

Humberto Ávila

TEORIA DOS PRINCÍPIOS

*da definição
à aplicação dos princípios jurídicos*

*22ª edição,
revista, atualizada e ampliada*

NORMAS DE PRIMEIRO GRAU: PRINCÍPIOS E REGRAS

2.1 Distinções preliminares: 2.1.1 Texto e norma – 2.1.2 Descrição, construção e reconstrução. 2.2 Panorama da evolução da distinção entre princípios e regras. 2.3 Critérios de distinção entre princípios e regras: 2.3.1 Critério do “caráter hipotético-condicional”: 2.3.1.1 Conteúdo – 2.3.1.2 Análise crítica – 2.3.2 Critério do “modo final de aplicação”: 2.3.2.1 Conteúdo – 2.3.2.2 Análise crítica – 2.3.3 Critério do “conflito normativo”: 2.3.3.1 Conteúdo – 2.3.3.2 Análise crítica. 2.4 Proposta de dissociação entre princípios e regras: 2.4.1 Fundamentos: 2.4.1.1 Dissociação justificante – 2.4.1.2 Dissociação abstrata – 2.4.1.3 Dissociação heurística – 2.4.1.4 Dissociação em alternativas inclusivas – 2.4.2 Critérios de dissociação: 2.4.2.1 Critério da natureza do comportamento prescrito – 2.4.2.2 Critério da natureza da justificação exigida – 2.4.2.3 Critério da medida de contribuição para a decisão – 2.4.2.4 Quadro esquemático – 2.4.3 Proposta conceitual das regras e dos princípios – 2.4.4 Análise do uso inconsistente da distinção fraca entre regras e princípios – 2.4.5 Análise do uso inconsistente da distinção forte entre regras e princípios – 2.4.6 Diretrizes para a análise dos princípios: 2.4.6.1 Especificação dos fins ao máximo: quanto menos específico for o fim, menos controlável será sua realização – 2.4.6.2 Pesquisa de casos paradigmáticos que possam iniciar esse processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários à sua realização – 2.4.6.3 Exame, nesses casos, das similaridades capazes de possibilitar a constituição de grupos de casos que girem em torno da solução de um mesmo problema central – 2.4.6.4 Verificação da existência de critérios capazes de possibilitar a delimitação de quais são os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e de quais são os comportamentos considerados necessários à sua realização – 2.4.6.5 Realização do percurso inverso: descobertos o estado de coisas e os comportamentos necessários à sua promoção, torna-se necessária a verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise – 2.4.7 Exemplo do princípio da moralidade – 2.4.8 Eficácia dos princípios: 2.4.8.1 Eficácia interna: 2.4.8.1.1 Conteúdo – 2.4.8.1.2 Eficácia interna direta – 2.4.8.1.3 Eficácia interna indireta – 2.4.8.2 Eficácia externa: 2.4.8.2.1 Conteúdo –

2.4.8.2.2 Eficácia externa objetiva – 2.4.8.2.3 Eficácia externa subjetiva – 2.4.9 Eficácia das regras: 2.4.9.1 Eficácia interna: 2.4.9.1.1 Eficácia interna direta – 2.4.9.1.2 Eficácia interna indireta – 2.4.9.2 Eficácia externa: 2.4.9.2.1 Eficácia seletiva – 2.4.9.2.2 Eficácia argumentativa – 2.4.9.3 Superabilidade das regras: 2.4.9.3.1 Justificativa da obediência a regras – 2.4.9.3.2 Condições de superabilidade. 2.5 O convívio entre princípios e regras. 2.6 A força normativa dos princípios. 2.7 A distinção condicionada entre princípios e regras.

2.1 *Distinções preliminares*

2.1.1 *Texto e norma*

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos reconstruídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.¹ O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem direta e suficientemente os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico.

Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.

Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se reconstrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa. Outro exemplo ilustrativo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: o Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade da-

1. Riccardo Guastini, *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, p. 16, e *Dalle Fonti alle Norme*, pp. 20 e ss.

queles que são incompatíveis com a Constituição Federal. O dispositivo fica mantido, mas as normas reconstruídas a partir dele, e que são incompatíveis com a Constituição Federal, são declaradas nulas. Então há dispositivos a partir dos quais se pode reconstruir mais de uma norma.

Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é reconstruída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, pode haver mais de um dispositivo e ser reconstruída uma só norma.

E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro.

2.1.2 *Descrição, construção e reconstrução*

Essas considerações que apontam para a desvinculação entre o texto e seus sentidos também conduzem à conclusão de que a função da Ciência do Direito não pode ser considerada como mera descrição do significado, quer na perspectiva da comunicação de uma informação ou conhecimento a respeito de um texto, quer naquela da intenção do seu autor.

De um lado, a compreensão do significado como o conteúdo conceitual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto.² A questão nuclear disso tudo está no fato de

2. Riccardo Guastini, “Interprétation et description de normes”, in Paul Amselek (org.), *Interprétation et Droit*, pp. 97-98.

que o intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos –, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso.³

Essas considerações levam ao entendimento de que a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esses significados.⁴ Em razão disso, também não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.⁵

Todavia, a constatação de que os sentidos são reconstruídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação.⁶ Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral.⁷ Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto

3. Friedrich Müller, “Warum Rechtslinguistik? Gemeinsame Probleme von Sprachwissenschaft und Rechtstheorie”, in Wilfried Erbguth, Friedrich Müller, e Volker Neumann (orgs.), *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand’Heur*, p. 40; Manfred Herbert, *Rechtstheorie als Sprachkritik. Zum Einfluß Wittgensteins auf die Rechtstheorie*, p. 290.

4. Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3ª ed., pp. 26, 60, 78, 80 e 82; Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 14ª ed., p. 8.

5. Eros Roberto Grau, *Ensaio...*, pp. 82 e ss.; Arthur Kaufmann, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., pp. 37 e ss., e “Die ipsa res iusta”, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 2ª ed., p. 58.

6. Os temas relativos à indeterminação no Direito e ao papel da legalidade foram objeto de estudos minuciosos em trabalhos mais recentes: *Teoria da Indeterminação no Direito*, 3ª ed., São Paulo, Juspodivm/Malheiros, 2024; *Legalidade Tributária material*, 2ª ed., São Paulo, Juspodivm/Malheiros, 2024.

7. Ludwig Wittgenstein, *Tratado Lógico-Filosófico – Investigações Filosóficas*, p. 263; Aulis Aarnio, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, p. 113.

de vista já incorporado ao uso comum da linguagem.⁸ Miguel Reale faz uso da *condição a priori intersubjetiva*: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado.⁹ Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem. Como lembra Aarnio, termos como “vida”, “morte”, “mãe”, “antes”, “depois”, apresentam *significados intersubjetivados*, que não precisam, a toda nova situação, ser fundamentados. Eles funcionam como condições dadas da comunicação.¹⁰ Seria impossível e aqui nem seria o lugar para discutir profundamente o antagonismo entre o objetivismo e o construtivismo ou entre o realismo e o nominalismo.¹¹ Mesmo assim, é importante dizer que as condições de uso da linguagem funcionam como condições dadas da comunicação.¹² “Expressions acquire their meaning when language is used” – afirma Aarnio.¹³ Bydlinsky sustenta semelhante argumento: “Praticamente, a comunicação linguística humana é de tal modo construída, que, dentro de determinados limites, com determinadas palavras dos membros de uma dada comunidade linguística são vinculadas as mesmas ideias”.¹⁴

Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. Expressões como “provisória” ou “ampla”, ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleos de sentidos que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam: *provisória* não será aquela medida que produz efeitos ininterruptos no tempo; *ampla* não será aquela defesa que não dispõe de todos os instrumentos indispensáveis à sua mínima realização. E assim por diante. Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa

8. Cf. Marlene Zarader, *Heidegger et les Paroles de l'Origine*, p. 54; Ernildo Stein, “Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras”, in Urbano Zilles (org.), *Miguel Reale: Estudos em Homenagem a seus 90 Anos*, p. 489.

9. Miguel Reale, *Cinco Temas do Culturalismo*, pp. 30 e 40.

10. Aulis Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, p. 159.

11. Sobre isso, em profundidade: Wolfgang Stegmüller, *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, 7ª ed., t. I, pp. 56 e ss.

12. Aulis Aarnio, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, p. 159.

13. *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, p. 161. Sobre a relação entre significação e uso, v.: Wolfgang Stegmüller, *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, 7ª ed., t. I, pp. 576 e ss.

14. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., p. 43.

reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.

A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito reconstruem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender “provisória” como *permanente*, “trinta dias” como *mais de trinta dias*, “todos os recursos” como *alguns recursos*, “ampla defesa” como *restrita defesa*, “manifestação concreta de capacidade econômica” como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Além de levar às mencionadas conclusões, o exposto também exige a substituição de algumas crenças tradicionais por conhecimentos mais sólidos: é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.¹⁵

Enfim, é justamente porque as normas são reconstruídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os

15. Sobre essa questão, em pormenor: Humberto Bergmann Ávila, “Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance”, *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário* 7/73-104.

fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de *reconstrução*: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.

O decisivo, por enquanto, é saber que a qualificação de determinadas normas como *princípios* ou como *regras* depende da colaboração constitutiva do intérprete, o que não significa, de modo algum, que o intérprete possa caprichosamente optar entre aplicar determinado dispositivo como regra ou princípio (item 2.3.1.2). Resta saber como devem ser definidos os princípios e qual a proposta aqui defendida.

2.2 *Panorama da evolução da distinção entre princípios e regras*

Vários são os autores que propuseram definições para as espécies normativas, dentre as quais algumas tiveram grande repercussão doutrinária. O escopo deste estudo não é investigar todas as concepções acerca da distinção entre princípios e regras, nem mesmo examinar o conjunto da obra dos seus mais importantes defensores.¹⁶ O objetivo deste trabalho é, primeiro, descrever os fundamentos dos trabalhos mais importantes sobre o tema e, segundo, analisar os critérios de distinção adotados, de forma objetiva e crítica.

Para Josef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado.¹⁷ Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção

16. Sobre essa questão, no Direito Brasileiro, v., especialmente: Eros Roberto Grau, *Ensaio...*, 3ª ed., 2005; Walter Claudius Rothenburg, *Princípios Constitucionais*, 1999. No direito estrangeiro, v.: J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., pp. 1.086 e ss.; Alfonso García Figuerola, *Princípios y Positivismo Jurídico*, 1998.

17. Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4ª tir., p. 51.

qualitativa.¹⁸ O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.

Seguindo o mesmo caminho, Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.¹⁹ Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma *hipótese de incidência* e uma *consequência jurídica*. Daí por que os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra.²⁰ O critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa.

Para Canaris duas características afastariam os princípios das regras. Em primeiro lugar, o conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização. Em segundo lugar, há o modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação.²¹ Acrescentam-se, pois, novos elementos aos critérios distintivos antes mencionados, na medida em que se qualifica como axiológica a fundamentação exercida pelos princípios e se predica como distintivo seu modo de interação.

Foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição.²² A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (*general attack on Positivism*), sobre-

18. Idem, *ibidem*.

19. Karl Larenz, *Richtiges Recht*, p. 26, e *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., p. 474.

20. Karl Larenz, *Richtiges Recht*, p. 23.

21. Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, pp. 50, 53 e 55.

22. Ronald Dworkin, "The model of rules", *University of Chicago Law Review* 35/14 e ss.

tudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (*principles*).²³ Para ele as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.²⁴ Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.²⁵ Nessa direção, a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy.²⁶ A distinção por ele proposta difere das anteriores porque se baseia, mais intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas.

Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.²⁷ Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios

23. Ronald Dworkin, "The model of rules", *University of Chicago Law Review* 35/22, e "Is law a system of rules?", *The Philosophy of Law*, p. 43.

24. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 6ª tir., p. 26, e "Is law a system of rules?", *The Philosophy of Law*, p. 45.

25. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 6ª tir., p. 26.

26. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtslehre*, Separata 1/65.

27. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtslehre*, Separata 1/59 e ss.; *Recht, Vernunft, Diskurs*, p. 177; "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien", *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/19 e ss.; "Rechtssystem und praktische Vernunft", *Recht, Vernunft, Diskurs*, pp. 216-217; e *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., pp. 77 e ss.

colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.²⁸ Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras.²⁹ É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. Por isso, a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: “Se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso”.³⁰ É dizer o mesmo: a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, sejam aplicados também ao modo *tudo ou nada* (*Alles-oder-Nichts*).³¹ Essa espécie de tensão e o modo como ela é resolvida é o que distingue os princípios das regras: enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica (*problema do dentro ou fora*), o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem (*teorema da colisão*).³²

Daí a definição de princípios como *deveres de otimização* aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos. Com as regras acontece algo diverso. “De outro lado regras são normas, que podem ou não podem ser realizadas. Quando uma regra vale, então é determinado fazer exatamente o que ela exige, nada mais e nada menos.”³³ As regras jurídicas, como o afirmado, são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão será a contradição solucionada seja pela introdução de uma exceção à

28. Robert Alexy, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/17.

29. Idem, p. 18.

30. Idem, *ibidem*.

31. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., pp. 80 e 83, e “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechts-theorie*, Separata 1/70.

32. Robert Alexy, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/19, e “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechts-theorie*, Separata 1/70.

33. Robert Alexy, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/21.

regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas.³⁴

A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.³⁵

Essa evolução doutrinária, além de indicar que há distinções fracas (Esser, Larenz, Canaris) e fortes (Dworkin, Alexy) entre princípios e regras, demonstra que os critérios usualmente empregados para a distinção são os seguintes:

Em *primeiro lugar*, há o critério do *caráter hipotético-condicional*, que se fundamenta no fato de as regras possuírem 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. Dworkin afirma: “Se os fatos estipulados por uma regra ocorrerem, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é, em cujo caso ela em nada contribui para a decisão”.³⁶ Caminho não muito diverso também é seguido por Alexy quando define as regras como normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas.³⁷

34. Robert Alexy, “Rechtssystem und praktische Vernunft”, *Recht, Vernunft, Diskurs*, pp. 216-217, e *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., p. 77.

35. Robert Alexy, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien”, *Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/20.

36. Ronald Dworkin, *Takings Rights Seriously*, 6ª tir., p. 24: “If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”.

37. “Rechtssystem und praktische Vernunft”, *Recht, Vernunft, Diskurs*, pp. 216-217, e *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., p. 77.

Em *segundo lugar*, há o critério do *modo final de aplicação*, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*.

Em *terceiro lugar*, o critério do *relacionamento normativo*, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar 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.

Em *quarto lugar*, há o critério do *fundamento axiológico*, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

Todos esses critérios de distinção são importantes, pois apontam para qualidades dignas de serem examinadas pela Ciência do Direito. Isso não nos impede, porém, de investigar modos de aperfeiçoamento desses critérios de distinção, não no sentido de desprezar sua importância e, muito menos ainda, de negar o mérito das obras que os examinaram; mas, em vez disso, naquele de confirmar sua valia pela forma mais adequada para demonstrar consideração e respeito científicos: a crítica.

2.3 Critérios de distinção entre princípios e regras

2.3.1 Critério do “caráter hipotético-condicional”

2.3.1.1 Conteúdo

Segundo alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo *caráter hipotético-condicional*, pois, para eles, as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*; os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto.

Esser definiu os princípios como normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado, enquanto,

para ele, as regras determinam a própria decisão.³⁸ Larenz definiu os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.³⁹

2.3.1.2 Análise crítica

O critério diferenciador referente ao *caráter hipotético-condicional* 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. Esse critério não é, porém, infenso a críticas.

Em primeiro lugar porque esse critério é impreciso. Com efeito, embora seja correta a afirmação de que os princípios indicam um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção ulterior da regra, essa distinção não fornece fundamentos que indiquem o que significa dar um *primeiro passo* para encontrar a regra. Assim enunciado, esse critério de distinção ainda contribui para que o aplicador compreenda a regra como, desde já, fornecendo o *último passo* para a descoberta do conteúdo normativo. Isso, no entanto, não é verdadeiro, na medida em que o conteúdo normativo de qualquer norma – quer regra, quer princípio – depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação. Assim, o *último passo* não é dado pelo dispositivo nem pelo significado preliminar da norma, mas pela decisão interpretativa, como será adiante aprofundado.

Em segundo lugar porque a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação linguística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa. De fato, algumas normas que são qualificáveis, segundo esse critério, como princípios podem ser *reformuladas* de modo hipotético, como demonstram os seguintes exemplos: “*Se* o poder estatal for exercido, *então* deve ser garantida a participação democrática” (princípio democrático); “*Se* for desobedecida a exigência de determinação da hipótese de incidência de normas

38. Josef Esser, *Grundsatz und Norm...*, 4ª tir., p. 51.

39. Karl Larenz, *Richtiges Recht*, p. 26, e *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., p. 474.

que instituem obrigações, *então* o ato estatal será considerado inválido” (princípio da tipicidade).⁴⁰

Esses exemplos demonstram que a existência de hipótese depende mais do modo de formulação do que propriamente de uma característica atribuível empiricamente a apenas uma categoria de normas. Além disso, o critério do *caráter hipotético-condicional* parte do pressuposto de que a espécie de norma e seus atributos normativos decorrem necessariamente do modo de formulação do dispositivo objeto de interpretação, como se a forma de exteriorização do dispositivo (objeto da interpretação) predeterminasse totalmente o modo como a norma (resultado da interpretação) vai regular a conduta humana ou como deverá ser aplicada. Percebem-se, aí, uma manifesta confusão entre dispositivo e norma e uma evidente transposição de atributos dos enunciados formulados pelo legislador para os enunciados formulados pelo intérprete.

Em terceiro lugar, mesmo que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Poder Legislativo, isso não significa que não possa ser havido pelo intérprete como um princípio. A relação entre as normas constitucionais e os fins e os valores para cuja realização elas servem de instrumento não está concluída antes da interpretação, nem incorporada ao próprio texto constitucional antes da interpretação. Essa relação deve ser, nos limites textuais e contextuais, coerentemente construída pelo próprio intérprete. Por isso, não é correto afirmar que um dispositivo constitucional *contém* ou *é* um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como um princípio ou como uma regra. Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencial e axiologicamente, sobrejacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio. Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada. Para tanto, basta a simples conferência de alguns exemplos de dispositivos formulados hipoteticamente que ora assumem a feição de regras, ora a de princípios.

O dispositivo constitucional segundo o qual *se* houver instituição ou aumento de tributo, *então* a instituição ou aumento deve ser veicula-

40. Katharina Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat*, p. 415; Manfred Stelzer, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, p. 215.

do por lei, é aplicado como *regra* se o aplicador, visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entendê-lo como mera exigência de lei em sentido formal para a validade da criação ou aumento de tributos; da mesma forma, pode ser aplicado como *princípio* se o aplicador, desvinculando-se do comportamento a ser seguido no processo legislativo, enfocar o aspecto teleológico, e concretizá-lo como instrumento de realização do valor *liberdade* para permitir o planejamento tributário e para proibir a tributação por meio de analogia, e como meio de realização do valor *segurança*, para garantir a previsibilidade pela determinação legal dos elementos da obrigação tributária e proibir a edição de regulamentos que ultrapassem os limites legalmente traçados.

O dispositivo constitucional segundo o qual *se* houver instituição ou aumento de tributos, *então* só podem ser abrangidos fatos geradores ocorridos após o início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, é aplicado como *regra* se o aplicador entendê-lo como mera exigência de publicação de lei antes da ocorrência do fato gerador do tributo, e pode ser aplicado como *princípio* se o aplicador concretizá-lo com a finalidade de realizar o valor *segurança* para proibir o aumento de tributo no meio do exercício financeiro em que a realização do fato gerador periódico já se iniciou, ou com o objetivo de realizar o valor *confiança* para proibir o aumento individual de alíquotas, quando o Poder Executivo publicou decreto anterior prometendo baixá-las.

O dispositivo constitucional segundo o qual *se* houver instituição ou aumento de tributos, *então* só pode haver cobrança no exercício seguinte àquele em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, é aplicado como *regra* se o aplicador entendê-lo como mera exigência de publicação da lei antes do início do exercício financeiro da cobrança, ou como *princípio* se o aplicador concretizá-lo com a finalidade de realizar o valor *previsibilidade* para proibir o aumento de tributo quando o contribuinte não tenha condições objetivas mínimas de conhecer o conteúdo das normas que estará sujeito a obedecer, ou para postergar o reinício da cobrança de tributo cuja isenção foi revogada no curso do exercício financeiro.

Os exemplos antes referidos atestam que o decisivo para uma norma ser qualificada como princípio não é ser construída a partir de um dispositivo exteriorizado por uma hipótese normativa pretensamente determinada. De um lado, qualquer norma pode ser reformulada de modo a pos-

suir uma hipótese de incidência seguida de uma consequência.⁴¹ De outro lado, em qualquer norma, mesmo havendo uma hipótese seguida de uma consequência, há referência a fins. Enfim, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética.⁴²

Esses exemplos demonstram que, a partir de um único dispositivo, pode ser gerada mais de uma norma. Eles não demonstram – e é isto que se quer realçar agora – que o intérprete pode caprichosamente optar entre aplicar determinado dispositivo como regra, princípio ou postulado. De modo algum. Quando o caráter descritivo de determinado comportamento for privilegiado pelo legislador, o intérprete está diante de uma regra que, como tal, deve ser aplicada, mediante um exame de correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, como se sustenta nesta obra. É o caso do dispositivo que exige previsão em lei para instituir ou aumentar tributos. Ele gera uma regra, rígida e não horizontalmente afastável, que impõe a observância do procedimento legislativo e a previsão legal para a instituição e aumento de tributos. Não há liberdade do intérprete entre aplicá-lo como regra ou como princípio, quando se tratar da instituição e aumento de tributos, pois, nesse caso, deve ser adotado o procedimento legislativo e a previsão legal, com toda a rigidez que isso reclama. Porém – e aqui já não estamos falando da mesma norma, mas de *outra* norma, ainda que indutivamente construída a partir do mesmo dispositivo –, se o intérprete, saindo do contexto da criação legislativa de tributos, em que a reconstrução normativa do dispositivo gera uma regra, autonomizar o seu aspecto valorativo e focar noutros contextos e situações, o mesmo dispositivo poderá gerar um princípio. É o caso do princípio da liberdade de exercício de atividade econômica e da sua consectária liberdade de planejamento: ao reservar à lei a instituição e aumento de tributos, a Constituição, indiretamente, garantiu um espaço protegido de liberdade empresarial e de planejamento lícito de atividades. Isso significa, em outras palavras, que não há liberdade para o intérprete interpretar este ou aquele dispositivo como regra ou como princípio, para a mesma situação e sob o mesmo aspecto. Quer dizer

41. Frederick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, p. 23; Riccardo Guastini, *Distinguendo: Studi di Teoria e Metateoria del Diritto*, p. 120.

42. Manfred Stelzer, *Das Wesensgehaltsargument...*, p. 215.