PONDERAÇÃO DE REGRAS?

Notas sobre conflito de regras e colisão de princípios

BALANCING RULES?

Notes about rules conflict and collision principles

¿PONDERACIÓN DE REGLAS?

Notas sobre ponderación de principios e colisión de reglas.

GABRIEL JONER¹

RESUMO

No âmbito do denominado neoconstitucionalismo, uma das frentes indicadas para a superação das barreiras opostas pela doutrina positivista é a utilização de mais princípios ao invés de regras e, em consequência, a utilização do método aplicativo da ponderação em prevalência à subsunção. A ponderação consiste na solução do conflito entre dois princípios, sem que um deles precise ser excluído do ordenamento jurídico, mas devendo ser seguido determinado procedimento, findo o qual resultará uma regra a ser aplicada ao caso concreto. Na origem da teoria, Robert Alexy assentou que somente seria possível ponderar princípios, nunca regras. Aliás, a possibilidade de sopesamento é justamente um dos critérios distintivos entre regras e princípios. Entretanto, a doutrina brasileira, além de recepcionar (equivocadamente) a teoria, optou por “sofisticá-la”, é dizer, além da utilização da ponderação para aplicação dos princípios, passou-se a propugnar a técnica também às regras. No presente estudo, será feita a análise crítica das teorias que propõem uma cisão estrutural entre regras e princípios, com seus critérios distintivos, para, ao fim, verificar até que ponto é válida a afirmação de que é possível ponderar regras.

PALAVRAS-CHAVE:

Princípios. Regras. Ponderação.

ABSTRACT

Within the called neoconstitutionalism, one of the fronts indicated to overcome the barriers opposing the positivist doctrine is the use of more principles rather than rules and, consequently, the use of the weighting method application in the prevalence to the subsumption. The weighting consists in the solution of the conflict between two principles, neither of which need to be excluded from the legal system, but certain procedure must be followed, after which result there will be a rule to be applied to the case. At the origin of the theory, Robert Alexy said that it would be possible to consider only principles, never rules. By the way, the possibility of sopesamento is precisely one of the distinguishing criteria between rules and principles. However, the Brazilian doctrine, apart from welcoming (mistakenly) the

¹ Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS. Especialista em Direito Público pela FMP. Especialista em Direito Tributário pela UFRGS. Advogado (OAB/RS). Professor da Universidade Feevale. Endereço eletrônico: gabriel.joner@hotmail.com. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0177086770281079>

theory, decided to “sophisticate it”, that is, besides the use of weighting to apply the principles, started to advocate the technique also to the rules. In this study, the review will be made of the theories that propose a structural split between rules and principles, with their distinctive criteria in order to check how valid is the claim that it is possible to consider rules.

KEYWORDS:

Principles, Rules, Balancing.

RESUMEN

Bajo del llamado neoconstitucionalismo, una de las apuestas para superar los obstáculos que se oponen por la doctrina positivista es el uso de más principios en lugar de reglas, y, en consecuencia, el uso de la técnica de aplicación de la ponderación en lugar de la subsunción. La ponderación es la solución a la colisión entre dos principios, sin la necesidad de uno ser excluido del ordenamiento jurídico, pero debe ser seguido cierto procedimiento, después de lo cual el resultado será una regla que debe aplicarse al caso. En el origen de la teoría, Robert Alexy ha dicho que solamente es posible ponderar principios, no reglas. Por otra parte, la posibilidad de ponderación es uno de los criterios de distinción entre reglas y principios. Sin embargo, la doctrina brasileña, además de haber adoptado la teoría, ha admitido la aplicación de la ponderación también a las reglas, y no solamente a los principios, como en su origen. En el presente estudio, se hace el análisis crítico de las teorías que proponen una división estructural entre reglas y principios, con sus criterios distintivos, para al final comprobar cuán válida es la afirmación de que es posible ponderar reglas.

PALABRAS-CLAVE:

Principios. Reglas. Ponderación.

SUMÁRIO. 1 Introdução. 2 Considerações sobre a distinção entre princípios e regras. 3 Ponderação de Regras? Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O debate acerca da distinção entre regras e princípios ocupa lugar cimeiro no âmbito da teoria e da filosofia do direito. Autores como Hart, Dworkin, Alexy, para citar os mais destacados, travaram grandes debates acerca dos seus contornos e critérios distintivos.

Na doutrina brasileira, especialmente entre aqueles ligados ao *neoconstitucionalismo*², ganharam destaque as teorias de Robert Alexy, em especial suas proposições sobre a solução de conflitos normativos (colisão de princípios ou conflito de regras), sendo este justamente um dos critérios utilizados na distinção entre as espécies normativas.

2 Neoconstitucionalismo é um termo criado originalmente para designar uma corrente antijuspositivista, indicando suas falhas. Atualmente, possui significado mais amplo, diferindo do positivismo basicamente pelo fato deste ser meramente uma doutrina descritiva, enquanto que o neoconstitucionalismo é também uma forma de política constitucional, indicando não como o direito é, mas como o direito deve ser. É, portanto, uma doutrina de justificação do sistema. (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p.77-8).

Segundo o autor alemão, o conflito de regras é solucionado com a eliminação de uma das regras do ordenamento, jurídico, ou com a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção³. Já com os princípios, a solução se dará de maneira distinta: um dos princípios irá ceder frente ao outro, sem que para tanto tenha que se declarar inválido o princípio afastado, nem que se tenha introduzido uma regra de exceção. Em suma, no conflito de regras se levaria a cabo a dimensão de validade, enquanto que nos princípios se levaria em conta a dimensão de peso.⁴

A solução da colisão não se dá de maneira aleatória, mas sim seguindo um determinado procedimento, onde o intérprete fará a análise quanto à necessidade, à adequação e à proporcionalidade *stricto sensu*. Findo o iter procedimental, advirá uma regra, esta sim aplicável ao caso concreto.

Ocorre que o idealizador da teoria preconizou que a ponderação é uma técnica aplicável unicamente aos princípios, sendo inadequada sua utilização para as regras, onde a solução do conflito normativo é resolvido de maneira diversa, como visto.

Entretanto, ao importar a teoria, a doutrina brasileira restou por ampliá-la, indicando que a ponderação é procedimento aplicável a qualquer espécie normativa, inclusive às regras.

No presente estudo, será feita a análise crítica das teorias que propõe uma cisão estrutural entre regras e princípios, verificando até que ponto são pertinentes, tomando como base a concepção de princípios no âmbito da Hermenêutica Filosófica.

Em um segundo momento, será abordada a técnica da ponderação propriamente dita, também sob um enfoque crítico, para ao final verificar a pertinência da sua aplicação no âmbito das regras.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A (IN)DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Um dos temas que mais tem gerado debates acadêmicos, hodiernamente, é o que envolve os contornos teóricos de regras e princípios, em especial sobre seus critérios de distinção e as hipóteses de aplicação.

Via de regra, os mais variados autores partem do enfoque sobre a distinção entre texto e norma para, em seguida, subdividir esta última em duas subespécies, quais sejam as regras e os princípios.

Tal debate ganhou contornos ainda mais efusivos quando se passou a afirmar, com base em posturas pós-positivistas, que os princípios foram elevados à condição de normas, pois antes, segundo estes autores, não possuíam caráter normativo, servindo apenas de diretrizes ou balizas para guiar o julgador no momento da decisão.

Neste cenário, autores afirmam que não se deve confundir texto e norma, visto que estas constituem os sentidos construídos a partir da interpretação. Ou, em outros termos, as normas constituem o “resultado da interpretação”⁵

As normas, por sua vez, apresentam duas espécies, quais sejam, regras e princípios, existindo uma miríade de teorias tentando estabelecer os seus critérios distintivos.

3 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 88.

4 Idem, *ibidem*, p. 89.

5 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

Na doutrina brasileira, Humberto Ávila, em sua obra *Teoria dos Princípios*, explana três critérios usualmente empregados para distinguir regras e princípios, sendo: a) critério do “caráter hipotético-condicional”; b) critério do “modo final de aplicação”; c) critério do “relacionamento normativo”.⁶

Na primeira hipótese, a distinção se fundamenta no fato de que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo ‘*se, então*’, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. Ávila assevera que este critério é relevante na medida em que “permite verificar que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz”.⁷ De qualquer modo, desde já tece sua crítica, ao indicar que referido critério é impreciso, também pelo fato de que os princípios podem, igualmente, ser formulados hipoteticamente.

O segundo critério (“modo final de aplicação”) se baseia no argumento de que as regras são aplicadas de modo absoluto, no ‘*tudo ou nada*’, enquanto que os princípios são aplicados de modo gradual, é dizer, no formato ‘*mais ou menos*’. Este seria, por exemplo, o posicionamento de Ronald Dworkin, ao indicar as regras se aplicam do modo “*all-or-nothing*”.⁸ Por esta razão, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. De outra banda, os princípios não irão determinar a decisão, mas conterão os fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

O último critério (do “conflito normativo), se fundamenta na ideia de que a antinomia entre as regras se consubstancia em verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles.⁹ Dworkin irá indicar que os princípios, diferentemente das regras, possuem uma dimensão de peso que se exterioriza nas hipóteses de colisão, caso em que o princípio com peso maior irá se sobrepor ao outro. Esta relação, todavia, não implicará que um dos princípios perca sua validade.¹⁰

Já Alexy irá afirmar que, em caso de colisão entre os princípios, a solução não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, oportunidade em que um deles, em determinadas circunstâncias concretas, prevalecerá.¹¹

Ocorre que, no âmbito da hermenêutica filosófica, a própria distinção entre regras e princípios é alvo de críticas¹². Segundo sustenta Lenio Streck, princípios e regras são como condições de possibilidade da normatividade, e não o contrário, por isso afirma:

6 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. op. cit., p. 40 e ss.

7 Idem, ibidem, p. 40.

8 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martinsfontes, 2011.

9 ÁVILA, Humberto Bergmann. op. cit, p. 39.

10 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. op. Cit.

11 ALEXY, Robert. op. cit, p. 89.

12 Neste sentido, Rafael Tomaz de Oliveira: “De tudo que foi dito, esperamos que uma coisa tenha sido esclarecida: distinguir, estruturalmente, regras de princípios representa uma operação de classificação normativa que se movimenta num nível puramente semântico, que não problematiza, radicalmente, o problema da interpretação num nível pragmático-existencial (Hermenêutico, poderíamos dizer). Isso acontece claramente nas posturas de Robert Alexy que continua preso ao normativismo idealista ao afirmar o conceito de norma como principal conceito da ciência do direito e fazer derivar dele o caráter deontico dos princípios. Não é exagero afirmar que o conceito semântico de norma com o qual Alexy opera torna o princípio uma derivação artificial e, ao mesmo tempo, lhe confere uma força talvez maior do que eles mesmo podem suportar ao afirmá-los como mandados de otimização, o que confere um poder (ou competência no seu sentido kelseniano) muito grande à figura do juiz. (OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)indeterminação do Direito*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008, p. 198).

No fundo os princípios são normas e as normas são princípios; não há como determinar uma condição apodídica que especifique quando começa um e termina o outro. De todo modo, uma coisa é definitiva: não há um conceito *a priori* de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras¹³.

Esta definição parte da constatação de que normas (assim como regras e princípios) não constituem conceitos semânticos. Norma representa o produto da interpretação de um texto, ou seja, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Logo, a norma não existe sem a interpretação e a interpretação não se faz sem um caso¹⁴. A distinção estrutural entre regras e princípios faz com que estes últimos sejam alçados à condição de metarregras, só sendo chamado quando as regras se mostrarem insuficientes à resolução dos casos. Este é o caso, por exemplo, da teoria da argumentação jurídica (tão aclamada pelos *neoconstitucionalistas*), ao afirmar que as regras se aplicam por subsunção e os princípios por ponderação.

Sendo assim, arremata o professor gaúcho:

quando expressiva maioria da doutrina distingue – a partir de Alexy – regras e princípios desde o critério estrutural, a partir da ideia de que regras são mandados de definição e princípios mandados de otimização (e outras distinções critério-lógicas), está-se apenas dando uma solução epistemológica para o problema e não uma solução hermenêutica.

Na hermenêutica filosófica, assim, não se propugna a cisão entre regras e princípios. Estes últimos sempre atuarão como determinantes para a concretização do direito, conduzindo à resposta adequada ao caso, enquanto que as regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos, regrando o caso, indicando o que deve ou não ser feito. Os princípios darão legitimidade, ou seja, a solução encontrada será dotada de autoridade. O problema da resposta correta será resolvido na medida em que seja descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso. Os princípios não resolverão diretamente o caso, apenas legitimarão a solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do direito.¹⁵

Com estas bases, é possível rechaçar também a afirmação de que as regras seriam enunciados “fechados”, não permitindo uma expansão interpretativa, ao contrário dos princípios, que seriam enunciados “abertos”, possibilitando uma margem maior de interpretação por parte do intérprete.

Em verdade, o que ocorre é o oposto. As regras é que possuem uma abertura (“porosidade”), até mesmo por serem feitas com caráter de universalidade/abstratidade/generalidade. A regra, assim, abre a interpretação exatamente em razão de sua perspectiva universalizante, pretendendo abarcar todas as hipóteses de aplicação.¹⁶

Já os princípios possuem a característica de recuperar o mundo prático, “cotidianizando” a regra, devolvendo a sua espessura ôntica. Por isso é que Lenio Streck irá indicar que o princípio só se realiza a partir de uma regra, é dizer, o princípio será o elemento compreensivo que vai além da regra, transcendendo a sua onticidade. Os princípios, assim, adquirem o caráter de transcendência.¹⁷

13 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 550.

14 Idem, *ibidem*, p. 549.

15 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. *op. cit.*, p. 561-2.

16 Idem, *ibidem*, p. 563.

17 Idem, *ibidem*, p. 571.

3. PONDERAÇÃO DE REGRAS?

Uma vez tecidas as considerações sobre a (in)distinção entre princípios e regras, focamos nosso estudo na técnica da ponderação, referida no âmbito do critério distintivo “conflito normativo”.

Sustenta Robert Alexy¹⁸ que, comum às colisões de princípios e aos conflitos de regras é o fato de que duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, é dizer, a dois juízos de dever ser jurídico contraditórios. Entre regras e princípios, entretanto, há diferença na forma como se soluciona o conflito.

No conflito de regras, o caso só pode ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras, ou introduzindo uma cláusula de exceção. No primeiro caso, considerando que o conceito de validade não é gradual, uma das regras deverá ser eliminada do ordenamento jurídico, pois não se admitem dois juízos de dever-ser reciprocamente contraditórios.

Com os princípios a solução, segundo o mesmo autor, deve se dar de maneira diversa. Quando estes entram em colisão, um dos princípios deve ceder perante o outro. Entretanto, isto não significa declarar inválido ou criar uma regra de exceção ao princípio afastado. O que ocorre é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro.

Por isso Alexy afirma que, no caso concreto, os princípios tem diferentes pesos e que deve prevalecer o princípio com maior peso. Não se questiona a dimensão da validade, como ocorre nas regras (pois só podem entrar em colisão princípios válidos), mas sim a dimensão do peso.¹⁹

Mas não será sempre e em todos os casos que se utilizará a técnica da ponderação. O sopesamento de princípios apenas se faz necessário quando as normas expressassem uma resposta clara ou que não for possível identificar que norma aplicar. Nestas situações, estar-se-ia diante do chamado *hard case*.

Assim, no processo de aplicação do direito seria possível identificar dois tipos de situações: a) uma situação na qual as regras jurídicas seriam claras o bastante para que não houvesse qualquer dúvida sobre a sua aplicação, o que geraria a ideia de casos fáceis; b) e outro, haveria casos nos quais não seria possível o reconhecimento da regra aplicável, condição que colocaria o resultado numa zona de penumbra ou num âmbito de textura aberta da linguagem, que somente poderia ser resolvido na apreciação do caso concreto. Estas poderiam ser consideradas como casos difíceis (*hard cases*).²⁰ Portanto, o conflito de princípios acaba tendo o seu lugar somente quando o modelo de regras (subsunção) se mostrar insuficiente, ou seja, só nos *hard cases*.

O sopesamento de princípios, segundo a teoria alexyana, não é feito sem a observância de critérios, mas, pelo contrário, será o procedimento que irá legitimar o resultado final obtido. É dizer, se forem respeitadas as três etapas da lei de colisão, o resultado da sentença se tornará inquestionável²¹.

18 ALEXY, Robert. op. cit, p. 87.

19 Idem, ibidem, p. 89.

20 MORAIS, Fausto Santos de. *A proporcionalidade como princípio epocal do Direito: o (dês)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da Nova Crítica do Direito*. 2010. 218f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2008, p. 48-9.

21 TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael ; ABOUD, G. ; CARNIO, H. G. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 385.

Este procedimento se dará com a máxima da proporcionalidade e com suas três máximas parciais²²: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ou postulado de ponderação propriamente dito).²³

Ao fim da técnica da ponderação, resultará uma regra, que será aplicada ao caso concreto. Alexy apresenta a “lei de colisão”²⁴, da seguinte forma: “as condições, sob as quais um princípio precede a outro, constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”²⁵.

A doutrina brasileira restou por recepcionar as teorias acima explanadas, em especial os adeptos do denominado “neconstitucionalismo”. Segundo esta corrente jusfilosófica, com o advento do Estado Democrático de Direito, ficou insustentável a manutenção de um conceito de Direito desprovido de conteúdo valorativo, tal como o defendido pelo positivismo jurídico²⁶, já que este está indissociavelmente ligado ao Estado de Direito legalista, cujos dogmas são a supremacia da lei ordinária sobre a Constituição e a supremacia da vontade do legislador sobre a justiça.²⁷

Susanna Pazzolo²⁸ explicita quais são as principais frentes propostas pelo neoconstitucionalismo como forma de superação das barreiras opostas pela doutrina positivista:

- a) Existência mais de princípios do que regras: o ordenamento jurídico não será formado apenas por regras, mas principalmente pela existência de princípios. As regras se caracterizam por ser “tudo ou nada”, ou seja, não permitem maleabilidade aplicativa. Os princípios, pelo contrário, são vistos como ‘valores morais positivados’, possuindo uma linguagem extremamente vaga, com alto nível de abstração. Os princípios sugerem aos juízes o uso de justificações baseados em argumentos de justiça;

22 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit, p. 111-2.

23 A adequação significa que: Se M1 (meio) não é adequado para a promoção ou obtenção do fim F, exigido por P1, então M1 não é exigido por P1, é dizer para P1 é indiferente usar M1 ou não. Necessidade: o fim não pode ser obtido de outra maneira. Procura-se analisar se entre as medidas possíveis será possível escolher uma que afete menos ou que não afete o princípio colidente antagônico. A pergunta a ser feita é: o ato estatal, necessário à realização do objetivo, pode ser substituído por outro que realize o objetivo com a mesma intensidade, mas com uma interferência menor nos Direitos Fundamentais? Proporcionalidade em sentido estrito: se um princípio de direito fundamental entra em conflito com um princípio oposto, necessária a realização da ponderação dos princípios em jogo, após a qual se resultará a lei da ponderação, aplicável ao caso concreto. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit, p. 113-4).

24 Fausto Santos de Moraes adverte que: “a lei de sopesamento não define que princípio deve ser considerado importante ou não, mas permite que se tenha condições de estabelecer cargas argumentativas a partir de determinadas circunstâncias. Isso significa que aquele enunciado criado a partir da lei de sopesamento deve justificar a preferência de um princípio sobre o outro, apresentando fundamentos quanto aos graus de afetação de um em outra posição à importância do outro.” (MORAIS, Fausto Santos de. *A proporcionalidade como princípio epocal do Direito*, op. cit, p. 57).

25 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit., p. 94.

26 Sobre a crise do positivismo, com a sua consequente superação pelo neoconstitucionalismo, em especial nos países europeus, Luís Roberto Barroso aduz que: “No constitucionalismo europeu prevalece o entendimento de que as normas constitucionais eram dirigidas ao legislador, não sendo propriamente normas jurídicas, passíveis de tutela judicial. A superação desta perspectiva ganhou impulso a partir do 2º Pós-Guerra, com a superação do positivismo jurídico e a assunção dos princípios. Esta revolução silenciosa tornou-se possível graças à disseminação da jurisdição constitucional, com a criação de diversos tribunais constitucionais pelo mundo a fora. No Brasil, o fenômeno ocorreu após o regime militar” (BARROSO, Luís Roberto. *Constituição*, in BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 144/148).

27 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. op. cit., p. 86.

28 POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. In: *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Biblioteca Virtual Miguel Cervantes., n.º 21, 1998, p. 339-353. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/2358284432257074008_7891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_25.pdf>. Acesso em 06.03.2007.

- b) Ponderação ao invés de subsunção: este método aplicativo/interpretativo pressupõe a utilização de princípios, posto que as regras não admitem ponderação, mas tão somente a aplicação de uma norma abstrada a um caso concreto, ou seja, a subsunção. Os princípios, pelo contrário, exigem a ponderação, que implica em verificar quais são os princípios aplicáveis ao caso concreto, onde via de regra existe mais de uma hipótese de aplicação, em aparente contradição. Assim, deve ser sopesado qual o princípio de maior importância para a situação fática concreta. O entrelaçamento de princípios ocorrerá, assim, não no plano abstrato, mas tão somente no caso concreto;
- c) Constituição *versus* independência do legislador: Com a substancialização do texto constitucional, que assume um caráter de dirigismo, há uma diminuição do poder conferido ao legislador ordinário. Impede-se, assim, qualquer forma de arbitrariedade na ação legiferante, pois os textos legais de hierarquia inferior deverão conformar-se com os dispositivos constitucionais. O legislador tem seu espaço de discricionariedade reduzido. Este aspecto decorre, também, da supremacia hierárquica do texto constitucional, que vincula todos os demais dispositivos legais. A compatibilidade com o texto constitucional condicionará a validade das normas infraconstitucionais;
- d) Juízes *versus* liberdade do legislador: Enquanto no positivismo os magistrados detinham a única e exclusiva tarefa de reproduzir a letra fria da lei, num mero exercício de subsunção, a partir do neoconstitucionalismo os juízes exercerão um papel criativo, visando tornar concretos os direitos constitucionalmente previstos. Frisa-se, por oportuno, que este papel criativo não corresponde a ativismo judicial. O juiz não é arbitrário. Antes pelo contrário, a interpretação judicial é constitucionalmente vinculada, o que se dá com a concepção substancialista da constituição, bem como com respaldo nos princípios, que impedem o juiz de realizar interpretações descontextualizadas.²⁹

Ocorre que a doutrina brasileira não se limitou a incorporar os ensinamentos da doutrina estrangeira. Mas, pelo contrário, optou por ir além.

Além da utilização da ponderação para aplicação aos princípios, passou-se a propugnar a técnica também às regras, o que sempre foi rechaçado pelos adeptos da teoria original.

Em território pátrio, os principais precursores desta “inovação” foram Humberto Ávila e Luiz Roberto Barroso, este último em artigo escrito em co-autoria com Ana Paula de Barcellos.

O primeiro, no seu clássico *Teoria dos Princípios*³⁰, discorre sobre os critérios de distinção entre princípios e regras enfocados pela doutrina, os quais enumera: a) critério do “caráter hipotético-condicional”; b) critério do “modo final de aplicação”; c) critério do “conflito normativo”.

Em sua análise sobre o último critério distintivo, segundo o qual os princípios poderiam ser

29 Sobre o aspecto criativo do legislador, Paulo Bonavides faz o seguinte comentário: “Todas as variações geradoras de um novo direito constitucional se aprestariam desgarradas de órbita se lhes faltasse apoio direto ou indireto num eixo de referência conceitual que não pode deixar de ser o Estado social e suas estruturas de normatividade vinculadas à Nova Hermenêutica. Enfim, os juristas liberais são conservadores; os juristas sociais, ao revés, criativos e renovadores; os primeiros ficam com metodologia clássica, os segundos criam a Nova Hermenêutica; aqueles se comportam nos conceitos como juristas do Estado e só secundariamente da Sociedade; estes, ao contrário, tendem a buscar o direito nas suas raízes sociais e desertam o formalismo rigoroso dos positivistas da norma.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17).

30 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. op. cit.

distinguidos das regras pelo modo como funcionam em caso de conflito normativo, pois, no caso das regras, a questão se resolveria com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre princípios seria resolvido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles, é que tece sua crítica.

O autor não rechaça por completo a técnica de solução, mas adverte que esta deve ser “aperfeiçoada”, pois, não seria apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso. Na visão do Autor, a ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing, Abwägung*), enquanto sopesamento de razões e contra-razões, que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras, segundo sua teoria).

Ainda, Humberto Ávila possui o entendimento de que a atividade de ponderação ocorre na hipótese de regras que abstratamente convivem, mas concretamente pode entrar em conflito. Isto porque, em alguns casos, as regras entram em conflito sem que percam sua validade, e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas.

Em posição semelhante, Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos³¹ rezam que:

A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.

Tais posições não podem restar imunes às críticas.

Ora, deve restar claro que as teorias adotadas pela doutrina brasileira partem da distinção alexyana entre regras e princípios, que tem a técnica da ponderação como um critério distintivo primordial. Logo, advogar a possibilidade de ponderação de regras vem de encontro às bases da teoria.

Não fosse suficiente, verifica-se que a alegação de ponderar regras não se sustenta. Como analisando antes, quando o intérprete utiliza o sopesamento de princípios, deverá percorrer as três etapas do procedimento (análise da necessidade, adequação e proporcionalidade), sendo que, ao final, resultará uma regra (lei da colisão), que será aplicada ao caso concreto. Sendo assim, na ponderação de regras teríamos que admitir que, estando em colisão duas regras, uma terceira seria utilizada para resolver o caso submetido ao juízo.

Neste sentido, a posição de Lenio Streck:

Na distinção lógica, pretende-se iluminar a distinção (na verdade cisão, entre regra e princípio a partir do momento aplicativo de cada um destes fenômenos jurídicos. Assim, diz-se que regras são aplicáveis por subsunção, ao passo que os princípios o são por ponderação (Alexy). Essa

31 BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004, p. 6.

questão está presente à sociedade na doutrina constitucional brasileira. Por todos, vale referir Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso, propondo que, para além da ponderação de princípios, deva existir, também, uma ponderação entre regras. Interessante notar que, se aceitarmos a tese proposta, a distinção oferecida por Alexy – inspiração constante para as proposições dos autores (e da maioria dos constitucionalistas de *terrae brasiliis*) – não se sustenta. Com efeito, se a ponderação é um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios de Alexy – como demonstrado alhures –, e se a ponderação é procedimento do qual o resultado será uma regra posteriormente subsumida ao caso concreto, o que temos como resultado da “ponderação de regras”? Uma “regra” da regra?. Uma regra para aplicação da regra? Penso, assim, que em termos práticos (no interior do pensamento alexyano), a distinção entre regras e princípios perde a função, uma vez que não há mais a distinção subsunção-ponderação. Observemos: nos termos propostos por Barcellos e Barroso, a ponderação aparece como procedimento generalizado de aplicação do direito. Desse modo, em todo e qualquer processo aplicativo, haveria a necessidade de uma “parada” para que se efetuasse a ponderação. Tal empresa – estender a ponderação para a aplicação de regras – se mostra destituída de sentido prático, visto que da regra irá resultar outra regra, essa sim aplicável ao caso.³²

Não fossem suficientes as críticas acima lançadas, a demonstrar que a denominada “ponderação de regras” não se sustenta ainda que se parta da sua teoria originária, pois em nenhum momento Alexy propôs ou admitiu este procedimento, mas, pelo contrário, indicou que é justamente este critério que distingue as regras dos princípios, ainda deve ser melhor analisada a própria “ponderação” (seja de regras ou de princípios), segundo a crítica que lhe é feita pela hermenêutica filosofia.

Isto porque a ponderação possui relação próxima com a discricionariedade. Esta procedimentalização elimina o caso concreto, abrindo um terreno fértil para a discricionariedade interpretativa e a conseqüente multiplicidade de respostas. Ao juiz será delegada a tarefa de resolver os casos difíceis, escolhendo o princípio a ser aplicado. Se no positivismo os casos difíceis eram solucionados pela discricionariedade do juiz, na teoria da argumentação, com a ponderação de princípios, também acaba resvalando para a discricionariedade, haja vista que delega ao juiz o poder de escolher o princípio aplicável.³³

A discricionariedade é admitida por Alexy, como se pode constatar do posfácio que compõe a edição para o português, quando afirma que: “neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário”.³⁴

Alexy se apresenta como pós-metafísico, mas em realidade não conseguiu superar a metafísica. Na sua teoria, procedimental, trouxe uma diversidade de regras que acabam retomando o pensamento metafísico. Ou seja, Alexy está preocupado com o problema da fundamentação³⁵, não tendo descolado para a questão existencial. Está, portanto, assentado, ainda, na filosofia da consciência. A proposta de um modelo lógico-subsumitivo para os casos fáceis é outra demonstração de que se encontra preso na filosofia da consciência. E no que se refere à ponderação, sempre leva a uma abstração em face do caso. Além do mais, ao admitir que um princípio prepondera sobre outro, é forçado a admitir que se negociam valores, prejudicando a força normativa da constituição.³⁶

32 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. op. cit., p. 562-3.

33 Idem, *ibidem*, p. 233.

34 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611.

35 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. op. cit. p. 237.

36 Idem, *ibidem*, p. 239.

Para a hermenêutica-filosófica, a resposta correta não decorreria desta procedimentalização, mas sim da reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do direito.³⁷

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, conclui-se que aqueles que advogam a possibilidade/necessidade de ponderar regras incorporaram de maneira equivocada a teoria alexyana, haja vista que este autor jamais propôs ou admitiu esta técnica aplicativa. Pelo contrário, Alexy indicou que é justamente este critério que distingue as regras dos princípios.

Não fosse suficiente a importação equivocada da teoria, para abranger hipóteses não previstas na origem, ainda se denota que aqueles que sufragam a possibilidade de ponderar regras olvidam-se de que quando o intérprete utiliza a técnica da ponderação, deverá percorrer as três etapas do procedimento (análise da necessidade, adequação e proporcionalidade), sendo que ao final resultará um regra (lei da colisão) que será aplicada ao caso concreto.

Sendo assim, na ponderação de regras teríamos que admitir que, estando em colisão duas regras, uma terceira seria utilizada para resolver o caso submetido ao juízo. Ou, na pertinente crítica de Lenio Streck, teríamos ao final uma “regra da regra”.

Ademais, admitir a possibilidade de ponderar regras seria ampliar as possibilidades de discricionariedade judicial, vez que tal procedimentalização resta por eliminar o caso concreto, abrindo terreno para ativismos e a consequente multiplicidade de respostas. Com efeito, a ponderação de regras seria o método utilizado na hipótese “casos difíceis” envolvendo conflito e/ou colisão de regras, sem que uma dessas fosse eliminada do ordenamento jurídico. Em outros termos, seria delegado ao juiz escolher a regra a ser aplicada ao caso concreto.

Em verdade, no âmbito da hermenêutica filosófica, a própria distinção entre regras e princípios é alvo de críticas, pois esta distinção estrutural representa uma operação de classificação normativa que se movimenta num nível puramente semântico, sem problematizar a questão da interpretação num nível pragmático-existencial.³⁸

Hermeneuticamente, não se propõe uma completa cisão entre regras e princípios, porque, enquanto as regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos, são os princípios que lhe darão legitimidade, ou seja, o problema da resposta correta será resolvido na medida em que seja descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso.³⁹

Por fim, deve restar assentado, também, que os princípios possuem a característica de recuperar o mundo prático. Por isso é que Lenio Streck irá indicar que o princípio só se realiza a partir de uma regra, é dizer, o princípio será o elemento compreensivo que vai além da regra, ou seja, transcende a sua onticidade.⁴⁰

37 Idem, *ibidem*, p. 240.

38 OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o conceito de princípio*. Op. cit, p. 198.

39 Idem, *ibidem*, p. 561-2.

40 Idem, *ibidem*, p. 571.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 9ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição*, in BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martinsfontes, 2011.
- MORAIS, Fausto Santos de. *A proporcionalidade como princípio epocal do Direito: o (dês)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da Nova Crítica do Direito*. 2010. 218f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2008.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)indeterminação do Direito*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008.
- POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretacion constitucional. In: *Doxa - Cuadernos de Filosofia del Derecho*, Biblioteca Virtual Miguel Cervantes., n.º 21, 1998, p. 339-353. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_25.pdf>. Acesso em 06.03.2007.
- TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael ; ABOUD, G. ; CARNIO, H. G. . *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.