HIDRAS E HÉRCULES – A RELAÇÃO CIRCULAR ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

HIDRA AND HERCULES – THE CIRCULAR RELATIONSHIP BETWEEN PRINCIPLES AND RULES

Área do Direito: Processo Civil. Direito Constitucional. Filosofia do Direito

Resumo: O presente artigo tem por escopo analisar, por meio de pesquisa doutrinária, a relação circular existente entre os Princípios e as Regras no ordenamento jurídico brasileiro. Para melhor compreensão da temática, abordar-se-á no estudo o conceito de norma jurídica e sua estrutura em princípios e regras como espécies do gênero norma, sob a ótica do pós-positivismo jurídico. Ainda, discorrer-se-á sobre o conceito, natureza jurídica e normatividade dos princípios jurídicos, bem como, o conceito de regras e os conflitos normativos entre estas, no decorrer da entrega jurisdicional. Na sequência, apresentar-se-á os critérios de distinção entre princípios e regras na visão de Robert Alexy. Por fim, analisar-se-á o critério de concretude e abstração de regras e princípios na visão de Marcelo Neves, bem como a relação circular existente entre os Princípios e as Regras.

Palavras-chave: Norma Jurídica. Princípios e Regras. Relação Circular.

Abstract: This task has the purpose to analyze, by means of research of literature law, the circular relationship between principles and rules in the Brazilian law. For better understand of the research, will be addressed the concept, structure in principles and rules as one legal rule. Will be discoursed about the concept, nature and legal normativity of legal principles and the concept of rules and conflicts, and the collision between them, in the course of jurisdictional action. Following the criteria that distinguish principles from rules in the view of Robert Alexy. Finally, we will analyze the criterion of concreteness and abstraction of rules and principles in the vision of Marcelo Neves, as well as the circular relationship between principles and rules.

Keywords: Rule of Law. Principles and Rules. Circular Relathionship.

Sumário: 1. Introdução. 2. Norma Jurídica – Conceito Fundamental da Ciência do Direito. 2.1. Conceito de Norma Jurídica de Direito Fundamental. 2.2. A Estrutura das Normas de Direito Fundamental – Princípios e Regras. 2.2.1. – Conceito de Princípios. 2.2.1.1 – Natureza Jurídica e Normatividade dos Princípios. 2.2.1.2 – A colisão entre Princípios. 2.2.2. Conceito de Regra. 2.2.2.1. O conflito entre Regras. 2.3. Critérios para a distinção entre Princípios e Regras na Visão de Ronald Dworkin e Robert Alexy. 2.4. O critério de concretude e abstração de Regras e Princípios na visão de Marcelo Neves e a relação circular entre tais espécies de norma. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1 – INTRODUÇÃO

Após o advento do pós-positivismo jurídico, os Princípios se revestiram de papel fundamental para a consecução e efetivação dos direitos e garantias fundamentais efetivadas na Constituição Federal Brasileira de 1989, afastando-se, ao menos de maneira aparente, das ilações do positivismo jurídico, tendência adotada na Ciência do Direito que reconhecia apenas efetividade e normatividade às normas expressamente disciplinas, ou seja, apenas a regras jurídicas eram reconhecidas como norma jurídica.

Ocorre, a despeito de os Princípios serem dotados de carga efetiva e normativa, a doutrina e a jurisprudência, *data vênia*, equivocadamente, levam a crer que os princípios jurídicos estariam acima das regras dentro do ordenamento jurídico brasileiro, deixando de considerar a existência de uma relação complementar e circular entre tais espécies de norma jurídica.

O equívoco supramencionado tem causado larga preocupação no mundo jurídico, notadamente pelo fato de que a sobreposição dos Princípios em desfavor das Regras, como se entre estes não houvesse uma relação imbrincada, complementar e necessária, tem possibilitado a ocorrência de práticas ativistas por parte do Poder Judiciário quando da entrega da prestação jurisdicional objetivada pelas partes, já que sob a camuflagem de superioridade dos Princípios em face das regras, entende-se que as últimas podem ser desconsideradas e superadas com base em interpretações abertas, decorrentes da características consagradas nos princípios.

Desta forma, cinger-se-á a discussão em demonstrar a relação circular e complementar existente entre Princípios e Regras, para que se possa, sob todos os aspectos, afastar toda e qualquer prestação jurisdicional pautada em ativismos judiciais que, escondendo-se sob o suposto manto da superioridades dos princípios, profere decisões que acabam por desconsiderar as regras jurídicas.

Inicialmente, o artigo açambarca o conceito de norma jurídica de direito fundamental e a sua estrutura dentro do sistema jurídico brasileiro, bem como, os conceitos de princípios e regras, as suas origens, fundamentos e aplicação dentro do sistema normativo brasileiro.

Ainda, uma oportuna distinção entre princípios e regras será delineada, com base nas lições esboçadas por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Por fim, analisar-se-á o critério de concretude e abstração de regras e princípios na visão de Marcelo Neves, bem como a relação circular existente entre os Princípios e as Regras, a qual demonstra uma dependência imbrincada e necessária entre tais espécies de norma.

2 – NORMA JURÍDICA CONCEITO FUNDAMENTAL DA CIÊNCIA DO DIREITO

2.1 – CONCEITO DE NORMA JURÍDICA

Ab Initio, cumpre destacar que com vistas a propiciar uma exata compreensão dos fins colimados pelo presente estudo, teórica e dogmaticamente, faz-se necessário perquirir e identificar o conceito/significado de "norma jurídica" sedimentado e explanado pela doutrina clássica e contemporânea.

Segundo os ensinamentos clássicos de Hans Kelsen[1] a palavra "norma" estabelece um mandamento, uma ordem, uma prescrição de juízo hipotético sobre como o outro (s) deve (m) portar-se em determinadas situações e que, verificado o descumprimento do mandamento estipulado, haverá a aplicação de uma sanção.

Para Nelson Nery Júnior[2] a "*norma é o sentido atribuído a qualquer disposição. Disposição é parte de um texto ainda a interpretar. Norma é a parte de um texto interpretado*[3]*"*.

De outro lado, o ilustre Paulo Dourado de Gusmão[4] conceitua a norma nos seguintes termos:

> É a preposição normativa inserida em uma fórmula jurídica (lei, regulamento, tratado internacional etc), garantida pelo poder público (*direito interno)* ou pelas organizações internacionais. Proposição que pode disciplinar ações ou atos (*regras de conduta*), como pode prescrever tipos de organizações, impostos, de forma coercitiva, provida de sanção.

---

[1] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito, tradução João Baptista Machado* – 8ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 5-7.
[2] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal.* 11 ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.
[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, Parte IV, Cap. 4, III, pg. 1202 *apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal.* 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.
[4] GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito* – Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 79.

Ademais, nos termos da lição de José Cretella Júnior[5]:

> De um modo geral, toda *norma* impõe mandamento ou ordem. Toda norma é *impositiva.* Há, porém, normas essenciais à vida em sociedade que não somente impõem um dever, como atribuem, a quem foi lesado pela violação, a faculdade de exigir o comportamento mandamental contido na norma. Trata-se de *normas impositivo-atributivas.*
>
> [...]
>
> Norma é a expressão da conduta humana, dirigida a um fim. Não há conduta ou comportamento sem norma ou regra, explícita ou implícita, disciplinadora. A cada forma de comportamento corresponde uma norma ou regra.

Deveras, Goffredo Telles Júnior[6] conceitua a norma jurídica como um imperativo autorizante uma vez que ela autoriza ao lesado por sua violação o emprego, contra o violador e pelos meios competentes, das sanções previstas em lei, objetivando em síntese algumas das alternativas, a saber: (i) cessar ou obstar a violação da norma jurídica; (ii) retornar ao *status quo*; ou (iii) nos casos eminentemente penais, submeter o violador às penas da lei.

Ademais, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior[7] as normas jurídicas são:

> [...] expectativas contrafáticas, que se expressam por meio de proposições de *dever-ser*, estabelecendo-se entre os comunicadores sociais relações complementares institucionalizadas em alto grau (relação metacomplementar de autoridade/sujeito), cujos conteúdos têm sentido generalizável, conforme núcleos significativos mais ou menos abstratos.

Por derradeiro, Paulo Nader[8] conceitua as normas jurídicas como pontos culminantes do processo de formação da Ciência do Direito, bem como, marco inicial operacional da Dogmática Jurídica, cuja função precípua é a de sistematizar e descrever a ordem jurídica vigente.

Desta feita, por meio de simples ilação dos conceitos colacionados infere-se que muito embora o conceito de norma jurídica seja esboçado de forma peculiar e distinta por cada jurisconsulto, o núcleo, essência precípua e finalidade da norma volvem-se sobre o mesmo objeto, qual seja: regular o comportamento humano em sociedade.

2.2. ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA – PRINCÍPIOS E REGRAS

---

[5] JÚNIOR, José Cretella. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p. 155 e 156.
[6] JUNIOR, Goffredo Telles. **Iniciação na Ciência do Direito**. 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43-45
[7] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 113.
[8] NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 150.

Urge destacar que por um longo período de tempo os princípios não dispunham de status de norma jurídica em razão da predominância do Positivismo Jurídico, tendência adotada na Ciência do Direito que reconhecia apenas efetividade e normatividade às normas expressamente disciplinadas, ou seja, apenas as regras eram reconhecidas como norma jurídica.

No entanto, a tendência Pós-Positivista[9] surgida a partir da década de 50 ensejou grandes estudos e reflexões no âmbito discursivo da Teoria do Direito, notadamente no que diz respeito à normatividade dos princípios em bases dogmáticas, teóricas e metodológicas proclamada por diversos autores como Ronald Dworkin, Genaro Carrió, Robert Alexy, dentre outros.

Conforme escorreita constatação feita por Ruy Samuel Espíndola[10], os postulados da tendência pós-positivista tem avançado significativamente ao entender os *princípios como normas jurídicas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como qualquer outro preceito detectável na ordem jurídica*, considerando ainda ***as normas de direito como gênero****, do qual* ***os princípios e as regras são espécies jurídicas*** (grifos editados).

Corroborando o quanto exposto, torna-se curial destacar a explanação trazida por José Joaquim Gomes Canotilho[11] *in verbis*:

> A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre *normas e princípios (Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz).* Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de norma[12].

---

[9] Nesse ponto, deve-se registrar um esclarecimento pontual esboçado por Lenio Streck com relação ao Pós-Positivismo Jurídico. Para o mencionado autor, o positivismo jurídico ainda se encontra enraizado no sistema jurídico brasileiro, notadamente quando se verifica a cisão de *easy* e *hard cases* para a definição de quando se efetivará uma ponderação sobre princípios em rota de colisão, quando então, o intérprete, segundo critérios pessoais e discricionário, elegeria o princípio que entende como prevalecente no caso concreto. Para Lenio Streck, tal discricionariedade é elemento identificador do positivismo jurídico, o que evidencia a sua existência no ordenamento jurídico brasileiro. Ver: STRECK, Lenio. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

[10] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais:* elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 28

[11] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. 13ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2007, p. 1.160.

[12] Cfr. DWORKIN, taking Rights Seriously, p. 53; ALEXY, *Theorie der Grundrechte, p. 72;BYDLINSKI, Juristische Methodenlebre und Rechtsbegriff,* 1982, pp. 132 e ss; DREIER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee,* 1986, p. 26; WIEDERIN, << Regel-Prinzip-Norm>>, in PAULSON/WALTER (org.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslebre,* 1986, pp. 137 e ss; SIELKMANN, *Regelmodelle und Primipienmodelle,* p. 69 ss. A. PIZZOURUSSO, *Manuale di Istituzioni di Diritto Pubblico,* Napoli, 1998, pp. 205 e ss.; WILLIS GUERRA FILHOS*, Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, São Paulo, 1999, PP. 43 e ss apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 13ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2007, p. 1.160.

Ademais, em capítulo intitulado de "A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais", Robert Alexy[13] traça algumas diferenciações teorético-estruturais para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, expondo, de forma inequívoca que a norma jurídica é gênero, do qual os princípios e regras são espécies. Ainda, expõe que a distinção entre regras e princípios é um dos alicerces do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

Nesses termos, verifica-se que conquanto num primeiro momento a estrutura da norma jurídica fosse consubstanciada apenas pelas regras, a tendência Positivista outrora vigente resta ultrapassada, uma vez que a tendência adotada e difundida hodiernamente é a Pós-Positivista que reconhece expressamente a normatividade dos princípios jurídicos, erigindo-os à categoria de espécie de norma jurídica em conjunto com as regras.

2.2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIOS

Como bem expôs Ruy Samuel Espíndola14, para que se possa analisar, com resultado satisfatório, o conceito de princípios na ciência normativa do Direito, faz-se necessário perquirir, inicialmente, as significações do termo "princípio" fora do âmbito do saber jurídico, para então, se perscrutar as conceituações que lhe foram dadas por diferentes metodologias no campo da Ciência Jurídica.

Conforme se verifica no dicionário de Aurélio Buarque de Holanda[15] o termo princípio é apresentado em várias acepções, que, conjugadas, demonstram a inteligibilidade do termo, senão veja-se:

> Princípio. [Do lat. principius] S. m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...] 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P. ext. Base; germe [...] 6. Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. Preposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. [São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc.].

---

[13] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais,* tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 84-85.
[14] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais***:** elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 45.
[15] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – *Miniaurélio***:** o minidicionário da língua portuguesa. 6ª ed. rev. atualiz. – Curitiba: Positivo, 2004.

(grifo acrescentado).

Ainda, prossegue Aurélio Buarque de Holanda – agora no plural – registrando o significado do termo na seguinte acepção: "*Princípios. Smpl. 1. Bons costumes; educação. 2. Proposições diretoras duma arte, duma ciência*.

Segundo ensina De Plácido e Silva[16]:

> **PRINCÍPIO.** Derivado do latim *principium* (origem, começo), em sentido vulgar quer exprimir o *começo de vida* ou o *primeiro instante* em que as pessoas ou as coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do *começo* ou da *origem* de qualquer coisa.
> Princípio é também a expressão que designa a espécie de norma jurídica cujo conteúdo é genérico, contrapondo-se à regra ou do preceito, que é a norma mais individualizada. Constitui princípio jurídico normas genéricas como, por exemplo, "todos são iguais perante a lei", enquanto preceito ou regra é a norma específica, como, por exemplo, o idoso tem direito à assistência de sua família. (nnsd)

Já no campo específico da Ciência Normativa do direito, o termo *princípio* recebe variadas definições, peculiares de cada jurisconsulto, as quais serão analisadas individualmente, a seguir.

Segundo os ensinamentos de Robert Alexy[17]:

> [...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas reais e existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...].

Humberto Theodoro Júnior[18] ressalta em escorreita lição a importância do estudo dos *princípios* no estudo de qualquer ramo da Ciência Normativa do Direito, uma vez que estes são o caminho para que o estado ideal de coisas visado na aplicação do conjunto de normas seja alcançado.

Ainda, para José Joaquim Gomes Canotilho[19]:

> **Princípios** são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios

[16] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 606.
[17] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.
[18] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil –** Teoria geral do direito processual civil e processo e conhecimento – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 23.
[19] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed, 13ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2007, p. 1.255.

> não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‹‹tudo ou nada››; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‹‹reserva do possível››, fáctica ou jurídica.

Segundo as lições de Roque Antonio Carrazza[20]:

> Etimologicamente, o termo "princípio" (do latim principium, principii) encerra a idéia de começo, origem base. Em linguagem leiga é, de fato, o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer.
> [...]
> Por igual modo, em qualquer Ciência, *princípio* é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a *pedra angular* de qualquer sistema.

Em escorreita conceituação, Celso Antônio Bandeira de Melo[21] preceitua que:

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

Conforme José Afonso da Silva[22] os "*princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleo de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais"*.

Já para Humberto Ávila[23] *in verbis*:

> Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de

[20] CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 27ª ed, rev. atualiz. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 44.
[21] MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. rev. e atualiz. – São Paulo: Malheiros, 2013, p. 794-795.
[22] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. rev. e atualiz. – São Paulo: Malheiros, 2010, p. 92.
[23] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. amp. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78.

> coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Por derradeiro, Luis Roberto Barroso[24] destaca que *"os princípios são – notadamente os princípios constitucionais – a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico"*.

É certo que muito embora o termo *princípio* seja tratado e conceituado de diferentes maneiras por cada aplicador do direito, ou mesmo, em ciências diversas da jurídica, infere-se por meio dos conceitos alhures colacionados que os *princípios* são em verdade bases fundamentais que sustentam e complementam o sistema no qual estão envoltos.

2.2.1.1 NATUREZA JURÍDICA E NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Conforme exposto anteriormente, hodiernamente, o pensamento jurídico contemporâneo tem sido unânime em reconhecer a normatividade dos princípios jurídicos. Ainda, como bem observado por Ruy Samuel Espíndola[25]:

> [...] Para este núcleo de pensamento, os princípios tem positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, tem eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas [...].

Segundo se depreende da exposição do autor, os princípios são normas jurídicas dotadas de efetiva normatividade uma vez que atuam como tal, seja regulando comportamentos, seja servindo como diretriz/vetores para aplicação e/ou interpretação de outras normas.

Não obstante, vale frisar que muito embora o entendimento atual e predominante atribua aos princípios jurídicos o *status* de norma jurídica, a doutrina sempre se reservou a discutir sobre a natureza jurídica dos princípios.

---

[24] BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional***:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 203.
[25] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais***:** elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 55.

Nos termos da correlata lição esboçada por Paulo Bonavides[26], a discussão acerca da normatividade dos princípios passou por três fases, a saber: (i) jusnaturalista; (ii) juspositivista; e (iii) pós-positivista.

A fase jusnaturalista, afirma Bonavides[27], é a mais antiga e tradicional; nela *"os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa".* Observe-se que nesta fase, os princípios estavam intimamente relacionados à ideia de justiça, constituindo tão somente meros axiomas ético-valorativos em razão de sua "abstratividade".

Já na fase juspositivista - segunda ideia de pensamento sobre a normatividade dos princípios - os princípios eram entendidos como meios de completar as lacunas existentes na lei seriam, no dizer de Gordillo Cañas[28], *"válvula de segurança", que "garante o reinado absoluto da lei".* Nesta fase, restou-se superada a ideia dos princípios como valores de justiça, passando-se a reconhecer o seu valor simplesmente pelo fato de serem oriundos das leis, de caráter meramente subsidiário.

A terceira e última fase, a pós-positivista, ensejou grandes estudos e reflexões no âmbito discursivo da Teoria do Direito, notadamente no que diz respeito à normatividade dos princípios em bases dogmáticas, teóricas e metodológicas proclamada por diversos autores como Ronald Dworkin, Genaro Carrió, Robert Alexy, dentre outros.

Nesta fase, segundo Paulo Bonavides[29] *"as novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais".*

Observa-se pela exposição do autor que nesta fase, reconheceu-se de forma iniludível a autonomia dos princípios jurídicos frente às leis, bem como, o caráter ínsito de normas jurídicas autônomas e vinculantes que lhes é ínsito. Portanto, os princípios jurídicos passaram a ser considerados, efetivamente, como "bases fundamentais e estruturais" da Ciência Normativa do Direito.

2.1.1.2 A COLISÃO DE PRINCÍPIOS

[26] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 259.
[27] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 259.
[28] CAÑAS, Gordillo. *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 262.
[29] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 264.

É certo que os princípios jurídicos, como normas jurídicas que o são, poderão apresentar incompatibilidades/contradições quando do momento de sua aplicação em determinados casos concretos, o que poderia ocasionar resultados jurídicos dissonantes, vale dizer, levar a dois juízos concretos de dever-ser jurídicos diversos.

Nos termos da lição de Luis Roberto Barroso [30], a colisão entre princípios constitucionais se origina do pluralismo, diversidade de valores e de interesses das sociedades modernas açambarcados no texto da Constituição, que, eventualmente, entram em choque.

Ademais, segundo José Joaquim Canotilho[31]:

> O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir *fenômenos de tensão* entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. [...]
>
> A pretensão de validade absoluta de certos princípios como sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da Lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de *tensão* ou *antagonismo* entre os vários princípios [...].

Para Eros Roberto Grau[32], a colisão de princípios seria uma espécie de *antinomia jurídica*[33] *imprópria*, pois o referido conflito não acarretaria na necessidade de um dos princípios ser eliminado do sistema.

Corroborando o quanto exposto, Robert Alexy[34] preceitua que:

> [...] Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder.
>
> Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso tem precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre

---

[30] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329.
[31] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed, 13ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2007, p. 1.182.
[32] GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 3ª ed. – São Paulo: Malheiros, 1997.
[33] Entende-se por antinomia jurídica a contradição real/aparente entre duas normas dentro do sistema jurídico em que se encontra inserta.
[34] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais***,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93.

> princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso [...].

Segundo Ronald Dworkin[35], quando verificada a colisão de princípios, deve-se aplicar o critério do *peso* ou da *importância*, vale dizer, quando da análise do caso concreto, o poder jurisdicional deverá considerar para resolução da lide o peso de cada um dos princípios jurídicos em colisão. No entanto, importante asseverar que a adoção de um dos princípios não implicará na invalidade ou expurgo do princípio preterido, uma vez que esse tipo de *antinomia jurídica imprópria* não acarreta na exclusão da norma dissonante, que, poderá ser aplicada em outros casos que admitam a sua aceitação.

De outro lado, Robert Alexy[36] afirma que a solução para a colisão entre princípios jurídicos se consubstancia no firmamento de uma *relação de precedência condicionada* entre estes, com base nas circunstâncias do caso, ou seja, analisando-se o caso concreto, deverão ser estabelecidas condições sob as quais um princípio deverá prevalecer sobre o outro.

Com efeito, segundo referido autor, a *relação de precedência condicionada* resolverá a colisão de princípios valendo-se da dimensão do peso das normas principais, de modo que o princípio de maior peso prevaleça sobre o outro ante a circunstância factual apresentada.

Deveras, com vistas a demonstrar a aplicação da *relação de precedência condicionada,* Alexy se utiliza de duas decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que versam sobre o sopesamento de princípios constitucionais, quais sejam: (i) a primeira[37], em que se discutia a incapacidade para participação de audiência processual com a presença de um acusado que, devido a tensão ao tipo de procedimento corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou o infarto; e (ii) a segunda, do caso Lebach[38], cuja situação fática envolvia a discussão sobre a exibição de um documentário chamado "*O assassinato de soldados em Lebach*", que pretendia contar a história de um crime em que 4 (quatro) soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, próximo a cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o desiderato de

---

[35] DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio***.** 2ª ed. – Barcelona: Ariel, 1989.
[36] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais***,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012.
[37] BVerfGE 51, 324 *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais***,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, pg. 94-99.
[38] BVerfGE 35, 202 *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais***,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, pg. 99-103.

cometer outros crimes. No caso, a objeção de exibição se deu, pois um dos condenados como cúmplice do crime estava perto de ser libertado da prisão em data próxima à exibição do documentário, e, por ser nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, a referida exibição estaria violando seus direitos fundamentais.

No primeiro caso, conforme se verifica de trechos citados na obra de Alexy, o tribunal em síntese consignou que:

> [...] neste tipo de caso há "uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado". Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, "por si só, de prioridade". O "conflito" deve, ao contrário, ser resolvido "por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes". O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto: "Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, § 2º, 1, da Constituição [...].

Na oportunidade, Robert Alexy[39] consigna que muito embora a decisão retrodestacada se utilize de termos como "*situação de tensão*" em vez de colisão, trata-se de distinção de mero caráter terminológico vez que o caso em destaque trata de forma indubitável a colisão de princípios jurídicos. Prossegue o referido autor reafirmando a ideia de que a solução para colisão de princípios se encontra no estabelecimento de uma *relação de precedência condicionada* entre os princípios, por meio da qual se possa verificar, no caso concreto, as condições sob as quais um princípio prevalecerá sobre o outro.

Ademais, finaliza Alexy[40] estabelecendo uma "*Lei de Colisão*" que servirá como fundamento da teoria dos princípios jurídicas por ele defendida. Por referida lei, a *relação de precedência* é representada pela seguinte fórmula (P_1 *P* P_2) C, consubstanciada da seguinte maneira: (i) P_1 e P_2 representam os princípios em contraposição; (ii) *P* representa o símbolo da relação de *precedência condicionada*; e (iii) C representa as condições em que um princípio precede ao outro.

---

[39] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais**,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 95.

[40] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais**,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 96-99.

De outro lado, no caso Lebach, o Tribunal Constitucional Federal desenvolveu a sua argumentação em três etapas, a saber: (i) na primeira, constatou-se uma *situação de tensão* entre a proteção da personalidade do condenado e a liberdade de informar por radiodifusão conferida à emissora, em que verificou-se qual interesse deveria ceder, sem que isso implicasse na declaração da invalidade de uma das normas; (ii) num segundo momento, após a constatação de que os princípios em colisão possuíam valores abstratos em mesmo nível, o referido Tribunal sustentou uma precedência geral da liberdade de informar no caso de uma *"informação atual sobre atos criminosos"* , como forma de precedência geral ou básica, que permitiria o estabelecimento de exceções; e (iii) por fim, o Tribunal decidiu pela proibição da veiculação da notícia, pois, após sopesamento dos princípios em colisão, constatou-se que no caso da *"repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação", que "colocaria em risco a ressocialização do autor" (C_2), a proteção da personalidade (*$P_{1)}$ *tem precedência sobre a liberdade de informar (*$P_{2)}$ *[...].*

Adotando a teoria *alexiana* sobre a ponderação dos princípios constitucionais, tem-se percebido com bastante frequência que o Poder Judiciário brasileiro, especialmente o Supremo Tribunal Federal, tem se utilizado da técnica da ponderação de princípios jurídicos, ainda que não se indique expressamente a alusão à tal técnica.

Discorrendo sobre a técnica da ponderação de princípios constitucionais, Luis Roberto Barroso[41] consigna que:

> Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos -, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais.
>
> De fato, nessas hipóteses, mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos. Vale dizer: há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor. Como intuitivo, a subsunção, na sua lógica unidirecional (premissa maior → premissa menor → conclusão), somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na eleição de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada, em razão do princípio da unicidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais.
>
> Como conseqüência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de

[41] BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo –** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333-334.

> racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão.

Em razão da insuficiência da aplicação da subsunção em casos onde se verifica a colisão de princípios ou de direitos fundamentais (*hard cases*) [42], notadamente pelo fato de existirem normas de igual hierarquia preceituando soluções dissonantes, é que a ponderação foi pensada como fórmula constitucionalmente adequada para a solução de tais situações. Para Barroso[43], a ponderação é "*uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente"*.

Prossegue o referido autor aduzindo que a insuficiência da subsunção ocorre em razão da coexistência de normas de mesma hierarquia prelecionando soluções diversas, vale dizer, a coexistência de várias premissas maiores em contraponto à uma única premissa menor. Na sequência, Barroso[44] indica ainda que o processo da ponderação pode ser descrito de forma simplória em três etapas.

Na *primeira* etapa, o intérprete deverá detectar no sistema as normas aplicáveis ao caso concreto (premissas maiores), agrupá-las em função da solução que estejam sugerindo e identificar eventuais conflitos entre estas. Na *segunda* etapa, deve o aplicador do direito atentar-se ao exame fático da questão jungida à sua interpretação e aos reflexos que as normas detectadas anteriormente poderão apontar quando convergidas às situações concretas. Na terceira e última fase, onde percebe-se a singularização do processo interpretativo e aplicação da ponderação, as dissonantes premissas maiores e a repercussão do caso concreto serão examinados conjuntamente, para que se possa sopesar os diversos elementos em celeuma e indicar qual o grupo de normas deve prevalecer no caso. Para Barroso[45]: "*Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade"*.

Ainda, o autor alerta para o fato de que a técnica da ponderação, muito embora discipline a atribuição de pesos diferentes como critério relevante e solucionador de

---

[42] Com relação à suposta insuficiência da subsunção e cisão entre *easy* e *hard* cases, remeto o leitor a analisar as considerações esboçadas por Lenio Streck, especialmente no que tange à impossibilidade de cisão entre *easy* e *hard cases*, ou mesmo o uso da ponderação como técnica de solução da colisão de princípios, já que tal solução representaria atividade discricionária e ativista do poder judiciário. Ver: STRECK, Lenio. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

[43] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

[44] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334- 335.

[45] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335.

determinadas situações em rota de colisão, não fornece elementos materiais ou valorativos a serem observados para o sopesamento a ser feito. Finalizando a sua exposição, Barroso[46] destaca que para que as decisões tomadas sob o crivo da ponderação sejam dotadas de legitimidade e racionalidade, o intérprete/aplicador do direito deverá:

> a) reconduzí-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, sendo do constituinte seja do legislador;
> b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas;
> c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando-se o núcleo essencial dos direitos.

Em síntese, são esses os argumentos esboçados pela doutrina para justificar a ponderação como técnica da solução da colisão de princípios jurídicos em rota de colisão, vale dizer, para a solução de *hard cases*.

No entanto, deve-se fazer o alerta de que a importação acrítica e desenfreada de modelos dogmáticos/teóricos, que não sejam precedidos de uma análise constitucionalmente apropriada, como é o caso da ponderação, pode desconfigurar e até mesmo aniquilar integralmente a atuação dos princípios nos sistemas jurídicos em que encontram guaridas.

Nesse ponto, vale o registro de que Lenio Streck[47] critica veemente a cisão entre *easy* e *hard cases* para justificar a aplicação da ponderação como técnica resolutiva da colisão existente entre princípios jurídicos, notadamente pelo fato de que ao ponderar os princípios em colisão, caberá ao julgador, de acordo com sua discricionariedade, decidir qual princípio deverá prevalecer no caso concreto, segundo critérios solipsistas, o que não se pode coadunar. Para o autor, a ponderação seria apenas mais uma camuflagem para o ativismo/decisionismo judicial, decorrente do positivismo jurídico.

2.2.1.1 O CONCEITO DE REGRAS

[46] BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 337.
[47] STRECK, Lenio. *Lições de crítica hermenêutica do direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

Uma vez supera a caracterização da regra jurídica como espécie da qual a norma jurídica é gênero – portanto dotada de efetiva juridicidade e normatividade - a presente pesquisa analisará especificamente amiúde a seguir o conceito que lhe é asseverado pela doutrina contemporânea.

Para José Joaquim Gomes Canotilho[48] *in verbis:*

> **Regras** – insista-se nesse ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer excepção (*direito definitivo*)[49].
> Tomemos, como exemplo, o art. 25º/2, segundo o qual ‹‹ninguém pode ser submetido à tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos››. Trata-se de uma *regra consagradora de um direito definitivo:* o indivíduo *tem direito,* sempre e sem excepção, à integridade moral e física; por consequência, *proibi-se*, sempre e sem qualquer excepção, a prática de tortura, de tratos ou a sujeição a penas cruéis, degradantes ou desumanas (cfr., também, art. 19.º/6 que confirma a natureza *definitiva* deste direito).

Humberto Ávila[50] as conceitua da seguinte maneira:

> As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Ademais, para Roscoe Pound[51], as regras em sentido estrito *"são preceitos que atribuem uma consequência jurídica detalhada e definida a uma situação de fato ou a um estado de coisas (state of facts) igualmente definido e detalhado".*

Por fim, segundo as lições esboçadas por Luis Roberto Barroso[52], as regras "*são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações*".

---

[48] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed, 13ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2007, p. 1.255.
[49] Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrecht*, cit. P. 91 *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed, 13ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2007, p. 1.255.
[50] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. amp. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 78.
[51] POUND, Roscoe. The application of norms**.** In: Idem, An introduction to the Philosophy of Law. New Haven: Yale University Press, 1922, p. 114 *apud* RUFINO, André do Vale. *Estrutura das normas de direitos fundamentais* – repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 1ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59.
[52] BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade*. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Migalhas, 3 out. 2013. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em: 10 mar. 2014 às 14h30min.

2.2.1.2 O CONFLITO ENTRE REGRAS

As regras jurídicas - assim como os princípios jurídicos - poderão apresentar incompatibilidades/contradições quando do momento de sua aplicação em determinados casos concretos, o que poderia ocasionar resultados jurídicos dissonantes, vale dizer, levar a dois juízos concretos de dever-ser jurídicos diversos.

Nesse aspecto, segundo lição por ilustre Eros Roberto Grau[53], uma vez verificado o conflito entre regras estar-se-á diante de *antinomia jurídica própria*. Ainda, prossegue o referido autor explicitando que:

> [...] importa observar que o conflito entre regras jurídicas resulta em antinomia, entendida esta como situação de incompatibilidade entre ambas (ambas pertencendo ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade), que conduz à necessidade de uma delas ser eliminada do sistema. Antinomia jurídica, pois, é situação que impõe a extirpação do sistema, de uma das regras. [...]

Conforme se verifica da lição indigitada, diferente do que ocorre com os princípios jurídicos (em que as incompatibilidades não resultam na exclusão de um princípio face a outro, mas tão somente o afastamento de sua incidência em determinado caso concreto), o conflito entre regras acarreta na necessidade de que uma das regras conflitantes seja expurgada do sistema.

Em lapidar definição, Ronald Dworkin[54] estabelece como mecanismo para a solução da colisão entre regras jurídicas o critério do "*tudo ou nada*" (*all or nothing*), ensinando ainda que "*se os fatos que a regra estipula estão presentes, então ou bem a regra é válida, e nesse caso o comando que ela estabelece tem de ser aplicado, ou bem ela não é, e nesse caso ela não contribui em nada para a decisão do caso".*

Ainda, no que diz respeito ao critério do "*tudo ou nada*", Ronald Dworkin[55] preleciona que:

> As regras são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra refira – o suporte fático hipotético, o *Tatbestand* – se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser ela aplicada.

---

[53] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3ª ed. – São Paulo: Malheiros, 1997.
[54] DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio***.** 2ª ed. – Barcelona: Ariel, 1989.
[55] DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously***.** 5ª ed. – Londres: Duckworth, 1987, p. 24.

De outro lado, Robert Alexy[56] afirma que *"um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declara inválida"*.

De modo a ilustrar seu critério de distinção, prossegue Alexy[57] apresentando um exemplo de conflito entre regras nos seguintes termos:

> Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver sido soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.
> Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico [...].

Nos termos da lição do autor, extrai-se que a norma jurídica, notadamente as regras jurídicas, são consideradas no campo da validade, vale dizer, ou a regra é válida ou não é. A verdade é que se uma regra jurídica possui validade e aplicabilidade em determinado caso concreto, a consequência jurídica é de que a outra regra conflitante será declarada inválida, portanto, não se vislumbra a possibilidade de que duas normas de conduta de preceitos contraditórios em seus termos sejam válidas.

Nesse aspecto, cumpre destacar que no sistema jurídico brasileiro, nos termos do artigo 2º, § 1º e § 2º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942[58] ("Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) a regra será inválida quando ab-rogada (revogação total) ou derrogada (revogação parcial) por outra regra.

Nesse sentido, importante registrar que Robert Alexy[59] assevera que:

---

[56] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais***,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 92.
[57] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais***,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 92.
[58] Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.
§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.
[...]
[59] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais***,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93.

> A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declara inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito de regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito.

Seguindo as lições esboçadas por Alexy, a doutrina clássica brasileira, em ordem geral, estabeleceu três critérios básicos a serem aplicados quando verificado o conflito entre regras (ou *antinomias jurídicas próprias* – no dizer de Eros Roberto Grau), quais sejam: (i) critério cronológico; (ii) critério Hierárquico; e (iii) critério Específico.

Por derradeiro, corroborando o quanto afirmado por Alexy, a ilustre Maria Helena Diniz[60], em lapidar lição, sintetiza os critérios para a solução dos conflitos das regras no âmbito do direito interno nos seguintes termos:

> 1) O *hierárquico* (*lex superior derogat legi inferiori*), baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra; a ordem hierárquica entre as fontes servirá para solucionar conflitos de normas em diferentes níveis, embora, às vezes, possa haver incerteza para decidir qual das duas normas antinômicas é a superior.
>
> 2) O *cronológico* (*lex posterior derogat legi priori*), que remonta ao tempo em que as normas começaram a ter vigência, restringindo-se somente ao conflito de normas pertencentes ao mesmo escalão.
>
> 3) O de *especialidade* (*lex specialis derogat legi generali*), que visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. Para Bobbio, a superioridade da norma especial sobre a geral constitui expressão da exigência de um caminho da justiça, da legalidade à igualdade, por refletir, de modo claro, a regra da justiça *suum cuique tribuere*. Ter-se-á, então, de considerar a passagem da lei geral à especial, isto porque as pessoas pertencentes à mesma categoria deverão ser tratadas de igual forma e as de outra, de modo diverso. Há, portanto, uma diversificação do desigual. Esse critério serviria, numa certa medida, para solucionar antinomia, tratando desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e axiologicamente, apelando para isso à *ratio legis*. Realmente, se, em certas circunstâncias, uma norma ordena ou permite determinado comportamento somente a algumas pessoas, as demais, em idênticas situações, não são alcançadas por ela, por se tratar de disposição excepcional, que só vale para as situações normadas.

Nos termos do que fora demonstrado alhures, depreende-se que enquanto a colisão de princípios restringe-se ao campo da aplicabilidade imediata, vale dizer, no caso concreto haverá a incidência de apenas um dos princípios colidentes sem que o outro tenha de ser

---

[60] DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 21ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 487 e 488.

expurgado do sistema, no campo das regras aplica-se o critério do tudo ou nada, vale dizer, existindo 2 (duas) normas conflitantes, o acatamento de uma delas implicará obrigatoriamente no expurgo da outra do sistema.

Tal forma de solução de conflito/colisão, inclusive, é um dos critérios utilizados pela doutrina para diferenciar os princípios das regras jurídicas e sustentar, *data vênia*, equivocadamente, a suposta superioridade dos princípios perante as regras, já que este possuíram conceitos interpretativos de tipo aberto, que permitem uma maior flexibilização das regras, e, consequentemente, do próprio sistema.

2.2.3. Critérios para a Distinção entre Princípios e Regras na Visão de Robert Alexy

Em oportuna lição, Robert Alexy, em obra de sua autoria intitulada "*Teoria dos Direitos Fundamentais*", esboçou, dentre outras questões, considerações acerca dos critérios tradicionais para a distinção entre princípios e regras, ressaltando que referida distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, e, de igual modo, epicentro de resolução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Ainda, para o autor[61] *a "distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais".*

Inicialmente, o autor reafirma a ideia anteriormente delineada de que as regras e os princípios são normas, uma vez que ambos preceituam o que deve ser e, em razão de sua natureza mandamental, podem ser formulados por meio de expressões tradicionais do dever, da permissão e da proibição. Para Alexy[62], tanto os princípios como as regras são "*razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas".*

Com efeito, o autor destaca que a discussão acerca da distinção entre regras e princípios tem se prolongado no decorrer dos anos, mas que, em razão de sua utilização recorrente, ainda surgem questões polemicas que demandam debates de extrema agudeza,

---

[61] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais***,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85.

[62] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais***,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87.

profundidade e vitalidade no plano dogmático, seja por falta de clareza ou pela pluralidade demasiada de critérios distintivos.

Ademais, segundo observado por Alexy[63], conquanto exista uma grande variedade de critérios distintivos para a diferenciação entre regras e princípios constitucionais, o critério utilizado com maior frequência é o da generalidade. Referido critério preceitua que os princípios são normas dotadas de grau de generalidade relativamente altos, e, em contrapartida, as regras são normas dotadas de grau de generalidade relativamente baixo.

Após uma análise esmiuçada sobre os diversos critérios distintivos, o autor[64] afirma ser possível adotar três teses com posições inteiramente diversas para se verificar no plano material a distinção entre regras e princípios. A primeira tese defende que toda tentativa de diferenciar a norma jurídica em regras e princípios estaria fadada ao fracasso em razão das peculiaridades existentes em cada tipo de norma, notadamente pelo fato de que alguns critérios expostos, ainda que dotados de um grau relativamente alto de generalidade e largo conteúdo axiológico, podem não ser aplicáveis de pronto a determinadas situações. Para Alexy[65] diante disso, "*é necessário atentar para as diversas convergência e diferenças, semelhanças e dessemelhanças, que são encontradas no interior da classe das normas" [...].*

A segunda tese apregoa que muito embora a divisão das normas em regras e princípios seja válida e aceita, a diferenciação se dá apenas e tão somente em grau, de modo que os adeptos dessa tese seriam os autores que entendem que o grau da generalidade é o critério decisivo de distinção. Já a terceira tese, entendida como correta pelo autor, sustenta que as normas podem ser diferenciadas entre regras e princípios e que além de uma diferença gradual, há também uma diferença qualitativa.

Alexy esboça que a distinção torna-se ainda mais iniludível nos casos em que se verifica a colisão de princípios e conflito de regras, uma vez que o método de solução para cada uma das espécies de norma é distinto. Segundo o autor[66]:

> Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito.

---

[63] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais***,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 86-90.
[64] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87-90.
[65] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 89.
[66] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais,** tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012, p. 91-92.

Alexy prossegue asseverando que o conflito entre regras deverá ser solucionado por meio da introdução, em uma das regras conflitantes, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou, em último caso, se uma das regras for declara inválida. Uma vez verificada a impossibilidade da inserção de uma cláusula de exceção, uma das regras deverá ser declarada inválida, e, consequentemente, expurgada do ordenamento jurídico. Portanto, o conflito entre regras se da no plano da validade da norma. De outro lado, a colisão entre princípios deve ser solucionada de maneira totalmente diversa. Isso porque, quando verificada a colisão entre estes, não há a necessidade de que um destes seja eliminado do sistema como ocorre no conflito entre regras ou mesmo que seja declarado inválido. A solução se da por meio da verificação de determinadas condições que indicarão a precedência de um princípio face a outro, tendo-se como fator determinante para solução o "*peso*" dos princípios em colisão, vale dizer, o princípio que apresente maior "*peso*" maior prevalecerá sobre o outro.

Finalizando, Alexy aponta para a diferença entre princípios e regras com relação ao caráter *prima facie* e definitivo dos referidos tipos normativos. Para o autor, os princípios se revestem de caráter *prima facie* pelo fato de não conterem *mandamentos definitivos*, vale dizer, eles preceituam possibilidades jurídicas que podem ou não ser cumpridas em determinados casos concretos. De outro lado, as regras, por exigirem o integral cumprimento daquilo que preceituam no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas (tal determinação pode ser passível de falha ante as impossibilidades jurídicas e fáticas), se revestem de um caráter definitivo.

Conforme se verifica das lições aqui despendidas, verifica-se de forma iniludível que o principal critério de distinção entre princípios e regras adotado por Alexy é o da generalidade, segundo o qual as normas dotadas de grau de generalidade relativamente alto serão consideradas como princípios, e, normas dotadas de grau de generalidade relativamente baixo serão consideradas como regras. Ainda, demonstrou-se de igual modo que o autor entende que a tese de correta aplicabilidade para que se verifique no plano material a distinção é aquela que entende existir entre regras e princípios não somente uma diferença de grau, mas também, uma diferença de qualidade da norma. Por fim, segundo o autor, a diferença entre princípios e regras se encontraria respaldada no caráter inseto de cada norma, de modo que, em síntese, os princípios jurídicos seriam sempre razões *prima facie* enquanto que as regras, a seu turno, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, *mandamentos definitivos.*

É certo que muito embora os critérios distintivos defendidos por Alexy sejam de extrema importância na seara do direito e imperem de forma incisiva e complementar nos ordenamentos jurídicos de outros países, especialmente na Constituição Alemã, a sua aplicabilidade desenfreada e desmedida no sistema jurídico brasileiro tem ocasionado a banalização de modelos principiológicos. Isso porque, a importação de construções dogmáticas e teóricas realizadas sem uma análise constitucional devidamente pormenorizada, pode desconfigurar ou mesmo aniquilar integralmente a função supletiva e complementadora dos princípios constitucionais nos sistemas jurídicos em que encontram guarida.

Por derradeiro, urge destacar que o presente artigo não tem por desiderato elaborar uma crítica aos modelos clássicos de distinção entre regras e princípios clássicos esboçados pela doutrina, notadamente por Alexy, mas, apenas e tão somente, apresentar modelos alternativos que se coadunem e dialetizem com o sistema jurídico pátrio, modelos estes selecionados e recepcionados após o crivo seletivo de uma análise constitucionalmente apropriada. Isso porque, conforme exposto por Marcelo Neves[67], a adoção integral de teses e modelos principiológicos "*desenvolvidos consistentemente no âmbito de experiências jurídicas diversas"* poderá banalizar referidas teses e modelos.

2.2.4. O CRITÉRIO DE CONCRETUDE E ABSTRAÇÃO DE REGRAS E PRINCÍPIOS NA VISÃO DE MARCELO NEVES – CRÍTICA AOS MODELOS DE DISTINÇÃO CLÁSSICOS – RELAÇÃO CIRCULAR E COMPLEMENTAR ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

O livro "*Entre Hidra e Hércules*", de autoria de Marcelo Neves representa um marco inconcusso na discussão acerca da distinção entre regras e princípios que tem se prolongado no decorrer dos anos, notadamente pelo fato de criticar de forma iterativa a aplicação desenfreada de construções teóricas e dogmáticas de modelos principiológicos desenvolvidos em experiências jurídicas diversas da do ordenamento jurídico brasileiro, sem uma prévia e necessária análise jurídica constitucionalmente apropriada. Ademais, além de apresentar críticas à aplicação desenfreada, o autor aponta a relação de complementariedade e tensão dos princípios constitucionais com as regras, especialmente no tocante à relação circular existente entre estas e aqueles. Por fim, apresenta-se um modelo teórico alternativo para a distinção

[67] NEVES. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

entre princípios e regras constitucionais, diferença esta jurídico-dogmática que exsurge com o constitucionalismo moderno.

No capítulo I da citada obra[68], Marcelo Neves trata dos modelos clássicos de distinção entre princípios e regras jurídicos apresentados pela doutrina, quais sejam: (i) *grau de imprecisão, discricionariedade e generalidade como critério de distinção entre princípios e regras;* (ii) *referência a fins e valores como critério de distinção entre princípios e regras;* (iii) *tudo-ou-nada versus dimensão de peso defendido por Ronald Dworkin; e* (iv) *razões definitivas versus mandamentos de otimização preconizada por Robert Alexy.*

Para o modelo clássico de distinção apoiado no *grau de imprecisão*, afirma-se que os princípios tendem a ostentar um grau de imprecisão maior do que as regras. Essa imprecisão, segundo Neves[69], implica a incerteza cognitiva sobre qual norma deverá ser aplicada ao caso com.creto.

Ocorre que, muito embora se possa identificar numa primeira análise que os princípios tendem a ser dotados de maior grau de imprecisão quando comparados às regras, o critério de imprecisão da norma **não pode** ser utilizado como critério decisivo para tal diferenciação, notadamente pelo fato de se verificar, no ordenamento jurídico pátrio, no plano constitucional e infraconstitucional, a existência de regras com elevado grau de imprecisão semântica cujo invólucro linguístico ocasionam por vezes a incerteza cognitiva sobre qual a norma jurídica a ser aplicada.

No que diz respeito ao critério do *grau de generalidade*, defende-se que os princípios são normas dotadas de grau de generalidade relativamente altos, e, em contrapartida, as regras são normas dotadas de grau de generalidade relativamente baixo.

Para Neves[70], antes de se adentrar na pertinência ou não de referido critério como apto a diferenciar validamente os princípios e regras, faz-se necessário tecer preliminarmente a diferenciação existente entre "generalidade e abstração" nos seguintes termos:

> Parece-me oportuno distinguir a generalidade da abstração. Nesse particular, vale citar, por sua clareza, trecho já clássico de Norberto Bobbio: "aconselhamos falar em normas gerais quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas; e, em normas abstratas

[68] NEVES. Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
[69] NEVES. Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 13.
[70] NEVES. Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 21-22.

> quando nos encontramos frente a normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações)"[71]. Nesse sentido, pode-se dizer que a generalidade é concernente à dimensão pragmática dos destinatários da norma, dizendo respeito ao âmbito pessoal de sua vigência. A abstração refere-se, por seu turno, à dimensão semântica dos referentes da norma, relacionando-se ao domínio material de sua vigência e envolvendo a questão de definir os fatos jurídicos e casos que são subsumíveis à norma. Tanto os princípios quanto as regras são normas gerais e abstratas. O problema que se apresenta é a determinação do grau de generalidade e abstração. Isso implica a questão de estabelecer quão ampla é a classe de pessoas que são destinatárias da norma (generalidade) e quão abrangente é a classe de fatos, ações ou caos que são regulador por ela (abstração).

Por simples ilação das ideias esboçadas pelo autor, infere-se que o grau da generalidade esta intimamente relacionado aos destinatários da norma jurídica, enquanto que a abstração estaria ligada às circunstâncias diretamente relacionadas à norma, como os fatos, ações ou casos por ela regulados.

Ocorre que para Neves, o critério da generalidade (incluso nas teses de demarcação frágil por basear-se em características quantitativas dos tipos normativos) parece-lhe insustentável. Isso porque, segundo suas concepções, se verifica no ordenamento jurídico pátrio exemplos consideráveis de regras jurídicas com um grau de generalidade relativamente alto, e, de outro lado, princípios dotados de grau de generalidade relativamente baixo.

A guisa de exemplo, o autor, consubstanciado em apontamento feito por Robert Alexy, indica o caso da estrita legalidade penal, previsto expressamente no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988[72]. Segundo Neves[73], muito embora o artigo indigitado "*seja uma regra na medida em que serve como critério definitivo para a tomada de decisão solucionadora de um caso, tem um alto grau de generalidade se comparado com certos princípios constitucionais".*

Outra vertente clássica de distinção entre regras e princípios é a *referência a fins e valores* como característica dissonante dos princípios com relação às regras. Na oportunidade,

---

[71] Bobbio, 1958, p. 231 [trad. bras. 2005, p. 181] *apud* NEVES. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 21-22.

[72] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[73] NEVES. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 23.

Neves [74] afirma que existem inúmeros autores que destacam o caráter teleológico eminentemente finalístico dos princípios em relação às regras.

Seguindo esta vertente de referência a fins como critério de diferenciação entre princípios e regras, Humberto Ávila[75] defende que:

> As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Prosseguindo em seu discurso, Neves afirma em síntese que quando se propõe uma classificação com base na referência a fins, torna-se necessário definir, num primeiro momento, qual a corrente filosófica a ser utilizada como ponto de partida para referida classificação.

Segundo o autor[76], os modelos filosóficos poderão ser apresentados conforme: (i) se baseie da noção aristotélica de causas finais; (ii) se baseie na concepção de uma teleologia ideal que remonte à Hegel; ou; (iii) se oriente pelo conceito weberiano de racionalidade com respeito a fins.

Em apertada síntese, a teleologia aristotélica revela os princípios jurídicos sob a ótica de um modelo ontológico e metafísico e a noção de causa final não se restringe à ação humana, mas açambarca também o comportamento e a estrutura dos animais, vegetais e à realidade natural como um todo. De outro lado, a teleologia ideal que remonta à Hegel revela um modelo principiológico idealista objetivo, de um desenvolvimento racionalmente determinado, sem qualquer axioma. Por fim, a concepção finalística dos princípios sob a ótica do conceito weberiano de racionalidade acentua um modelo com objetivo precípuo de busca dos meios necessários para que sejam alcançados os fins racionais de interesse do agente.

---

[74] NEVES. Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 29-41.
[75] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85.
[76] NEVES. Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 28-30.

Para Neves, muito embora as teses sobre a distinção de princípios e regras com base nos fins objetivos pela norma sejam dogmática e teoricamente defendidas, referida teoria parece-lhe insustentável, notadamente em razão de se verificar no sistema jurídico interno a existência de princípios desprovidos de caráter finalístico e de se encontrar regras essencialmente finalísticas, inclusive no plano constitucional.

No que tange a distinção entre princípios e regras pelo critério da *referência a valores*, defende-se que os princípios são dotados de maior carga valorativa do que às regras, no entanto, segundo o autor, não há justificativa para uma diferenciação entre princípios em regras lastreada na forma em que os valores como representação da preferência coletiva são incorporados ao sistema jurídico. Ademais, Neves afirma não ser possível, a rigor, distinguir os princípios das regras em razão do caráter teleológico ou valorativo dos primeiros em face destas, nem mesmo pela forma em que esses tipos de normas se relacionam aos valores. Para o autor[77] "*tanto há princípios quanto regras que se referem imediata, direta e explicitamente a valores e fins, como há princípios que não se caracterizam por essa maneira de referência a eles".*

No Capítulo II da obra, passa-se a análise e observações dos modelos do *tudo ou nada versus dimensão do peso* e *razões definitivas versus mandamentos de otimização*, sendo estes modelos clássicos e ainda dominantes de distinção entre regras e princípios, cujas teorias foram esboçadas, respectivamente, por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Marcelo Neves rememora a tese proposta por Dworkin de que a diferença entre regras e princípios restaria evidenciada pela forma de solução de conflito/colisão de cada uma das espécies de norma e que, no caso das regras, aplica-se a teoria do "*tudo ou nada*", de modo que as regras ou são aplicáveis a determinado caso por completo ou não. De outro lado, quando verificada a colisão de princípios, deve-se aplicar o critério do *peso ou da importância*, vale dizer, quando da análise do caso concreto, o poder jurisdicional deverá considerar para resolução da lide o peso de cada um dos princípios jurídicos colidentes. No entanto, importante asseverar que no caso específico dos princípios, a adoção de um destes não implicará na invalidade ou expurgo do outro preterido, uma vez que esse tipo de *antinomia jurídica imprópria* não acarreta na exclusão da norma dissonante, que, poderá ser aplicada em outros casos que admitam a sua aceitação.

---

[77] NEVES. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 41.

Na sequência, Neves retrata as teses de distinção propostas por Alexy no sentido de que o conflito entre regras deverá ser solucionado por meio da introdução, em uma das regras conflitantes, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou, em último caso, se uma das regras for declarada inválida. Uma vez verificada a impossibilidade da inserção de uma cláusula de exceção, uma das regras deverá ser declarada inválida, e, consequentemente, expurgada do ordenamento jurídico. Diferentemente, as colisões entre os princípios jurídicos devem ser solucionadas por meio de sopesamento dos interesses em conflito, observando-se ainda a necessidade do estabelecimento de uma *relação de precedência condicionada*, onde se determinará em quais situações determinado princípio prevalecerá sobre o outro.

Finalizando o capítulo II de sua obra, Marcelo Neves acentua que a distinção proposta por Alexy de que os princípios são revestidos de razões ou critérios *prima facie,* enquanto as regras possuem razões ou *critérios definitivos* é a que mais se aproxima do modelo dogmático alternativo que, segundo sua doutrina, se coaduna e dialetiza com o sistema jurídico pátrio.

Para o autor, a diferenciação entre regras e princípios é desprovida de qualquer significado prático quando se trata de mera observância cotidiana ou da aplicação burocrática de tais normas. Isso porque, nessas situações, não se questiona a vinculatividade das normas, que serão cumpridas ou descumpridas segundo critérios pessoais de cunho habitual ou cálculo racional de custo benefício, vale dizer, o agente verifica o peso da sanção em caso de descumprimento e analise se é mais rentável cumpri-la ou descumpri-la. Com efeito, Marcelo Neves[78] observa que "*faltando qualquer motivo para serem seguidas, as normas tendem a ser descumpridas, igualmente sem que se diferencie entre princípios e regras violadas*".

De outro lado, segundo o autor, a controvérsia acerca da diferenciação entre princípios e regras será dotada de um alto grau de relevância quando existir controvérsia sobre qual norma deve ser aplicada ao caso concreto, seja no contexto de um conflito interpessoal, seja no controle abstrato de normas. Para Neves[79] "*apenas quando se passa para o plano da argumentação jurídica essa distinção pode ser problematizada".*

[78] NEVES. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 95.
[79] NEVES. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 95.

Citando Luhman[80], Marcelo Neves consigna que no plano da argumentação jurídica, para que possa compreender com exatidão a localização da distinção entre princípios e regras, faz-se necessária uma análise sistêmica da observação de primeira e segunda ordem.

Em síntese, na noção sistêmica de primeira ordem os envolvidos, no âmbito das relações cotidianas, cumprem ou descumprem as regras segundo seus padrões individuais de comportamento. Nesta primeira ordem de padrões a serem aplicados, não existem indagações quanto ao sentido ou validade das normas a serem seguidas/cumpridas/aplicadas no contexto em que se encontram. Em contrapartida, partindo-se da noção sistêmica de segunda ordem, os envolvidos galgam a um outro nível na seara jurídica e passam a uma discussão de tamanha relevância prática e teórica, qual seja: a discussão das normas que serão aplicadas a determinado caso concreto, bem como, aos aspectos relacionados à tais normas, notadamente com relação a validade e fins objetivados por estas.

Nessa consonância, Neves[81] preleciona que "*em um sistema jurídico funcionalmente diferenciado, a observância de segunda ordem possibilita que se rediscuta permanentemente as normas a aplicar e as condições de seu cumprimento"*.

Na sequência o autor[82] afirma que os princípios e as regras desempenham, no plano da argumentação jurídica, a função de estruturar o material normativo, e, segundo suas lições:

> Esquematicamente, algo se apresenta como princípio ou como regra. Os princípios são normas no plano reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Estas, enquanto razões imediatas para normas de decisão, são condições da aplicação dos princípios à solução dos casos. Na cadeia argumentativa, uma norma afirma-se tipicamente como princípio ou como regra.

Ademais, Neves[83] destaca para a existência de uma relação circular entre os princípios e regras consignando que:

> Os princípios constitucionais servem ao balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras, assim como, eventualmente, para restrição e ampliação de seu conteúdo. Em suma, pode-se dizer, com o devido cuidado, que eles atuam como razão ou fundamento

[80] LUHMAN, Niklas *apud* NEVES. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
[81] NEVES. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 99.
[82] NEVES. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 103.
[83] NEVES. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 134.

> de regras, inclusive de regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas. Mas as regras são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais.

Vale dizer, a circularidade se evidenciaria pelo fato de que a aplicabilidade dos princípios só pode ocorrer nos casos em que exista uma regra diretamente atribuída constitucional ou infraconstitucional, sob pena destes perderem o seu significado prático ou mesmo servirem apenas como meios de manipulação de regras completas. Segundo Marcelo Neves[84], a "*relação reflexiva circular entre princípios e regras implica uma fortificação recíproca das respectivas estruturas (normas) e processos (argumentos)*".

Em outras palavras, diferente do quanto vem sendo defendido por parte da doutrina e decidido nos Tribunais Superiores, os Princípios não possuem força ou natureza superior às regras e não podem/devem ser analisados sob uma ótica independente, solipsista e individual. Em verdade, os Princípios devem ser sempre analisados conjuntamente com as Regras, sob a ótica de relação imbricada, circular, complementar e necessária, para que necessária fortificação das normas, processos/argumentos, e, principalmente, de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Por tal razão é que, ao pregar pela superposição dos Princípios em face das regras, parte da doutrina e jurisprudência tem se equivocado e adotado posições que vão contra o Estado Democrático de Direito, citando-se a guisa de exemplo, a ocorrência de atuações notoriamente ativistas, pautadas em critérios subjetivistas e discricionários.

Prelecionando sobre a temática, Lenio Luiz Streck[85] afirma que:

> [...] o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma "corrupção" na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.

Ou seja, segundo as concepções de Streck a atuação do poder juridiscional tem sido proferidas em manifesto arrepio à ordem constitucional vigente, notadamente pelo fato de que o judiciário, ao proferir decisões conforme critérios nitidamente subjetivos/pessoais (portanto,

---

[84] NEVES. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 135.
[85] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discurssivas. – 5. ed., ver., mod. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

não jurídicos), tem extrapolado os limites de sua atuação e avocado para si funções taxativamente previstas como competência dos outros Poderes (Executivo e Legislativo).

Mas não é só, sob o manto da superioridade dos Princípios sobre as Regras, especialmente por conta da suposta abertura interpretativa que lhe é inerente, tem-se criado diversos princípios despidos de normatividade que sustentam ativismos e decisionismos, fenômeno este denominado por Streck[86] como pan-principiologismo.

Tais argumentos, são suficientes para demonstrar a necessidade de que seja reconhecida a relação circular, imbricada, complementar e necessária existente entre os Princípios e as Regras, especialmente como unidade do sistema, para que sejam evitadas práticas ativistas e discricionárias, que transmudem a natureza da norma jurídica e possibilitem a ocorrência de atos solipsistas e desprovidos de legalidade, justiça e moralidade.

Por derradeiro, após analisar as teorias clássicas sobre a distinção entre princípios e regras e apresentar a relação de circularidade existente entre os referidos tipos de norma, Marcelo Neves[87] desenvolve alternativas acerca de referida distinção e conclui que os princípios se apresentam de modo mais abstrato, vale dizer, possibilitam uma maior reflexão, razão pela qual encontram-se no plano reflexivo. São em verdade, normas que iniciam a cadeia argumentativa e trazem argumentos substantivos. Já as regras, se apresentam de modo mais concreto, como razão imediata para solução de casos, portanto, são muito mais formais e orientadas primariamente por argumentos formais, orientados na consistência jurídica.

3. CONCLUSÃO

A práxis jurídica tem demonstrado que a relação circular e complementar existente entre os Princípios e as Regras não tem sido identificada de forma muito clara pela doutrina e jurisprudência brasileira, o que tem possibilitado o aparecimento de entendimentos e decisões

[86] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discurssivas. – 5. ed., ver., mod. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.
[87] NEVES. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

de critério solipsistas, ativistas e decisionistas, especialmente quando se considera que os Princípios possibilitam uma interpretação extensiva que permite a desconsideração de regras do ordenamento jurídico.

Conquanto durante muito tempo os princípios tenham sido desprovidos de *status* de norma jurídica em razão do positivismo jurídico, tendência adotada na Ciência do Direito que reconhecia apenas efetividade e normatividade às normas expressamente disciplinadas, a tendência Pós-Positivista surgida a partir da década de 50 ensejou grandes estudos e reflexões no âmbito discursivo da Teoria do Direito, notadamente no que diz respeito à normatividade dos princípios em bases dogmáticas, teóricas e metodológicas proclamada por diversos autores como Ronald Dworkin, Genaro Carrió, Robert Alexy, dentre outros.

Em razão da tendência Pós-Positivista, foi reconhecida a normatividade dos princípios jurídicos, erigindo-os consequentemente à categoria de espécie de norma jurídica, em conjunto com as regras. De acordo com a doutrina clássica e tradicional esboçada principalmente por Dworkin e Alexy, a distinção entre princípios e regras estaria adstrita em síntese aos critérios da generalidade e abstração, de modo que os princípios seriam comandos normativos dotados de grau de generalidade relativamente alto, ao passo que as regras seriam dotadas de grau de generalidade baixo.

Ocorre que, tais concepções foram elaboradas com supedâneo em ordenamentos jurídicos de outros países, de modo que a importação acrítica de tais modelos, sem o crivo necessário de dogmas e teorias, precedidos de uma análise constitucionalmente apropriada, pode desconfigurar e até mesmo aniquilar integralmente a atuação dos princípios nos sistemas jurídicos em que encontram guarida.

Nesse sentido, Marcelo Neves desenvolve um modelo alternativo sobre referida distinção e conclui que os princípios se apresentam de modo mais abstrato, vale dizer, possibilitam uma maior reflexão, razão pela qual encontram-se no plano reflexivo, tratando-se em verdade de normas que iniciam a cadeia argumentativa e trazem argumentos substantivos. Já as regras, se apresentam de modo mais concreto, como razão imediata para solução de casos, portanto, são muito mais formais e orientadas primariamente por argumentos formais, orientados na consistência jurídica. Ainda, o referido autor aponta para uma necessária relação circular e complementar existente entre os Princípios e as Regras, como meio de fortalecimento do sistema.

Desta forma, é possível concluir que conquanto Princípios e Regras sejam espécies do gênero norma, dotadas de qualidades intrínsecas que as diferenciam em nível de aplicabilidade, a relação que lhes origina é circular, complementar e necessária para o desenvolvimento e manutenção

do sistema jurídico. Vale dizer, existe uma interdependência complexa entre os Princípios e as Regras, a qual não permite que as últimas sejam totalmente desconsideradas ou aniquiladas - por conta da suposta interpretação aberta e extensiva conferida aos primeiros -, quando da entrega da prestação jurisdicional pleiteada pelas partes. Fato é que, para se evitar a existência de práticas solipsistas, decisionistas e ativistas da Administração Pública, deve-se reconhecer que entre Princípios e Regras existe uma relação circular, pois enquanto os princípios atuam como razão ou fundamento de regras, estas são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais, conforme nos ensina Marcelo Neves.

4. CONCLUSÃO

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução Virgílio Afonso da Silva.* 2ª ed, 2ª tir. – São Paulo: Malheiros, 2012.

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

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. amp. – São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional***:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

BARROSO, Luis Roberto. *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade*. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Migalhas, 3 out. 2013. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em: 10 mar. 2014 às 14h30min.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos no Novo Direito Constitucional Brasileiro. Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 225: 5-37, jul./set. 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed, 13ª reimp. – Coimbra: Almedina, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 27ª ed. rev. atualiz. – São Paulo: Malheiros, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica. 21ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio***.** 2ª ed. – Barcelona: Ariel, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously***.** 5ª ed. – Londres: Duckworth, 1987.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais***:** elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda – *Miniaurélio***:** o minidicionário da língua portuguesa. 6ª ed. rev. atualiz. – Curitiba: Positivo, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3ª ed. – São Paulo: Malheiros, 1997.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito* – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JUNIOR, Goffredo Telles. *Iniciação na Ciência do Direito.* 4ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.

JÚNIOR, José Cretella. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito,* tradução João Baptista Machado **–** 8ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. rev. e atualiz. – São Paulo: Malheiros, 2013.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal.* 11 ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES. Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. rev. e atualiz. – São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *(Mais) um passo atrás no direito brasileiro. Quem vai cuidar do guarda da esquina?* Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/7.pdf> Acesso em 5 maio. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discurssivas. – 5. ed., ver., mod. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

Artigo aprovado em 19/10/2015 : Recebido em 22/09/2015