y hechos*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; Uusitalo, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed.; 2002.
- LAPORTA, Francisco. *Sobre el concepto de derechos humanos*. In: Doxa, n° 4, 1987.
- _____. *Entre el Derecho y la Moral*. México DF: Fontamara; 2003.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1997.
- _____. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas; 2001.
- LARRAÑAGA, Pablo. *Sobre la teoría del derecho de Robert Alexy*. In: Isonomia, n° 1, octubre, 1994.
- LLAMAS CASCÓN, Ángel. *Los valores jurídicos como ordenamiento material*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado; 1993.

LLEWELLYN, Karl N. *Uma teoria del derecho realista: el siguiente paso*. In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (org.). *El ámbito de lo jurídico: lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Editorial Crítica; 2000.

LÓPEZ DE LA VIEJA, Maria Tereza. *Ética y modelo de los principios*. In: Doxa n° 23, 2000.

LÓPEZ GUERRA, Luis. *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Boletín Oficial del Estado; 2000.

LÓPEZ PINA, Antonio (org.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Ed. Civitas; 1991.

LUCAS, Javier de. *Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil segun R. Dworkin*. In: Doxa n° 2, 1985.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2006.

_____. *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*. Madrid: Tecnos; 1990.

_____. *Argumentation and interpretation in law*. In: Ratio Juris, Vol. 6 n° 1, march 1993. pp. 16-29.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUEL, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas; 1988.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª Ed. São Paulo: Celso Bastos Ed.; 1999.

MIGUEL, Carlos Ruiz. *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Civitas; 1994.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I, 6ª Ed, 1997. Tomo II, 4ª Ed., 2000. Tomo III, 4ª Ed., 1998. Tomo IV, 3ª Ed., 2000. Tomo V, 2ª Ed., 2000. Tomo VI, 1ª Ed., 2001. Coimbra: Coimbra Editora.

_____. (org.) . *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976. Vol. I*. Coimbra: Coimbra Ed.; 1996.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

MORENO, Abdón Pedrajas. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*. Madrid: Editorial Trotta; 1992.

MORESO, José Juan. *El encaje de las piezas del Derecho*. In: Isonomía, n° 14, abril, 2001.

_____. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 1997.

_____. Conflictos entre principios constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

_____. *Guastini sobre la ponderación*. In: Isonomía n° 17, octubre 2002.

_____. *In defense of inclusive legal positivism*. In: *Diritto&questioni pubbliche*, 1/2001, p. 99-120.

_____. *Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional*. In: *Doxa* n° 23, 2000, p. 105-118.

MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo Eugenio. *Orden jurídico y sistema jurídico: una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1993.

MORRIS, Clarence (org.). *Os grades filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORTATI, Constantino. *La Constitución en sentido material*. Trad. Almudena Bergareche Gros. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2000.

NAVARRO, Pablo Eugenio. *La eficacia del derecho: una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1990.

_____. *Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico*. In: *Diritto&questioni pubbliche*, 1/2001, pp 124-162.

NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge. *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*. In: Isonomía, n° 13, octubre, 2000.

NELKEN, David. *Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law*. In: *Legal Studies*. Vol. 4, July 1984.

OLLERO TASSARA, Andrés. *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1989.

_____. *Valores, principios, normas. Dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo*. In: *Doxa* n° 21, 1998.

PAZOS, María Inés. *Derrotabilidad sin indeterminación*. In: Doxa n° 25, 2002.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1993.

_____. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado; 1999.

_____. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madrid: Dykinson; 1999

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (org.). *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*. Madrid: Ed. Dickinson; 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael de (org.). *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II. Siglo XVIII. Volumen I: El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*. Madrid: Ed. Dickinson; 2001.

_____. *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II. Siglo XVIII. Volumen II: La filosofía de los derechos humanos*. Madrid: Ed. Dickinson; 2001.

_____. *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II. Siglo XVIII. Volumen III: El derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema*. Madrid: Ed. Dickinson; 2001.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael de. *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons; 2000, p. 166.

PECZENIK, Aleksander. *Derecho y razón*. México D.F: Fontamara; 2003.

_____. *Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. In: Doxa, n° 12, 1992.

_____. *Law, morality, coherence and truth*. In: Ratio Juris, Vol. 7, n° 2, July 1994, p. 146-176.

_____. *A theory of legal doctrine*. In: Ratio Juris, Vol. 14, n° 1, March 2001, p. 75-105.

_____. *Dimensiones morales del Derecho*. In: Doxa n° 8, 1990, p. 89-109.

_____. *Legal reasoning as a special case of moral reasoning*. In: Ratio Juris, Vol. 1, n° 2, July 1988, p. 123-136.

PECZENIK, Aleksander; HAGE, Jaap. *Law, morals and defeasibility*. In: Ratio Juris, Vol. 13, n° 3, september 2000, p. 305-325.

PECZENIK, Aleksander; AARNIO, Aulis. *On values. Universal or relative?* In: Ratio Juris, Vol. 9, n° 4, 1996.

PEÑA FREIRE, Antonio M.. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta; 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (org.). *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons Ed.; 1996.

_____. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª Ed. Madrid: Editorial Tecnos; 2003.

_____. *Los derechos fundamentales*. 7ª ed. Madrid: Editorial Techos S.A.; 1998.

POUND, Roscoe. *Mi Filosofía del Derecho*. In: CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (org.). *El ámbito de lo jurídico: lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Editorial Crítica; 2000.

_____. *Justiça conforme à lei*. São Paulo: Ibrasa, 1976.

_____. *An introduction to the Philosophy of Law*. New Haven: Yale University Press, 1922.

_____. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Barcelona: Ariel; 1950, p. 171.

_____. *A aplicação do Direito*. In: Revista Forense, junho 1942, p. 77.

_____. *O fator político social na interpretação das leis*. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça; 1946.

_____. *Law and the State. Jurisprudence and Politics*. In: Harvard Law Review. Vol. LVII, 1943-1944.

_____. *The scope and purpose of sociological jurisprudence*. In: Harvard Law Review, Vol. XXV, 1911-1912.

_____. *A comparison of ideals of law*. In: Harvard Law Review. Vol. XLVII, november, 1933.

_____. *Juristic Science and Law*. In: Harvard Law Review. Vol. XXXI, June, 1918, p. 1.062.

_____. *The end of law as developed in legal rules and doctrines*. In: Harvard Law Review, Vol. XXVII, January, 1914.

- _____. *The theory of judicial decision*. In: Harvard Law Review. Vol. XXXVI, 1922-1923.
- _____. *El derecho y la ciencia del derecho en las teorías recientes*. In: La Ley, tomo 29, enero/marzo, 1943.
- _____. *Liberdade e garantias constitucionais*. São Paulo: Ibrasa; 1976.
- _____. *The spirit of the common law*. New Brunswick: Transaction Publishers; 1999.
- _____. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Tipográfica; 1972.
- _____. *The development of constitutional guarantees of liberty*. London: Oxford University Press; 1957.
- POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. In: Doxa n° 21-II, 1998.
- _____. *Un constitucionalismo ambiguo*. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.
- _____. *Inclusive positivism: alcune critiche*. In: Diritto&questioni pubbliche, 1/2001, p. 163-179.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1992.
- _____. *Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. In: Doxa, n° 13, 1993.
- _____. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003.
- _____. *Constitucionalismo y positivismo*. México/DF: Fontamara; 1997.
- _____. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson; Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; Universidad Carlos III de Madrid; 1998.
- _____. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos; 1993.
- _____. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate; 1990.
- _____. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.
- _____. *Observaciones sobre antinomias y el criterio de ponderación*. In: Diritto&questioni pubbliche, n° 2, ago. 2002.

_____. *El constitucionalismo de los derechos*. In: Revista Española de Derecho Constitucional, año 24, n° 71, mayo-agosto, 2004.

QUEIROZ, Cristina M. M.. *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora; 2002.

_____. *Interpretação constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora; 2000.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; 1962.

_____. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 2004.

_____. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes; 1999.

_____. *Leis que não são direito e direito acima das leis*. In: Justitia. Ano XXXVIII, 2º trimestre de 1976, Vol. 93, p. 155-163.

RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans. *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar; 1971.

RAZ, Joseph. *Legal principles and the limits of law*. Yale Law Journal, 81, 823, 1971-1972.

_____. *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991.

_____. *Why interpret?* In: Ratio Juris, vol. 9, n° 4, december 1996, pp. 349-363.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1995.

RÓDENAS, Ángeles. *Razonamiento judicial y reglas*. México D.F: Fontamara; 2000.

_____. *En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas*. In: Doxa n° 24, 2001.

RODRÍGUEZ, Jorge. *La derrotabilidad de las normas jurídicas*. In: Isonomía n° 6, abril, 1997.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid; 2000.

RUIZ MANERO, Juan. *Principios jurídicos*. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto; LAPORTA, Francisco J.. *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, B.O.E; 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; 2000.

_____ (org.). *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; 2003.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2001.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) . *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey; 2003, p. 251.

SCHELER, Max. *Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs*. Trad. Maurice Gandillac. Paris: Gallimard, 1955.

SCHLINK, Bernhard. *The dynamics of constitutional adjudication*. In: *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Cardozo Law Review, Vol. 17, n° 4-5, march, 1996, p. 1231-1238.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Ed.; 1996.

_____. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos; 1998.

_____. *Legalidad y Legitimidad*. Madrid: Aguilar Editorial; 1971.

_____. *Estudios Políticos*. Madrid: Doncel Editorial; 1975.

SCHMIDT, Eberhard. *La ley y los jueces (valores positivos y negativos del positivismo)*. In: RADBRUCH, G.; SCHMIDT, E. ; WELZEL, H.. *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar; 1971.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991.

SCHWABE, Jürgen (comp.). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Montevideo: Konrad- Adenaur- Stiftung; 2003.

SCHWARTZ, Bernard. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Madrid: Civitas; 1980.

SIECKMANN, Jan-Reinard. *Legal System and Pratical Reason. On the Structure of a Normative Theory of Law*. In: Ratio Juris; Vol. 5, n° 3, december, 1992, p. 291-292.

_____. *On the tension between moral autonomy and the rational justification of norms*. In: Ratio Juris, vol. 16, n° 1, march, 2003, p. 105-122.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1985.

SOBREVILLA, David. *El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy*. In: *Isonomia*, n° 4, abril, 1996.

TOLONEN, Hannu. *Reglas, principios y fines: la interrelación entre derecho, moral y política*. AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *La resistencia constitucional y los valores*. In: *Doxa* n° 15-16, 1994.

UTZ, Stephen. *Rules, principles, algorithms and the description of legal systems*. In: *Ratio Iuris*, Vol. 5, n° 1, march, 1992.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2004.

_____. *Reis-juízes ou reis-legisladores? O dilema platônico e o problema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional*". Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Caderno Virtual n° 5, outubro de 2004.

_____. *Constituição e Direito Privado: algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*". In: *Revista Direito Público* n° 6, out/dez. 2004, Brasília, Idp, Síntese.

_____. *Drittwirkung de Direitos Fundamentais e Associações Privadas*". In: *Revista Direito Público* n° 9, jul./set. 2005, Brasília, Idp, Síntese.

VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.). *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México/DF: Fontamara; 2003.

_____(org.). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa; 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría general de las relaciones constitucionales*. Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

VERNENGO, Roberto J. *Normas morales y normas jurídicas*. In: *Doxa* n° 9, 1991.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997.

VILLA, Vittorio. *Alcune chiarificazioni concettuali sulla nozione di inclusive positivism*. In: *Diritto&questioni pubbliche*, 1/2001, p. 56-99.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix; 2002.

WEINBERGER, Ota. *Prima facie ought. A logical and methodological enquiry*. In: Ratio Juris; Vol. 12, n° 3, september, 1999, p. 239-251.

WELZEL, Hans. *El problema de la validez del derecho (una cuestión límite del derecho)*. In: RADBRUCH, G.; SCHMIDT, E.; WELZEL, H.. *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar; 1971.

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Ed. Civitas; 1991.

WRIGHT, George Henrik von. *Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos*. In: Doxa n° 26, 2004.

_____. *Ser y deber ser*. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1997.

_____. *Hay una lógica de las normas?* In: Doxa n° 26, 2004.

_____. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos; 1970.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas; 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; 2003.

_____. *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta; 2005.

_____. *Dos tradiciones de derechos: derechos de libertad y derechos de justicia*. In: Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: Año I, n° 2, octubre/marzo, 1994.

_____. *Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: an italian point of view*. In: International Journal of Constitutional Law. New York, Oxford University Press, Vol. 1, number 4, 2003, p. 621-650.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. António Cabral de Moncada. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1990.