

## O CONCEITO DE PRINCÍPIO: UMA QUESTÃO DE CRITÉRIO<sup>1</sup>

THE CONCEPT OF PRINCIPLE:  
A MATTER OF CRITERION

Rodrigo Lanzi de Moraes Borges<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O conceito de princípio levando em consideração os diversos critérios adotados pela doutrina pátria e estrangeira; 2.1. As diferenças entre os princípios e as regras segundo o critério tradicional e o estrutural qualitativo; 2.2. O critério estrutural qualitativo para a distinção entre princípios e regras: algumas considerações a respeito das teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin; 3. Colisões entre os princípios e conflitos entre as regras; 4. Normas de direitos fundamentais: princípios e regras; 5. Conclusões; Referências bibliográficas.

### RESUMO

É inegável a importância das normas de direitos fundamentais, principalmente dos princípios, responsáveis pela busca da Constitucionalização do Direito, com a irradiação dos seus efeitos para todo o ordenamento jurídico pátrio. Por essa razão, tanto os doutrinadores nacionais quanto os estrangeiros passaram a se dedicar intensamente sobre o assunto. Assim, diante dos estudos sobre a matéria é que procuramos conceituar os princípios constitucionais levando em consideração os diversos critérios adotados pela doutrina tradicional, e também realizar um breve estudo sobre a teoria adotada por Robert Alexy, que se utiliza de critério totalmente diverso para tanto, sendo o seu entendimento utilizado de forma equivocada por grande parte dos estudiosos que ao conceituarem princípios realizam uma fusão entre os critérios tradicionais e o utilizado pelo autor alemão o que é inadmissível face às disparidades de conclusões que podem ser extraídas.

### PALAVRAS-CHAVE

Direitos fundamentais; Princípios; Regras.

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 18/05/2010; Aceito para publicação em 03/06/2010.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Constitucional pela ITE/Bauru. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor universitário. Advogado. E-mail: rodrigolanzi@hotmail.com.

## ABSTRACT

The importance of fundamental rights is indisputable, especially concerning its principles which are responsible for the constitutionalization of Right, irradiating its effects throughout a country's entire legal system. For that reason, both national and foreign experts began to focus intensely on the subject. Considering the important studies on the subject that we conceptualize the constitutional principles taking into account the different criteria adopted by the traditional doctrine, and also performed a brief study on the theory adopted by Robert Alexy that uses different criterion for both, and his understanding of wrongly used by many doctrines that conceptualize the constitutional principles using the traditional criteria and the criterion adopted by de German author, which unacceptable in view the diversity of conclusions can be drawn.

## KEYWORDS

Fundamental Rights; Principles; Rules.

## 1 INTRODUÇÃO

É inegável, atualmente, a importância dos direitos fundamentais na busca da *Constitucionalização do Direito*, haja vista a especial previsibilidade de aplicação imediata de suas normas (§ 1º, art. 5º da CF/88), com a imediata irradiação dos seus efeitos para todo o ordenamento jurídico através da inserção de regras e, principalmente, dos princípios, vinculando a atuação de todos os Poderes do Estado, seja na criação de normas infraconstitucionais, na aplicação aos casos concretos pelo magistrado ou na atuação do administrador público.

Diante da descoberta da importância do que representam os princípios na construção do nosso ordenamento jurídico, os doutrinadores começaram a tratar do assunto com a elaboração de diversas monografias e artigos sobre a matéria.

Em que pese o brilhantismo dos trabalhos, principalmente, dos elaborados pela doutrina pátria, temos que, *data maxima venia*, há uma grande confusão entre os estudiosos que, ao tratarem do assunto, utilizam-se de diversos critérios para conceituar os princípios, por consequência, chegando muitas vezes a conclusões diferentes.

No entanto, a maioria dos doutrinadores, ao conceituar os princípios, inevitavelmente, colaciona em seus estudos a moderna definição dada por Robert Alexy ao tratá-los em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, o qual utiliza de critério diverso para tanto, chegando a conclusões muitas vezes diversas das que deveriam chegar a doutrina tradicional.

Tendo em vista a confusão quase sempre realizada pela doutrina é que buscaremos colacionar os diversos conceitos que foram tecidos ao longo dos anos, sempre nos pautando acerca do critério adotado por cada estudioso, com o fito de eliminar, definitivamente, alguns erros cometidos pela doutrina<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30 e 36.

## 2 O CONCEITO DE PRINCÍPIO LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO OS DIVERSOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELA DOCTRINA PÁTRIA E ESTRANGEIRA

A palavra princípio vem do latim *principium* e tem significação variada, podendo dar a ideia de começo, início, origem, ponto de partida, ou, ainda, a ideia de verdade primeira, que serve de fundamento, de base para algo.

Portanto, etimologicamente, o termo princípio origina-se de principal, primeiro, demonstrando origem de algo, de uma ação ou de um conhecimento.<sup>4</sup>

Por outro lado, o termo princípio pode apenas significar regras a seguir, normas.<sup>5/6</sup>

Nas ciências em geral, a ideia de princípio está ligada aos seus fins. Serão os princípios que darão rumo, solidez, disciplina e clareza de objetivos para estas ciências.<sup>7</sup>

No Direito, os princípios dão a mesma ideia mencionada alhures, que é a de dar rumos, constituindo verdadeiros vetores.

Em que pese os princípios estarem ligados à ideia de início, base e começo de tudo, os mesmos nem sempre tiveram, no Direito, a importância que atualmente lhes são atribuídas.<sup>8</sup>

Com o passar do tempo, os princípios passaram a fazer parte dos sistemas jurídicos ganhando força normativa, sendo certo que, um dos primeiros doutrinadores a afirmar o caráter normativo dos princípios, como explica Paulo Bonavides, fora Crisafulli em 1952.<sup>9</sup>

Atualmente, como bem observa Ruy Samuel Espíndola, existe uma unanimidade entre os doutrinadores em reconhecer o *status* de norma de Direito aos princípios jurídicos, ou norma jurídica, possuindo positividade, vinculatividade, eficácia positiva –

<sup>4</sup> Nesse sentido: GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: Art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 17.

<sup>5</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento partidário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 92.

<sup>6</sup> Sobre o assunto, Rui Portanova assim assevera: “A doutrina utiliza o termo ‘princípio’ com muitas significações: critério, política, sistema, requisito e regra, por exemplo” (PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 13).

<sup>7</sup> Sérgio Pinto Martins, seguindo os ensinamentos de José Cretella Júnior afirma que: “São, portanto, princípios as proposições básicas que fundamentam as ciências, informando-as e orientando-as. São as proposições que se colocam na base da ciência, informando-a e orientando-a. Para o Direito, o princípio é o seu fundamento, a base que irá informar e inspirar as normas jurídicas” (MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 69).

<sup>8</sup> Nessa esteira: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória – o que e uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 257.

que pode ser entendida, segundo o autor, como inspiração à luz hermenêutica e normativa que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos princípios incindíveis -, e eficácia negativa, assim entendida como a força de tornar inválidas as decisões que se contraponham aos princípios.<sup>10 11 12</sup>

Como bem explica Robert Alexy, tanto os princípios quanto as regras são normas porque ambos dizem o que deve ser, podendo, ainda, serem auxiliadas pelas expressões deônticas de permissão e proibição.<sup>13</sup>

Diante dessa nova percepção e ante a exaltação de sua importância no decorrer do tempo, os princípios começaram a constituir a base das constituições contemporâneas.<sup>14</sup>

No entanto, há que se ressaltar que a doutrina conceitua os princípios de diversos modos, utilizando-se, para tanto, de inúmeros critérios, como o da fundamentalidade, hierarquia, abstração, generalidade etc.

Lucia Valle Figueiredo, por exemplo, nos ensina que os princípios são: “[...] normas gerais, abstratas, não necessariamente positivadas expressamente, porém às quais todo ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material deve respeito”.<sup>15</sup>

Para Roque Antonio Carrazza:

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes

<sup>10</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

<sup>11</sup> Adotando a corrente do positivismo jurídico Benedito Hespânia assevera ser inquestionável a normatividade dos princípios, sendo peremptório ao afirmar: “[...] qualquer sistema ou ordenamento jurídico é integrado por princípios e regras de direito. Vale dizer que uma ordem jurídica positiva possui tantos princípios gerais de direito quantos forem jurídica e positivamente estabelecidos. É claro que a ordem jurídica poderá inserir a positividade de outros princípios gerais de direito, uma vez que ao intérprete sempre é dado, em qualquer tempo e lugar, o direito de questionar o conteúdo valorativo de justiça e a normatividade de transformadora de novos princípios gerais do direito”. E conclui: “A normatividade dos princípios é inquestionável, já que o discurso de sua proposição valorativa expressa o conteúdo da observância de normas legítimas e necessárias para regular a situação de justiça de qualquer caso real ainda não regulado no sistema ou ordenamento jurídico” (HESPÂNHA, Benedito. *Direito processual e a Constituição: a relevância hermenêutica dos princípios constitucionais do processo*. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 14-15).

<sup>12</sup> Sobre a matéria, vide MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, tomo II, p. 198.

<sup>13</sup> ALEXY, 2002, p. 83.

<sup>14</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **O conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 134-135.

<sup>15</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 38.

do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.<sup>16</sup>

Como ensina Paulo Henrique dos Santos Lucon:

nas ciências jurídicas, os princípios tem a grande responsabilidade de organizar o sistema e atuar como elo de ligação de todo o conhecimento jurídico com finalidade de atingir resultados eleitos; por isso, são também normas jurídicas, mas de natureza anterior e hierarquicamente superior as 'normas comuns' (ou de 'normas não principais').<sup>17</sup>

Marcelo Harger conceitua os princípios como sendo:

normas positivadas ou implícitas no ordenamento jurídico, com um grau de generalidade e abstração elevado e que, em virtude disso, não possuem hipóteses de aplicação pré-determinadas, embora exerçam um papel de preponderância em relação às demais regras, que não podem contrariá-los, por serem as vigas mestras do ordenamento jurídico e representarem os valores positivados fundamentais da sociedade.<sup>18</sup>

Vide, ainda, a definição de princípio realizada por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes, para quem constitui:

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 à tônica e lhe dá sentido harmônico.<sup>19</sup>

Como é possível observar, ao conceituarem os princípios, os autores levam em consideração diversos critérios, como o da fundamentalidade, quando afirmam serem os mesmos mandamentos nucleares de um sistema; da abstração, ao sustentarem que os mesmos possuem uma alta carga de abstração; da hierarquia, quando afirmam que são considerados como normas superiores dentro do ordenamento jurídico, dentre outros; critérios esses diversos daquele utilizado por Robert Alexy, o qual leva em consideração a estrutura da norma em seu aspecto qualitativo, senão vejamos o seu posicionamento:

Hasta ahora, lo que interesaba era el concepto de la norma de derecho fundamental o iusfundamental. Ahora hay que considerar su estructura. A tal fin, pueden llevarse a cabo numerosas distinciones teórico-estructurales. Para

<sup>16</sup> CARRAZZA, Antonio Roque. **Curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 31.

<sup>17</sup> LUCON, 1999, p. 92.

<sup>18</sup> HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 16.

<sup>19</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55.

la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es la distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.<sup>20/21</sup>

Segundo Robert Alexy, os princípios seriam normas que prescrevem um *mandamento de otimização*, podendo o preceito ser cumprido em diversos graus de intensidade, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Diante dos diversos critérios citados acima, não se pode sustentar que os mesmos estão corretos ou não, sendo somente possível afirmar que, dependendo do critério utilizado para a conceituação dos princípios, poderá haver conclusões diversas, principalmente, quando da diferenciação desses com as regras, bem como da análise acerca da possibilidade das colisões e conflitos que trataremos mais adiante nesse trabalho.

E não é só isso. Seguindo a lição de Robert Alexy – transcrita por muitos estudiosos de forma equivocada, diga-se de passagem, em suas obras –, os princípios nada mais são do que *modelos de otimização*, podendo ou não ser considerados como *mandamentos nucleares* de um sistema.

Diante da teoria do autor alemão, pode-se afirmar que existem regras regendo direitos fundamentais, assim como existem princípios que não estão enquadrados nessas disposições, pelo menos na visão aplicada pelo autor alemão, que leva em conta a estrutura da norma em seu aspecto qualitativo e não a sua fundamentalidade como vem sendo realizada pela teoria tradicional. Nesse mesmo sentido, vejamos o posicionamento de Virgílio Afonso da Silva, a saber:

o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma em questão. Como visto acima, uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a estrutura de um mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser um mandamento nuclear de um sistema, mas pode também não o ser, já que uma norma é um

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81.

<sup>21</sup> Tradução livre do autor: “Até agora, o que interessava era o conceito da norma de direito fundamental ou iusfundamental. Agora há que se considerar sua estrutura. Para esse fim, podem levar em conta numerosas distinções teórico-estruturais. Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante é a distinção entre regras e princípios. Ela constitui a base da fundamentação iusfundamental e é uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e muito menos uma teoria suficiente acerca do papel que desempenham os direitos fundamentais no sistema jurídico. É um elemento básico não somente da dogmática dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, senão também dos direitos de proteção, organização e procedimento e a prestação em sentido estrito”.

princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade. O mesmo vale para as regras. Pode haver regras que sejam disposições fundamentais do sistema, mas isso é irrelevante para a sua classificação.<sup>22</sup>

E para visualizar a grande diferença entre as teorias tradicionais e a do mestre alemão, podemos citar, como exemplo, o Art. 150, inc. III, alínea *a* da Constituição Federal, o qual é denominado pela maioria da doutrina como sendo o *princípio* da anterioridade tributária e que, pela definição de princípios realizada por Robert Alexy, não passa de uma regra jurídica, uma vez que essa norma não dá margem para a ponderação ao seu aplicador. Assim, ou o administrador obedece aos ditames acima e realiza a cobrança dos tributos da forma convencionada, ou o seu ato afrontará diretamente o dispositivo constitucional e será passível de revisão judicial.

Nesse ínterim, convém novamente colacionar os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva, o qual fora peremptório ao afirmar que:

A razão é simples: o critério que Alexy utiliza para distinguir princípios de regras é um critério estrutural, que não leva em consideração nem fundamentalidade; nem generalidade, nem abstração, nem outros critérios materiais, imprescindíveis nas classificações acima mencionadas. Como consequência, muito do que é tradicionalmente considerado como princípio fundamentalíssimo – a anterioridade da lei penal é um exemplo esclarecedor – é, segundo os critérios propostos por Alexy, uma regra e não um princípio [...]. 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 e 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 de regras.<sup>23</sup>

Assim, dependendo do critério utilizado pelos doutrinadores para definir os princípios poderão haver consequências diversas, haja vista que, pela teoria de Robert Alexy, algumas normas denominadas de princípios – como, por exemplo, o da anterioridade tributária –, segundo o critério adotado pelo mestre alemão, nada mais são do que regras.

## 2.1 As Diferenças Entre os Princípios e as Regras Segundo o Critério Tradicional e o Estrutural Qualitativo de Robert Alexy

Os doutrinadores, em sua expressiva maioria, ao diferenciam as regras dos princípios se baseiam também em diferentes critérios, como também já vinha alertando

<sup>22</sup> ALEXY, 2002, p. 36.

<sup>23</sup> SILVA, 2005, p. 30 e 36.

José Joaquim Gomes Canotilho, critérios esses que podem levar em conta a fundamentalidade da norma, a sua abstracção, hierarquia, dentre outros, senão vejamos:

Saber como distinguir, no âmbito dos superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.

a) grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; c) carácter de fundamentabilidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito); d) 'proximidade' da ideia de direito: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.<sup>24/25</sup>

Como bem observado por Paulo Bonavides, uma das primeiras distinções de valor teórico reconhecidas pela doutrina entre princípios e regras fora realizada por Boulanger, o qual se utilizou do critério da generalidade para afirmar que:

---

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1160-1161.

<sup>25</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, em que pese entender que a distinção entre regras e princípios é muito complexa podendo ser realizada utilizando-se diversos critérios, adota o critério qualitativo com sendo o mais importante, senão vide o seu magistério: "Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (*Zagrebelsky*), a convivência de regras é antinômica; os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá adiante, em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação e da harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou *standards* que, em 'primeira linha' (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas)" (CANOTILHO, 2003, p.1161-1162).

Há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância, mas uma disparidade de natureza. Uma vez mais o vocabulário é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio. Para o autor, '[...] a regra jurídica é geral se for estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos (Ripert e Boulanger), mas sob certo aspecto 'ela é especial na medida em que rege tão-somente atos ou fatos, ou seja, é editada contemplando uma situação jurídica determinada'. Com relação aos princípios, Boulanger elucida: 'O princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações'.<sup>26</sup>

Marco Aurélio Greco, utilizando-se, aparentemente do critério da abstração, ensina que:

os princípios incorporam valores que transcendem a simples técnica positiva do direito, e exprimem algo além das características da incidência, validade e eficácia. Ademais, são formulações abstratas que o tomador da decisão deve levar em conta e apresentam um caráter eminentemente *fuzzy*, impreciso, indeterminado, que abrange situações aparentemente opostas e diferenciadas por graus e não por exclusões. Eles são ponderados, conjugados, na busca de um equilíbrio dinâmico e não simples frutos de uma estética ou de uma arquitetura jurídica.<sup>27</sup>

Segundo Willis Santiago Guerra Filho:

umas das características dos princípios jurídicos que melhor distinguem das normas que são regras é sua maior abstração, na medida em que não se reportam, ainda que hipoteticamente, a nenhuma espécie de situação fática, que dê suporte à incidência de norma jurídica.<sup>28</sup>

Portanto, segundo a concepção tradicional da doutrina, a qual se utiliza, exclusivamente, dos critérios da fundamentalidade e de outros critérios ditos materiais, como o da generalidade e da abstração, os princípios são formulados de um modo genérico, possuindo caráter e conteúdo genéricos, não regulando uma situação específica.<sup>29</sup>

Robert Alexy<sup>30</sup> assevera que a distinção entre regras e princípios não é nova, gerando, ainda, confusão e polêmica, sendo certo que tanto as regras quanto os princípios são considerados normas e podem ser diferenciados seguindo numerosos critérios, sendo o da generalidade o mais frequente e utilizado. No entanto, o doutrinador alemão utiliza-se, para tanto, do critério estrutural da norma, levando em

<sup>26</sup> BONAVIDES, 2006, p. 267.

<sup>27</sup> GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições:** uma figura *sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 47.

<sup>28</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 52.

<sup>29</sup> Nesse sentido: WAMBIER, 2001, p. 60.

<sup>30</sup> ALEXY, 2002, p. 83-84.

consideração o seu aspecto qualitativo para realizar a aludida diferenciação, sustentado que:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas ou no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.<sup>31/32</sup>

Utilizando-se do magistério de Robert Alexy, o qual, como vimos adota critério diverso, as regras são aquelas que se aplicam na *medida do tudo ou nada*, as quais descrevem uma situação fáctica que, ocorrendo, leva à sua incidência e à ocorrência das consequências nelas previstas, enquanto os princípios são aqueles considerados *mandamentos de otimização* e, portanto, podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo das possibilidades fácticas e jurídicas existentes.<sup>33</sup>

Nesse diapasão, constata-se que as regras são analisadas na dimensão valorativa, enquanto os princípios são analisados na dimensão de peso e, portanto, admitindo conformações, como bem asseverou Robert Alexy.

Desse modo, se uma regra é válida deve se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos, diferentemente dos princípios que apenas ordenam que algo seja feito da melhor forma e na *maior medida possível*.<sup>34</sup>

Portanto, quando se fala que a regra pode ser válida ou não, essa avaliação somente pode ser feita no plano concreto ao definir situações reais, até porque, como visto acima, a Constituição Federal traz um rol muito extenso de direitos fundamentais, sendo muitas dessas normas até consideradas opostas, como no caso da que traz a

<sup>31</sup> ALEXY, 2002, p. 86-87.

<sup>32</sup> Tradução livre do autor: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Para tanto, os princípios são *mandamentos de otimização* que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida debida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Em câmbio, as *regras* são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos, Para tanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do fáctica e jurídicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é bem uma regra ou um princípio”.

<sup>33</sup> Nesse sentido: ALEXY, 2002, p. 86-87.

<sup>34</sup> Nesse sentido: ALEXY, 2002, p. 86-87.

proteção à propriedade privada (inc. XXII, Art. 5º) e ao dispositivo que reza sobre a desapropriação (inc. XXIV, Art. 5º).

Assim, a análise dessa validade somente vai determinar qual a regra que será aplicada ao caso concreto e essa aplicação será na base do *tudo ou nada*. No entanto, a outra regra preterida continuará normalmente a vigor e poderá, obviamente, ser aplicada noutro caso, desde que se amolde aos fatos jurídicos narrados.

A grande confusão e resistência a essa visão dada por Robert Alexy sobre a teoria dos direitos fundamentais estão na análise da validade da regra. Assim, não é porque esta regra não será aplicada ao caso concreto que a mesma será expurgada do mundo jurídico. O *tudo ou nada*, a que se refere Alexy, é no sentido de que a regra poderá ou não ser aplicada no caso concreto apenas. E, se a mesma enquadrar no caso concreto, ela irá ser aplicada integralmente. Diferentemente dos princípios que – em face da sua análise ser realizada na dimensão de peso ou importância –, contêm uma ordem de que algo deve ser realizado na *maior medida possível*.

No entanto, a regra somente pode ser excluída do ordenamento jurídico e ser declarada inválida, no sentido *lato* da expressão, caso essa regra não contenha uma *cláusula de exceção* e sobrevenha uma outra (nova) regra tratando do mesmo assunto (critério de exclusão de ordem cronológica), ou se uma outra lei de hierarquia superior dispor de forma diversa sobre o mesmo assunto (critério de exclusão de ordem hierárquica), ou, ainda, se sobrevier legislação especial passando a tratar a matéria de forma diversa (critério de exclusão levando em conta a especialidade da matéria tratada), possibilidades essas que serão analisadas abaixo, com mais vagar.

Portanto, ao verificar o extenso rol de direitos e garantias fundamentais previstos, principalmente, no Título II da Constituição, ou em outros dispositivos espalhados pelo Texto Maior, é possível verificar que os mesmos podem ser preenchidos tanto por regras jurídicas quanto por princípios, ante a prévia e sucinta distinção realizada acima.

Em que pese a especial característica da fundamentalidade dessas normas, inclusive com a previsão de aplicabilidade imediata (§ 1º, Art. 5º da Constituição Federal de 1988), pode-se afirmar que nem todas podem ser consideradas princípios – pelo menos não no enfoque dado por Robert Alexy, que utiliza do critério estrutural qualitativo –, pois muitas delas regulam fatos específicos e concretos na *medida do tudo ou nada*, devendo, desta forma, ser consideradas regras jurídicas.

Continuando, não há como não enxergar a existência de diferenças entre uma norma de direito fundamental que trata, por exemplo, da liberdade de associação prevista no inciso XX do Art. 5º da Constituição Federal, a qual constitui, na verdade, numa regra de direito fundamental contendo um forte imperativo legal e, portanto, não admitindo conformação quando de sua aplicação no caso concreto, de uma outra norma de direito fundamental que reza pela efetividade da tutela ou que prevê que o processo, tanto o judicial quanto o administrativo, seja julgado num prazo razoável, os quais constituem os princípios da inafastabilidade da jurisdição e o princípio constitucional da razoável duração do processo (Art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII da Constituição Federal).

Assim, torna-se clarividente que essas duas últimas normas ordenam no plano abstrato que algo seja realizado da melhor forma possível, e essa determinação irá refletir no plano concreto de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, e não na *medida do tudo ou nada*.<sup>35</sup>

Dessa forma, vislumbra-se uma maior margem de abertura dos princípios que poderão tanto ser utilizados pelo magistrado, no plano concreto, com maior ou menor intensidade, dependendo dos interesses colocados em pauta, como no plano abstrato, no caso do legislador na confecção de leis ordinárias visando o cumprimento daquela meta ou ideal traçado constitucionalmente.

Por essa razão, tem-se que os princípios impõem uma *otimização*, podendo ser graduada a sua concretização de acordo com os fundamentos fáticos e jurídicos, diferentemente das regras que possuem, na maioria das vezes, um maior caráter imperativo (podendo também ser permissivas ou proibitivas), devendo ser cumpridas na *medida do tudo ou nada*.

Em face do que foi exposto até aqui, é de suma importância partir para uma escolha de critério para a conceituação dos princípios e, por consequência, diferenciá-los das regras.

No entanto, o que não podemos admitir é que os autores, ao conceituarem os princípios, utilizem, ao mesmo tempo, de critérios diversos, ou seja, falar em princípios como *mandamento de otimização* como se fosse o mesmo que *mandamento nuclear* ou como sendo, obrigatoriamente, normas que prescrevem direitos fundamentais, uma vez que, como vimos acima, os princípios, seguindo o critério estrutural qualitativo podem ou não ser também uma norma fundamental ou *mandamento nuclear do sistema*, o que vem sendo confundido pela grande maioria dos doutrinadores que direcionaram os seus estudos para a matéria.

## 2.2 O Critério Estrutural Qualitativo Para a Distinção Entre Princípios e Regras: Algumas Considerações a Respeito das Teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy

Como o próprio Robert Alexy confessa, foi a partir dos estudos iniciados por Ronald Dworkin que serviram de base e inspiração para que o mestre alemão elaborasse a sua teoria sobre os direitos fundamentais, embora o mesmo também confesse a existência de algumas diferenças entre a sua teoria com a do autor americano que serão apontadas adiante.

Segundo Ronald Dworkin:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é

<sup>35</sup> Nesse sentido: ALEXY, 2002, p. 98-90.

válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui a decisão.<sup>36 37 38</sup>

Ainda, aduz o supramencionado autor:

os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 38.

<sup>37</sup> Analisando modo de funcionamento das regras em outro empreendimento, que não seja o Direito, Ronald Dworkin ensina que a maneira de *tudo ou nada* com que as mesmas operam pode ficar mais evidente no seguinte exemplo: “[...] no beisebol, uma regra estipula que, se o batedor errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um batedor que errou três bolas não está eliminado. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (o batedor que errou três bolas não será eliminado se o pegador [catcher] deixar cair a bola no terceiro lance). Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que as regras fossem citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra” (*Ibidem*, p. 39-40).

<sup>38</sup> Alguns doutrinadores dentre eles, Hebert L. A. Hart, não conseguem vislumbrar as nítidas diferenças entre regras e princípios jurídicos, entendendo que as regras não se aplicam de uma maneira de *tudo ou nada* como defende Ronald Dworkin – que, inclusive, é considerado o seu maior crítico, como o próprio autor confessa –, pois podem continuar valendo, da mesma forma que os princípios, com o advento de uma nova regra, estando as mesmas situadas numa dimensão de *grau* e não de *valor*, senão vide o seu magistério: “Não vejo razões nem para aceitar este contraste nítido entre princípios jurídicos e regras jurídicas, nem do ponto de vista de que, se uma regra válida for aplicável a uma caso dado, deve, diferentemente de um princípio, determinar sempre o resultado do caso. Não há razões para que um sistema jurídico não deva reconhecer que uma regra válida determina o resultado nos casos em que é aplicável, exceto quando outra regra, julgada como sendo mais importante, seja também aplicável ao mesmo caso. Por isso, uma regra que seja superada, em concorrência com uma regra mais importante num caso dado, pode, tal como um princípio, sobreviver, para determinar o resultado em outros casos, em que seja julgada como sendo mais importante do que outra regra concorrente”. E, mais adiante, criticando a posição de Ronald Dworkin – que entende que os princípios diferem das regras porque têm uma dimensão de *peso*, enquanto, as regras possuem uma dimensão de *validade* –, Hebert L. A. Hart conclui que as diferenças entre as normas está afeta, apenas, a uma “questão de grau”, como passa-se a colacionar o seu entendimento: “Esta incoerência, verificada na pretensão de que um sistema jurídico consiste tanto em regras de *tudo-ou-nada* como em princípios não conclusivos, pode ser sanada se admitir que a distinção é uma questão de grau. Certamente que se pode fazer um contraste razoável entre regras quase-conclusivas, em que a satisfação das respectivas condições de aplicação basta para determinar o resultado jurídico, salvo em poucos exemplos (em que as suas disposições podem entrar em conflito com as de outra regra reputada da maior importância), e princípios geralmente não conclusivos, que se limitam a apontar para uma decisão, mas que podem muito freqüentemente não conseguir determina-la” (HART, Hebert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 323-326).

de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.<sup>39</sup>

Com relação às regras, essas não possuem a mesma dimensão dos princípios, podendo ser funcionalmente mais ou menos importante, de acordo com o magistério de Ronald Dworkin, para quem uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Para ilustrar o seu pensamento, o autor traz o seguinte exemplo:

a regra de beisebol, segundo a qual o bateador que não conseguir rebater a bola por três vezes é eliminado é mais importante do que a regra segundo a qual os corredores podem avançar uma base quando o arremessador comete uma falta, pois a modificação da primeira regra alteraria mais o jogo do que a modificação da segunda.<sup>40/41</sup>

Em que pese à existência de semelhanças entre a teoria adotada por Ronald Dworkin com a do doutrinador alemão que reside no fato de que os princípios se caracterizam como *mandamento de otimização*, Robert Alexy observa, ainda, algumas diferenças, estando uma delas no fato de que o autor americano adota um modelo demasiadamente simples ao

<sup>39</sup> DWORKIN, 2002, p. 38.

<sup>40</sup> DWORKIN, 2002, p. 38.

<sup>41</sup> Andrea Nárriman Cezne tratou de realizar um estudo comparado entre as teorias principiológicas de Robert Alexy e Ronald Dworkin, chegando a seguinte conclusão: “As diferenciações entre os dois autores podem ser explicadas tanto pelas opções teóricas exercidas – o direito como integridade, e a busca da resposta correta dentro do sistema jurídico, para Dworkin, e a busca de uma teoria de argumentação racional para Alexy – como pelo contexto diverso vivenciado pelos autores. Dworkin escreve na década de 60 e 70, nos Estados Unidos, buscando discutir temas controversos na época e buscando solução juridicamente racional e fundamentada para essas controvérsias, defendendo uma aplicação dos direitos de forma mais completa e coerente do que a mera aplicação de regras, abrindo o sistema para a aplicação de princípios e reconhecendo que esses são geradores de direitos. Alexy baseia sua teoria no estudo das decisões do Tribunal Constitucional alemão, ao interpretar a Lei Fundamental, e traz uma tentativa de aplicação desses princípios através de uma argumentação racional. Amplia a conceituação dworkiana de princípios, de modo que estes passam a abranger também os chamados direitos sociais. Pode-se dizer que Alexy, de certa forma, sofisticada e amplia a teoria de Dworkin, de forma que passa a oferecer respostas e caminhos ao julgador inexistentes na primeira teoria, bem como um procedimento formal e racional a este na aplicação desses princípios”. Por fim assevera a autora que: “Não se pode olvidar a importância desses caminhos teóricos apresentados, especialmente para possibilitar a fundamentação racional de uma prática judicial, que não pode mais ater-se simplesmente ao mundo simplificado das regras, mas deve responder às questões difíceis colocadas ao Poder Judiciário. Não se admite mais que as demandas apresentadas não sejam resolvidas em prol de uma instrumentação rígida e insuficiente. É necessário cada vez mais buscar teorias que permitam ao juiz levar os direitos a sério, parafraseando Dworkin. Nesse sentido, a contribuição de ambos os autores é extraordinária, de forma que a discussão acadêmica desses temas visa contribuir para uma modificação da prática judicial, o que inclui todos os operadores do direito e não somente os juízes. Somente com uma mudança teórica será possível resolver desafios de tal complexidade como são aqueles colocados ao Direito, no início desse novo século” (CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 67).

sustentar que todos os princípios possuem um mesmo caráter *prima facie* e que todas as regras possuem um mesmo caráter definitivo.

Para Robert Alexy, diferentemente de Ronald Dworkin, os princípios possuem um diferente caráter *prima facie* quando em comparação com as regras. Essa expressão, pelo que se vê, é utilizada pelo autor para designar a obrigatoriedade do mandamento contido nas normas.

Assim, para o autor alemão, os princípios, por ordenarem que algo seja realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fácticas, não contêm um mandamento definitivo, apenas *prima facie*. Diferentemente das regras, que exigem que algo seja feito de forma ordenada e com caráter definitivo.<sup>42</sup>

Robert Alexy propõe um modelo diferenciado ao sustentar a necessidade de se manter um diferente caráter *prima facie* dos princípios em face das regras, haja vista ser possível a introdução de uma *cláusula de exceção* nas regras para resolver determinado caso concreto, acarretando, via de consequência, na perda do caráter definitivo dessa norma. Ainda, explica o autor que essa *cláusula de exceção* pode ter como base tanto um princípio quanto uma outra regra.

Assim, para o autor alemão, um princípio é afastado quando outro oposto possuir peso maior para o caso que será decidido. Já a regra não é afastada quando, no caso concreto, existir um princípio oposto que tenha maior peso do que aquele em que a regra se baseia.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> ALEXY, 2002, p. 99: “Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo ‘prima facie’. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas. Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ambito de las posibilidades jurídicas e fácticas. Esta determinación puede fracassar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice”.

Tradução livre do autor: “Os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, levando em conta as possibilidades jurídicas e fácticas. Para tanto, não contêm ‘mandatos definitivos’ senão somente *prima facie*. O fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio exige para o caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser desprezadas por outras razões opostas. Por ele, os princípios carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e as possibilidades fácticas. Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que elas ordenam, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fácticas. Esta determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fácticas, o que pode conduzir a sua invalidez; mas, se tal não é o caso, vale então definitivamente o que a regra diz”.

<sup>43</sup> Nesse sentido vejamos os ensinamentos de Robert Alexy: “Un principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor. En cambio, una regla todavia no es soslayada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya”.

Ademais, a diferença do caráter *prima facie* contida nessas normas está no fato de que pode ser introduzida “[...] uma carga de argumentação em favor de determinado princípio ou determinados tipos de princípios”,<sup>44</sup> o que poderá justificar, num caso concreto, a escolha de um princípio em detrimento de outro.

Outra diferença entre regras e princípios elaborada por Robert Alexy está no fato de que as mesmas possuem razões distintas. Apesar de a expressão razão conter significados diversos, a mesma é utilizada na obra desse autor no sentido de poder ser considerada como base para a criação das normas.<sup>45</sup>

De acordo com essa distinção, os princípios são sempre considerados razões *prima facie* e, as regras, desde que não haja uma *cláusula de exceção* incidindo sobre a mesmas, serão consideradas como sendo razões definitivas.<sup>46</sup>

No entanto, alerta o autor alemão que não pode estar correto o critério utilizado pela doutrina, a qual sustenta serem os princípios razão para regras e essas razões ou juízos concretos do dever ser. Explica o autor que tanto as regras podem ser razões para outras regras, quanto os princípios podem ser considerados razões para as decisões no caso concreto, ou melhor, juízos concretos do dever ser.

Segundo Robert Alexy, o que ocorre é que sempre que um princípio consistir na razão básica a ser aplicada em um juízo concreto do dever ser, “[...] este princípio será uma razão para a regra que representa a razão definitiva para este juízo concreto do dever ser”,<sup>47</sup> uma vez que os princípios, segundo o autor, nunca são considerados razões definitivas, mas *prima facie*.

Entretanto, em razão dos princípios possuírem um caráter *prima facie* diferentemente das regras, podendo, inclusive, ser cumpridos em diferentes graus, dependendo das possibilidades reais e jurídicas, como se teve a oportunidade de discorrer acima, esses princípios exercem, de forma mais expressiva do que as regras, a função de irradiar os seus efeitos para outros ramos do direito, bem como a de vincular diretamente a atuação dos entes públicos, seja na criação, na aplicação ou na interpretação das leis ordinárias e, ainda, na integração das lacunas.

### 3 COLISÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS E CONFLITOS ENTRE AS REGRAS

De acordo com o esposado acima, é de vital importância se adotar um critério para a definição de princípios e regras como forma de permitir a análise acerca da possibilidade de existência de colisões e conflitos entre as mencionadas normas.

---

Tradução livre do autor: “Um princípio é afastado quando no caso há de ser decidida, um princípio oposto tem um peso maior. Em compensação, uma regra, todavia, não é afastada quando no caso concreto o princípio oposto tem um maior peso que o princípio que apóia” (ALEXY, 2002, p. 100).

<sup>44</sup> ALEXY, 2002, p. 101.

<sup>45</sup> ALEXY, 2002, p. 101-102.

<sup>46</sup> ALEXY, 2002, p. 101.

<sup>47</sup> ALEXY, 2002, p. 103.

Como já apreciado acima, dependendo do critério adotado para a diferenciação entre princípios e regras podem surgir definições diversas, como, por exemplo, no caso do denominado *princípio* da anterioridade tributária que, via de consequência, irá refletir na análise da possibilidade dos choques entre as normas e as suas soluções.

Tratando da forma de solucionar a problemática surgida com a possibilidade de colisão entre princípios e conflito entre regras e levando em consideração o critério estrutural qualitativo para realizar a sua diferenciação, Robert Alexy assevera que um conflito entre regras só pode ser solucionado se introduzido, em uma das regras, uma *cláusula de exceção* que elimina o conflito ou declara inválida pelo menos uma das regras.

Diferentemente do que ocorre com o conceito de validade social ou da importância de uma norma, o conceito de validade jurídica não é passível de graduação, sendo certo que, ou uma norma vale ou não vale juridicamente, senão vide seus ensinamentos:

un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por pelo menos, una de las reglas. Un ejemplo de un conflicto de reglas que puede ser eliminado através de la introducción de una cláusula de excepción es el que se da entre la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla em caso de alarma de incendio. Si todavía no ha sonado el timbre de salida y se da alarma de incendio, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser contradictorios entre sí. Este conflicto se soluciona introduciendo en la primera regla una cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio. Si una solución de este tipo no es posible, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida y, con ello, eliminada del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con el concepto de validez social o de la importancia de una norma, el concepto de validez jurídica no es graduable.<sup>48/49</sup>

Impende novamente enaltecer que o fato de uma regra não ser aplicada ao caso concreto não significa dizer que a mesma poderá ser, imediatamente, excluída do mundo jurídico. Assim, a expressão tudo ou nada utilizada por Robert Alexy é no sentido de que a regra poderá ou não ser aplicada no caso concreto, cuja aplicação será feita de forma integral.

<sup>48</sup> ALEXY, 2002, p. 88.

<sup>49</sup> No que tange às regras, não se aplica a mesma solução apontada acima, muito pelo contrário: caso haja conflito entre as regras dentro de um mesmo sistema de regras, uma delas não poderá ser válida, de acordo com os ensinamentos de Ronald Dworkin, o qual fora peremptório ao afirmar: “[...] se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa do gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes (Nosso sistema jurídico [norte americano] utiliza essas duas técnicas)” (DWORKIN, 2002, p. 43).

Já os princípios, por serem considerados *mandamentos de otimização*, contêm uma ordem para que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.<sup>50</sup>

No entanto, como já explicado acima, a regra somente poderá ser excluída do ordenamento jurídico quando duas regras tratem da mesma matéria de forma diversa e não houver uma cláusula de exceção em uma delas. Assim, essa regra não só deixará de ser aplicada ao caso concreto, como também deixará de existir no caso em que sobrevier uma nova lei posterior regulando a matéria de forma integral e diversa, com a aplicação dos critérios da *lex posterior derogat legi priori* (critério de exclusão de ordem cronológica); no caso em que sobrevier uma lei hierarquicamente superior regulando a matéria de forma diversa, com a aplicação da *lex superior derogat inferiorem* (critério de exclusão de ordem hierárquica); ou no caso de ser criada uma lei especial sobre a mesma matéria, com aplicação do critério da *lex specialis derogat legi generali* (critério de exclusão levando em conta a especialidade da matéria tratada).

Assim, diante dos critérios citados alhures, tem-se que com o advento de nova regra jurídica tratando da mesma matéria, a nova regra passará a prevalecer, revogando ou ab-rogando a regra anterior.

De igual forma, com o advento da lei especial, a lei geral, que tratava sem pormenores sobre o mesmo assunto, perderá a sua eficácia no que tange à matéria tratada, assim também ocorrerá com o advento de lei hierarquicamente superior tratando da mesma matéria que passará a desconstituir a eficácia da lei inferior.

Portanto, no caso de duas regras tratem da mesma matéria e no de não haver a chamada *cláusula de exceção* em uma delas, serão utilizados os critérios acima descritos (critérios de exclusão de ordem cronológica, hierárquica, ou da especialidade), com a revogação ou derrogação de uma das regras em conflito.

Sobre a possibilidade de colisão entre princípios, Robert Alexy aduz que um princípio deve ceder a outro sem que esse seja declarado inválido, prevalecendo o princípio de maior peso, diferentemente das regras que estão situadas numa dimensão de validade. Vide o seu magistério:

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez, la colisión de principios – como sólo pueden

<sup>50</sup> ALEXY, 2002, p. 86.

entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.<sup>51/52</sup>

Nesse diapasão, tem-se que os conflitos entre regras situam-se no plano da validade e as colisões entre princípios verificam-se na dimensão do peso,<sup>53 54</sup> ou seja, havendo conflito entre regras, uma delas poderá ser eliminada do ordenamento jurídico, utilizando-se, nesse caso, do critério de exclusão, ou somente ser considerada inválida quando de sua aplicação no caso concreto. Já a colisão entre os princípios se resolverá com base na importância que cada um representa no sistema para dirimir determinada situação, não acarretando a sua invalidade, mas sim o simples afastamento do menos importante para o determinado caso, observando-se o critério da conformação.

No caso de existência de colisão entre princípios, deve ser utilizada a regra da proporcionalidade para a sua solução.

#### 4 NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRINCÍPIOS E REGRAS

O ordenamento jurídico brasileiro é composto de normas constituídas por princípios e regras.

Norberto Bobbio, de uma forma geral, define o ordenamento jurídico como sendo um conjunto de normas, pressupondo como condição que: “[...] na constituição de um ordenamento concorram mais normas (pelo menos duas) e que não haja ordenamento composto de uma norma só”.<sup>55/56</sup>

<sup>51</sup> ALEXY, 2002, p. 89.

<sup>52</sup> Tradução livre do autor: “As colisões de princípio devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando os princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos princípios tem que ceder diante do outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que o princípio desprezado haja que introduzir uma cláusula de exceção. Pelo contrário, o que sucede é que sob certas circunstâncias um dos princípios precede a outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que se prima o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se realizam na dimensão de sua validade, a colisão de princípios – como somente pode entrar em colisão princípios válidos – tem lugar além da dimensão da validade, na dimensão de peso”.

<sup>53</sup> Criticando a distinção entre aceitação e validade realizada por H. L. A. Hart, Ronald Dworkin argumenta que: “Parece estranho falar em um princípio como sendo válido, talvez porque validade seja um conceito do tipo tudo ou nada, apropriado para regras, mas incompatível com a dimensão de peso, própria de um princípio” (DWORKIN, 2002, p. 65-66).

<sup>54</sup> Nesse sentido: LUCON, 1999, p. 94.

<sup>55</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro dos Santos Leite. 9. ed. Brasília: UnB, 1997, p. 31.

<sup>56</sup> Norberto Bobbio assevera que: “[...] um ordenamento jurídico compreende não uma, mas duas normas: a que prescreve não causar dano a outrem e a que autoriza a fazer tudo o que não cause dano a outrem”, e ainda, observa o doutrinador que quando se fala em normas que compõem um ordenamento jurídico, está se falando em norma de conduta, sendo certo que, “[...] em todo o ordenamento jurídico, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de normas, que

De acordo com o aduzido no tópico anterior, tem-se que os princípios nem sempre foram considerados normas jurídicas, já tendo sido qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou político, em razão de “[...] sua suposta natureza transcendental, ou em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como pela formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediata)”,<sup>57</sup> como explica Walter Claudius Rothenburg.

Em que pese a existência de diferenças e similitudes entre regras e princípios fartamente apontadas acima, não se pode negar que, no que tange às normas constitucionais, o constituinte integrou tanto as regras quanto os princípios ao Texto Maior, possuindo, dessa forma, a mesma dignidade,<sup>58</sup> devendo ambos serem respeitados tanto pelos operadores do direito quanto pelos representantes dos poderes públicos, em especial, pelo legislador ordinário ao cumprir com a sua função de criação e implementação da legislação infraconstitucional.

Assim, podemos concluir que, levando em consideração a estrutura das normas dos direitos fundamentais e utilizando-se do critério estrutural qualitativo, entende-se que essas normas também podem ser divididas em regras e princípios, sem deixarem de ser fundamentais.

## 5 CONCLUSÕES

Como restou exposto, vários são os conceitos realizados sobre princípios, sendo certo que os doutrinadores se baseiam em diversos critérios para tanto, tais como o da generalidade, fundamentalidade, abstração e hierarquia, critérios estes chamados de materiais.

Assim, a escolha de um critério é de suma importância para a definição dos princípios constitucionais, e por consequência a sua distinção entre as regras e as hipóteses de colisões e conflitos, tendo em vista os resultados diversos obtidos quando nos deparamos de conceitos extraídos com base em outros critérios, como o estrutural qualitativo proposto por Robert Alexy.

Robert Alexy, ao elaborar sua *Teoria sobre os Direitos Fundamentais*, divide as normas em regras e princípios, utilizando-se, para tanto, do *critério estrutural qualitativo*.

---

costumamos chamar de normas de estrutura ou de competência”, que são aquelas “[...] normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de condutas válidas”. E, ainda, aduz o doutrinador que, “[...] ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras” (BOBBIO, 1997, p. 33 e 45).

<sup>57</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª tir. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 13.

<sup>58</sup> Nesse sentido: HARGER, 2001, p. 17.

O doutrinador alemão conceitua os princípios como sendo *mandamentos de otimização*, portanto, independentemente de serem normas fundamentais, hierarquicamente superiores, gerais ou abstratas.

Para Alexy, os princípios são *mandamentos de otimização* e, portanto, podem ser cumpridos em diferentes graus de intensidade, apenas dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Já as regras são analisadas na *medida do tudo ou nada*, ou seja, descrevem uma situação fática que, ocorrendo, leva à sua incidência e a ocorrência das consequências nelas previstas, não havendo, portanto, ponderação em sua aplicação.

Os princípios, segundo este critério, são analisados em uma dimensão de peso. Já as regras são analisadas numa dimensão de valor.

Desse modo, se uma regra é válida, deve se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos, diferentemente dos princípios que apenas ordenam que algo seja feito da melhor forma e na maior medida possível.

Assim, muitos dos *princípios* consagrados pela doutrina tradicional, na concepção adotada por Alexy, não passariam de regras, uma vez que, contrariamente ao que se possa entender, não dão margem à ponderação, como é o caso do denominado *princípio* da anterioridade tributária, ou, até mesmo, do *princípio* do contraditório. Aqui, a atuação tanto do magistrado, quanto do legislador ordinário ou do administrador está estritamente limitado ao seu exato cumprimento. Caso o juiz, no caso concreto, não conceda oportunidade à parte contrária para se manifestar sobre um documento carreado aos autos pela outra parte, por exemplo, esse ato poderá ser anulado em razão da ofensa à garantia do contraditório. No caso do legislador, temos que se o mesmo, ao elaborar uma lei, não prever a oportunidade da outra parte se defender, ou até mesmo limitar essa possibilidade, essa lei, por consequência, poderá ser declarada inconstitucional tanto pelo magistrado no caso concreto (controle difuso), ou pelo STF em controle concentrado. Não é outra a alternativa para o Administrador Público que também deverá respeitar o contraditório nos procedimentos internos, sob pena de serem anulados os julgamentos pelo Poder Judiciário.

Diante do que fora registrado acima, não há como sustentar que, por exemplo, o dito *princípio* do contraditório consiste num *mandamento de otimização*, uma vez que essa norma não dá margem de ponderação ao seu aplicador, diferentemente, por exemplo, do princípio da razoável duração do processo que visa *otimizar* ou qualificar a tramitação dos processos judiciais e administrativos, bem como vincular o legislador na criação de técnicas processuais de aceleração, tudo isso pautado dentro da realidade que vive a sociedade brasileira, ou melhor, de acordo com a estrutura oferecida aos órgãos públicos competentes. Não há a determinação de um prazo X ou Y para a tramitação dos processos judiciais, mas sim que esses sejam julgados num prazo razoável diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Desta forma, temos que ter cuidado ao analisarmos o conceito de princípios realizados pela doutrina tradicional, pois a mesma, muitas vezes se utiliza dos critérios da fundamentalidade, generalidade, hierarquia, abstração etc., e ao mesmo tempo não deixam de citar os ensinamentos de Alexy ou até mesmo de Dworkin, preconizando ser os princípios verdadeiros *mandamentos de otimização*, o que não podemos concordar

ante a disparidade de conclusões que se pode chegar com a utilização de conceitos ancorados em critérios diversos.

Portanto, conclui-se que, com a definição esposada por Alexy, muitos dos *princípios* elegidos pela doutrina tradicional não passam de regras que devem ser cumpridas na *medida do tudo ou nada*, em que pese as mesmas poderem constituir *mandamentos nucleares* de um sistema, ou normas hierarquicamente superiores. E que outras normas consideradas princípios podem não ser fundamentais ou *mandamentos nucleares* de um sistema, mas que em razão de sua estrutura constituem verdadeiros *mandamentos de otimização*.

Por fim, no que se refere aos diversos conceitos sobre princípios existentes na doutrina, não se pode afirmar que existe apenas um ou outro correto. No entanto, o que entendemos ser imprescindível é que o doutrinador, ou até mesmo o operador do direito, ao utilizar um ou outro conceito deve estar ciente do critério em que esse estudo está pautado para que não haja confusões e para que possamos extrair de cada conceito a sua devida utilidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro dos Santos Leite. 9. ed. Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARRAZZA, Antonio Roque. **Curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: Art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições**: uma figura sui generis. São Paulo: Dialética, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HART, Hebert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESPANHA, Benedito. Direito processual e a Constituição: a relevância hermenêutica dos princípios constitucionais do processo. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Garantia de acesso à justiça: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento partidário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, tomo II.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2. tir. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. rev. atual. nos termos da reforma constitucional (Emenda Constitucional nº 48, de 10/08/2005). São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória – o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.