

### 3 Análise Crítica da Teoria dos Princípios

Para Ronald Dworkin a estrutura jurídica e o conjunto de regras da legislação se aplicam sob um sistema de princípios únicos e coerentes. O autor defende que as soluções conciliatórias dos conflitos apresentados pelas sociedades devam ser consideradas não apenas pela perspectiva individual, mas de acordo com uma atuação baseada em princípios. Ao discorrer sobre os modelos assumidos pela comunidade, o jurista americano apresenta um acerca do compromisso geral de obedecer às regras estabelecidas. E discorre sobre o modelo, no qual a comunidade concorda com as regras, mas assume que há a governança mais abrangente efetivada por meio de princípios comuns.<sup>1</sup>

De acordo com Habermas, a teoria dos direitos proposta por Dworkin é uma tentativa de combater as falácias realistas, positivistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, por meio de critérios deontológicos, a satisfação das exigências de segurança do direito e da aceitabilidade racional.<sup>2</sup> Na compreensão habermasiana, a teoria dworkiana tem por esteio a defesa de que existem pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, em razão de o direito positivo ter inevitavelmente assimilado pontos de vista morais.<sup>3</sup> E explica melhor:

Quando Dworkin fala de argumentos de princípios que são tomados para a justificação externa de decisões judiciais, ele tem em mente, na maioria das vezes, princípios do direito que resultam da aplicação do princípio do discurso no código jurídico. O sistema dos direitos e os princípios do Estado de direitos são, certamente, devidos à razão prática, porém, na maioria das vezes, à figura especial que ela assume no princípio da democracia. O conteúdo moral de direitos fundamentais e de princípios do Estado de direito se explica pelo fato de que os *conteúdos* das normas fundamentais do direito e da moral, às quais subjaz o mesmo princípio do discurso, se cruzam.<sup>4</sup>

O filósofo alemão explica a contestação da idéia de uma legitimação do direito por meio da simples legalidade do procedimento que normatiza o direito. Para Habermas, Dworkin explicita bem a separação do direito em relação à moral e à política. Contudo, tal independência não quer dizer que os princípios políticos

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 224; 252-253.

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003, p. 252.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 253.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 256.

e morais não possam ser traduzidos para o que chama de linguagem jurídica neutra do direito. As concepções dworkianas, como já visto, explicam a insuficiência das concepções positivistas, sobretudo de Hart. E a grande inovação trazida é a conhecida distinção entre princípios e regras que o autor americano apresenta. Cabe aresto, por mais uma vez, de como o filósofo alemão compreende tal diferenciação:

Regras são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica, como, por exemplo, as prescrições formais para a redação de testamentos; ao passo que os princípios jurídicos são gerais e carentes de interpretação (direitos humanos, igualdade de tratamento, etc.). Tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação. A distinção entre esses tipos de regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela ‘ponderação de bens’ nas demais doutrinas metodológicas – porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica. Regras e princípios também servem como argumento na fundamentação de decisões, porém o seu valor posicional na lógica da argumentação é diferente. Pois regras contêm sempre um componente ‘se’, que especifica condições de aplicabilidade típicas da situação, ao passo que princípios, ou surgem com uma pretensão de validade não-específica, ou são limitados em sua esfera de aplicação através e condições muito gerais, em todo caso carentes de uma interpretação. Pode-se explicar a partir daí a diferença característica entre regras e princípios no que tange à atitude de colisão, que Dworkin coloca em relevo.<sup>5</sup>

De acordo com as compreensões habermasianas, o reconhecimento dos princípios como componentes normais do discurso jurídico trouxe luz à perspectivas saturadas, como o Positivismo, e seu entendimento do Direito como sistema fechado de regras.

Habermas afirma que ao apresentar normas de caráter elevado ao sistema jurídico, Dworkin acabou por empreender a captação do nível de fundamentação do Direito. Segundo o autor alemão, depois que o direito moderno se separa de contextos místicos, não se torna contingente como defende a Escola Positivista. Contudo, vale a pena destacar que o direito, de acordo com o autor alemão, também não se torna disponível aos objetivos do poder político, como se não tivesse estrutura própria e interna, como apresenta o realismo. A indisponibilidade que se afirma à validade deontológica dos direitos acena para uma averiguação orientada por princípios. A esse respeito, Habermas afirma:

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 258.

O modelo de Dworkin tem precisamente esse sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual consideração e respeito. Fazendo uma referência a minha crítica a Gadamer, Dworkin caracteriza seu procedimento hermenêutico-crítico como uma ‘interpretação construtivista’ que explicita a racionalidade do processo de compreensão através da referência de um paradigma ou um ‘fim’(...). Com o auxílio de tal procedimento da interpretação construtivista, cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que compensa a suposta ‘indeterminação do direito’, apoiando sua fundamentação numa ‘teoria’. Essa teoria deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios a ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral.<sup>6</sup>

Ainda na linha de entendimento habermasiana acerca das concepções de Dworkin, ele esclarece que os princípios jurídicos e determinações de objetivos políticos do legislador que combinam com tais princípios, põem à disposição os meios argumentativos para se reconstruir o direito vigente. Para desempenho da tarefa de construção de uma ordem jurídica na qual se estruturam todos os elementos essenciais para a tomada de decisões em casos singulares, é tarefa a ser desempenhada por uma alegoria que concebida como “juiz hércules”, que disporia de um saber ideal acerca de todos os princípios e objetivos válidos para justificação.<sup>7</sup>

Importante realçar que para Habermas todas as ordens jurídicas modernas apontam para a concepção do Estado de Direito. O princípio da integridade se caracterizaria como o ideal político da comunidade, em que os direitos seriam reciprocamente reconhecidos para todos no mesmo grau de igualdade e liberdade: “é um princípio que obriga tanto os cidadãos como os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica da igual consideração e do igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade”.<sup>8</sup>

Para Eugênio Pacelli de Oliveira, o professor da Universidade de Oxford propõe uma distinção fundamental sobre regras e princípios, que leva a um questionamento essencial sobre a possibilidade de existência de uma única resposta para cada caso concreto. Oliveira completa o raciocínio destacando que com a provocação de Dworkin, coube a Alexy apresentar uma distinção e conceituação referente às regras e princípios.<sup>9</sup>

Ao apresentar sua tese acerca dos princípios e a crítica ao juspositivismo, Dworkin leciona sobre a dimensão consagrada da própria força normativa dos princípios, que estariam vinculados a um critério material e derivados da moralidade política, imposta anteriormente por normas comunitárias preexistentes. O autor afirma que o direito não se alija da moral e demonstra

<sup>6</sup> Ibid., p. 260-261.

<sup>7</sup> Ibid., p. 263.

<sup>8</sup> Ibid., p. 267.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 154.

novamente o “equívoco” da corrente positivista, quando apresenta as categorias do *ser* e do *dever ser*. Para além dos princípios normativos e das regras, de acordo com o autor norte-americano, existem as diretrizes políticas no sentido mais amplo e abrangente de política. Tais diretrizes referem-se à promoção das finalidades sociais, econômicas, políticas e se fundam em uma espécie de ética de toda comunidade. Os princípios, na visão de Plínio Melgaré: *exsurgem como um pólo a registrar o sentido – e por conseguinte o próprio fundamento – do direito, garantindo autonomia e dignidade próprias*.<sup>10</sup>

Outro ponto levantado refere-se à formulação lingüística, como se a exteriorização do dispositivo (objeto da interpretação) já contivesse por si totalmente o conteúdo e o modo regulamentador da norma. Crucial, contudo, é lembrar que não é pelo fato de determinado dispositivo ter sido criado hipoteticamente pelo legislador que o intérprete o tomará como princípio.<sup>11</sup>

Alexy argumenta que existem duas construções de direitos fundamentais nas constituições democráticas modernas: a primeira categoria é a da construção de direitos fundamentais – estreita e rigorosa; a segunda é a dos princípios gerais – ampla e larga. À primeira o autor chama “construção de regras”; a segunda é denominada “construção de princípios”, que representariam tendências fundamentais diferentes. A questão de se saber qual delas é a melhor, é ponto central da interpretação de cada constituição, que conhece direitos fundamentais e uma jurisdição constitucional.<sup>12</sup>

O próprio Alexy assume que *o ponderar no direito constitucional leva a tantos problemas, que nem sequer é possível enumerá-los*<sup>13</sup> e dialoga com Habermas sobre as críticas que este último autor empreendeu em relação à teoria da ponderação. Segundo ele, a primeira objeção de Habermas acerca do modelo ponderativo recai sobre a tomada da força normativa dos direitos fundamentais, que seriam reduzidos ao plano de objetivos, programas e valores. A segunda crítica habermasiana refere-se a um problema conceitual, de que com a construção da ponderação, o direito seria sacado no âmbito do válido e inválido e por critérios de discricionariedade. Sendo assim, Alexy responde que o direito está

<sup>10</sup> MELGARÉ, Plínio. *Princípios, regras e a tese dos direitos*: apontamentos à luz de Ronald Dworkin. Revista de Informação Legislativa, v.41, n.163, p. 99-101, 2004.

<sup>11</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 32-33.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 105.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 108.

diretamente ligado à pretensão de correção e que se de fato a ponderação estivesse desconectada com tal pretensão estaria, então, incompatível com o direito. Robert Alexy reflete acerca dos posicionamentos críticos de Habermas, contudo, sai em defesa de sua própria teoria.<sup>14</sup>

A ponderação, de acordo com Alexy, é parte de um princípio mais amplo que é o da proporcionalidade, composto de três princípios parciais: o da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são todos expressões da idéia de otimização. A estrutura de seu pensamento é permeada basicamente pela idéia de que os princípios – na concepção de mandamentos de otimização – são ordenamentos da realização de algo na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Até então, tudo bem, esta é a definição conhecida e exaustivamente repetida pela doutrina acerca da teoria dos princípios e suas diferenças em relação ao conceito de regras. No esteio do entendimento apresentado, Alexy afirma que a primeira objeção de Habermas não tem fundamento, posto que só seria válida se não fosse possível a existência de sentenças racionais. Alexy entende que é absolutamente possível a fundamentação racional por ponderação. Entende ele que os direitos fundamentais *ganham sobreproporcionalmente em fortidão quando a intensidade das intervenções ascende*, fato que caracterizaria um núcleo resistente de tais direitos, a que ele chama de “*muro de fogo*” e prova de que as objeções habermasianas não procederiam.<sup>15</sup>

José Ribas Vieira destaca que Alexy é mais predisposto a visualizar a presença da principiologia no debate atual acerca dos direitos fundamentais. Segundo ele, para Alexy é estratégico o uso dos princípios no panorama de colisão de direitos fundamentais, posto que a principiologia seria capaz de conferir racionalidade na solução dos conflitos de embate de direitos.<sup>16</sup>

A grande questão evidenciada com a teoria de Alexy é a ligação dos princípios com os valores que são caros e pertinentes para uma determinada sociedade. O elemento ético/moral é apresentado como legitimador do Direito,

---

<sup>14</sup> Ibid., p. 106-107.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 114 a 116.

<sup>16</sup> VIEIRA, José Ribas. A Noção dos Princípios no Direito Público do Estado Democrático. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Orgs.). *Os Princípios Constitucionais da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 123.

como leciona Álvaro Ricardo de Souza Cruz, crítico desta ligação, conforme aresto de seu entendimento:

(...) eis que ninguém nega que o Direito como sub-sistema social reproduz valores todo o tempo. A questão é que sua forma de operar não pode se dar em torno do emprego de valores, sob pena de perdemos com isso qualquer possibilidade de legitimidade para o mesmo.<sup>17</sup>

Mister destacar que Canotilho concebe a Constituição como sistema de normas e princípios e defende que *à ciência do direito constitucional pertence compreender as normas jurídicas com relevância constitucional, desenvolvendo os instrumentos hermenêuticos adequados ao processo de obtenção e concretização do direito.*<sup>18</sup>

O constitucionalista português apresenta uma distinção entre normas e princípios constitucionais e salienta que tanto as normas quanto os princípios têm receptividade normativa constitucional. Ele afirma que não existem princípios transcendentais e apóia-se na visão de diferentes graus semânticos para efetivar a classificação dos princípios em: princípios *estruturantes*, princípios *constitucionais gerais*, princípios *constitucionais especiais* e *normas (regras) constitucionais*. Confere, portanto, grau de hierarquia superior aos princípios em relação às regras.<sup>19</sup>

A doutrina constitucionalista pátria atribui aos princípios constitucionais a condição de fundamento de toda ordem jurídica. Na linha deste raciocínio, José Afonso da Silva descortina que a Constituição se encontra no topo da pirâmide normativa nacional, sobre a qual derrama seus princípios informadores. O constitucionalista chama a atenção para uma confusão doutrinária que pode se propagar, caso não se estabeleça a definição exata de algumas acepções. Ele entende as normas constitucionais de princípio como as que definem os princípios institutivos da Constituição; das normas constitucionais de princípios gerais, que regulam imediatamente as relações e situações específicas da vida social; dos princípios gerais do direito constitucional, que servem de base para a estruturação do Estado. Além da importância classificatória principiológica de Silva, é

---

<sup>17</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989, p. 119.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 131.

conveniente trazer à baila sua concepção de que não existe norma constitucional ineficaz pelo fato de que todas, independentemente da questão da auto-aplicabilidade, são suscetíveis de execução.<sup>20</sup>

Como argumenta Paulo Márcio Cruz,

são os princípios constitucionais que permitem estar a Constituição sempre apta a atuar em temas novos e complexos, na maioria das vezes ligados às já citadas transformações por que passa o planeta, com a hegemonia capitalista, a derrocada de muitos primados do Estado Constitucional e da Democracia Representativa.<sup>21</sup>

Os princípios expressam formulações deônticas básicas (obrigação, proibição e faculdade). Não podem ser vistos simplesmente como pautas valorativas sem aplicação concreta.<sup>22</sup> Há autores como Rizzatto Nunes que entendem os princípios constitucionais como estrutura e coesão do edifício jurídico e como alicerces do ordenamento jurídico.<sup>23</sup>

Princípio para Manoel Messias Peixinho é “o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer, quando os significados dos dois termos, princípio e fundamento estão estritamente relacionados”.<sup>24</sup> Leciona o referido autor que o termo foi introduzido na Filosofia pelo pensador pré-socrático Anaximandro, a quem Platão recorria sempre para referendar os princípios da aceção de causa, movimento ou de fundamento da demonstração. Entende Peixinho que a diferença entre normas e regras é determinada em função de critério qualitativo dos termos e defende a rejeição em torno da generalidade dos princípios. Conclui que “os princípios são dotados de normatividade, sendo de plena eficácia tanto quanto qualquer outra norma jurídica”.<sup>25</sup>

O pensamento dogmático-jurídico dominante no Brasil diverge em questões classificatórias, porém a visão dos princípios como o centro do ordenamento é menos controversa. O intrigante é compreender e apresentar alternativas sobre a

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

<sup>21</sup> CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (Orgs.). *Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Editora Juruá, 2006B, p. 34.

<sup>22</sup> LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. O conteúdo e o sentido do princípio da proporcionalidade e sua identificação na ordem Constitucional Brasileira vigente. In: LEITE, George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 151.

<sup>23</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

<sup>24</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. *A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 123.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 135-136.

teoria da aplicação desses princípios pelos órgãos julgadores, posto que a distinção de tais normas em relação aos valores que as permeiam é fundamental e a percepção de generalidades pode incorrer em sérios equívocos. Isso porque nem todos os princípios são passíveis de generalização a partir de regras. Outrossim, alguns princípios correm o risco de ser exageradamente amplificados.<sup>26</sup>

Uma análise crítica sobre a teoria dos princípios é essencial, a fim de elucidar o presente estudo com a contraposição de concepções, o que enriquece o debate jurídico e ajuda a elucidar melhor o posicionamento dos princípios da dignidade da pessoa humana e sua relação com o contraditório e celeridade – foco do trabalho dissertativo. Necessário fazer a contraposição acerca da aclamação excessiva e, por vezes, equivocada das concepções principiológicas desenvolvidas por Robert Alexy.

Como já mencionado, uma abordagem de alguns pontos de discrepância da teoria de Alexy e da diferenciação proposta quase à unanimidade entre princípios e regras merecem investigação e o contraponto como exame necessário para a dogmática-jurídica. Não se pode ignorar o fato de que alguns autores chegam mesmo a negar a existência da distinção entre princípios e regras e que adotam posicionamentos críticos como o entendimento de que as diferenças se pautariam tão somente pelo grau de generalidade<sup>27</sup> das normas. Como leciona Cícero Dittrich, não basta importar argumentos doutrinários e jurisprudenciais em prol do reconhecimento deste ou daquele princípio, posto que qualquer princípio constitucional e a noção de seu significado deva ter guarida no ordenamento jurídico que o recebe.<sup>28</sup> Günther (Apud AMORIM), por exemplo, está inserido em uma corrente doutrinária que defende a inexistência de princípios e a existência apenas de normas usadas de formas diferentes.<sup>29</sup>

Luís Afonso Heck é exemplo na doutrina brasileira de autor que entende a aplicabilidade do modelo das regras, de acordo com critérios de validade e a

---

<sup>26</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>27</sup> AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas*. Revista de Informação Legislativa, v. 42, n.165, jan/mar 2005, p. 123 124, 2005.

<sup>28</sup> DITTRICH, Cícero. O Conteúdo e o Sentido do Princípio da Proporcionalidade e sua Identidade na Ordem Constitucional Brasileira Vigente. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (Orgs.). *Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Editora Juruá, 2006B, p. 164.

<sup>29</sup> AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas*. Revista de Informação Legislativa, v. 42, n.165, jan/mar 2005, p. 130, 2005.



aplicação dos princípios como dependente das possibilidades fáticas e jurídicas. Observa que na hipótese de colisão de dois princípios, há a necessidade de retrocesso de um em detrimento do outro que estiver no embate. Tal visão doutrinária é amparada na teoria de Alexy e requer, como dito, uma análise crítica.<sup>30</sup>

Humberto Ávila<sup>31</sup> na obra intitulada “Teoria dos Princípios” apresenta algumas considerações em relação ao pensamento majoritário. Far-se-á neste capítulo uma pequena exposição das questões levantadas pelo referido autor e por outros doutrinadores, posto que o propósito do trabalho dissertativo não passa, obviamente, pela intenção de esgotar o tema, e é limitado em razão de parâmetros acadêmicos.

Em primeiro lugar, Ávila apresenta o panorama da evolução da distinção entre princípios e regras e parte de autores como Josef Esser, Karl Larenz e Canaris. Para o autor em comento, o critério diferenciador é de *caráter hipotético-condicional*, em relação ao fato de que regras possuem elementos descritivos e os princípios apenas diretrizes, não sendo absolutos. Existem situações, aponta Ávila, em que tanto as regras quanto os princípios dependem de possibilidades normativas e fáticas para aplicação.

Em relação ao critério do *modo final de aplicação* de princípios e regras, segundo o qual, as últimas são aplicadas de modo “tudo ou nada” e de que os princípios dependeriam da ponderação em caso de colisão, merece reflexões. De acordo com Ávila, primeiramente, é preciso chamar atenção para o fato de que *o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas*.<sup>32</sup> Em outras palavras, salienta o doutrinador que nem sempre as regras são aplicadas ao caso concreto de forma absoluta. Elas podem deixar de ser aplicadas em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, que pode recorrer a outras normas para justificar até mesmo o descumprimento de determinada regra:

Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método do tudo ou nada de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas suas conseqüências, de um processo prévio – e, por

---

<sup>30</sup> HECK, Luís Afonso. *O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais, v.781, nov., p. 75, 2000.

<sup>31</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 33.

vezes, longo e complexo como o dos princípios de interpretação que demonstre quais as consequências serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas.<sup>33</sup>

Outro destaque distintivo refere-se à questão do conflito normativo. Alguns autores tratam a antinomia entre as regras como um conflito a ser solucionado com a invalidação de uma em relação a outra. E os princípios (com o destaque já concedido a Alexy) seriam apenas mandados de otimização aplicáveis em certos graus. Ávila critica esta idéia, retrucando que não é só aos princípios que se aplica privativamente o método de ponderação. Ele chama a atenção para o fato de que é preciso aperfeiçoar a compreensão de que o conflito entre regras só se perfaz no plano abstrato, o que não passaria de uma falácia, posto que a aplicabilidade de uma regra pode se chocar, sim, no caso concreto, com outra. O que ele afirma no seu desenvolvimento de seu raciocínio sobre este aspecto é o seguinte:

O relacionamento entre regras gerais e excepcionais e entre princípios que se imbricam não difere quanto à existência de ponderação de razões, mas – isto sim – quanto à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação: no caso da relação entre regras gerais e regras excepcionais o aplicador – porque as hipóteses normativas estão entremostradas pelo significado preliminar do dispositivo, em razão do elemento descritivo das regras – possui menor e diferente âmbito de apreciação, já que deve delimitar o conteúdo normativo da hipótese se e enquanto esse for compatível com a finalidade que a sustenta; no caso do imbricamento entre princípios o aplicador – porque, em vez de descrição, há o estabelecimento de um estado de coisas a ser buscado – possui maior espaço de apreciação, na medida em que deve delimitar o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas.<sup>34</sup>

Destaque-se a explicação de Barcellos e Barroso, ao narrar que a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável em determinados casos de difícil solução e nos quais não é possível aplicar a subsunção que consiste na norma (premissa maior) aplicada aos fatos (premissa menor) com a conseqüente aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto.<sup>35</sup>

Na estaca do exame crítico das concepções doutrinárias sobre os vários aspectos que envolvem os princípios e regras, Álvaro de Souza Cruz entende que em razão dos princípios não fixarem sua aplicação e exigirem atitude de reflexão

<sup>33</sup> Ibid., p. 39-40.

<sup>34</sup> Ibid., p. 47-49.

<sup>35</sup> BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais - Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115-116.

do intérprete, não existiria assim, contradição de princípios, mas apenas concorrência entre eles. De acordo com CRUZ, a solução de tal concorrência não deve se pautar pelo discricionarismo inerente ao positivismo, mas em *uma reflexão que traduza os aspectos mais relevantes e profundos da moralidade política*.<sup>36</sup>

Cruz destaca que o pós-positivismo do autor alemão se limitaria à aplicação dos princípios enquanto que em relação às regras o positivismo seria o parâmetro paradigmático dos métodos interpretativos. E continua o doutrinador pátrio, ao tecer severas críticas às formulações propostas por Alexy e seus seguidores:

Alexy e seus seguidores não percebem o problema e diante das críticas propugnam cada vez mais uma racionalidade em torno de fórmulas matemáticas do peso na lei da ponderação, como que com isso fosse possível tornar racionalizável sua teoria. Tal como avestruzes que escondem suas cabeças na terra para não ver o perigo, Alexy não percebe que sua dicotomia de espécies normativas não tem como subsistir no estágio atual de racionalidade filosófica e científica.<sup>37</sup>

Ávila entende que os princípios jurídicos não devem ser identificados com valores, posto que eles não determinam o que deve ser e sim o melhor. Os princípios jurídicos para o referido autor não se confundem com o mero estabelecimento de fins e não se confundem nem com axiomas e nem com postulados. Os postulados normativos se caracterizariam como condições de possibilidade de conhecimento do fenômeno jurídico e, portanto, não ofereceriam argumentos para fundamentar uma decisão, mas apenas explicariam como o conhecimento do Direito pode ser adquirido.<sup>38</sup>

O supra citado autor traz a seguinte definição distintiva para princípios e regras:

Pode-se definir o princípios como normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. As regras podem ser definidas como normas mediamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem menos intensamente da sua relação

---

<sup>36</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 223.

<sup>37</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 227.

<sup>38</sup> ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 215, p. 151-180, jan/mar, 1999, p. 164-165.

com outras normas de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.<sup>39</sup>

Álvaro Ricardo de Souza Cruz compreende que a teoria dos princípios de Dworkin descortina no Direito a perspectiva de uma hermenêutica crítica e pós-positivista. Para ele, o grande equívoco da ponderação de valores residiria no fato de que no caso concreto, a percepção antecipada de dois princípios em choque para a solução do conflito não passaria de preconceito do operador do Direito. De acordo com seus parâmetros, nenhum caso concreto pode ser limitado à comparação de dois princípios. O problema da ponderação é de não perceber que a decisão jamais parte da controvérsia entre dois ou mais princípios que precisem ser colocados lado-a-lado em uma balança – a resposta para o embate específico envolve todo o Direito. A solução se encontra no senso de adequabilidade dos envolvidos na questão, de modo a examinar o processo à luz de todo o ordenamento.<sup>40</sup> Sua crítica direta a Alexy e seus seguidores merece ser transcrita:

Alexy parece não perceber ao admitir possibilidade de que a lei da ponderação possa se estabelecer de forma desconectada da realidade que sua teoria acaba retornando definitivamente ao paradigma positivista. Primeiro porque pretende cindir a interpretação em duas, eis que seu pós-positivismo se limita à aplicação dos princípios enquanto que o emprego de regras ainda ficaria sob a égide do positivismo e de seus métodos de interpretação. Segundo porque ao dizer que “as regras de prevalência da ponderação” podem ser fixadas abstratamente em caráter definitivo abandona qualquer perspectiva lingüístico-pragmática legada pela hermenêutica como analítica existencial, desde Heidegger e Gadamer. Logo, se perdem até mesmo as condições de possibilidade para o conhecimento, que dirá então das condições de validade do mesmo.<sup>41</sup>

Por fim, entende Ávila que a promoção das finalidades constitucionalmente possui um limite, que é fornecido pela proibição de excesso. Entende que *o postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido*.<sup>42</sup> Para ele a realização de uma regra ou princípio constitucional não podem restringir a aplicação de um direito fundamental. Ávila diferencia a razoabilidade de proporcionalidade, ao ensinar que a razoabilidade exige a harmonização do Direito com suas condições externas – exigência da relação da norma com suas condições de externas de aplicação; já a

<sup>39</sup> Ibid., p. 167.

<sup>40</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 227.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 89.

proporcionalidade consubstancia-se em um postulado normativo aplicativo que provém do caráter principal da norma e função distributiva do Direito, tendo em vista que sua destinação depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetiva e controlável.<sup>43</sup>

Ávila, reiteradamente citado ao longo deste capítulo, chega a algumas conclusões em suas severas críticas referentes às diferenciações entre regras e princípios. Ele conceitua que as regras são descritivas com pretensões diretas de decibilidade e abrangência; os princípios são finalísticos e contém pretensões de complementariedade e parcialidade. E verifica que

um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.<sup>44</sup>

Friedrich Muller defende o princípio da unidade da constituição como solução para conflitos entre normas constitucionais. Explica o autor que a *'unidade da constituição'* enquanto visão orientadora (*Leitbild*) da metódica do direito constitucional deve antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponto de partida, bem como, sobretudo, a totalidade da constituição como um arcabouço de normas.<sup>45</sup> As tensões estão presentes e o intérprete deve procurar ajustar eventuais contradições como resultados parciais no processo de concretização, a fim de buscar um resultado harmônico. A Constituição, segundo ele, não aponta para qual procedimento deva ser adotado a fim de se persecutar tal harmonia. O procedimento consiste nas possibilidades da interpretação sistemática, na inclusão dos aspectos sistemáticos da análise do âmbito da norma e genericamente em um procedimento adicional de interpretação harmonizadora com vistas a superar as antinomias surgidas.<sup>46</sup>

Tomando-se, portanto, o parâmetro do princípio da unidade da Constituição, fica evidente que ao intérprete não é possível optar por uma norma em detrimento de outra que também seria aplicável ao caso concreto, tendo em vista a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais principiológicas.

---

<sup>43</sup> Ibid., p. 103-105.

<sup>44</sup> Ibid., p. 121.

<sup>45</sup> MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2ª Ed. Trad. Peter Naumana. Porto Alegre: Editora Max Limonad, 1999, p. 84.

<sup>46</sup> Idem.

Pode-se deduzir que o ponderar de Alexy levanta questões emblemáticas para o Direito e conflituosas de fato até mesmo para os elementos paradigmáticos definidores do Estado Democrático de Direito. Pesam críticas sobre os elementos estruturais que constroem a aludida teoria elaborada por Alexy. Relevante ainda suscitar alguns questionamentos acerca de possíveis embates entre os contornos paradigmáticos que alicerçam o Estado Democrático de Direito em relação aos fundamentos que dão sustento à ponderação.

Entende Rodrigo Meyer Bornholdt que a metódica principiológica possui pontos divergentes e reveladores de fragilidades e inadequações no que se refere, sobretudo, aos moldes do Estado Democrático de Direito. O indigitado autor afirma:

Muito embora a concepção principiológica exija a consideração de todos os princípios pertinentes a um determinado caso, ainda assim há o risco de ponderações decisionistas, como adiante se verá, que colocam em primeiro plano a simples preferência do julgador. Não se quer com isso, evidentemente, defender a neutralidade do operador jurídico, visto estar ele já situado concretamente no mundo, mas simplesmente que o seu voluntarismo, seus subjetivismos, suas preferências pessoais não ocupem um lugar de tanto destaque quando de seu procedimento decisório. Quer-se a controlabilidade deste processo, em conformidade com preceitos constitucionais. Deste modo, quanto menos o procedimento se aproximar de um procedimento valorativo, menor será o subjetivismo do julgador (...).

Note-se ainda que a crítica à concepção principiológica pode também partir de concepções dogmáticas desenvolvidas no seio do direito privado e que, embora extremamente pragmáticas, carecem atualmente de integridade teórica, já que elaboradas por justaposição, restando anacrônicas relativamente àquelas concepções de linguagem que vimos insistindo em destacar.<sup>47</sup>

O ato de ponderar relega ao julgador do caso concreto a tarefa de aplicar na máxima extensão possível um princípio em relação a outro, na hipótese de incidência de princípios conflitivos. É um entendimento de que o aplicador da lei é dotado de notável e esplendorosa sabedoria, capacitação interpretativa para além, às vezes, até das limitações e possíveis lacunas e falhas dos diplomas legais em vigência. No regime democrático pressupõe-se como ideal (ainda que na prática deveras distante) a participação ampla e irrestrita da sociedade na elaboração das normas que devem reger as relações indivíduos-indivíduos, indivíduos-Estado, Estado-indivíduos. Entregar ao aplicador do Direito a tarefa de

<sup>47</sup> BORNHOLDT, Meyer Rodrigo. A limitação dos princípios enquanto “categoria” aplicável ao método para a resolução de colisões de direitos. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel (Orgs.). *Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Editora Juruá, 2006B, p. 214.

desvendar “mistérios” da lei, implica considerá-lo dotado de conhecimento e sabedoria superiores aos demais “pobres mortais”. O próximo capítulo se propõe a entender especificamente a relação dos direitos fundamentais com o princípio da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, apresentar considerações sobre a relação que se pretende defender sobre os princípios processuais do contraditório e celeridade, uma vez que escolheu-se nesta dissertação pesquisar sobre a relação entre princípios constitucionais. Assim, avança-se um pouco mais para que, ao final da dissertação, seja plausível chegar a uma conclusão sobre a controversa questão do embate entre esses princípios e entender se, de fato, somente na análise do caso concreto há a possibilidade de dirimir tal tipo de conflito, razão pela qual no último capítulo parte para uma singela pesquisa de campo.