

A distinção entre *regras e princípios* segundo Robert Alexy

Esboço e críticas

Leticia Balsamão Amorim

Sumário

1. Introdução – Importância da distinção entre regras e princípios para a teoria dos direitos fundamentais. 2. As principais contribuições da teoria de Robert Alexy. 3. Critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios. 4. Distinção proposta por Alexy: os princípios como comando de otimização. 4.1. Colisões de princípios e conflitos de regras. 5. O diferente caráter *prima facie* de regras e princípios. 6. Regras e princípios como razões. 7. Princípios implícitos. 8. Três objeções ao conceito de princípio. 9. Algumas críticas e complementações à teoria de Alexy. 10. Conclusão.

1. Introdução – importância da distinção entre regras e princípios para a teoria dos direitos fundamentais

Muito se tem falado e escrito sobre a distinção entre regras e princípios proposta por Robert Alexy. Mas na verdade, há várias referências a esse autor e sua teoria sem um estudo realmente aprofundado. O objetivo deste artigo é justamente fazer um estudo minucioso da teoria de Robert Alexy acerca da distinção entre regras e princípios e colher também algumas críticas que foram feitas ao seu trabalho. Talvez esta análise nos possibilite entender de vez a distinção proposta entre regras e princípios por Alexy e verificar se ela se faz adequada ao nosso sistema jurídico.

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, publicado em 1985, foi o trabalho apresentado para sua habilitação na

Leticia Balsamão Amorim é Mestra em Direito Público – UERJ, professora universitária e advogada.

Faculdade de Direito da Universidade Georg August em Gotinga.

Diante do novo caráter assumido pelos Direitos Fundamentais, em virtude da positividade nas constituições modernas como direitos de vigência imediata, Alexy se preocupou em dar a devida interpretação a esses Direitos. A necessidade de métodos específicos para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais se dava justamente pela vagueza das formulações dos catálogos desses direitos¹. E além do mais, as teorias clássicas e o método subsuntivo eram insuficientes para resolver os delicados problemas (*hard cases*) que envolviam esses direitos.

Se a discussão acerca dos Direitos Fundamentais não puder apoiar-se mais do que no texto constitucional e no terreno movediço de sua gênese, haveria que contar com quase um interminável e ilimitado debate de opiniões. Para a teoria tradicional (positivismo relativista, Kelsen, Hart), não havendo uma resposta racional pronta e acabada, retirada do próprio sistema normativo, caberia ao arbítrio ou à discricionariedade do julgador resolver os casos difíceis.

Assim, a distinção entre regras e princípios constitui a base da justificação jusfundamental e é um ponto importante para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Com essa distinção é possível fazer mais transparentes problemas como o efeito sobre terceiros e a divisão de competência entre o Tribunal Constitucional e o Parlamento.

E ainda, é o ponto de partida para responder a pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade dos direitos fundamentais.

Na verdade, diante de um caso difícil, o juiz não estará desamparado normativamente para decidir. O juiz não poderá decidir arbitrariamente, pois deverá estar amparado pelos princípios jurídicos (que são normas).

Enfim, a teoria de Alexy contribui ao cumprimento da tarefa de dar respostas *racio-*

nalmente fundamentadas às questões vinculadas aos Direitos Fundamentais, com isso, busca a reabilitação da axiologia prática ao sistema jurídico, tornando a teoria dos princípios uma axiologia isenta de suposições insustentáveis.

Mas não é só isso. Na verdade, a teoria de Alexy acaba por influenciar toda a ciência do direito, fazendo uma verdadeira “viragem metodológica”², modificando os conceitos até então postos como verdadeiros, como por exemplo: a teoria das normas jurídicas, do sistema jurídico, das fontes normativas, dos métodos hermenêuticos, das antinomias entre normas, e sua conseqüente forma de resolução de conflitos, da relação entre direito e moral, entre outras contribuições. Podemos concluir que Alexy é um dos mais importantes precursores da chamada escola pós-positivista.

2. As principais contribuições da teoria de Robert Alexy

Alexy faz parte de um elenco de autores³ que acabaram por criar teses que mudaram consideravelmente a visão da ciência do direito. A partir de inúmeras críticas ao positivismo jurídico, elaborou-se um novo modo de pensar o direito; inauguram, portanto, uma nova “escola do direito”, a do pós-positivismo. Resumidamente, podemos apontar as principais contribuições dessa nova corrente, na qual a teoria de Alexy está incluída:

I. Dá aos princípios valor normativo. Com isso derruba as teorias positivistas que relegavam os princípios a um plano secundário, subsidiário. “Tanto as regras como os princípios também são normas, porquanto, ambos se formulam através de expressões deonticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição”⁴.

II. Reabilitação da razão prática: buscam-se procedimentos (regras de argumentação)⁵ que possam dar respostas racionais aos *hard cases* (colisão de princípios), repelindo, assim, as teorias decisionistas do di-

reito e a discricionariedade postulada pelo positivismo jurídico⁶; e, ainda, enfatiza a importância da pretensão de correção no raciocínio jurídico⁷.

III. Aproxima a teoria moral à teoria do direito – reabilitação da axiologia dos Direitos Fundamentais. “A teoria dos princípios oferece um ponto de partida adequado para atacar as teses positivistas de separação entre Direito e moral” (ALEXY, 1997, p. 15) e “a posituação dos direitos fundamentais constituem uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral, abertura que é razoável e que pode ser atingida por meios racionais” (ALEXY, 1997, p. 25).

IV. Dá relevância crucial à dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do direito⁸.

3. Critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios

A distinção entre regras e princípios, de acordo com Alexy (1993, p. 81), é de extrema importância, pois constitui a base da fundamentação jusfundamental e é um ponto importante para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem essa distinção, continua o autor, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel traçado pelos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Além do mais, essa distinção constitui um ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da *racionalidade* no âmbito dos direitos fundamentais.

Por todas essas razões, Alexy considera que a distinção entre regras e princípios é um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais⁹.

Essa distinção não é nova, mas o que realmente há é uma desconcertante variedade de distinção. A delimitação frente a outras coisas, como os valores, é obscura; a terminologia é vacilante.

Na verdade, a doutrina tradicional não contrapõe regras e princípios, mas norma e princípio ou norma e máxima (Esser).

Para Alexy, regras e princípios são subespécies de normas. Ambos são normas porque dizem o que deve ser (estão num plano deontológico e podem ter o funtor de ordem, permissão ou proibição). Assim, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas.

Antes de propor sua distinção, Alexy colheu os critérios mais comuns dessa distinção proposta pelas teorias tradicionais e assim resumiu:

A *generalidade* é o mais frequentemente utilizado. Segundo esse critério, os princípios são normas que possuem um grau de generalidade mais alto que as regras. Exemplo de princípio: liberdade religiosa. Exemplo de regra: “todo preso tem direito a converter outros presos”¹⁰.

Há ainda outros critérios que discutem a *determinabilidade dos casos de aplicação* (Esser); a *forma da gênese*; segundo este último critério, discute-se, por exemplo, a distinção entre normas criadas e normas desenvolvidas (Shuman), o caráter explícito do *conteúdo valorativo* (Canaris), a *referência à idéia do direito* (Larenz) ou a uma *lei jurídica suprema* (Wolff) e a *importância para o ordenamento jurídico* (Peczenik).

Além do mais, as regras e os princípios diferenciam-se se são *fundamentos de regras* ou se são *as próprias regras* (Esser), ou se tratam de *normas de comportamento* ou *normas de argumentação* (Gross).

Partindo dessas distinções, Alexy elabora três teses totalmente diferentes sobre a distinção entre regras e princípios. Senão vejamos:

1. *Tese de que essa distinção se faz em vão*: segundo essa tese, a distinção entre regras e princípios é inútil porque há uma pluralidade de similitudes e diferenças, analogias e dessemelhanças que se encontram dentro da classe de normas que impossibilita a divisão em apenas duas classes. Essa primeira tese, rodeada de ceticismo, entende que

nenhum daqueles critérios unilaterais, em razão da sua própria diversidade, serve para fundamentar uma tal distinção.

2. *Tese da distinção somente de grau*: os seguidores dessa tese sustentam que o grau de generalidade é o critério decisivo. Para Alexy, essa é uma *tese frágil*.

3. *Tese da distinção não só de grau mas também qualitativa*: segundo Alexy, essa é a tese correta¹¹, que deve substituir as demais teses. Para ele, esse é um critério que pode distinguir com toda precisão regras e princípios.

4. *Distinção proposta por Alexy: os princípios como comando de otimização*

Para Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização¹², que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do *juridicamente possível* é determinado pelos princípios e regras opostas.

Por outro lado, as *regras* são normas que só podem ser cumpridas ou não¹³. Se uma regra é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos. Por isso, as regras contêm *determinações* (definitivas) no âmbito do fático e juridicamente possível. Por essa distinção, alguns autores chegam à conclusão que, enquanto é possível utilizar o método subsuntivo para a aplicação de uma regra, esse método será inadequado para a aplicação de um princípio, daí a necessidade de outros métodos hermenêuticos para aplicação dos princípios¹⁴.

Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. E, por fim, Alexy conclui que *toda norma é ou bem uma regra ou um princípio*. “Nota-se, pois,

que a distinção reside na própria estrutura dos comandos normativos e não somente na sua extensão ou generalidade das proposições de dever-ser” (BUSTAMANTE, 2002, p. 3).

4.1. *Colisões de princípios e conflitos de regras*

A distinção entre regras e princípios se mostra de maneira mais clara nas colisões de princípios e nos conflitos de regras. É certo que pode ocorrer que duas normas (princípios ou regras), aplicadas independentemente, conduzam a resultados incompatíveis, ou seja, pode haver dois juízos de dever-ser contraditórios. Mas a diferença está na forma como solucionar o conflito.

O conflito de regras

Um conflito entre regras só pode ser solucionado introduzindo em uma de suas regras uma *cláusula de exceção* que elimina o conflito *ou declarando inválida*, pelo menos, uma das regras. Exemplos: 1. É proibido abandonar a sala antes que soem os sinos. 2. Deve-se abandonar a sala em caso de alarme de incêndio. Se, todavia, não houver soado o sinal de saída e se for dado o alarme de incêndio, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. E esse conflito é solucionado acrescentando uma cláusula de exceção na primeira regra para o caso de alarme de incêndio.

Se não for possível introduzir uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, eliminada do ordenamento jurídico. O conflito de regras se opera no nível da validade jurídica, que não comporta graus; uma norma vale ou não vale juridicamente. Quando uma regra vale e é aplicável a um caso, significa que vale também sua consequência jurídica.

Nesse caso, na escolha de qual regra deve ser eliminada, deve-se utilizar regras de solução de conflitos tais como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas também é possível proceder de

acordo com a importância das regras em conflito.

O que é necessário ressaltar é que a decisão sobre o conflito de regras é uma decisão acerca da validade.

A colisão de princípios

As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios estão em colisão, um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado haja que ser introduzida uma cláusula de exceção. O que vai determinar qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias. Isso quer dizer que, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípio com maior peso.

Enquanto o conflito de regras se resolve na dimensão da validade, a colisão de princípios – considerando que só podem colidir princípios válidos – tem lugar mais além da validade, resolve-se na dimensão do peso.

Exemplos da solução de colisões de princípios oferecem-nos as numerosas ponderações de bens realizadas pelo Tribunal Constitucional. Ex.: incapacidade processual¹⁵ e caso Labach.

a) A lei da colisão

Na ponderação entre dois princípios, de mesma categoria abstrata, deve-se observar qual dos princípios possui maior peso no caso concreto. Essa relação de tensão não pode ser solucionada no sentido de dar uma prioridade absoluta a um dos princípios garantidos pelo Estado. Assim, o “conflito” deve ser solucionado por meio de uma ponderação dos interesses opostos, ou seja, uma ponderação de qual dos interesses, *abstratamente do mesmo nível*, possui *maior peso diante as circunstâncias do caso concreto*.

Os dois princípios conduzem a uma contradição. Isso significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica do cumprimento do outro. Essa situação não é soluci-

onada declarando que um de ambos princípios é inválido e deve ser eliminado do sistema jurídico. Tampouco se soluciona introduzindo uma cláusula de exceção em um dos princípios de forma tal que em todos casos futuros esse princípio tenha que ser considerado como uma regra satisfeita ou não.

A solução da colisão consiste em, tendo em conta as circunstâncias do caso, estabelecer entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em, tomando em conta o caso, indicar as condições segundo as quais um princípio precede ao outro. E, segundo outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente.

Essa lei significa que não há uma relação entre dois princípios de mesma categoria que seja uma relação de precedência incondicionada abstrata, absoluta; dizer o contrário significaria elaborar uma lista de princípios que sempre prevaleceriam sobre outros. Na verdade, não há uma hierarquia formal abstrata entre os princípios; a prevalência de um sobre o outro vai depender das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto. Por isso, Alexy diz que só pode existir relação condicionada, ou concreta, relativa; e a questão decisiva é baixo quais condições qual o princípio deve prevalecer e qual deve ceder¹⁶.

Na verdade, não se fala em precedência de um princípio, interesse, pretensão, direito ou de algum outro objeto similar; mas se mencionam condições, segundo as quais se produz uma lesão de um direito fundamental.

A lei de ponderação pode assim ser resumida: as condições segundo as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente. Essa lei reflete o caráter dos princípios como mandados de otimização entre os quais, primeiro, não existem relações absolutas de precedência e que, segundo, se referem a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem a

base para diminuir a força às objeções que resultam da proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.

b) Fases da ponderação

Há alguns passos a serem seguidos para se fazer a ponderação. É por isso que consideramos a teoria de Alexy como procedimental: (i) primeiro se investigam e identificam os princípios (valores, direitos, interesses) em conflito, e quanto mais elementos forem trazidos mais correto poderá ser o resultado final da ponderação; (ii) segundo, atribui-se o peso ou importância que lhes corresponda, conforme as circunstâncias do caso concreto; e (iii) por fim, decide-se sobre a prevalência de um deles sobre o outro (ou outros)¹⁷.

O resultado da ponderação é a decisão em si, a solução corretamente argumentada¹⁸ conforme o critério de que, quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do cumprimento do princípio que prevalece (SANTIAGO, 2000, p. 49).

Devemos sempre lembrar, antes de iniciar qualquer ponderação, que nenhum princípio deve ser inválido e nenhum tem precedência absoluta sobre o outro. Mas pode ser formulada uma regra de procedência geral ou básica quando se determina em quais circunstâncias especiais um princípio deve ceder ao outro; é uma cláusula *ceteris paribus* que permite estabelecer exceções¹⁹.

5. O diferente caráter *prima facie* de regras e princípios

Uma primeira propriedade importante que resulta do que até aqui foi dito é o diferente caráter *prima facie* das regras e princípios.

Os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, não constituem mandados definitivos, mas só *prima facie*. Do fato de que um princípio valha para um caso não

se infere que o que o princípio exige para esse caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser desprezadas por outras razões opostas. O princípio não determina como há de se resolver a relação entre uma razão e sua oposta.

Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode fracassar por impossibilidade jurídica ou fática, o que pode conduzir a sua invalidez; mas se tal não é o caso, vale, então, definitivamente o que a regra disse.

Por isso, poderia pensar-se que todos os princípios têm um mesmo caráter *prima facie* e todas as regras um mesmo caráter definitivo. Esse modelo, que é defendido por Dworkin, é criticado por Alexy, por ser demasiado simples.

É assim que Alexy constrói sua teoria, incluindo no modelo tudo-ou-nada das regras a possibilidade de introduzir uma cláusula de exceção. Quando isso sucede, a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer sobre a base de um princípio. E, contra o que pensa Dworkin, as cláusulas de exceção introduzíveis nas regras sobre a base de princípios nem sequer são teoricamente enumeráveis (talvez poderíamos dizer que nesse ponto, especificamente, Alexy assume a possibilidade das regras, em casos muito excepcionais). Nunca se pode estar seguro de que, em um novo caso, não haja que introduzir uma nova cláusula de exceção; lembrando que é possível que o próprio sistema possa proibir a limitação das regras mediante a introdução de cláusulas de exceção (ex.: direito penal, em que é proibida a interpretação restritiva ou redução teleológica).

Nos casos em que é possível introduzir cláusulas de exceção, a regra vai perder seu caráter definitivo. Mas o caráter *prima facie* que adquirem, pela perda do caráter defini-

tivo, é totalmente distinto do caráter *prima facie* dos princípios.

O caráter *prima facie* dos princípios pode reforçar-se introduzindo uma carga de argumentação em favor de determinados princípios ou determinados tipos de princípios. Mas o caráter *prima facie* das regras, que se apóia no fato de uma disposição já tomada autoritativamente ou transmitida, é algo basicamente diferente e essencialmente mais forte. (Na verdade, acredito que as regras têm uma “pretensão de definitividade”, ou seja, nos casos normais, as regras são definitivas, e os princípios não têm essa pretensão).

6. Regras e princípios como razões

As reflexões até aqui apresentadas mostram que as regras e os princípios são razões de tipos diferentes. Os princípios são sempre *razões prima facie*; as regras, a menos que se haja estabelecido uma exceção, são *razões definitivas*.

Alexy considera que as normas são razões para ações e que regras e princípios são razões para normas.

Um dos critérios clássicos da distinção entre regras e princípios qualifica os princípios como razões (fundamento) para as regras e só para elas. Se esse critério for correto, os princípios não podem ser razões imediatas para juízos concretos do dever-ser. À primeira vista, parece algo plausível a concepção segundo a qual os princípios são razões para as regras e as regras razões para juízos concretos de dever-ser (normas individuais). No entanto, essa é uma visão bem simplista ou até mesmo incorreta. Também as regras podem ser razões para as regras e os princípios podem ser razões para juízos concretos do dever-ser.

7. Princípios implícitos

O fato de que normas “surgidas naturalmente” podem ser contrapostas às normas “criadas” se deve ao fato de que os princípi-

os não necessitam ser estabelecidos explicitamente, mas também podem ser derivados de uma tradição de normações detalhadas e de decisões judiciais que, geralmente, são expressões de concepções difundidas de como deve ser o direito.

8. Três objeções ao conceito de princípio

Antecipando os seus críticos, Alexy analisa algumas objeções que podem ser elaboradas diante de sua teoria. Vejamos estas objeções:

1. A invalidade dos princípios: essa objeção diz que haveria colisões de princípios solucionáveis mediante a declaração de invalidez de um dos princípios. Ex.: princípio da discriminação racial. O princípio da discriminação racial mostra que, também em certos casos, os princípios podem apresentar a questão da validade, ainda quando esse problema surja raras vezes. No campo da validade, trata-se sempre de saber o que deve ser colocado dentro ou fora do ordenamento jurídico.

Ora, o conceito de colisão de princípios pressupõe a validade dos princípios que entram em colisão. Por ele, a referência à possibilidade de catalogar os princípios como inválidos não afeta a teoria da colisão, senão que simplesmente revela um de seus pressupostos.

2. Princípios absolutos: nesse caso, tratamos de princípios que são sumamente fortes, ou seja, de princípios que em nenhum caso podem ser desprezados por outros. Se houver princípios absolutos, o teorema da colisão não é aplicável.

Mas Alexy considera fácil argumentar contra a validade de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais. Os princípios podem referir-se a bens coletivos e a direitos individuais. Quando um princípio se refere a bens coletivos e é absoluto, as normas de direito fundamental não podem fixar-lhe nenhum limite jurídico. Portanto, até onde chegue o princípio absoluto, não pode haver direitos

fundamentais. Quando o princípio absoluto se refere a direitos individuais, sua falta de limitação jurídica conduz à conclusão de que, em caso de colisão, os direitos de todos os indivíduos fundamentados pelo princípio têm de ceder diante do direito de cada indivíduo fundamentado pelo princípio, o que é contraditório. Portanto, vale o enunciado segundo o qual os princípios absolutos ou bem não são conciliáveis com os direitos individuais ou só o são quando os direitos individuais fundamentados por eles não correspondem a mais de um só sujeito jurídico.

No entanto, poderíamos pensar que há um princípio absoluto: o da dignidade humana. A razão dessa impressão é que a norma da dignidade da pessoa humana é tratada, em parte, como regra e, em parte, como princípio; e também pelo fato de que, para o princípio da dignidade humana, existe um amplo grupo de condições de precedência, nas quais há um alto grau de segurança acerca de que, de acordo com elas, o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos. Assim, absoluto não é o princípio da dignidade humana, mas a regra, que, devido a sua abertura semântica, não necessita de uma limitação com respeito a nenhuma relação de preferência relevante. O princípio da dignidade da pessoa, por sua vez, pode ser realizado em diferentes graus.

3. A amplitude do conceito de princípio: os princípios podem referir-se tanto a direitos individuais como a bens coletivos. O fato de que um princípio se refira a esse tipo de bem coletivo significa que ordena a criação ou manutenção de situações que satisfaçam, numa medida mais alta possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, critérios que vão mais além da validade ou satisfação de direitos individuais.

Dworkin concebe o conceito de princípio de maneira mais estreita. Segundo ele, princípios são só aqueles individuais. As normas que se referem a direitos as chama de *policies*. Sem dúvida, a diferença entre

direitos individuais e bens coletivos é importante. Mas não é necessário nem funcional ligar o conceito de princípios ao conceito de direitos individuais.

9. Algumas críticas e complementações à teoria de Alexy

Apesar do grande sucesso e acolhimento por vários ordenamentos da distinção qualitativa ou estrutural entre regras e princípios elaborada por Alexy, autores da mais especializada e respeitada doutrina vêm fazendo algumas objeções à referida tese. As críticas ora negam por completo a existência da distinção (não haveria regras e princípios, mas tão-somente diferentes “usos” ou “aplicações” de normas jurídicas), ora discordam tão-somente da existência de uma diferença quanto à estrutura lógica dos comandos normativos, ou seja, a única distinção entre regras e princípios continuaria sendo a do grau de generalidade (BUSTAMANTE, 2002, p. 2). Vejamos algumas dessas críticas:

Dworkin já havia antecipado que a distinção entre regras e princípios não é tão clara. Afinal, muitas normas que possuem conceitos indeterminados, termos como “negligente”, “injusto” ou “relevante”, fazem depender a aplicação das regras dos fins que aparecem nos princípios e, dessa forma, convertem as regras em algo muito parecido com princípios.

Günter (apud ALEXY, 2000, p. 299) faz parte de uma corrente doutrinária que acredita não existirem “princípios”, mas apenas normas que são usadas de diferentes maneiras. Segundo esse autor, a diferença entre regras e princípios não é uma diferença estrutural, mas uma “diferença de tipos de uso”. Alexy (2000, p. 299) chega a reconhecer que Günter está correto em dizer que, em determinados casos, não é fácil decidir se a norma deve ser tratada como regra ou como princípio. E reconhece que essa é uma questão de interpretação, e pode acontecer de não haver um critério para suprir de

maneira simples e clara respostas a esses casos. Mas para Alexy essa não é uma objeção que destrua sua teoria estrutural dos princípios²⁰.

Habermas elabora suas objeções apontando que o método usado por Alexy nas soluções de colisão de princípios é um método axiológico²¹ e afirma não ser possível confundir valores com normas. Habermas (apud GRAU, 2002, p. 162) observa que as normas (princípios) obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprirem as expectativas generalizadas de comportamento, enquanto os valores devem ser entendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas.

“Valores expressam a preferenciabilidade de bens pelos quais se considera, em coletividades específicas, que vale a pena lutar e que são adquiridos ou realizados mediante ações dirigidas a determinadas finalidades. As normas surgem com uma pretensão de validade binária: ou são legítimas ou ilegítimas. Os valores, em contraposição, firmam relações de preferência que nos dizem que certos bens são mais atrativos que outros: daí podemos concordar mais ou menos com uma sentença avaliativa. Normas e valores, portanto, diferem-se entre si, primeiramente, por suas referências, respectivamente, ou a ações obrigatórias ou a ações teleológicas; em segundo lugar, os códigos ou binário ou gradual de suas pretensões de validade; em terceiro, por seu caráter ou absoluto ou relativo; e por fim, pelos critérios que os complexos de sistemas de normas têm que cumprir em face dos requeridos dos sistemas de valores”.

Assim, para Habermas, a prestação jurisdicional (prática decisória judicial) orientada por princípios tem que decidir qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito – e não equilibrar bens ou relacionar valores. E por fim afirma que a validade

jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um comando, e não o sentido teleológico do que podemos alcançar sob dadas circunstâncias no horizonte de nossos desejos.

Pietro Sanchis²² é um dos autores que mais recentemente trata da distinção entre regras e princípios. É adotada a seguinte posição: (i) quem sustenta que dentro do direito existem duas classes de ingredientes integrantes inteiramente distintos – as regras e os princípios (o que é sustentado por Alexy) – deve demonstrar que há alguma diferença estrutural ou morfológica entre ambos, que é possível identificar algum traço que se manifesta sempre que estamos diante de um princípio e jamais nas regras; (ii) se alguém sustenta, pelo contrário, que os mesmos enunciados podem às vezes funcionar como regras, às vezes como princípios, mas que a operatividade ou maneira de funcionar é substancialmente distinta, então a diferença qualitativa entre ambos não tem origem no direito, mas na argumentação ou – na dicção de Alexy – no lado passivo do direito; regras e princípios não aludiriam a duas classes de enunciados normativos, mas a dois tipos de estratégias interpretativas.

E prossegue: o que faz com que uma norma seja um princípio não é o seu enunciado lingüístico, mas o modo de resolver seus eventuais conflitos: se, em colisão com uma determinada norma, cede sempre ou triunfa sempre, estaremos diante de uma regra; se, em colisão com outra norma, cede ou triunfa conforme os casos, estaremos diante de um princípio.

Concluindo: a diferença entre regra e princípio, para Pietro Sanchis, surge *exclusivamente* no momento da interpretação/aplicação.

E termina por dizer que a técnica dos princípios é aplicável sempre, e não só na presença de enunciados normativos dotados de certas características, porque sempre está ao alcance do juiz transformar em princípios as regras que sustentam a posição de cada parte.

Para José Maria Rodriguez de Santiago, “o dualismo (regras e princípios) resultante parece mais formalmente brilhante que ajustado à realidade do Direito” (SANTIAGO, 2000, p. 45). Segundo esse autor, nem a separação entre princípios e regras é qualitativa, nem tampouco é categorial a diferença entre subsunção e ponderação como métodos de aplicação do direito. Ele critica a frase categórica de Alexy que “toda norma ou é uma regra ou é um princípio”. A crítica se faz porque o próprio Alexy reconhece que há normas que possuem um “duplo caráter”, ou seja, são ao mesmo tempo regra e princípio, como por exemplo a dignidade da pessoa humana. Isso é incompatível com a contundente afirmação de que toda norma ou é uma regra ou é um princípio.

Além do mais, o autor diz que as regras nem sempre serão subsumidas ao fato. Por exemplo, Alexy considera que a norma “deve-se virar à esquerda” é uma regra, e deve ser subsumida aos casos ordinários, mas na verdade essa regra pode ser submetida a métodos típicos da ponderação de princípios, como por exemplo se um indivíduo está levando uma senhora prestes a dar à luz e a única maneira de se chegar ao hospital é passando justamente pela direita. Recordar-se que Alexy sustenta que o âmbito do *juridicamente possível* para cada princípio é determinado por outros princípios e regras contrárias. E, desde o momento em que se aceita que um princípio pode concorrer com uma regra, já não cabe conceber esta última em termos concludentes, de maneira que só pode ser cumprida ou não cumprida. Se os princípios se caracterizam porque, ao entrar em conflito, admitem um cumprimento simultâneo, merecem a idéia de mandado de otimização, algo semelhante há de ocorrer com as regras – entre cujas exceções pode haver princípios – desde o momento em que entrem em conflito com um desses princípios. Assim, pode-se dizer que as regras também podem ser ponderadas²³.

Por isso Santiago (2000, p. 47) conclui que há regras, há princípios e há normas

que são predominantemente princípios e normas que são predominantemente regras. E acredita, por fim, que não há diferença qualitativa entre princípios e regras. Como tampouco crê que haja uma diferença categorial entre a subsunção e a ponderação como métodos de aplicação do direito, afinal, como visto, também deve haver ponderação na aplicação de normas que, segundo a terminologia de Alexy, deveriam ser qualificadas como regra, assim, por exemplo, em determinados supostos de aplicação de conceitos normativos indeterminados.

10. Conclusão

Não podemos negar que a distinção entre regras e princípios proposta por Alexy está sendo largamente difundida nos corredores jurídicos. No entanto, antes de aceitá-la passivamente, deve-se conhecê-la sistematicamente e criticamente para que possamos adequá-la à nossa realidade jurídica.

Este artigo não tem a pretensão de dar uma resposta definitiva a esta última proposta, ou seja, a de adequar a teoria de Alexy à nossa realidade. Pretende-se, neste momento, dar apenas um primeiro passo e, não menos relevante, analisar minuciosamente uma teoria que muito se tem falado, mas que pouco se sabe verdadeiramente.

Notas

¹ Na maior parte das vezes, os princípios carecem, em si mesmos, de univocidade de conteúdo, possuem cláusulas gerais, que eram tidas com fórmulas vazias segundo as quais pode-se subsumir qualquer estado de coisas, deixando, portanto, um grande espaço para a arbitrariedade do intérprete.

² Na doutrina brasileira, considera-se leitura obrigatória a respeito dessa “viragem metodológica” feita pela teoria dos princípios a obra de Paulo Bonavides (1994).

³ Podemos citar como os principais doutrinadores precursores dessa corrente, além de Alexy, Perelman, Dworkin, Habermas, entre outros.

⁴ Na verdade, Alexy pertence a uma segunda etapa da teoria dos princípios, etapa que está mais preocupada com o aprofundamento da distinção entre princípios e regras. Nessa etapa, não se está

querendo provar a força normativa dos princípios, pois essa já estava aceita (de acordo com as teorias de Bachoff, Forsthoff, Larenz), mas determinar critérios objetivos para melhor fundamentar a interpretação e a aplicação baseada neles.

⁵ O sistema de regras proposto pelo autor é composto por um total de vinte e duas regras e seis formas de argumento, apresentadas em seu clássico “Teoria da argumentação jurídica”.

⁶ Alexy compartilha da preocupação fundamental de Dworkin de se pensar alternativas à discricionariedade judicial.

⁷ Na obra de Dworkin, não há nenhum procedimento que mostre como se obterá a única resposta correta, atendo-se o autor a afirmar que isso não implica a inexistência de tal resposta. Esta poderá, para Dworkin, ser obtida pelo juiz Hércules, que é um juiz ideal, munido de todas as informações e capacidades necessárias para a sua árdua tarefa (noção monológica do juiz ideal). É justamente este ponto de vista que Alexy critica na tese de Dworkin. E Alexy tenta elaborar um catálogo de regras de argumentação para que a decisão seja o mais razoável possível. Por isso dizemos que enquanto a teoria de Dworkin é material, a de Alexy é procedimental, que formula regras ou condições da argumentação prática racional.

⁸ É justamente no campo da teoria da argumentação que devem ser estudadas as estruturas da ponderação. Alexy enfatiza que os princípios e as regras a serem aplicadas não podem, eles mesmos, regular a sua aplicação. Por isso, Alexy (1994, p. 20) propõe um sistema de três níveis: “os níveis das regras e dos princípios devem, certamente, ser complementados com um terceiro, a saber com uma teoria da argumentação jurídica, que diz como, sobre a base de ambos os níveis, é possível uma decisão racionalmente fundamentada”. É por isso que a teoria de Alexy pode ser definida como um sistema de regras, princípios e procedimentos.

⁹ Alexy observa que, não poucas vezes, as normas de direito fundamental são chamadas de “princípios”. Isso ocorre normalmente quando se fala em valores, objetivos, cláusulas abertas; mas, por outro lado, os direitos fundamentais são chamados de “regras” quando se diz que a Constituição deve ser levada a sério como lei ou quando se assinala a possibilidade de uma fundamentação dedutiva no âmbito dos direitos fundamentais. Mas essa caracterização não passa de insinuações. E Alexy conclui que falta realmente uma distinção precisa entre regras e princípios e sua utilização sistemática. É exatamente esse o objetivo dele.

¹⁰ Alexy observa que há distinção entre generalidade e universalidade. Esta última se refere aos destinatários e se contrapõe às normas individuais, e o conceito oposto, de generalidade, é a especialidade.

¹¹ Alexy (1993, p. 15) acaba por dizer que é impossível formular uma teoria forte do sistema de princípios (a qual, segundo Alexy, estaria pressuposta pela teoria da única resposta correta de Dworkin), pois uma teoria forte teria necessariamente que conter “todos os princípios, todas as relações de prioridade abstratas e concretas”. Assim, apesar de acreditar que a distinção estrutural é a mais adequada, Alexy reconhece que é uma teoria fraca, até porque apenas teorias fracas de princípios podem ser defendidas. Mas, para que sua teoria não fique como um mero catálogo de *topoi*, Alexy constrói suas regras de prioridade *prima facie* reguladoras do processo de ponderação.

¹² Alexy foi bastante influenciado pela teoria sobre a distinção entre regras e princípios elaborada por Dworkin, mas o próprio Alexy aponta algumas distinções entre a sua tese e a de Dworkin. Segundo Alexy (1993, p. 87, nota 27), sua distinção, apesar de muito parecida com a de Dworkin, dela se distingue por tratar os princípios como “mandados de otimização”, não fazer a distinção entre princípios e *policies* (feita por Dworkin) e ainda por atribuir às regras também um certo “caráter *prima facie*”. Além do mais, a proposta de Alexy será justamente a de completar a teoria de Dworkin formulando uma teoria procedimental para a obtenção da resposta racional.

¹³ Alexy (1993, p. 84) afirma que, mesmo para as regras que prescrevem ações que podem ser realizadas em diferentes graus, também haverá essa propriedade (ex: o comportamento negligente – maior ou menor culpa).

¹⁴ Vê-se que Alexy não abandona por completo a teoria hermenêutica tradicional, mas a completa por ser insuficiente no caso de interpretação e aplicação dos princípios.

¹⁵ Nesse primeiro exemplo de ponderação trazido por Alexy, trata-se da admissibilidade da realização de uma audiência oral contra um acusado que, devido à tensão que tais atos trazem consigo, corre o perigo de sofrer um infarto (colisão entre o dever do Estado de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na salvaguarda dos direitos constitucionais garantidos).

¹⁶ Para solução dessas colisões, os tribunais utilizam a “metáfora do peso”. Para Alexy, é uma metáfora exatamente porque esses interesses em conflito não podem ter peso em sentido quantificável. A relação de precedência demonstra isto: o princípio P1 tem, num caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2 quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2 de acordo com circunstâncias específicas dadas pelo caso concreto.

¹⁷ No artigo Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de

direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 127, p. 55-66, jul./set. 1999, Alexy, a partir da lei de ponderação “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem”, elabora as três fases da ponderação: (i) na primeira fase, deve ser determinada a intensidade da intervenção; (ii) na segunda fase, trata-se, então, da importância das razões que justificam a intervenção; e (iii) somente na terceira fase, sucede, então, a ponderação em sentido estrito e próprio”. Exemplo do caso tabaco e do caso padeiro.

¹⁸ Alexy dá enorme importância à argumentação jurídica e chega a formular regras de argumentação para que se atinja uma decisão razoável.

¹⁹ No frequente caso de colisão entre o direito à honra e à liberdade de informação, por exemplo, o tópico que a jurisprudência constitucional poderia formular como uma dessas *regras de prevalência condicionada* seria: “se a informação é veraz (no sentido de cumprimento da carga de diligência na averiguação da verdade) e o assunto é de interesse público, prevalece a liberdade de informação sobre o direito à honra”.

²⁰ Após analisar as objeções feitas por Günter em relação à sua teoria dos princípios, Alexy conclui que a distinção entre comando para otimizar (impõe uma obrigação que algo deva ser realizado no maior grau possível frente às possibilidades fáticas e jurídicas) e comandos para serem otimizados (estes são os objetos a serem ponderados) é o melhor método para capturar a natureza dos princípios. Nesse caso, os princípios são comandos a serem otimizados. Ver Alexy (2000, p. 300 et seq).

²¹ Habermas faz sua crítica porque para Alexy as reflexões relativas a valores também se aplicam aos princípios e vice-versa, já que do ponto de vista estrutural, segundo Alexy (1997, p. 138; 1993, p. 164), em razão da necessidade de ponderação, os princípios podem ser comparados aos valores.

²² Ver a posição de Sanchis em Eros Roberto Grau (2002, p. 165 et seq).

²³ Mas Alexy admite que as regras também têm um caráter *prima facie* (apesar de ser mais forte que o caráter *prima facie* dos princípios) justamente quando observa que as regras podem adquirir cláusulas de exceção para solucionar conflitos.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direito do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

_____. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, Bologna, v. 13, n. 3, sept. 2000.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Sistema jurídico y razón práctica. In: _____. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Barcelona: Gedisa, 1994.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, 1999.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica*. [S. l.: s. n.], out. 2002. Mimeografado.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, jul./set. 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAIA, Antonio; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, abr. 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.