

CONSTITUCIONALIZAÇÃO E JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS: EVOLUÇÃO E CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DE ROBERT ALEXY

COSTITUZIONALIZZAZIONE E LEGALITÀ DEI PRINCIPI: EVOLUZIONE E CONSIDERAZIONI SUL LA TEORIA DI ROBERT ALEXY

Marilu Dicher¹

Elisaide Trevisam²

RESUMO: O presente texto tem por escopo oferecer um esboço histórico sobre o conceito de Constituição, bem como uma visão evolutiva das fases da juridicidade dos princípios, até culminar no atual reconhecimento da normatividade dos princípios, reconhecimento este que, ao agregar no gênero norma as espécies regras e princípios, acabou por reformular o próprio conceito de normas constitucionais e, assim, abriu novas rotas ao pensamento e interpretação jurídico-constitucional contemporâneo. Diante dessa novel diretiva, buscou-se, ainda, abordar o critério distintivo entre regras e princípios elaborado por Robert Alexy e os principais expoentes críticos formulados a essa visão teórica alexyana, teoria esta que, embora bastante difundida, ainda enseja muita discussão ou é, por vezes, referenciada de modo incompatível com suas determinações, especialmente em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro em que, por tradição doutrinária, denominam-se por princípios diversas normas que, em conformidade com a tese de Alexy, seriam enquadradas na espécie de regras jurídicas.

Palavras-Chave: Constitucionalização; Juridicidade; Princípios.

RIASSUNTO: Il presente testo c'è per scopo offrire uno scorcio storico sul concetto della Costituzione, nonché una visione evolutiva delle fasi dei principi di legalità, finché culminare nell'attuale riconoscimento della normatività dei principi, questo riconoscimento che aggiungendo nel genere di norma l'specie regole e dei principi, alla fine finisce per rimodellare il concetto di norme costituzionali, e quindi hanno aperto nuove vie al pensiero e interpretazione giuridica-costituzionale contemporanea. Dato questa nuova direzione, abbiamo cercato, ancora, di affrontare ulteriormente il criterio di distinzione tra le norme e principi sviluppati da Robert Alexy e li principale esponenti critici formulati a questo punto di vista teorico alexyano, teoria che, piuttosto diffusa, comporta ancora gran discussione o è, a volte, riferenziata in un modo incompatibile con le sue determinazioni, in speciale nel caso del ordinamento giuridico brasiliano che, per tradizione dottrinale, prendono la denominazione di diversi regole per principi, e che in conformità con la tesi di Alexy, sarebbe strutturata nell'specie di regole giuridiche.

Parole-chiave: Costituzionalizzazione; Legalità; Principi.

¹ Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direitos Fundamentais e Humanos. Especialista em Direito Processual Civil. Advogada. Professora Universitária.

² Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC – SP. Mestre em Direitos Humanos. Especialista em Direito Individual e Processual do Trabalho. Professora Universitária. Advogada.

INTRODUÇÃO

O presente artigo encontra-se dividido em três frentes. A primeira delas se volta à explanação da evolução histórica tanto do conceito de Constituição quanto das fases da juridicidade dos princípios, desde as ideias jusnaturalistas, passando pelos conceitos positivistas, até culminar na concepção normativa dos princípios defendida pelo pós-positivismo.

Num segundo momento, dar-se-á destaque às principais teorias que, adeptas da normatividade dos princípios, estabeleceram a norma jurídica como gênero, da qual as regras e os princípios constituem espécies normativas e os principais critérios distintivos adotados para a diferenciação entre essas espécies normativas.

A terceira e última frente, aborda de forma específica o critério distintivo entre regras e princípios elaborados por Robert Alexy, a forma de aplicação de cada uma das espécies bem como as principais críticas formuladas à tese alexyana.

1 CONSTITUIÇÃO: ESCORÇO HISTÓRICO.

Etimologicamente, o termo “Constituição”³ denota a ideia de composição ou estrutura de uma coisa (SACCONI, 2010, P. 515). Embora não se pretenda aqui perseguir todas as suas diversas utilizações no vernáculo nacional, julgou-se oportuno esse apontamento uma vez que do uso coloquial emergiu a sua utilização no campo jurídico, tal qual já ponderado por Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 17).

A palavra constituição tem sentidos muito diversificados na linguagem comum. Para um estudo jurídico não há interesse no registro de toda essa diversidade, embora seja conveniente lembrar que a expressão ganhou sentido-jurídico depois de já ter sido consagrada pelo uso comum, havendo uma relação óbvia entre o sentido técnico e vulgar, que será sempre bom ter em conta. Basta assinalar que, na acepção mais comum, estudar a constituição de alguma coisa é verificar de que elementos tal coisa se compõe e de que modo esses elementos estão organizados para formar uma unidade. Assim é que se fala na constituição de uma célula, de uma flor, de um automóvel, de uma usina nuclear, de uma cidade ou de um Estado.

Mesmo que o sentido etimológico já se apresente como um primeiro dealbar do que vem a ser uma “Constituição” no sentido jurídico, conceituá-la de forma precisa e incontestada, tal qual a concebemos hodiernamente, não se apresenta como uma das tarefas mais fáceis de ser executada, mesmo porque se trata de noção que evoluiu ao longo da história da

³ Do latim *constitutiō*, *constituiōn* = ação de constituir, estabelecer, de *cōstituere*, *cōstitut-* = estabelecer.

humanidade. Como se posiciona Celso Ribeiro de Bastos (2002, p. 147), o “avanço da noção de Constituição não foi derivado de um golpe só, no mesmo lugar e tempo, mas sim resultado de uma gradual evolução [...]”.

Temos, assim, que mesmo antes de sua compleição técnico-jurídica, o termo “Constituição” já se fazia presente desde a antiguidade clássica, usado para designar a instituição e configuração do poder nas diversas sociedades ao longo dos tempos, a que a doutrina chama Constituição histórica ou institucional.

[...] tanto a noção como o termo “Constituição” já integravam a ciência política e o Direito de longa data, associados à configuração do poder em diferentes fases da evolução da humanidade, da Antiguidade clássica ao Estado moderno. Nessa acepção mais ampla e menos técnica, é possível afirmar que todas as sociedades políticas ao longo dos séculos tiveram uma Constituição, correspondentes à forma de organização e funcionamento de suas instituições essenciais. Assim, a Constituição histórica ou institucional designa o modo de organização do poder político do Estado, sendo antes um dado da realidade que uma criação racional. (BARROSO, 2009, p. 73-74)

Nessa perspectiva histórica, ainda na antiguidade clássica surge da realidade um movimento político-social de formação e limitação do poder político. Segundo Karl Lowenstein (BASTOS, 2002, p. 149), a origem da experiência constitucionalista seria aquela experimentada pelos hebreus.

Segundo Karl Lowenstein o nascimento deste movimento se deu entre os hebreus, que em seu Estado Teocrático criaram limites ao poder político, através da imposição da “Lei do Senhor”. Esta, por sua vez, apesar de não ser escrita, fixava limites à atuação do Estado, impedindo assim que o poder fosse exercido de forma absoluta e arbitrária. Os limites eram aqueles fixados pela Bíblia, sendo que cabia aos profetas, dotados de legitimidade popular, acusar o governante quando este ultrapassasse aqueles limites. Este fenômeno representa a primeira experiência constitucionalista de que se tem registro.

Em sequência cronológica, Luís Roberto Barroso (2009, p. 73) aponta a obra de Aristóteles “A Constituição de Atenas” onde o filósofo grego, após inicialmente descrever as instituições políticas e sociais de Atenas desde as origens aristocráticas até o que veio a ser conhecido como a “democracia grega”, passa a descrever de forma detalhada o funcionamento do governo e das práticas políticas.

Em que pesem tais registros, o fato é que essas referências históricas não são dotadas de similitude à noção jurídica de Constituição que somente começou a ser esboçada a partir da segunda metade da Idade Média. Nesse sentido,

A atribuição de sentido jurídico à palavra “constituição”, levando ao significado moderno da expressão, começou a ser feita na Inglaterra

medieval. Muitos autores falam nas obras de Platão, de Aristóteles e de outros pensadores da Antiguidade como predecessores dos modernos estudos sobre a constituição de um Estado. Entretanto, aquelas produções teóricas, embora fazendo referência a situações políticas mais antigas ou contemporâneas dos autores, eram basicamente, opiniões dos pensadores ou propostas para uma organização política que consideravam ideal, não refletindo uma situação jurídica. Assim, também, muitos teóricos modernos falam na ‘Constituição de Atenas’ ou de outras cidades gregas, querendo referir-se a alguns aspectos do modelo de organização política existente, o que não pode ser confundido com a Constituição elaborada na forma de lei superior e com outras características modernas. (DALLARI, 2010, p, 28)

Ainda na primeira metade da Idade Média, verificam-se as primeiras tentativas de inserir nas regras de organização societária os valores e os costumes de cada povo. Segundo Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 10), as tentativas de preservação, total ou parcial, dessas regras e costumes passam a influir nas decisões políticas.

Surge, então, a ponderação de que a constituição de um povo e de seu governo, assim como as mudanças na constituição, deveriam estar baseadas, fundamentalmente, em regras de convivência nascidas da realidade social e mantidas através do tempo com a concordância geral, como padrão básico de justiça e expressão das convivências comuns.

Mas foi somente na segunda metade da Idade Média que os costumes antigos passam a demandar força de lei, o que dá início a uma verdadeira concepção jurídica de Constituição. Não mais com supedâneo único nos interesses dos governantes e das classes dominantes, surgem “determinações normativas” que passam a ter como suporte os costumes arraigados através das gerações, a realidade e as inspirações sociais, donde já se podia vislumbrar o advento da Constituição escrita.

A partir do século XVI começam a surgir, com forma semelhante à das antigas legislações, mas com inspiração na realidade social, e não apenas na vontade e nos interesses dos governantes e dos grupos mais poderosos, determinações normativas, incluindo leis e pactos formais, nas quais eram fixadas as regras fundamentais sobre determinados aspectos da vida social, inclusive o governo, geralmente reproduzindo regras já consagradas pelo uso e acrescentando outras, derivadas de preceitos morais ou inspiradas em objetivos desejados. Desse modo foi sendo preparado o advento da Constituição escrita, que só apareceu no século XVIII. (DALLARI, 2010, p. 32)

Após o longo período em que reinou o absolutismo, onde o poder dos governantes não encontrava limites, sem qualquer forma de controle jurídico de seus atos, surge na segunda metade da Idade Média o gérmen do constitucionalismo contemporâneo, abarcando não apenas a imposição de limites à atuação soberana, mas também como uma retomada de

valores, um “movimento de conquista de liberdades individuais” oponíveis ao Estado.⁴ (BASTOS, 2002, p. 150)

De fato, como assevera Luís Roberto Barroso (2009, p. 75), na “acepção atual, Constituição e constitucionalismo são conceitos historicamente recentes, associados a eventos ocorridos nos últimos trezentos anos”, gerados no seio das revoluções inglesa (1688), americana (1776) e francesa (1789), tendo por aporte filosófico o pensamento iluminista e as ideias jusnaturalistas.

Desde então, as Constituições vêm se moldando, transmutando-se e se aperfeiçoando, culminando em novos modos de se pensar o caráter normativo constitucional, mormente quanto ao papel desempenhado pelos princípios na ordem jurídica, tema que alcançou grande relevo na segunda metade do século XX, constituindo-se no alicerce da interpretação constitucional contemporânea.

2 AS FASES DA JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS

Seguindo Paulo Bonavides, a juridicidade dos princípios passou por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

A primeira delas, a fase jusnaturalista, deita suas raízes na antiguidade clássica, há vinte e seis séculos, apoiando-se na concepção de um direito anterior ao direito dos homens, que lhe dá sustento e legitimidade, de existência independente da lei dos homens, o chamado direito natural⁵ (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 78).

Nessa fase, os princípios jurídicos são alocados numa esfera abstrata e metafísica, como um ideal de justiça, cuja eficácia encontra-se numa dimensão ético-valorativa do Direito.

⁴ O autor adverte que o constitucionalismo medieval ainda se posiciona muito aquém do que se entende por uma “autêntica Constituição moderna”. Prossegue o autor ponderando que “na Idade Média há uma extrema pulverização do Estado, não havia senão um exercício do poder no âmbito de cada Feudo. Foi necessário um grande esforço para chegar-se a uma ideia de Constituição que se via ameaçada pelo constante estado de beligerância da época. O que vai encontrar-se aqui são tratados e documentos que serviam para regulamentar direitos e deveres”.

⁵ Como referência inicial, aponta-se o fragmento 114 de Heráclito de Éfeso (540-470 a.C.), no pensamento aforismático de que “todas as leis humanas nutrem-se de uma única lei divina”. Tal concepção irá exercer grande influência na Grécia antiga, assumindo a lei um caráter tão importante, “até mesmo sagrado e inviolável – o que levará mais tarde Sócrates a uma morte em que proclama a inviolabilidade da lei em defesa do que é comum (koinón) – que chega a assumir em Heráclito um caráter pétreo (...)”.

Mesmo com os novos delineamentos que o jusnaturalismo experimentou na idade média, face à fusão das ideias filosóficas antigas com o cristianismo⁶ (VICTORINO, 2007, p. 10-21), e, posteriormente com a nova concepção do direito natural desenvolvida pelo holandês Hugo Grócio (Huig de Groot, 1583-1645), defendendo que a natureza é o elemento fundamental do direito, em oposição a uma lei divina⁷ (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 280), a normatividade dos princípios, “se não fora encarada como nula, ao menos era de duvidosa propriedade praxeológica”. (ESPÍNDOLA, 2002, P. 63)

A fase jusnaturalista, a mais antiga, longa e tradicional, acabou por ceder ao imperialismo do positivismo, passando os princípios a ingressar nos Códigos como mera fonte subsidiária de interpretação normativa. Segundo Paulo Bonavides (2012, p. 271), citando Gordillo Cañas, nessa fase os princípios são encarados como “válvulas de segurança” que “garantem o reinado absoluto da lei”. Para a dogmática do positivismo jurídico, os princípios funcionam como fontes integradoras do direito, somente se voltando a eles nas hipóteses de vazios legais.

No subsídio⁸ prestado pelos princípios aos textos legais residia todo o seu valor (SACCONI, 2010, p. 1.906). Como bem sintetizado por Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 63), na fase juspositivista os princípios não “são encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não puderam prever. O valor dos princípios está no fato de derivarem das leis, e não um ideal de justiça”.

A expansão doutrinária do positivismo jurídico, operada pela Escola Histórica do Direito e a elaboração dos Códigos, exerceu tamanha dominação que levou o pensamento jusnaturalista a um declínio vertiginoso, sendo que, como informa Paulo Bonavides (2012, p. 269), “ainda no século XX os cultores solitários e esparsos da doutrina do Direito Natural nas universidades e no meio forense pareciam se envergonhar do arcaísmo de professarem uma variante da velha metafísica jurídica”.

⁶ “Dois nomes surgem nesse período para nunca mais serem esquecidos: Santo Agostinho e seu dualismo platônico entre justiça humana (lex temporalis) e justiça divina (lex aeterna) e Santo Tomás de Aquino com a divisão de quatro espécies de leis: a lei eterna, a lei natural, a lei humana e a lei divina, chegando à premissa de que todo Direito positivo deve se adequar às prescrições de sua fonte de inspiração, em específico o direito natural e o direito divino”.

⁷ “Não é mais Deus ou a ordem divina o substrato do Direito, mas a natureza humana e a natureza das coisas. Não há possibilidade de uma sanção religiosa. O Direito Natural não mudaria seus ditames na hipótese da inexistência de Deus, nem poderia ser modificada por ele”.

⁸ Do latim *subsidium* = apoio, auxílio (os romanos davam este nome a um corpo de seu exército, formado por estrangeiros, que só entrava em ação, quando era preciso auxiliar).

Com a supremacia do método positivista, prosseguiu o século XX por acreditar que o Direito finalmente se transformara numa ciência objetiva e neutra, resumindo o saber jurídico à verificação dos pressupostos lógico-formais de vigência.

O estrito formalismo legal pregado e defendido pelos positivistas encontrou o seu apogeu, no exato sentido etimológico do termo (SACCONI, 2010, p. 156)⁹, durante o regime nazista alemão que, como se sabe, levou a um dos episódios mais desconcertantes da história da humanidade: a Segunda Guerra Mundial.

O regime nazista chegou ao poder com base na Constituição de Weimar. Seus atos, quase sempre discriminatórios e desumanos, eram acobertados pelo formalismo legal exaltado pelo positivismo, em ascensão na época. O resultado disso é bem conhecido: a Segunda Guerra Mundial. (...) A crença onipotente em uma ciência objetiva natural reduziu o Direito a um sistema de normas prescritivas absolutas, capazes de legitimar o mais puro autoritarismo e promover a barbárie em nome da lei. (VICTORINO, 2007, p. 10-21)

Após os resultados da Segunda Guerra, fazia-se premente encontrar meios de se preencher a lacuna deixada pelo formalismo dos métodos positivistas, sem, entretanto, revolver ao superado direito natural. Inaugura-se, assim, uma nova fase do pensamento principialístico, a do pós-positivismo, caracterizados pela positivação dos princípios nos novos textos constitucionais. Como se expressa Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 64), nessa terceira fase “os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito”.

Ao se reconhecer a normatividade dos princípios o próprio conceito de normas constitucionais passou por uma reformulação, agregando no gênero norma as espécies regras e princípios e, ainda, dando novas rotas à interpretação constitucional, não mais adstrita aos elementos tradicionais de interpretação jurídica¹⁰, transformações estas que têm exercido grande influência sobre toda a ciência do direito.

Essa virada operada com a constitucionalização dos princípios é também o marco de uma nova perspectiva sobre o papel desempenhado pelo Direito Constitucional, na medida em

⁹ Grau máximo de desenvolvimento que pode alcançar uma pessoa ou uma coisa; o mais alto grau, clímax; ápice. Do grego tardio apógeion, neutro de apógeios = longe ou distante da Terra: apó = distante + geiós, adj. derivado de gaia, var. de gê = Terra (por oposição a perigeu).

¹⁰ Denominação dada por Luís Roberto Barroso em detrimento da expressão “métodos de interpretação”, uma vez que, segundo o autor “método, em sua etimologia de origem grega, qualifica-se como ‘caminho para chegar a um fim’. (...) os diferentes elementos de interpretação não se excluem, mas se combinam, ao passo que a ideia de método, nesse contexto, sugeriria que a escolha de um caminho afastaria os outros, o que não é o caso.” Para uma abordagem sobre os elementos tradicionais de interpretação jurídica (gramatical, histórica, sistemática e teleológica) obra indicada do mesmo autor. (BARROSO, 2009, p. 290-296)

que não mais se restringe a definir a organização e funcionamento do Estado e cujas normas, quando em conflito, subsumiam-se restritamente aos critérios hierárquico, cronológico e especial.

3 PRINCÍPIO E REGRA COMO ESPÉCIES DO GÊNERO NORMA JURÍDICA

Com a constitucionalização dos princípios e a atribuição a eles de caráter de norma jurídica, operada após a segunda metade do século XX, toda uma nova teoria principialística passou a ser desenvolvida.

Segundo Paulo Bonavides (2012, p. 266), o primeiro a atribuir a qualidade de norma aos princípios foi o italiano Vezio Crisafulli, em obra de 1952, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, conceituando princípio como

[...] toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Em que pese essa objetiva conceituação de princípio como norma jurídica apontada acima, o fato é que os princípios, nesse início de evolução analítica, eram distinguidos pela metodologia jurídica tradicional como uma categoria diversa da das normas.

No dizer de Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 66), “norma tinha um significado e princípio, outro”, prossequindo o autor por ressaltar que essa postura metodológica alocava as normas em posição sobreposta aos princípios, como a postura adotada por Josef Esser, no início da década de 60, na obra *Principios y Norma em la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*.

Mesmo ressaltando a solidez e excelência do conceito de princípio formulado por Crisafulli, é o próprio Paulo Bonavides (2012, p. 276) que aponta Jean Boulanger como o mais insigne precursor da normatividade dos princípios, calcado no fato de que, antes dos acréscimos teóricos-analíticos operados pelas obras do norte-americano Ronald Dworkin e do alemão Robert Alexy, nas décadas de 70 e 80 respectivamente, Boulanger, em obra de 1950¹¹, já apontava uma distinção de natureza entre princípios e regras.

¹¹ *Principes généraux du Droit et Droit Positif, in Le Droit Privé Français au Milieu du XX Siècle, Études Offertes à Georges Ripert.*

Ainda com forte resquício jusnaturalista, o francês efetuava uma primeira distinção entre regras e princípios, ambas sob o manto do gênero norma jurídica, nos seguintes termos: “Há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância, mas uma diferença de natureza. Uma vez que o vocábulo é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio”¹². (BONAVIDES, 2012, p. 276-277)

Sob o critério distintivo da generalidade da norma, Boulanger defende que os princípios atuam como “armadura” para as construções jurídicas e, mesmo que não expressamente declarados nos textos da lei, “o enunciado de um princípio não escrito é a manifestação do espírito de uma legislação”, devendo ser declarado pela jurisprudência. (BONAVIDES, 2012, p. 277)

Mais tarde, o jurista Ronald Dworkin, na obra *Levando os direitos a sério*¹³, irá estabelecer mais dois critérios distintivos entre regras e princípios: a do tudo ou nada “an all or nothing” para as regras e a do peso ou da importância para os princípios.

A obra de Dworkin, em severa crítica ao positivismo jurídico desenvolvido por seu antecessor em Oxford, Herbert Hart, entende que a dogmática positivista, que contempla um sistema composto exclusivamente por regras, acaba por se tornar inerte diante dos casos complexos (dos *hard cases* segundo a tradição anglofônica), onde o aplicador do direito não consegue identificar nenhuma regra jurídica aplicável ao caso concreto, levando-o à criação de direito novo, por meio do recurso à discricionariedade judicial.

Para sanar tal deficiência, Dworkin defende a coexistência, ao lado das regras, dos princípios jurídicos e que estes, além da dimensão da validade comum às regras, também contemplam a dimensão do peso ou da importância. Embora declaradamente se consubstanciar em brevíssimo escorço, Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2003, p. 610) nos apresenta uma consistente e objetiva exposição da tese dworkiniana, suficiente para o desenvolvimento do presente trabalho.

Dworkin argumenta que, ao lado das regras jurídicas, há também os princípios. Estes, ao contrário daquelas, que possuem apenas a dimensão da validade, possuem também uma outra dimensão: o peso. Assim, as regras ou valem, e são, por isso, aplicáveis em sua inteireza, ou não valem, e portanto,

¹² Boulanger toma por base a diferença entre o predicado “generalidade” entre as duas normas, entendendo que a regra jurídica é geral por ser estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos ao mesmo tempo em que é específica por reger tão somente tais atos e tais fatos enquanto o princípio é geral por comportar uma série indefinida de aplicações.

¹³ A primeira edição, cujo título original é *Taking Rights Seriously*, data de 1977.

não são aplicáveis. No caso dos princípios, essa indagação acerca da validade não faz sentido. No caso de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Tem prevalência aquele princípio que for, para o caso concreto, mais importante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso. Importante é ter em mente que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele apenas não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outros casos, porém, a situação pode inverter-se.

O critério distintivo de Dworkin, de incontestável influência prática para a solução de conflito entre normas, determina que, verificados os pressupostos fáticos ao qual a regra se refira e em sendo esta válida, deve a mesma ser absolutamente aplicada. Em contrapartida, em havendo duas regras aplicáveis ao mesmo contexto fático, havendo, portanto, um conflito entre regras, uma delas deve ser considerada inválida.

Já em relação aos princípios, aplica-se outra noção, a do peso ou da importância, dimensão inexistente nos casos de conflito entre regras. Quando dois princípios se entrecruzam, a solução se dá levando-se em conta o peso relativo a cada um desses princípios, prevalecendo aquele que, diante do caso concreto, apresentar-se como o mais importante, sendo que, em situação fática diversa, nada impede a prevalência do princípio anteriormente preterido.

A grande contribuição da teoria de Dworkin, desenvolvida durante as décadas de 60 e 70 nos Estados Unidos, reside na busca por uma solução racional e fundamentada para os casos jurídicos controversos, defendendo que o direito deve ser aplicado de forma mais abrangente e coerente do que aquela fundada unicamente nas regras, abarcando, também a aplicação dos princípios como normas jurídicas e, portanto, geradores de direitos.

Em um contexto diverso, o alemão Robert Alexy irá desenvolver, com base nas decisões do Tribunal Constitucional Alemão, uma teoria de aplicação dos princípios por meio de uma argumentação racional. Partindo do mesmo pressuposto estabelecido por Dworkin, Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*¹⁴, compreende os princípios e as regras como espécies do gênero norma.

Mas o autor vai além. Inicialmente, rechaça alguns critérios utilizados para realizar a distinção entre regras e princípios, dentre os quais: (i) o do alto grau de generalidade dos princípios face ao baixo grau de generalidade das regras; (ii) o do alto grau de abstração dos princípios, pelo que carecem de mediações para a sua correta aplicação, face ao grau direto de

¹⁴ A primeira edição, cujo título original é *Theorie der Grundrechte*, data de 1986.

aplicação das regras; (iii) o da natureza normogenética dos princípios, onde os princípios atuam como razões para as regras, desempenhando uma função geradora; (iiii) o do conteúdo axiológico, onde os princípios levam em conta a sua proximidade com a ideia de direito ou exigência de justiça; (iiiii) e, ainda, o do caráter fundamental no sistema, de posição hierárquica superior ou de superior importância estruturante dentro do sistema jurídico. (ALEXY, 2011, p. 87-89)

Alexy formula, então, com base nesses critérios, três teses totalmente diferentes que tratam da distinção entre regras e princípios. A primeira delas estaria inevitavelmente fadada ao fracasso, formulada em vão, inutilmente, diante das “diversas convergências e divergências, semelhanças e dessemelhanças, que são encontradas no interior da classe das normas” (ALEXY, 2011, p. 89). A segunda, aquela baseada somente na diferenciação de grau, seja de generalidade seja de abstração, sem maiores considerações, é colocada de lado. A terceira tese seria aquela que sustenta a possibilidade de uma distinção entre os *standards* jurídicos e que essa diferença entre regras e princípios se dá de forma qualitativa e não unicamente na sua forma gradual, sendo esta a tese considerada a correta e a que o jurista passa a defender. (ALEXY, 2011, p. 90)

Dessa forma, a distinção entre regras e princípios passa a ser uma das “colunasmestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” na construção da teoria desenvolvida por Robert Alexy (2011, p. 85).

Como o próprio autor reconhece, a sua distinção entre regras e princípios se assemelha à distinção proposta por Dworkin, mas dela se distingue num ponto fundamental: a “caracterização dos princípios como mandamentos de otimização” (ALEXY, 2011, p. 91). Alexy acaba por ampliar e lapidar de forma mais esmerada a teoria de Dworkin, de modo a sinalizar novas rotas ao julgador para uma aplicação estrutural e racional dos princípios jurídicos diante dos novos desafios que a prática judicial demanda.

Segundo Alexy, o ponto decisivo de sua teoria é a distinção entre regras e princípios, o que o autor faz nos seguintes termos:

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (...) Já as regras são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.

Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. (ALEXY, 2011, p. 90-91)

A distinção efetuada por Alexy toma por base a estrutura da norma. Se uma norma tem estrutura de princípio ou se uma norma tem estrutura de regra e, conforme a estrutura constatada, diversas serão as formas de aplicação dessas espécies de normas: se regra, por subsunção; se princípio, por sopesamento.

Cumpra desde já advertir que a divisão do gênero norma nas espécies de princípio e regra formulada por Robert Alexy, nada guarda de semelhança com o que grande parte da doutrina brasileira costuma designar por princípio, a maior parte dela baseada numa diferença de grau.

O pensamento doutrinário brasileiro tradicional, conforme, por exemplo, José Afonso da Silva (2010, p. 91-92)¹⁵ e Celso Antônio Bandeira de Mello (1994, p. 450-451)¹⁶, sustenta que a diferença entre ambos estaria no grau de importância: os princípios são encarados como as normas mais importantes do ordenamento jurídico enquanto as regras seriam normas com a função de concretizar os princípios. Outra distinção seria aquela que se baseia no grau de abstração e generalidade, sendo os princípios mais abstratos e gerais em face das regras. (SILVA, 2010, p. 44)

Note-se que a distinção de Alexy nada diz sobre grau de importância ou abstração ou, ainda, sobre a fundamentalidade para o sistema jurídico. Assim, enquanto em solo pátrio acostumou-se a se defender os princípios como “mandamento nuclear de um sistema” ou “disposição fundamental de um sistema”, conforme expressões utilizadas por Celso Antônio Bandeira de Mello, a distinção elaborada por Alexy se baseia exclusivamente na estrutura da norma. Como bem observa Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 613):

¹⁵ José Afonso da Silva, no entanto, distingue norma e princípio, considerando a doutrina que compreende regras e princípios como normas jurídicas ainda não efetuada de forma satisfatória a conceituação entre as espécies, tornando obscuro o seu ensinamento.

¹⁶ Em clássica definição formulada nos seguintes termos: “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o reconhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.” e prossegue afirmando que “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura”.

O conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade.

Essa característica da estrutura apresentada por Robert Alexy é de fundamental importância, uma vez que, conforme a concepção que se adote, diferentes serão as consequências jurídicas, mesmo porque, em se seguindo o critério estrutural formulado por Alexy, muitas das normas que costumamos designar por princípio, pelo critério alexyano seriam classificadas como regras. Dada a importância da teoria elaborada pelo professor alemão, a base dessa teoria será abordada com maior detalhe no próximo item.

4 O MODO DE APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

Como postula Alexy (2011, p. 91), a “diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e conflitos entre regras”. Assim, com supedâneo na estrutura da norma, o modo de aplicação da norma em face de um conflito entre regras ou colisão entre princípios será diverso: se regra, aplicação por subsunção, se princípio, aplicação por sopesamento. Como coloca Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 45), adepto da teoria propagada por Alexy:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

Diante da estrutura apresentada, Alexy (2011, p. 91): sustenta que “toda norma é ou uma regra ou um princípio” em se tratando de norma com estrutura de regra, estabelecendo direitos ou deveres definitivos, a aplicação se dá por subsunção, de maneira silogística¹⁷ (SACCONI, 2010, p. 1.861), agregando a premissa maior à premissa menor para se chegar a uma conclusão; se se tratar de norma com estrutura de princípio, estabelecendo direitos ou deveres *prima facie*, a aplicação se dá por sopesamento.

Diante do caráter definitivo dos direitos ou deveres impostos pelas regras, em havendo duas regras prevendo consequências jurídicas divergentes, ensejando um conflito, a solução deve se dar por meio da introdução de “uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. (ALEXY, 2011, p. 92)

¹⁷ Do grego *sylogismós* = inferência, conclusão, de *sylogizesthai* = inferir, concluir: *syn-* = *sin* + *logizesthai* = calcular, pensar, raciocinar (de *logos* = razão, raciocínio), pelo latim *sylogismus*.

Tem-se, assim, que, diante do seu caráter definitivo, não há como conviverem concomitantemente no ordenamento jurídico duas regras que prevejam consequências contraditórias entre si, sob pena de se ver maculada essa definitividade, mácula sanada por meio de uma declaração de invalidade, seja parcial (com a introdução de uma cláusula de exceção), seja total. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 47-48):

[...] regras garantem direitos (ou impõe deveres) definitivos. Se isso é assim, e se existe a possibilidade de conflito entre regras, é preciso que se encontre uma solução que não relativize essa definitividade. Dessa exigência surge o já conhecido raciocínio “tudo-ou-nada”. Se duas regras preveem consequências diferentes para o mesmo ato ou fato, uma delas é necessariamente inválida, no todo ou em parte. Caso contrário não apenas haveria um problema de coerência no ordenamento, como também o próprio critério de classificação das regras – dever-ser definitivo – cairia por terra.

Dessa forma, se uma regra tem exceção (ou exceções), a incompatibilidade será parcial, tomando-se tal ou tais exceções como integrantes da própria regra sobre a qual recai a exceção (ou exceções). Um exemplo elucidativo fornecido por Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 48-49) merece a transcrição abaixo.

Há uma regra que prevê que, aberta a sucessão, ‘a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários’ (CC, art. 1.784). Essa regra é complementada por outra, que define o conceito de ‘herdeiro legítimo’ (CC, art. 1.829), que inclui, entre outros, os descendentes (CC, art. 1.829, I). Ocorre que o mesmo código civil estabelece que ‘aqueles que houverem sido autores (...) de homicídio doloso (...) contra a pessoa cuja sucessão se tratar’ estão excluídos da sucessão (CC, art. 1.814, I). Isoladamente consideradas, ambas as regras são aplicáveis à seguinte situação: está aberta a sucessão de um pai-de-família que foi morto por um dos seus filhos. A primeira regra exigiria a transmissão da herança ao filho; a segunda exige que o filho seja excluído da sucessão. Qualquer operador do direito percebe, no entanto, que a segunda regra institui uma exceção à primeira.

Já no caso de incompatibilidade total entre duas regras, quando não há cláusula de exceção, a invalidade será total sobre alguma delas, utilizando-se as regras de solução de conflitos para solucionar o problema. Nesse sentido,

A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida, quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali* (...). O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade. (ALEXY, 2011, p. 93)

Valemo-nos, outra vez, de exemplo fornecido por Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 49), abordando duas regras estabelecidas acerca da autorização para doação de órgãos pós-morte, a primeira delas constante na redação original do artigo 4º da Lei 9.434/1997 e a

segunda estabelecida para a redação do mesmo artigo prevista no artigo 1º da Lei 10.211/2001.

[...] uma delas prevê que, salvo manifestação de vontade em contrário, presume-se autorizada a doação pós-morte de órgãos para finalidades de transplantes ou terapêutica; a outra regra, no entanto, prevê que a retirada de órgãos de pessoas falecidas, para fins de transplante, dependerá da autorização de cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presente à verificação da morte. Para o mesmo fato – morte de alguém sem declaração expressa, daquele que morreu ou de um parente, acerca de transplante de órgãos – uma delas autorizaria o transplante, a outra proibiria. Uma delas, com certeza, é inválida, seja por ser anterior – *lex posterior derogat legi priori* – ou por ser de hierarquia inferior – *lex superior derogat legi inferior*.¹⁸

Em se tratando de colisão entre princípios, a solução se dá de forma totalmente diversa, não havendo o que se falar em invalidade, seja total seja parcial, de um princípio em detrimento do outro.

Uma vez que, para Alexy, os princípios possuem estrutura de mandamentos de otimização, realizáveis em graus variáveis diante do caso concreto, estabelecendo direitos ou impondo deveres *prima facie*, nos casos de colisão entre princípios, a resolução se fará mediante o sopesamento, analisando-se a dimensão do peso atribuído a cada princípio em face do caso concreto.

Assim, diante de uma colisão entre princípios, não há que se falar em declaração total de invalidade ou de instituição de cláusula de exceção, aplicáveis na solução de conflitos entre regras, mesmo porque tais medidas se constituem em caráter definitivo e, em se concluindo pela invalidade, essa conclusão se dá de forma definitiva e, se for verificada uma cláusula de exceção, essa exceção se dá também de forma definitiva, para sempre, nos moldes da expressão “all or nothing”.

No âmbito dos princípios, as exigências se dão *prima facie*, à primeira vista estabelecem tais direitos e impõem tais deveres, mas, diante das variáveis do caso concreto, um princípio prevalecerá sobre o outro, sem que dessa decisão resulte em invalidade do princípio que, naquele caso, fora preterido. A solução para os casos de colisão entre princípios se dá pelo que Alexy designa por “lei de colisão”, utilizando-se o sopesamento entre os interesses em conflito para assim se definir qual dos interesses terá prevalência.

¹⁸ Esclarece o autor, em nota de rodapé, que para a questão apresentada a solução se dá pelo primeiro critério e que, embora a revogação tenha sido operada por meio de uma mudança de redação do artigo 4º da Lei 9.434/1997, o exemplo continua válido.

Nas palavras de Alexy (2011, p. 95): “O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto [...]”.

Para a resolução das colisões entre princípios, Alexy utiliza a fórmula “(P1 P P2) C”, sustentando a natureza de mandamentos de otimização dos princípios, concluindo, dessa forma, a inexistência de princípios com caráter absoluto de precedência e a impossibilidade de se quantificar as ações e situações em que são aplicáveis (ALEXY, 2011, p. 98-99). Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 610-611) tece os seguintes esclarecimentos sobre a fórmula apresentada por Alexy.

Importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser – e frequentemente é – obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar em um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 – (P1 P P2)-, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C – (P1 P P2) C.

Um exemplo bastante utilizado para visualização dessa colisão entre princípios e a forma de sua solução é aquele constatado quando ocorre a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito de privacidade ou o direito à honra das pessoas. Como já apontado, não há hierarquia entre tais direitos, ambos se encontram no mesmo patamar e, em havendo colisão entre eles, a prevalência de um sobre o outro será determinada diante da análise do caso concreto, ora prevalecendo um ora outro, em diferentes graus, sem que com isso o direito preterido tenha sua validade comprometida. Diante dessas características, conclui-se tratar-se de direitos com estrutura de princípios e, como princípios, são aplicáveis mediante sopesamento dos interesses contraditórios.

Quando não se verificarem tais características, pela teoria de Alexy, estaremos diante de normas com estrutura de regras, que não suportam aplicação em diferentes graus, não se falando em sopesamento entre regras, mas tão somente aplicação por subsunção. Embora se trate de conceitos bastante citados em obras que abordam o tema, o fato é que se deve atentar para as distinções colocadas por essa teoria para não recair em erro crasso¹⁹ (SACCONI,

¹⁹ Conta-se que essa expressão teve origem na antiga Roma, quando governada pelo triunvirato formado por Caio Júlio, Pompeu e Crasso. Este, encarregado de atacar os partos, arqui-inimigos dos romanos, entregou-se à missão tão confiante da vitória, que resolveu deixar de lado todos os seus conhecimentos militares, porque achava que os venceria com um pé nas costas. Os partos, mesmo em menor número, acabaram vencendo os

2010, p. 556) e acabar por misturar concepções diversas, especialmente no nosso ordenamento pátrio que, por tradição, denomina como princípios normas que, pela teoria estrutural de Alexy, enquadram-se sob a espécie de regras, exigindo que a norma sempre seja cumprida ou não cumprida. Essa advertência é bem colocada por Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 613-614).

Essa diferença entre os conceitos de princípio tem consequências importantes na relação entre ambas as concepções. Essas consequências, no entanto, passam muitas vezes despercebidas, visto que é comum, em trabalhos sobre o tema, que se proceda, preliminarmente, à distinção entre princípios e regras com base nas teorias de Dworkin ou Alexy, ou em ambas, para que seja feita, logo em seguida, uma tipologia dos princípios constitucionais, nos moldes das concepções que acima chamei de mais tradicionais. Há, contudo, uma contradição nesse proceder. Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, não princípios*. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses ‘mandamentos fundamentais’ de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria das regras. (...) Se se define "princípio" pela sua fundamentalidade, faz sentido falar-se em *princípio* da legalidade ou em *princípio* do *nulla poena sine lege*. Essas são, sem dúvida, duas normas fundamentais em qualquer Estado de Direito. Caso, no entanto, se prefira usar os critérios estabelecidos por Alexy, (...), é preciso cuidado ao se fazer uma "tipologia de princípios" - se é que uma tal tipologia faz algum sentido quando se distinguem princípios e regras por aqueles critérios - e, mais importante, é preciso deixar de fora dessa tipologia aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios – legalidade etc. -, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria das regras.

Diante do impacto provocado pela teoria defendida por Alexy, especialmente quanto à sua distinção entre princípios e regras e a forma de aplicação dessas normas, abriu-se larga discussão doutrinária, o que não poderia ser mais salutar para o aperfeiçoamento do direito, alguns apontando aspectos positivos outros aspectos negativos sobre a tese alexyana. Algumas dessas críticas, três delas apontadas pelo próprio Alexy, serão apresentadas a seguir.

5 AS CRÍTICAS AO CONCEITO DE PRINCÍPIO ELABORADO POR ALEXY

Antecipando-se às críticas, Alexy vislumbra três objeções suscetíveis contra o seu conceito de princípio: (i) a possibilidade de declaração de invalidade de um princípio como solução nos casos de colisão entre princípios; (ii) a possibilidade de existência de princípios

romanos, em 54 a.C., na batalha de Carrhae, humilhando Crasso, por seu erro grosseiro e imperdoável. Do latim *crassus* = denso, grosso.

absolutos, que prevalecerão sempre sobre outros princípios; (iii) demasiada amplitude do conceito de princípio, tornando-o inútil por “abarcando todo e qualquer interesse que possa ser introduzido em um processo de sopesamento”. (ALEXY, 2011, p. 109-110)

A primeira objeção, parte da aceitação da possibilidade de existência de princípios extremamente fracos que, por essa característica, demandariam uma declaração de invalidade, nos moldes da solução para os conflitos entre regras. Se assim se admitir, a teoria estrutural apresentada por Alexy não subsistiria.

Apontando como exemplo a hipótese de que, num determinado ordenamento se instituísse o princípio da segregação racial, o autor parte em defesa de sua teoria postulando que ela toma como pressuposto a validade dos princípios, vez que, se inválidos, os princípios nem mesmo poderiam ser admitidos como integrantes do ordenamento jurídico e, dessa forma, nem mesmo chegariam a suscitar uma colisão com outros princípios, apontando como ponto decisivo a distinção entre dois tipos de contradição normativa em sentido amplo: um em momento anterior ao pertencimento ao ordenamento jurídico, outro em momento em que já admitido pelo ordenamento jurídico.

O ponto decisivo é a existência de dois tipos categoricamente distintos de contradição normativa em sentido amplo. O primeiro diz respeito ao pertencimento ao ordenamento jurídico, ou seja, à validade. O conflito entre regras é o exemplo principal desse tipo de contradição. O princípio da segregação racial demonstra que também no caso dos princípios é possível que a questão da validade seja postulada, embora isso raramente ocorra. O âmbito da validade diz respeito à decisão sobre o que deve ser colocado dentro e o que deve ser deixado de fora do ordenamento jurídico. Já o segundo tipo de contradição normativa em sentido amplo ocorre no interior do ordenamento jurídico. Contradições normativas em sentido amplo que ocorrem no interior do ordenamento jurídico são sempre colisões entre princípios, e colisões entre princípios ocorrem no interior do ordenamento jurídico. Com isso fica claro que o conceito de colisão entre princípios pressupõe a validade dos princípios colidentes. Por isso, a referência à possibilidade de se classificar princípios como inválidos não atinge o teorema da colisão, apenas torna mais claro um de seus pressupostos. (ALEXY, 2011, p. 111)

A segunda objeção faz referência à possibilidade de existência de princípios absolutos, ou seja, a existência de princípios extremamente fortes que atuariam com absoluta precedência sobre os demais princípios em casos de colisão. Também aqui, se assim admitido, o teorema da colisão formulado por Alexy não teria aplicação. Para refutar essa objeção, Alexy argumenta que num ordenamento jurídico que preveja princípios garantidores de direitos fundamentais individuais e coletivos não há como se admitir a existência de princípios absolutos, sob pena de contradição dentro do sistema jurídico, fazendo com que

direitos coletivos garantidos por princípios absolutos sempre se sobreponham a direitos individuais garantidos também garantidos por princípios absolutos, sustentando que se há princípios absolutos, até onde se alcançar os seus efeitos, não haverá direitos fundamentais.

Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito. (ALEXY, 2011, p. 110)

Nesse ponto, refere-se o autor à possibilidade de se considerar o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio absoluto²⁰. A conclusão a que chega Alexy é de que a norma da dignidade humana comporta dois tratamentos diversos: ora como regra ora como princípio. Diante dessa existência dicotômica da norma da dignidade da pessoa humana, segundo Alexy (2011, p. 113), “Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência”.

Não há como se perder de vista a grande importância que assumiu o movimento de constitucionalização do princípio da dignidade humana, levado a cabo no pós-segunda guerra. Como coloca Ana Paula de Barcellos (2000, p. 162)

A reação à barbárie do nazismo e dos fascismos em geral levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Mais importante que isso, talvez, foi, e é, a preocupação com a realização efetiva e generalizada dessa dignidade essencial.

Diante da importância que assume a norma da dignidade da pessoa humana, longe de qualquer forma de esvaziamento de seu conteúdo, a proposta de Alexy é de colocar a dignidade humana em dois patamares, atuando como princípio e também como regra, sem que, com isso, seja-lhe atribuído um caráter absoluto enquanto princípio, o que afetaria de forma indelével a teoria desenvolvida por Alexy.

[...] é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto. A impressão de um caráter absoluto advém, em primeiro lugar, da

²⁰ Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa foi, pela primeira vez, introduzido pela Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III.

existência de duas normas da dignidade humana: uma regra e um princípio; além disso, essa impressão é reforçada pelo fato de que há uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalecerá – com grande grau de certeza – em face de todos os outros princípios. (ALEXY, 2011, p. 114)

A terceira objeção seria aquela que sustenta a inutilidade do conceito de princípio em face da sua amplitude, uma vez que Alexy agrega ao conceito de princípio tanto direitos individuais quanto interesses coletivos. Nesse ponto, a teoria de Alexy se afasta da teoria desenvolvida por Dworkin, que adota um conceito de princípio mais restrito, vinculando o conceito de princípio ao conceito de direito individual. Para Dworkin, os princípios seriam apenas as normas utilizadas como razões para direitos individuais, utilizando a denominação “políticas” para as normas que se refiram a interesses coletivos. (ALEXY, 2011, p. 114-116)

Para Alexy (2011, p. 115), tal diferenciação entre interesses coletivos e interesses individuais, embora importante, não acarreta para o plano conceitual de princípio nenhuma necessidade em se desagregar tais interesses, apresentando exemplos de princípios vinculados a interesses coletivos, como o fornecimento de energia e o combate ao desemprego, concluindo que:

O fato de que um princípio se refira a esses tipos de interesses coletivos significa que ele exige a criação ou a manutenção de situações que satisfaçam – na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas – critérios que vão além da validade ou da satisfação de direitos individuais.

Dentre os autores nacionais, Humberto Bergmann Ávila (2012, p. 49), em monografia publicada pela primeira vez em 2003, formula tese segundo a qual também as regras são passíveis de uma espécie de sopesamento quando de sua aplicação, o que acarretaria em modificação do caráter absoluto da regra depois de realizadas as considerações de todas as circunstâncias do caso, concluindo “que a consequência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra”.

Em se admitindo referida tese, admite-se a relativização do caráter absoluto atribuído por Alexy às regras, hipótese em que uma das bases fundamentais de seu critério estrutural não resistiria, acabando por ruir, visto que para Alexy, as regras não são sopesáveis.

Após análise dos exemplos fornecidos por Humberto Bergmann Ávila (2012, p. 49-50)²¹, Virgílio Afonso da Silva rebate mencionada colocação sobre o sopesamento das regras, sustentando que o sopesamento, nos casos apresentados por Ávila, não se consubstanciariam em uma forma de aplicação, mas em uma forma de interpretação da norma, tendo tal sopesamento a finalidade de definir se o fato se enquadra ou não se enquadra na norma, restando, em caso afirmativo, na aplicação absoluta da regra e, em caso negativo, na sua absoluta não aplicação, sendo que em nenhum dos casos a estrutura da regra seria comprometida, prosseguindo o autor na defesa da teoria estrutural de Alexy e na refutação das considerações de Ávila.

O que Ávila quer ressaltar [...] é que a aplicação das regras não é, como alguns afirmam, algo automático, mas algo que pode também “dar trabalho” e custar muito esforço interpretativo. Segundo ele, também as regras precisam, “para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas”. Ora, quanto a isso não há dúvida, e nem Alexy nem qualquer outro adepto da teoria dos princípios sustentam o contrário. Em nenhum momento se defendeu que a diferença entre regras e princípios está na dificuldade de interpretação ou na vagueza de seus termos. A diferença, como já se viu, é estrutural, e implica deveres de estrutura diferente e formas diferentes de aplicação. [...] não é possível confundir “tudo-ou-nada” ou “subsunção” com “automatismo” ou “facilidade na interpretação”. (SILVA, 2010, p. 59-60)

A discussão doutrinária exposta acima demonstra apenas uma fagulha do acalorado debate e dissenso que ainda pairam sobre a conceituação dos princípios e a sua forma de aplicação no ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Retomando toda a trajetória percorrida pelos princípios no correr do desenvolvimento jurídico-constitucional, conclui-se que, embora já tenha sido objeto de discussão desde a antiguidade clássica, somente a partir da segunda metade do século XX, os princípios alçaram a condição de espécies de normas jurídicas, especialmente após a introdução dos princípios no ordenamento jurídico constitucional.

²¹ Um dos exemplos colocados por Ávila refere-se à decisão proferida pelo STF, no HC 73.662-9-MG, em que, analisando a regra contida no artigo 224 do CP, quanto à presunção de violência quando a vítima, nas hipóteses dos chamados “crimes contra os costumes” tem idade inferior a 14 anos, entendeu que, embora presentes os requisitos normativos, não restou configurado o tipo penal, diante da relevância das “circunstâncias particulares não previstas pela norma, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha”.

Acalmados os debates acerca da normatividade dos princípios, abriu-se nova problemática, ensejando teses que adotam diversos critérios para distinguir as espécies normativas, hodiernamente divididas entre regras e princípios.

Das teorias elaboradas, a obra de Robert Alexy ganha destaque ao conceituar princípios como “mandamentos de otimização”, caracterizados por definirem direitos ou imporem deveres *prima facie*, “realizáveis em diferentes graus”, aplicáveis por sopesamento em casos de colisão; em oposição às regras, caracterizadas por definirem direitos ou imporem deveres em caráter definitivo, realizáveis nos moldes do tudo-ou-nada, aplicáveis por subsunção e solucionadas no plano da validade em casos de conflito.

Mesmo bastante difundida, a teoria alexyana ainda enseja muita discussão ou é, por vezes, referenciada de modo incompatível com suas determinações, especialmente em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro em que, por tradição doutrinária, denominam-se por princípios diversas normas que, em conformidade com a tese de Alexy, seriam enquadradas na espécie de regras jurídicas.

Longe de um consenso sobre qual teoria acerca dos princípios seria a melhor e a mais adequada aos escopos normativos que se fazem necessários à ampla proteção dos direitos, especialmente aos direitos fundamentais que muitas das vezes, na maioria das teorias, tomam a estrutura de princípios jurídicos, resta-nos a certeza de que, valendo-se da citação do apóstolo Paulo de Tarso, trata-se de “um bom combate”, merecedor de atenção e posicionamento, para assim, não se “perder a fé” no aperfeiçoamento do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELOS, Ana Paula de. **Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988**. Revista de Direito Administrativo. Volume 221: 159-188. Rio de Janeiro: Renovar, julho/setembro 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do nosso modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SACCONI, Luiz Antônio. **Grande Dicionário Sacconi: da língua portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico**. São Paulo: Nova Geração, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. **1** (2003): 607-630.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Evolução da teoria dos direitos fundamentais**. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 10-21, out/dez 2007.