



PRINCÍPIOS COMO INDUÇÕES DEÔNTICAS: A PREVISÃO INDUTIVA, O DÉFICE INFORMATIVO E A DERROTABILIDADE CONDICIONAL NOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

*Pedro Moniz Lopes**

RESUMO

Os princípios jurídicos foram inovações que decorreram dos recentes debates na teoria do direito. Embora tenham sido acolhidos com relativa euforia, tornando-se uma espécie de coloquialismo jurídico, percebe-se uma confusão generalizada quanto à sua estrutura lógica e sua metodologia de atuação. Tal esclarecimento demanda o cotejo entre as normas regra, com pressupostos de aplicação rígidos, contendo “razões peremptórias para agir”, e as normas princípio, a partir do horizonte teórico de Dworkin e Alexy. Ressalta-se a elevada generalidade estrutural e a grande concentração de informações contidas na norma princípio; a validade *prima facie* de suas disposições, vez que veiculam “razões para ponderações”, em que a diretriz normativa será a resultante do sopesamento entre disposições contrárias, dando origem a uma proposição com estrutura de regra; sua vocação expansiva, por albergar um conjunto de comportamentos *a priori* indeterminados; sua regulação em “défice informativo” da autoridade normativa, em que se atribui uma matéria ao legislador sem delinear todas as situações às quais a regulação se aplica. Por fim, aborda como se dá o conflito entre os princípios e o modo de solucioná-lo, visto que a colisão é uma decorrência lógica da generalidade e déficit informativo dos mesmos, onde uma mesma situação de fato atrai a incidência conjunta de princípios diversos.

Palavras-chave: Normas regra. Normas princípio. Déficit normativo. Previsão indutiva.

ABSTRACT

The legal principles were innovations that come from recent debates in the theory of law. Although they have been greeted with euphoria, becoming a sort of legal colloquialism, a widespread confusion concerning its logical structure and methodology of performance is perceptible. This explanation requires the comparison between rule norms, with strict conditions for application, containing “peremptory reasons for action,” and principle norms, conceived from the theories of Dworkin and Alexy. It is emphasized the high generality and high concentration of structural information contained in the principle norm, the *prima facie* validity of its provisions, since they convey “reasons for balancing,” in which the normative guideline will result between otherwise balancing, resulting on a proposition structured as a rule. Its expansive vocation for accommodating a set of *a priori* indeterminate behaviors; its regulation in “informative deficit” of the regulatory authority, in which is assigned a matter without delineating to the legislator all situations which

* Assistente convidado da Faculdade de Direito de Lisboa. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas. Advogado.

the adjustment applies. Finally, it addresses how is the conflict between the principles and how to solve it, since the collision is a logical consequence of their generality and their informative deficit, where the same situation actually attracts the incidence of different joint principles.

Keywords

Rules. Principles. Regulatory deficits. Inductive prediction.

1. MODELOS NORMATIVOS: REGRAS E PRINCÍPIOS

Enquanto comandos de estrutura hipotética e âmbito de aplicação genérica, correspondentes a um específico sentido de dever ser de permissão, proibição ou imposição, as normas podem, como é já relativamente pacífico na doutrina, dividir-se em dois modelos essenciais, qualitativamente distintos e com diferentes modos de projecção no ordenamento.¹ Assim, os modelos regulativos das normas encontram-se esgotados por dois tipos distintos: (i) as normas de regra e (ii) as normas de princípio.

Apesar de profundamente desenvolvida *a posteriori*, a teoria subjacente à dicotomia dos modelos regulativos das normas entre *princípios* e *regras* resultou conhecido debate Hart/Dworkin, no âmbito do qual Ronald Dworkin procurou contrariar o modelo positivista de regras hartiano, assente na premissa caracterizante do ordenamento como uma conjunção pura de argumentos conclusivos para determinadas consequências jurídicas específicas². A distinção entre regras e princípios e o aprofundamento das propriedades identificativas destes últimos é devida pois, nos seus pressupostos originais, a Ronald Dworkin, apesar de o seu aprimoramento lógico e estrutural ter tido, de uma forma totalmente inovadora, como principal artífice Robert Alexy.

De entre a descrita dicotomia de modelos regulativos tem sido, no entanto, o tratamento específico dos princípios que tem motivado em maior número as inúmeras investigações recentes sobre o assunto, de tal modo que justifica que autores se refiram àquelas como representando uma verdadeira *metanóia principialista*³. Não obstante o fascínio pelos princípios, a verdade é

¹ Adota-se um conceito de norma distinto do kelseniano, o qual trilhou caminho na doutrina de base germânica. Em Kelsen, a norma “é o sentido de um acto através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”, integrando portanto, também, sentidos deonticos individuais. Cfr. H. KELSEN, *Reines Rechtlehre*, tradução portuguesa de J. Baptista Machado, 7.ª Edição, Coimbra, 2008, p. 22. O texto reporta-se à construção explicativa da norma da autoria de C. ALCHOURRÓN / E. BULYGINNA obra *Normative Systems*. Sobre o assunto, cfr. M. ATIENZA / J. R. MANERO, *Las Piezas del Derecho – Teoría de los Enunciados Jurídicos*, 2.ª Edição, Barcelona, 2005, p. 29; R. GUASTINI, *Norma: una Noción Controvertida*, in *Distinguendo – Estudios de Teoría e Metateoría del Derecho*, Barcelona, 1999, pp. 94.

² Cfr. S. UTZ, *Rules, Principles, Algorithms and the Description of Legal Systems*, RJ, Vol. 5, n.º 1, 1992, pp. 23-26. Porém, atribuindo a génese da dicotomia princípios/regras a Josef Esser, cfr. R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, in RJ, Vol. 13, n.º 3, 2000, p. 295.

³ Cfr. J. J. G. CANOTILHO, *Princípios. Entre a Sabedoria e a Aprendizagem*, in AA. VV., *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. I: Filosofia, Teoria e Metodologia, 2008, p. 377. As obras fundacionais referidas são as sobejamente conhecidas *Taking Rights Seriously*, tradução portuguesa de Nelson Boeira, São Paulo, 2002 (em especial, pp. 23 ss.) da autoria de R.

que as explicações estruturais e lógicas desse modelo regulativo têm sido tudo menos unânimes. Se, a um tempo, a dicotomia regulativa entre princípios e regras ganhou, de tal forma, foros de cidade na literatura jurídica que se poderia afirmar que é um forte candidato a costume doutrinário, a verdade é que, a outro tempo, as explicações avançadas pelos teóricos e metateóricos do direito para a estrutura e o comportamento do princípio são díspares o suficiente para que tal costume não possa, de todo, vigorar.

De todo o modo, refira-se que o fervor principialista não implica, longe disso, uma desconsideração pelas normas de regra. Estas, aliás, constituem no plano puramente estatístico a grande maioria de normas que compõem o ordenamento em geral e, por maioria de razão, os sub-ordenamentos parcelares. Por esse motivo, o tratamento que será, em seguida, dado aos dois tipos de normas é baseado tanto nos elementos de *unidade* que as mesmas predicam, como nos elementos de *diferenciação estrutural* evidenciada. A análise das regras e dos princípios como entidades totalmente distintas entre si implicaria a asserção de que nada existe de comum entre estas duas realidades, o que manifestamente não corresponde à verdade. Em bom rigor, o conhecimento do princípio ao nível da sua formação, estrutura e comportamento postula o conhecimento das normas de regra e vice-versa. Independentemente das fontes que os suportam, a relação entre os dois modelos é de tal forma próxima que – pode já avançar-se – se alguns princípios são uma *indução* das regras, as regras podem ser configuradas como *deduções* de princípios⁴.

Os motivos relatados são mais do que suficientes para que a normalização, patente na literatura jurídica, da distinção entre os dois tipos de normas enunciadas não justifique que não se aborde o tema nos pontos que se consideram verdadeiramente essenciais: a compreensão lógica e estrutural dos dois modelos regulativos é uma premissa fundamental para a compreensão do comportamento dos mesmos e, conseqüentemente, para a justificação das decisões fundadas ao seu abrigo⁵.

DWORKIN *Theorie der Gründrechte*, tradução inglesa de Julian Rivers, Oxford, 2004, (em especial, pp. 44 ss.) da autoria de R. ALEXU.

⁴ O que é, desde logo, fundamental para a defesa de uma relação analítica de especialidade entre regras e princípios. J. REIS NOVAIS, afirma, por exemplo, que “enquanto o nível dos princípios, quando transposto para o mundo conflitual do dever ser real, dá lugar a tensões, antinomias e colisões, o nível das regras apresenta já um muito menor grau de indeterminação, o que, não lhes conferindo, à partida, uma preferência absoluta e definitiva, garante às regras, todavia, uma precedência de aplicação relativamente aos princípios”. Cfr. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, p. 331.

⁵ Sobre a distinção entre princípios e regras, em sentido distinto do adoptado em texto, cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 46 ss.. Em sentido próximo do seguido, relevando a importância da morfologia normativa para o diagnóstico comportamental daquelas normas, sem referir a diferença estrutural ao nível da previsão, cfr. R. ALEXU, *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 295 ss.; IDEM, *Theorie der Gründrechte*, pp. 47 ss.. A crescer aos clássicos, cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, in *Distinguendo – Estudios de Teoria e Metateoria del Derecho*, Barcelona, 1999, pp. 142 ss.; J.-R. SIECKMANN, *Regeln Prinzipien und Elemente im System des Rechts in Juristische Schriftenreihe*, Tomo 125, tradução castelhana de Cecilia Añaños Meza, in *El modelo de*

1.1 As normas de regra

As normas de regra, ou regras, são modelos regulativos tidos tradicionalmente como certos ao nível da sua interpretação e determinados quanto aos seus pressupostos de aplicação. A afirmação, porém, não é totalmente correcta quanto à sua primeira parte. Na tarefa da análise estática da regra, que se demonstra fundamental para daí determinar o seu comportamento dinâmico no ordenamento, importa não confundir (i) a certeza dos pressupostos aplicativos, relacionada com a estrutura da regra, com (ii) a certeza interpretativa da regra, relacionada com as formas de expressão das normas: os enunciados linguísticos.

No capítulo da determinação interpretativa de um enunciado, o problema reside exclusivamente na incerteza da linguagem que expressa as normas. Efectivamente, todos os problemas de indeterminação semântica são fruto da impossibilidade de apreensão do dever ser sem utilização de instrumentos do mundo factual como enunciados linguísticos, simbólicos, ou de fala. Por esse motivo, a indeterminação da fonte é comum à expressão linguística de qualquer norma, seja ela uma regra ou um princípio. Tanto basta para demonstrar a inexactidão científica da afirmação segundo a qual a suposta *certeza das regras e incerteza dos princípios* ocorre ao nível interpretativo⁶. É, portanto, fundamentalmente no segundo sentido, ao nível dos pressupostos aplicativos da regra, que se afirma que as regras são mais determinadas do que os princípios, o que contamina a forma aplicativa das primeiras em termos *allornnothing*⁷.

los principios del derecho, Bogotá, 2006, pp. 59-79; IDEM, *Logische Eigenschaften von Prinzipien*, in *Rechtstheorie* 25, tradução castelhana de Cecília Añaños Meza, in *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, 2006, pp. 13-57; M. ATIENZA/J. R. MANERO, *Las Piezas del Derecho*, cit., pp. 28 ss.; S. UTZ, *Rules, Principles, Algorithms and the Description of Legal Systems*, cit., pp. 27 ss. Na doutrina portuguesa, entre outros, cfr. J. J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Coimbra, 2003, pp. 230ss.; J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., pp. 322; D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A Teoria da Norma e a Criação de Normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra, 2006, pp. 129-154. Especificamente sobre as regras, cfr. J. RAZ, *Reasoning with Rules*, 2001, disponível em formato electrónico em: <http://ssrn.com/abstract=999552>, pp. 1-18.

⁶ Cfr. M. ATIENZA/J. R. MANERO, *Las Piezas del Derecho*, cit., p. 25. Aquela constatação é suficientemente desmentida pela existência de exemplos opostos. Contraponha-se, por exemplo, enunciados de regra como “quando as marés cheias atingirem o limite de 2 metros acima da linha do mar, deverão ser tomadas medidas adequadas”, ou como o princípio *indubio pro reo*, segundo o qual “em todas as situações relativas a uma dúvida sobre a condenação ou absolvição de um réu, dever-se-á decidir pela absolvição”. É manifesto que o primeiro enunciado é extremamente mais vago do que o segundo. O conceito de *medidas adequadas* engloba uma grande margem de incerteza quanto ao que constituem os elementos caracterizantes de tais medidas. Ao invés, o enunciado de princípio é de uma linguagem bastante clara e, correlativamente, apresenta pouca margem de incerteza semântica ao nível dos conceitos de *condenação*, *absolvição* e *réu*. Não obstante, o primeiro enunciado integra uma norma de regra, enquanto o segundo integra uma norma de princípio. Também neste sentido, cfr. A. AARNIO, *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Cambridge, 1997, p. 180. Outro exemplo prende-se com o princípio *lex posterior derogat legi priori*. Ninguém coloca em causa a estrutura de princípio da norma, não obstante, do ponto de vista semântico, a mesma se apresentar como bastante precisa (cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, p. 147).

⁷ Sobre o tradicional *all or nothing fashion* de R. DWORKIN, cfr. *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 113 ss. Paradigmaticamente, nas palavras de R. ALEXI, “o conceito de validade das regras não admite

Neste segundo sentido, constata-se que uma regra determina com precisão os seus pressupostos de aplicação pelo que, subsumidos os factos relevantes de um caso jurídico nas categorias hipotéticas da previsão da regra, esta terá necessariamente de ser automaticamente aplicada, sem qualquer consideração pelo seu conteúdo ou por argumentos *pro* e *contra* a aplicabilidade dessa regra (*rules as exclusionary reasons*)⁸. Tal apenas não ocorrerá em caso de invalidade da regra, decorrente do conflito desta com outra norma estruturalmente idêntica.

A certeza dos pressupostos aplicativos das regras propicia, então, a conclusão de que, nestas, a autoridade normativa previu todas as condutas que operariam o respectivo accionamento⁹. A definição exhaustiva dos pressupostos de aplicação da regra é sinónima da existência de uma determinabilidade prévia e completa dos factos que preenchem a respectiva previsão, pelo que, na perspectiva do destinatário da norma, a conduta humana que acciona a previsão da regra se encontra totalmente definida quanto à acção, excluindo todas as demais proposições factuais imagináveis como proposições capazes de preencher a previsão daquela regra.

Atente-se no enunciado “quando se verifique que um ficheiro automatizado, uma base ou um banco de dados pessoais contém dados excessivos em relação à sua finalidade ou peca por omissão de alguns, deve o responsável proceder de imediato à supressão dos excedentes ou à inclusão dos omissos”¹⁰. Como se constata, os pressupostos condicionais contidos na previsão da norma em análise são absolutamente determinados, decompondo-se nos seguintes: (i) se um ficheiro automatizado contiver dados excessivos em relação à sua finalidade; (ii) se uma base contiver dados excessivos em relação à sua finalidade; (iii) se um banco de dados pessoais contiver dados excessivos em relação à sua finalidade; (iv) se um ficheiro automatizado contiver dados insuficientes em relação à sua finalidade [o que equivale semanticamente a pecar por omissão de dados]; (v) se uma base contiver dados insuficientes em relação à sua finalidade; (vi) se um banco de dados pessoais contiver dados insuficientes em relação à sua finalidade. A estatuição alternativa de, respectivamente, suprimir os dados excedentes ou incluir os dados omissos apenas ocorre se se verificarem os pressupostos correspectivos

graus”, pelo que ou a regra é válida e conseqüentemente é aplicada, ou a regra é inválida e conseqüentemente não deve ser aplicada. Cfr. R. ALEXI, *Theorie der Gründrechte*, cit., p. 49.

⁸ Sobre o conceito de regras como *exclusionary reasons*, cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford, 2002, pp. 190 ss.

⁹ Recorrendo à terminologia kelseniana: no caso das regras, o imperador previu todas as situações da vida que accionariam a estatuição do imperativo; cfr. O. WEINBERGER, *The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms*, in *Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (ed. Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson), Oxford, 2007, p. 412. Numa outra perspectiva, considerando as regras como razões definitivas para ponderações e princípios como razões *prima facie* para ponderações, assente na ponderação como fundamento de todas as normas (regras e princípios), cfr. J.R. SIECKMANN, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts in Juristische Schriftenreihe*, cit., pp. 59-79.

¹⁰ O enunciado reporta-se ao artigo 29.º da Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, que aprovou a Lei de Protecção de Dados Pessoais face à Informática, tendo sido posteriormente revogada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei de Protecção de Dados Pessoais), actualmente em vigor.

(i), (ii), (iii), (iv), (v) ou (vi), excluindo-se todos os demais factos como factos operativos da norma de regra em questão.

A regra demonstra, portanto, quanto à determinabilidade dos factos naturais que desencadeiam a estatuição nela contida, uma previsão equivalente a “todas as situações de um determinado género”¹¹. O diagnóstico de determinabilidade exaustiva dos pressupostos de acção normativa justifica, então, a qualificação das regras como *razões peremptórias para agir*, excluindo a possibilidade de qualquer valoração, pelo intérprete-aplicador do direito, de quaisquer argumentos *pro* e *contra* por referência aos efeitos normativos estatuídos nessa mesma regra.

Fica, para já, suficientemente explicada, neste plano, a relação dworkiniana entre regras e os ditos *easy cases* na medida em que se constata que o operador jurídico, quando confrontado com a aplicabilidade de regras, apenas tem que comprovar a qualificação das situações da vida nas categorias hipotéticas determinadas na previsão da regra, desonerando-se das possíveis consequências determinadas ao nível da estatuição daquela¹². Assim, a fonte da própria

¹¹ Paradigmaticamente, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 138-139.

¹² Neste sentido, cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 190 ss.; M. ATIENZA / J. R. MANERO, *Las Piezas del Derecho*, cit., pp. 34 ss. Não se olvida, no entanto, o prolapado carácter *prima facie* das regras, não ao nível da possibilidade de serem excepcionadas por outras regras, a que já se fez referência, mas essencialmente, por poderem ser excepcionadas por princípios (cfr. R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 48, NR 24; J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p. 321). A complexidade da questão não permite tratá-la neste contexto. Porém, refira-se que se entende que, quando se fala de uma colisão entre uma regra e um princípio, fala-se de uma colisão meramente aparente. As regras e os princípios, enquanto normas estruturalmente diferenciadas, pertencem igualmente a níveis distintos do ordenamento (e da razão prática) e apenas ilusoriamente chegam a colidir. Na verdade, quando a morfologia do caso jurídico decidindo imponha uma decisão distinta daquela decorrente da regra aplicável – por integrar um qualquer *facto excepcional* (cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, cit., p. 187) – ocorrerá uma ponderação, não entre o princípio aplicável (P1) e regra aplicável (R2), mas sim entre o princípio aplicável (P1) e o princípio que determina a conformidade da conduta, ou decisão, ao prescrito pela regra aplicável (P2). A questão é melhor compreendida através da bipartição do ordenamento jurídico em dois níveis: num primeiro nível, o ordenamento jurídico impõe aos órgãos aplicadores o dever de efectuar uma ponderação integrada unicamente pelas razões constituídas pelos princípios aplicáveis, sendo apenas admissível tomar em conta outras razões na exclusiva medida em que os próprios princípios – razões de primeiro nível – o permitam. Já num segundo nível do ordenamento, tal ponderação de princípios remete – não em todos os casos, mas na sua grande maioria – a adoptar como base da resolução uma regra jurídica, isto é, uma razão de segundo nível, peremptória e definitiva. A configuração definitiva por parte das regras, relativamente às suas condições de aplicação, e à operatividade das próprias regras como razões peremptórias, só se verifica, portanto, neste segundo nível e nunca no primeiro, o qual é constituído exclusivamente por princípios. A estruturação do ordenamento jurídico em dois níveis normativos é tributária da diferenciação de níveis, no campo da filosofia da razão prática, levada a cabo por Joseph Raz: (i) o primeiro nível das razões *prima facie* é atribuído aos princípios e (ii) o segundo nível das razões peremptórias é atribuído às regras (*exclusionary reasons*). Cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 187-190. Regras e princípios não podem, portanto, colidir. No sentido que se defende, influenciados pela construção raziana, cfr. M. ATIENZA / J. R. MANERO, *Las Piezas del Derecho*, cit., p. 58

regra aliada à determinabilidade clara dos pressupostos normativos de acção é o bastante para que a regra seja, ou não, aplicada¹³.

No plano dinâmico, o conflito entre duas regras de sentido contrário é aparentemente simples e tem, necessariamente, uma de duas soluções. A primeira hipótese prende-se com a prevalência de uma regra sobre a outra, obtida através de um juízo de validade de uma regra de prevalência no ordenamento em questão, que estatua a invalidade da regra preterida, como por exemplo, as normas de prevalência *lex posterior derogat legi priori* ou *lex superior derogat legi inferiori*¹⁴. No conflito entre duas regras que apontem sentidos distintos, uma delas terá de ser necessariamente inválida e, conseqüentemente, excluída do ordenamento¹⁵. A segunda possibilidade prende-se também com normas de prevalência, todavia noutro plano, dado que, neste caso, o conflito é meramente aparente: em caso de validade de regras especiais ou excepcionais potencialmente aplicáveis ao caso, vigoram no ordenamento normas de prevalência de uma regra sobre outra que, não determinando a invalidade de uma daquelas, impõe a inaplicabilidade da regra geral, na estrita medida em que os factos relevantes preenchem todas as categorias hipotéticas da regra especial ou excepcional. Neste segundo exemplo, as normas de prevalência que resolvem o conflito são, naturalmente, as normas expressas pelos enunciados *lex specialis derogat legi generali* ou *lex exceptionalis derogat legi generali*¹⁶. A resolução de conflitos entre regras nos modelos avançados reconduz-se, sob o ponto de vista lógico, a uma proposição de validade analítica, a qual se infere da coerência das premissas encadeadas.¹⁷

A regra (A) já aludida determina que “quando se verifique que um ficheiro automatizado, uma base ou um banco de dados pessoais contém dados excessivos em relação à sua finalidade, deve o responsável proceder de imediato à supressão dos excedentes”¹⁸. A regra fictícia (B) dispõe que “no caso, porém, de os dados excessivos

¹³ Cfr. M. ATIENZA / J.R. MANERO, *Las Piezas del Derecho*, cit., p. 35.

¹⁴ Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 49ss..

¹⁵ Simpliciter, uma norma é inválida porque não *pertence* ao conjunto (não tem *membership*): a respectiva *não pertença* ao conjunto infere-se analiticamente através de normas desse mesmo conjunto, portanto, do direito positivo: o exemplo clássico é, obviamente, a contradição de uma norma com norma de valor hierárquico superior; a não pertença é decorrente da operatividade da norma secundária *lex superior derogat legi inferior*. Cfr. R. GUASTINI, *Normativism or the Normative Theory of Legal Science: Some Epistemological Problems*, in *Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (ed. Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson), Oxford, 2007, p. 329.

¹⁶ Do ponto de vista analítico, a relação de especialidade verifica-se quando a regra (A) apresenta face à norma (B) (i) pressupostos comuns e um pressuposto adicional diferenciado (ii) sentido deontico idêntico e (iii) uma estatuição diferenciada. A relação de excepcionalidade é identificada quando a regra (A) apresenta, por referência à regra (B) (i) pressupostos comuns e um pressuposto adicional diferenciado, (ii) sentido deontico inverso e (iii) uma estatuição idêntica mas incompatível. Sobre estas modalidades de concorrência, cfr. A. AARNIO, *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, cit., pp. 184-185. Sobre a *exception clause* das regras, cfr. R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 295-296.

¹⁷ Cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 40.

¹⁸ O enunciado reporta-se ao artigo 29.º da Lei n.º 10/91, de 29 de Abril (que aprovou a Lei de

aludidos na norma (A) se revestirem de particular essencialidade, deverão ser adoptadas medidas no sentido da sua manutenção". Para a resolução da antinomia apresentada, existe uma regra (C), a qual determina *lex exceptionalis derogat lex generalis*, ou seja, se [norma geral] + [norma excepcional], então deve aplicar-se [norma excepcional]. A norma (C) determina que perante a norma (A) e perante a norma (B), deve prevalecer o sentido deontico da norma (B), porquanto, no pressuposto que a regra (B) apresenta, por referência à regra (A), (i) pressupostos comuns e um pressuposto adicional diferenciado (*essencialidade dos dados excessivos*), (ii) sentido deontico inverso e (iii) uma estatuição idêntica em modo incompatível, a regra (B) é excepcional face à regra (A).

É, portanto, possível configurar *silogisticamente* a seguinte proposição de resolução de antinomias da seguinte forma: *Premissa 1*: a norma A determina o sentido "impõe d" (imposição de supressão de dados excedentes); *Premissa 2*: a norma B determina o sentido "proíbe d" (proibição de supressão de dados excedentes); *Premissa 3*: a norma B é excepcional face à norma A porque apresenta (i) pressupostos comuns e um pressuposto adicional diferenciado (a *essencialidade dos dados excessivos*), (ii) operador deontico inverso (*de proibição*) e (iii) estatuição idêntica (*supressão de dados excedentes*); *Premissa 4*: a norma C determina que a norma excepcional deve prevalecer sobre a norma geral; *Conclusão*: a norma aplicável é a norma B.

1.2 As normas de princípio

O conceito de princípio percorreu um longo caminho na doutrina até ao respectivo reconhecimento como norma¹⁹. Após um largo período em que os princípios foram votados a meras concepções valorativas ou declarações proclamatórias, desprovidas de qualquer carácter normativo, foi durante a década de 1950 que se empreendeu, pela primeira vez, a utilização do conceito normativo de princípio²⁰.

A distinção entre regras e princípios começou por ser traçada em termos meramente quantitativos (*distinção fraca*), centrada essencialmente na maior generalidade do princípio face à regra²¹. Esta posição, que ainda tem seguidores na doutrina actual, assentava fundamentalmente na inexistência de

Protecção de Dados Pessoais face à Informática, tendo sido posteriormente revogada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro), amputado do comando normativo relativo à omissão de dados, por motivos de simplificação do exemplo.

¹⁹ A afirmação não é, no entanto, ainda unânime. Veja-se, por exemplo, C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, tradução portuguesa de António Menezes Cordeiro, 3.ª Edição, Lisboa, 2002, p. 96.

²⁰ Como já se referiu, o tratamento normativo do princípio deve-se, em primeiro lugar, a Josef Esser, apesar de, segundo alguns autores, o tratamento normativo do princípio já se encontrar implícito no estudo de Walter Wilburg sobre os sistemas flexíveis de regulação normativa. Cfr. R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, cit., p. 294.

²¹ Cfr. A. AARNIO *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, cit., pp. 175-176.

diferenças relevantes entre os modelos regulativos das regras e dos princípios, os quais eram, por outro lado, unidos na expressão de valores (*valuestatements*). A distinção – repita-se, meramente quantitativa – apenas assacava uma maior característica de generalidade aos princípios, sem precisar, contudo, a que nível essa generalidade se manifestava: aplicativo, interpretativo ou estrutural²².

De acordo com a tese da diferença quantitativa, postular que o predicado da generalidade – entendido como sintoma da indeterminabilidade de destinatários da norma – se configurava como o critério distintivo dos modelos regulativos, equivalia a fazer depender a diferença intrínseca das normas da *realidade externa factual*, ou seja, dos destinatários dessas mesmas normas. A regra seria, pois, uma norma com destinatários determinados, enquanto o princípio regularia destinatários indeterminados. A referida construção é, no entanto inadmissível. Na verdade, deixar a distinção normativa entre os modelos de regras e princípios à dependência da realidade factual configura, porventura, uma razão para se perder a cabeça na guilhotina de Hume: se nenhum *dever ser* decorre, por si só, de um *ser*, é lógico que o plano factual também não possa erigir-se no fundamento distintivo de conceitos que se movem num mundo normativo, totalmente à parte do primeiro²³.

Na actual literatura, porém, já se encontra de certa forma enraizada a concepção alexyana do princípio como uma norma *qualitativamente* distinta da regra (*distinção forte*). Apesar de a questão ser retomada adiante, pode já avançar-se que a distinção forte entre princípios e regras se baseia na premissa da distinta caracterização do princípio ao nível *estático-estrutural*, com profundas implicações quanto à dinâmica daquela norma, designadamente ao nível do respectivo comportamento frente a normas da mesma natureza²⁴. Do ponto

²² Sobre a teoria *fraca* (na terminologia de A. AARNIO) da distinção entre princípios e regras, cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, tradução portuguesa de José Lamego, 3ª Edição, Lisboa, 1997, pp. 474 ss.; J. OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Edição refundida, Coimbra, 2008, pp. 405 ss..

²³ Relativamente a esta crítica, D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 131-132. Como comumente se expressa, as normas são entes pertencentes ao mundo 3 de Karl Popper, relativo ao dever ser (*sollen*), por contraposição aos factos, pertencentes ao plano físico do mundo 1, relativo ao ser (*sein*). Karl Popper, na esteira de Gottlieb Frege, desenvolveu a insuficiência da dualidade mundo material/mundo mental sobre a qual se ergue a filosofia. Para Popper, há que se falar em três mundos: o mundo 1 é o mundo material, ou mundo dos estados materiais; o mundo 2 é o mundo mental, ou mundo dos estados mentais; e o mundo 3 é o mundo dos inteligíveis ou das ideias em sentido objectivo. Sobre o paradigma inescapável da guilhotina de Hume e a distinção entre os planos *real* e *ideal*, cfr. G. H. VONWRIGHT, *IsandOught, in Normativity and Norms – Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (ed. Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson), Oxford, 2007, pp. 366-367. A contraposição entre o facto e a norma – expressa na dicotomia clássica *is versus ought* – tornou-se relativamente pacífica a partir de uma passagem do célebre *A Treatise of Human Nature*, da autoria de David Hume, onde é defendida a impossibilidade de derivação (*unbridgeable gap*) entre o real e o normativo. Cfr. D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, tradução portuguesa de Serafim da Silva Fontes, Lisboa, 2002, p. 543.

²⁴ Sobre esse aspecto, entre tantos, cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y Valores del Ordenamiento*, in *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al Professor Eduardo García de Enterría, Madrid, 1991, *passim*; R. GUASTINI, *Les principes de droit en tant que source de perplexité*

de vista deontológico, o princípio configuraria, segundo a distinção em análise, um mandato de otimização do efeito normativo que lhe subjaz (*Optimierungsgebote*), exigindo a realização de um determinado efeito abstracto na sua máxima extensão possível, tanto em termos fácticos como em jurídicos²⁵. Ao invés, a regra, por se mover já *apenas no campo do fáctica e juridicamente possível*, determinaria uma definitividade absoluta de cumprimento.

Na doutrina inicial de Robert Alexy, o princípio relacionar-se-ia com a obrigação de maximizar um determinado efeito, mas não com esse efeito propriamente dito, o que não deixava de colocar algumas dificuldades interpretativas. Esta posição mereceu algumas críticas na medida em que implicava que a *obrigação de otimizar* – que configuraria o princípio em si, na construção alexyana inicial – apresentasse, ela própria, uma estrutura regulativa definitiva, própria de uma regra. Como fizeram sobressair Aulis Aarnio e Jan-Reinhard Sieckmann, a obrigação de otimizar inerente ao princípio apenas poderia ser, em alternativa, cumprida ou não cumprida²⁶. A análise levada a cabo pelos referidos autores permite concluir que a norma de princípio não pode somente ser caracterizada como um mandato de otimização. Apesar da utilidade da “regra de otimização” para compreender a apetência do princípio para colidir aplicativamente com outras normas do mesmo género, constata-se que, conceptualmente, o princípio se encontra mais propriamente ligado àquilo que deve ser optimizado. Na verdade, enquanto objecto dessa optimização, o princípio é necessariamente distinto daquela na medida em que *algo não pode, logicamente, ser objecto desse mesmo algo*.

théorique, *Analise Diritto*, 2007, pp. 1 sspp. 5-6. Para a análise estrutural que se pretende levar a cabo, pouco releva o facto de os princípios estarem mais identificados com os *valores* – numa perspectiva axiológica – do ordenamento. Não se depreenda, contudo, a afirmação como defensora de um estrito positivismo agnóstico: sem dúvida que o ordenamento expressa valores. No entanto, tais valores apenas são inferidos dos resultados normativos que primariamente constituem a matéria pretendida pelo ordenamento jurídico. A asserção avançada permite, através de uma distinção com complementaridade, analisar estritamente a vertente deontica dos princípios sem, contudo, colocar em causa a axiologia inerente aos mesmos, inferida pelo intérprete numa passagem da *norma ao valor*.

²⁵ A realização de um efeito contido numa norma de princípio exigiria, na consideração de normas que se lhe contraponham, a realização desejável ao ponto do “ótimo de Pareto”. Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 47 ss.. Na doutrina portuguesa, a importação dessa concepção, ou pelo menos a sua utilização como paradigma, é patente. Veja-se, entre outros, J. J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. pp. 230ss. Com algumas críticas, J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, cit., pp. 325 ss.. A referência, no texto, ao plano deontológico reporta-se à tricotomia dos planos da *razão prática*, gizada por G.H. VonWright. Segundo este autore existem três planos de acção: (i) o plano deontológico, relativo aos comandos [taxativamente: proibição, permissão e imposição e, para alguns, o direito a *algo*, apesar de este conceito poder ser reconduzido à permissão], (ii) o plano axiológico, relativo aos valores, enquanto derivações de uma ideia fundamental de correcção (p/ ex: justo, bom, democrático, liberal) e (iii) o plano antropológico, centrado no sujeito e que se reporta aos conceitos de interesse, desejo, vontade, decisão). Neste sentido, cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 87

²⁶ Sobre o assunto, cfr. A. AARNIO, *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, cit., pp. 181-182; R. ALEXY, *On the structure of Legal Principles*, cit., pp. 300 ss..

A proposição avançada impõe que se dediquem algumas linhas explicativas adicionais. Enquanto norma, o princípio pode ser compreendido em dois níveis, apesar de, conceptualmente, apenas dever ser identificado com um: o princípio é forçosamente uma norma sobre a qual incide uma outra norma de optimização (*command to optimize*). Enquanto objecto dessa obrigação de optimização, o princípio pode ser configurado como isso mesmo: uma norma a ser optimizada (*command to be optimized*). A destrição operada, resultante da posição aperfeiçoada de Robert Alexy, deriva da dicotomia dos seguintes planos: (i) o meta-nível e (ii) o nível do objecto²⁷. No plano (i), centra-se a tónica na obrigação de optimização dos princípios – a qual, como adiante se verá, assume fundamental importância na análise estática e dinâmica desta norma –, motivo pelo qual a análise é levada a cabo para lá do objecto, procurando entender-se o que fazer (*optimizar*) com esse objecto de optimização. No plano (ii), a análise já reverte sobre o próprio objecto, ontologicamente considerado, procurando, ao invés, entender-se o *qué* que deve ser optimizado²⁸.

A esta altura da investigação já se assentou que o princípio, no plano estritamente deontológico, configura uma norma, pelo que a resposta à questão sob análise não é problemática: ontologicamente, o princípio é, portanto, *uma norma que se encontra inevitavelmente sob uma obrigação de optimização*: nem mais, nem menos²⁹. A própria ontologia do princípio engloba a obrigação de optimização, da qual aquele é indestrinçável. Assim sendo, apesar do maior teor explicativo, a distinção de planos efectuada entre o nível do objecto e o meta-nível não obsta a que o plano do meta-nível configure uma exigência existencial do princípio, identificado ao nível do plano do objecto³⁰.

2. A ESTRUTURA NORMATIVA DO PRINCÍPIO

Assente a ontologia do princípio, importa centrar a análise no ponto de vista *estrutural*, o qual configura evidentemente uma extensão consequente da sua natureza ontológica. Ao contrário da norma de regra, a norma de princípio denota simultaneamente um elevado nível de generalidade estrutural e uma excepcional capacidade para sintetizar uma grande quantidade de informação, o que legitima a consideração dos princípios como normas com economia *explicativa e ordenadora* de um determinado sistema normativo³¹.

²⁷ Cfr. R. ALEXY, *On the structure of Legal Principles*, cit., pp. 300-301.

²⁸ Cfr. R. ALEXY, *On the structure of Legal Principles*, cit., p. 300.

²⁹ A questão não é, porém, pacífica na literatura sobre o tema. Por exemplo, no sentido da possibilidade de alguns princípios não serem susceptíveis de gradação por implicarem um cumprimento pleno, cfr. M. ATIENZA / J.R. MANERO, *Las Piezas del Derecho*, cit., pp. 61-68.

³⁰ Cfr. R. ALEXY, *On the structure of Legal Principles*, cit., p. 300.

³¹ Como referem M. ATIENZA / J.R. MANERO, a análise de alguns princípios permite a compreensão de um instituto jurídico ou mesmo de um conjunto normativo – cfr. *Las Piezas del Derecho*, cit., p. 43. Referindo a apetência de coerência e ordenação dos princípios em geral, pode ver-se D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 129; Novamente se refira que a generalidade e indeterminação do princípio são características estruturais, sedeadas na previsão da norma, e

O princípio predica das características unitárias apontadas às normas, designadamente a (i) condicionalidade e a (ii) expressão relativa decasos genéricos com sentidos deonticos genéricos, face à universalidade das categorias, ou conjunto de propriedades, que integram a sua estrutura. Em coerência com o exposto, o princípio é, a par das regras, uma norma (*oughtsentence*), partilhando das características anteriormente apontadas³². Como norma que é, o princípio também configura uma razão para agir, ainda que, como adiante se verá, não seja uma *razão peremptória* para agir³³. Na verdade, atenta a transposição (necessidade prática) do campo do dever ser para o dever agir, todos os princípios, enquanto sentidos de “dever ser” (*ought to be*), podem ser expressos, e devem ser interpretados, em linguagem de “dever agir” (*ought to do*)³⁴.

2.1 O elemento indutivo na previsão do princípio

Entre a multiplicidade de distinções dogmáticas que se podem encontrar na análise dos princípios jurídicos, considera-se fundamental a dicotomia *princípios explícitos* e *princípios implícitos* (*princípios de generalização*)³⁵. Relativamente aos designados princípios explícitos, estes encontram-se positivados no ordenamento através de competências normativas exercidas pelas autoridades constitucionalmente previstas e decorrem de fonte legal ordinária ou constitucional. Não há, em rigor, uma formulação de princípios distinta da normal formulação de normas através da actividade hermenêutica, na medida em que aqueles não são o resultado de qualquer operação de inferência lógica, mas já resultam directamente enunciados no ordenamento³⁶. Por outro lado, da análise

que em nada permitem inferir uma maior indeterminação interpretativa da norma de princípio, a qual está unicamente relacionada com as incertezas da linguagem dos enunciados e presente, portanto, tanto em enunciados de normas de regra como em enunciados de normas de princípio.

³² Paradigmaticamente, R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 45. Emsentidocontrário, cfr. C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, cit., p. 96.

³³ Sobre alguns princípios como *normas sobre normas* ou *normas de segundo grau* e não como *normas de conduta*, cfr. R. GUASTINI, *LosPrincipiosen el Derecho Positivo*, cit., p. 150.

³⁴ Não obstante, vejam-se as considerações de A. AARNIO (cfr. *ReasonandAuthority – A TreatiseontheDynamicParadigmof Legal Dogmatics*, cit., p. 183) sobre a dificuldade de aplicação lógica dos princípios na forma *ought to do*. Relembre-se o silogismo prático de Francisco Laporta: *Premissa 1: X é o dever ser; Premissa 2: Y serve para alcançar X; Conclusão: Deve fazer-se Y*. Da concepção normativista do princípio, resultam consequentemente excluídas quaisquer concepções que postulem a existência de princípios gerais não identificados com normas. Em sentido oposto, admitindo a existência de “*princípios gerais do Direito, pela sua própria natureza, com independência de uma norma jurídica positiva*”, cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El Principio General de la BuenaFeen el Derecho Administrativo*, 3.ª Edição, Madrid, 1999, p. 22.

³⁵ Sobre as várias distinções de princípios na doutrina, veja-se, por exemplo, a distinção operada por M. ATIENZA / J.R. MANERO (*LasPiezasdelDerecho*, cit., pp. 25-26). Outra distinção, mais próxima da adoptada, é a avançada por R. GUASTINI (*IlDiritto come Linguaggio. Lezione*, 2.ª Edição, Turim, 2006, pp. 38-40) identificando (i) princípios constitucionais por oposição a princípios legislativos; (ii) princípios gerais *strictosensu* por oposição a princípios sectoriais; e (iii) princípios expressos por oposição a princípios não expressos.

³⁶ À luz da distinção avançada são, por exemplo, *princípios explícitos*: (i) o princípio da igualdade enunciado, entre outros, no artigo 13.º da Constituição e no artigo 5.º, n.º 1, do CPA; (ii) o

dos princípios classicamente referidos como princípios implícitos constata-se que, ao contrário dos anteriores, aqueles resultam de uma específica operação lógica relacionada com a gestação, a montante, da norma de princípio. Essa operação dá-se, segundo se entende, a partir das previsões das regras positivadas por autoridades normativas, com a utilização de uma operação lógica que adiante se aprofundará³⁷.

Acresce ao exposto que, resultando de operações lógicas, os princípios implícitos equivalem ao que, na terminologia de Riccardo Guastini, se chama *normas sem disposição* – expressão essa que, sendo verdade quanto à falta de *disposição legal*, não se admite se entendida no sentido de caracterizar os princípios como normas sem enunciados (fontes)³⁸. Na verdade, carecendo de posituação expressa por autoridades com competência normativa, a validade dos princípios implícitos tem forçosamente de decorrer de normas consuetudinárias, as quais, não obstante poderem não apresentar um enunciado escrito, têm necessariamente que ter suporte linguístico em enunciados³⁹.

princípio da boa fé enunciado no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição e no artigo 6.º-A do CPA; (iii) o princípio da proporcionalidade enunciado no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição e no artigo 5.º, n.º 2, do CPA.

³⁷ Justifica-se um esclarecimento: da mesma medida que a metodologia normativista é um mero instrumento do cientista do direito – que se baseia na utilização da norma como unidade métrica do fenómeno analisado – importa ressaltar que a utilização de operações lógicas não pretende, longe disso, reconduzir o direito à mera lógica. O direito, enquanto realidade cultural, é uma ciência mais rica em termos substanciais do que a lógica e, conseqüentemente, distinta desta última. A lógica, ao invés, apenas se propõe a demonstrar (i) quando é que a conclusão (jurídica) é uma consequência necessária das premissas e quando não o é (na vertente dedutiva) e (ii) quando é que a conclusão (jurídica) é uma consequência provável das premissas e quando não o é (na vertente indutiva). Acresce que a lógica não apresenta resolução para a questão de a aplicação decisional do direito dever ter por objecto enunciados válidos, criados na sequência dos requisitos do ordenamento e oferecidos, como premissas maiores, ao aplicador oficial do direito. Apesar de ser uma ciência prescritiva, a lógica é uma ciência exclusivamente formal e, no limite, pode servir de instrumento de estruturação do direito e, inclusivamente, de fundamento para a gestação dos seus enunciados logicamente induzidos. Contudo, a lógica nunca atribui validade aos enunciados que formula, deixando, obviamente, tal tarefa à ciência jurídica. Sobre o papel limitado, mas relevante, da lógica no conspecto da ciência jurídica, cfr. V. SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, 2003, p. 379; E. BULYGIN, *What Can One Expect from Logic in the Law? (Not Everything, but More than Something: a Reply to Susan Haack*, RJ, Vol. 21, n.º 1, Março 2008, pp. 150-156.

³⁸ Cfr. R. GUASTINI, *Norma: una Noción Controvertida*, cit., pp. 103-104.

³⁹ A desnecessidade da norma consuetudinária, como título de vigência dos princípios implícitos, poderia, eventualmente, passar pela adopção do método da inferência, o qual estabelece que *todas as normas (princípios) que sejam consequências lógicas de normas (regras) válidas são igualmente válidas*. Nesta perspectiva, alcançar-se-ia a conclusão segundo a qual as normas válidas são também as normas inferidas logicamente de normas válidas. Contudo, o argumento não pode colher. A necessidade de um título de vigência consuetudinário para que os princípios implícitos *obriguem* decorre da inexistência, para já, de um sistema de regras de inferência (lógica deontica) suficientemente sedimentado para permitir adoptar a indutibilidade ou dedutibilidade como método de atribuição de validade às normas. Nesse sentido, cfr. V. SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, cit., pp. 131-132. No sentido da validade consuetudinária dos princípios implícitos, cfr., por exemplo, D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 666-668. Escusado será dizer que não se apresenta qualquer objecção

Importa, no entanto, deixar claro que o facto de a criação dos princípios explícitos não resultar de operações lógicas não significa que a estrutura dos princípios – a qual constitui o cerne explicativo do funcionamento da norma – resulte alterada de que maneira for. Como se verá, muitas das questões relacionadas com a estrutura dos princípios são explicadas pelo raciocínio indutivo⁴⁰.

A premissa de que se parte é, precisamente, aquela segundo a qual os (i) *princípios implícitos*, ou de *generalização*, e os (ii) *princípios explícitos* têm idêntica estrutura de base indutiva, pelo que as propriedades explicativas da estrutura dos primeiros valem, na totalidade, como propriedades explicativas dos segundos. A distinção entre estes sub-modelos de normas ocorre, portanto, apenas ao nível da formulação dos mesmos. Neste plano, os princípios explícitos resultam expressamente da Constituição ou da lei⁴¹; já os princípios implícitos resultam de operações lógicas de (i) *generalização da previsão* e (ii) *indução do modo deôntico e estatuição de regras já positivadas*, buscando a respectiva validade, não às próprias regras induzidas – com as quais não se confundem –, mas ao costume materializado na convicção de obrigatoriedade, ou validade, da respectiva aplicação desses princípios.

Assente a dicotomia de princípios, importa analisar a estrutura específica de cada um dos modelos, iniciando-se pelos princípios implícitos. Na verdade, como se verá, a compreensão global da norma de princípio é mais facilmente percebida pela explicação dos princípios implícitos como normas com previsões induzidas, cujas características fundamentais são, com algumas diferenças, comungadas pelos princípios explícitos⁴².

ao costume como fonte de direito, desde que, evidentemente, se encontrem preenchidos os pressupostos normativos da sua criação.

⁴⁰ Sobre a operação indutiva, por exemplo, cfr. D. HARRIMAN, *Errors in Inductive Reasoning, The Objective Standard – A Journal of Culture and Politics*, Vol. 3, n.º 4, 2008-2009, pp. 1 ss, pp. 12 e ss; E. HEIT, *Properties of Inductive Reasoning, Psychonomic Bulletin and Review*, 2000, pp. 569-592.

⁴¹ Apesar de algumas objecções práticas levantadas à vigência de uma norma consuetudinária estruturalmente de princípio, materializado (i) numa reiteração de uma prática relativamente indeterminada aliada a (ii) uma específica convicção de obrigatoriedade, considera-se que não existem motivos científicos *a priori* suficientes para excluir a vigência de normas consuetudinárias principiais. O exemplo típico corresponde aos princípios de direito internacional público, entre os quais o *Pacta Sunt Servanda*. Levantando algumas objecções aos princípios consuetudinários em geral (com excepção, por exemplo dos costumes jurisprudenciais), designadamente da inaptidão tendencial do comportamento humano para expressar um género de acção, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 159. Aceita-se, em parte, a objecção formulada. Contudo, a inaptidão tendencial não preclui a possibilidade de realização de operações de inferência, da parte de uma determinada comunidade jurídica, sobre as regras de fonte consuetudinária que, subsequentemente, alterem a estrutura do enunciado prescristivo convertendo-o em princípio, assim fazendo repousar a respectiva validade, naturalmente, na norma que reconhece validade ao costume.

⁴² Opera-se, portanto, uma inversão explicativa deste tipo de normas, com meros propósitos didácticos. Diversamente, cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., pp. 149 ss.

2.1.1 A gestão de princípios implícitos

A formulação dos princípios ocorre, em primeiro lugar, a partir da detecção de elementos comuns na previsão de determinadas regras do mesmo conjunto. Para a realização desta operação, o instrumento normativo fundamental é o juízo de igualdade⁴³. Na verdade, a detecção do elemento *comum* às diferentes previsões das diversas regras é equivalente à detecção do elemento *igual*: é apenas uma questão de semântica. É assim porque o juízo de inferência inerente à formulação de um princípio leva insito um juízo de comparabilidade entre duas ou mais realidades (as duas ou mais previsões de duas ou mais regras) implicando, só por si, uma projecção positiva da igualdade. Esse juízo de igualdade revela, portanto, a presença – ainda que remota – de juízos de semelhança na específica formação de qualquer princípio.

A norma da igualdade traduz um mandato de optimização de tratamento igual de realidades iguais, pelo que a existência de uma *comparabilidade* de situações aplicativas é um pressuposto intrínseco da sua aplicabilidade normativa⁴⁴. A referida comparabilidade pressupõe, portanto, duas ou mais situações de facto que requeiram o preenchimento da previsão hipotética daquela norma e suscitem um juízo de valor sobre a correspondência entre predicados das realidades comparáveis. A correspondência entre características de previsões de regras, no sentido referido é, face à inexistência de igualdade total, o principal efeito do juízo igualitário intermédio no processo de criação de uma norma de princípio. A igualdade é, então – não há como negá-lo – uma norma fundamental na produção de qualquer princípio, na medida em que, sem uma proposição cognoscitiva de semelhança a partir de previsões de regras, não se concebe a criação de um princípio⁴⁵.

A gestão de princípios a partir de previsões de regras pressupõe, naturalmente, a criação de um domínio de aplicação normativa necessário a todos os princípios, o qual se confunde com a *matéria* a que se reportam as previsões das regras sobre as quais recai a proposição de semelhança acima referida. O domínio de aplicação – ou domínio material do princípio – nada mais é, portanto, do que a unificação conceptual e material das várias previsões das regras sob um conceito. Sem esse domínio de aplicação normativa, que é redutivo da aplicabilidade do princípio às previsões induzidas das regras e,

⁴³ Apontando a relevância das situações delimitadas por *características comuns de previsões de regras* na gestão de princípios, ainda que apenas com referência aos denominados *princípios de generalização*, cfr. R. GUASTINI, *Il Diritto come Linguaggio. Lezione*, cit., pp. 38 ss. Em sentido algo semelhante, fundando os princípios implícitos em *abstracções de normas legais vigentes*, cfr. F. MERUSI, *Buona Fede e Affidamento nel Diritto Pubblico – Dagli Anni “Trenta” all’ “Alternanza”*, Milão, 2001, em especial, pp. 51-56.

⁴⁴ Cfr. M. GLÓRIA GARCIA, *Princípio da igualdade, fórmula vazia ou fórmula «carregada» de sentido?*, in *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 2005, p. 34.

⁴⁵ A igualdade é, assim, uma *norma sobre produção de normas* – cfr. R. GUASTINI, *La Gramática de ‘Igualdad’*, in *Distinguiendo – Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Barcelona, 1999, p. 194. Todavia, o seu carácter de norma sobre produção de normas é bem diferente do carácter de norma sobre produção de normas válidas. A validade advirá, portanto, do título de vigência (legal ou consuetudinário) a que a norma seja, eventualmente, sujeita.

simultaneamente, apresenta uma pretensão de exaustão da matéria regulada, a capacidade expansiva de captação de todas as situações aplicativas possíveis, típica do princípio, torná-lo-ia uma norma de aplicação absolutamente generalizada – com uma previsão que se poderia configurar como *total* – o que, para além de inoperativo, é, do ponto de vista estrutural, dificilmente admissível⁴⁶.

Como resulta claro da aceção analítica dos princípios, a detecção das previsões comuns a determinadas regras dá-se por uma operação de generalização das situações factuais concretas que convocam a aplicação das referidas regras. Passa-se, portanto, do plano da determinabilidade da conduta (ou pressuposto de acção) previsto na regra, para o plano *qualitativamente distinto* da indeterminabilidade da conduta (ou pressuposto de acção) que permite a mecânica normativa do princípio. Exemplificando o exposto, atente-se nos seguintes três enunciados legais, propositadamente simplistas⁴⁷:

- i. *Enunciado 1*: A regra X determina que se **um agricultor** for titular de uma propriedade de 100 hectares, **para efeitos de uma plantação hortícola, sob condição de uma contrapartida produtiva** de 10% da área semeada, **dever-lhe-á ser atribuído um subsídio** de 1000 euros.
- ii. *Enunciado 2*: A regra Y determina que se **um agricultor** for titular de uma propriedade de 50 hectares, **para efeitos de uma plantação silvícola, sob condição de uma contrapartida produtiva** de 20% da área semeada, **dever-lhe-á ser atribuído um subsídio** de 2000 euros.
- iii. *Enunciado 3*: A regra Z determina que se **um agricultor** for titular de uma propriedade de 20 hectares, **para efeitos de uma plantação cerealífera, sob condição de uma contrapartida produtiva** de 30% da área semeada, **dever-lhe-á ser atribuído um subsídio** de 3000 euros.

Decorre da análise do exemplo aventado que o operador jurídico é confrontado com o carácter comum das previsões das três regras. Na verdade, apesar de tal configurar uma conclusão cogente mas meramente pressuposta, pode considerar-se que a regulação pelas regras referidas das plantações *hortícola*,

⁴⁶ Era precisamente a inexistência da detecção analítica do *domínio de aplicação normativa* do princípio que propiciava as maiores críticas à qualificação dos princípios como imperativos categóricos. A unidade das propriedades normativas essenciais – comuns a princípios e regras – faz com que os princípios, também eles elementos condicionais, apenas sejam aplicáveis quando a sua previsão (alargada) se encontre preenchida pelos factos relevantes do caso jurídico. Desenvolvidamente, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp.135 ss. Não se concorda, portanto, com R. GUASTINI (*Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., p. 150) na recondução (apesar de dubitativa) de princípios a normas de imperativo categórico, na medida em que a desconsideração do elemento da previsão do princípio torna inoperativa a capacidade *reductiva* desta norma, quanto à sua aplicabilidade apenas a determinadas matérias, potencialidade essa, aliás, que o autor francamente defende.

⁴⁷ Segue-se, com algumas alterações, o raciocínio já anteriormente exposto em P. MONIZ LOPES, *O Valor Jurídico das Normas de Decisão Jurisprudenciais*, *O Direito*, Ano 140.^o (2008) III, Coimbra, 2008, pp. 682-685.

silvícola e cerealífera esgotam a matéria regulativa das plantações agrícolas⁴⁸. O elemento comum às três regras prende-se com a asserção segundo a qual as três regras determinam que, (i) em matéria de subsídios agrícolas (que englobam os subsídios *hortícolas, silvícolas e cerealíferos*), (ii) qualquer subsídio (de 1000, 2000 ou 3000 euros), (iii) verificada determinada contrapartida (de 10%, 20% ou 30%), deverá (*sentido deontico comum*) ser atribuído (*estatuição comum*). Na perspectiva tripartida da norma, detectam-se, portanto, elementos comuns na previsão, no modo deontico e na estatuição das normas analisadas. O enunciado específico do princípio é primeiramente obtido através de uma operação de generalização dos elementos *comuns* das três regras (e distintos do enunciado destas), atribuindo-lhe uma indeterminação específica relativamente à matéria regulada (no exemplo: subsídios agrícolas).

2.1.2 O erro de generalização nas proposições de princípio

A operação de generalização é um elemento fundamental na lógica e na argumentação jurídica e providencia o *breedingsground* necessário para toda a inferência indutiva: é uma operação lógica que pressupõe a existência de um determinado conjunto de elementos, bem como uma ou mais características comuns àqueles elementos⁴⁹. Pode-se ilustrar a generalização da seguinte forma:

- i. Para cada dois conceitos relacionados, A e B, A é uma generalização de B se e apenas se: cada exemplo do conceito B é também um exemplo do conceito A e se existem exemplos do conceito A que não são exemplos do conceito B.
- ii. Concretamente quanto ao exemplo apresentado, para cada quatro pressupostos de acção (ou previsões) de normas, A, B, C e D, a previsão da norma D é uma generalização das previsões das normas A, B e C quando a previsão da norma D é também um exemplo das previsões das normas A, B e C e se existem exemplos da previsão da norma D que não são exemplos das previsões das normas A, B e C.

Do exposto resulta que esta operação é, por natureza, uma operação sujeita a falhas, o que aliás configura a explicação que se entende mais operativa para justificar a derrotabilidade dos princípios⁵⁰. É, portanto, hipotizável que no domínio material generalizado – a que corresponderá logicamente a previsão do princípio – se integrem outras regras válidas, que não as detectadas pelo operador jurídico aquando da operação de generalização⁵¹.

⁴⁸ Logicamente, a matéria da atribuição de subsídios a agricultores de plantações *hortícolas, silvícolas e cerealíferas* também esgota a matéria de atribuição de subsídios agrícolas.

⁴⁹ Em termos semelhantes, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 666-667.

⁵⁰ Relativamente aos princípios, sobre a *defeasibility*, ou derrotabilidade, cfr. R. ALEXI, *Theorie der Gründrechte*, cit., pp. 50 ss.; A. AARNIO, *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Cambridge, cit., pp. 176-177.

⁵¹ Cfr. D. HARRIMAN, *Errors in Inductive Reasoning*, cit., p. 2.

O risco da generalização prende-se, refira-se, com o défice informativo do operador. Por outras palavras, aquando da generalização das *previsões determinadas das regras* para o *domínio material indeterminado do princípio*, o operador não conhece a globalidade do ordenamento jurídico, nem todas as situações de facto que podem convocar o princípio generalizado, encontrando-se consequentemente sujeito ao *erro de generalização*.

A questão fica mais clara quando se compreende que a operação de generalização das previsões das regras é integrada numa operação lógica de indução do sentido deontico das regras generalizadas, com a pretensão de regular, nesse sentido, toda a matéria detectada ao nível das previsões das regras analisadas. O método indutivo constitui, então, o método gnoseológico que opera através da tentativa de obtenção de uma premissa maior através de várias premissas menores disponíveis, através da passagem do conhecido para o desconhecido (*leap into the unknown*) ou, mais propriamente, através da passagem da previsão determinada e definitiva (da regra) para a previsão indeterminada e não definitiva (do princípio)⁵². Na verdade, onde o raciocínio indutivo puro pressupõe a verdade cogente, mas meramente provável, de premissas não definitivas através da linguagem assertiva, no raciocínio indutivo jurídico pressupõe-se a validade cogente, mas meramente provável, de premissas não definitivas através da linguagem prescritiva⁵³. Exemplificando:

Premissa 1: os fenómenos observados são relativos à matéria X;

Premissa 2: todos os fenómenos observados têm a característica Y;

Conclusão (indutiva): todos os fenómenos relativos à matéria X têm a característica Y.

Na formulação de princípios implícitos, ao produzir juízos de semelhança sobre o domínio aplicativo exacto das regras e erigindo-o num domínio material *indeterminado*, o operador induz que todas as realidades integradas naquele domínio material predicam de um sentido deontico idêntico ao das regras que serviram de base à operação lógica: os pressupostos de acção determinados. Todavia, a indução subjacente aos princípios apenas produz conclusões cogentes prováveis e, consequentemente, sentidos regulativos cogentes prováveis e não definitivos⁵⁴.

Como adiante ficará mais claro, a *não definitividade regulatória* dos princípios assenta precisamente na evidente *estrutura de base indutiva* que os suporta, relacionada com o *defícite informativo*, ao nível da cognoscibilidade dos pressupostos de acção da norma de princípio. A asserção jurídica dos princípios

⁵² Cfr. E. HEIT, *Properties of Inductive Reasoning*, cit., pp. 569-592. Sobre a indução a formação de generalizações legais, cfr. A. AARNIO, *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Cambridge, cit., p. 178.

⁵³ Cfr. J.-R. SIECKMANN, *Logische Einschaften von Prinzipien*, cit., pp. 25 ss.

⁵⁴ Sobre as conclusões cogentes nas ciências sociais e humanas em geral, cfr. M. OAKSFORD / N. CHATER, *Modelling Probabilistic Effects in Conditional Inference: Validating Search or Conditional Probability?*, Revista Psychologica, n.º 32, 2003, pp. 217-242.

como razões não peremptórias para agir (razões *prima facie* para agir) não dista, portanto, da conhecida asserção científica, atribuída a Karl Popper, segundo a qual, apesar de poder providenciar conclusões *prima facie*, o método indutivo não é um método totalmente confiável e consequentemente propicia conclusões cogentes, mas apenas prováveis⁵⁵.

2.1.3 A validade *prima facie* das proposições de princípio

A indeterminação dos elementos da previsão torna, portanto, o princípio como uma norma cuja aplicação, independentemente do preenchimento da respectiva previsão, terá apenas validade *prima facie*, sendo certo que da validade *prima facie* não se retira que a razão para agir inerente ao princípio deva necessariamente ser cumprida. O conceito de validade *prima facie* dos princípios deve-se a uma interessante construção de Jan-Reinhard Sieckmann. Segundo o próprio, os princípios devem ser entendidos como *razões para ponderações* ou *argumentos normativos*, cuja ponderação – em casos de colisão de princípios de sinal contrário – dará lugar a *proposições normativas* equivalentes a regras. Como já se viu, só as regras predicam de validade aplicativa definitiva em todas as situações hipotizadas na respectiva previsão⁵⁶. Já os princípios (em sentido amplo) apresentam-se apenas como reiterações de mandatos principiais de validade de outros princípios (em sentido estrito) na estrutura lógica que se passa a explicar. Expressando-se um princípio com a estrutura *Op* (*p* é obrigatório), esse princípio é um princípio de *primeiro grau* o qual, no melhor resultado ponderativo possível, redundará na proposição normativa de validade definitiva (já em forma de regra) *VALOp*, ou seja, é válido que *p* seja obrigatório. No entanto, essa obrigação traduziria uma validade definitiva predicada apenas pelas regras. Tratando-se o princípio de um mandato *prima facie* de validade na construção de Jan-Reinhard Sieckmann, a sua estrutura será, na verdade a de *OVALOp* (é, em princípio, obrigatório que seja válida a norma “*p* é obrigatório”), configurando já um *princípio de segundo grau*. Segundo o pensamento de Sieckmann, os mandatos de validade são forçosamente reiterados ao infinito: (... *OVALOVALOp*). Quanto às ponderações, estas ocorrerão, não entre os princípios propriamente ditos (de primeiro grau), mas ao nível das obrigações de validade, com a estrutura de *OVALOp*, ou seja, ao nível dos *princípios de segundo grau*⁵⁷.

A construção é aliciente e tremendamente explicativa da natureza da validade *prima facie*, implícita nas obrigações de princípio, mas acaba, na formulação adoptada, por (i) provar *demaís*, transformando o princípio numa regra definitiva com validade absoluta (*VALOp*), ou (ii) provar *de menos*, transformando o princípio numa *obrigação de validade*, ou seja, numa norma sem validade em si mesma

⁵⁵ Sobre as falácias da indução e a filosofia de Karl Popper, cfr. D. HARRIMAN, *Errors in Inductive Reasoning*, cit., pp. 1-3.

⁵⁶ Cfr. J.-R. SIECKMANN, *Logische Eigenschaften von Prinzipien*, cit., pp. 13-19; IDEM, *Regeln Prinzipien und Elemente im System des Rechts in Juristische Schriftenreihe*, cit., pp. 59-60.

⁵⁷ Cfr. J.-R. SIECKMANN, *Logische Eigenschaften von Prinzipien*, cit., pp. 25 ss..

(*OVALOp*). É, aliás, devido a esse meio-termo logicamente indeterminável que Jan-Reinhard Sieckmann necessita de proceder à reiteração infinita de mandatos de validade. Do ponto de vista da validade do princípio, este é, na realidade, menos do que a validade absoluta da norma (*VALOp*), mas mais do que uma mera obrigação (sem validade intrínseca) de validade de uma norma (*OVALOp*)⁵⁸.

Voltando à indução de pressupostos normativos de acção, constata-se que a importância da generalização dos pressupostos de acção da norma criada reside, precisamente, em demonstrar uma realidade a que a maioria da literatura se encontrava alheia: se os princípios são formulados através de uma generalização dos pressupostos de acção de regras e uma indução do sentido deontico e estatuição daquelas, os princípios têm forçosamente pressupostos de acção. Do ponto de vista estrutural da norma, a proposição defendida tem a importância fulcral de demonstrar a existência de previsões nas normas de princípio, colocando de parte as concepções normativas que configuravam o princípio como um puro imperativo categórico no sentido kantiano⁵⁹. Sem a explicitação da previsão da norma de princípio – ou seja, dos limites dos respectivos pressupostos de acção – o princípio seria encarado como uma norma de aplicação universal, independentemente das situações de facto que o convocassem, o que é, desde logo, desmentido pelas observações empíricas da própria aplicação dos princípios⁶⁰.

A formulação dos princípios, bem como a proposição de universalização dessa explicação para todo e qualquer tipo de norma de princípio, seja ela implícita ou explícita, revela-se apta a demonstrar que os princípios têm, como todas as normas, uma *previsão especificamente delimitada*, ainda que qualitativamente diferente da das regras. No caso dos princípios implícitos, a composição da sua previsão é, pois, o produto do raciocínio indutivo com pretensão de exaustividade das regras que lhe serviram de base, simultaneamente delimitado pelas propriedades comuns dessas mesmas regras⁶¹. Enquanto a indução verificada no princípio lhe confere a expansão típica deste tipo de normas, a matéria comum à previsão das regras (objecto da indução) impõe um limite aplicativo, ou seja, um âmbito específico do *quid* que poderá merecer uma determinada estatuição.

Em função da vocação expansiva do princípio ao nível da previsão – inerente à indução operada a partir das previsões das regras – constata-se

⁵⁸ Neste sentido, identificando a construção principialista de J.-R. SIECKMANN como uma identificação pouco operativa, a meio caminho entre a *validade definitiva* e a *não obrigatoriedade válida*, cfr. R. ALEXI, *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 301-303.

⁵⁹ Paradigmaticamente, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, pp. 135 ss.

⁶⁰ A referência feita no texto é, naturalmente, à redução do campo aplicativo dos princípios, enquanto decorrência necessária da previsão dos mesmos, o que configura uma exigência relativamente a todas as normas. Assim, H. Kelsen, *Allgemeinen Theorie der Normen*, tradução francesa de Olivier Beaudin e Fabrice Malkani, Paris, 1996, pp. 31 ss.. Especificamente quanto aos princípios, em termos inovatórios na doutrina nacional, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 138-139. Já assim, apesar de dubitativamente, R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., p. 168.

⁶¹ Sobre o âmbito de disciplina material, cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., p. 153.

que o princípio se revela inapto para determinar, concretamente, as condutas que preencherão o seu elemento previsivo. O princípio está, portanto, sujeito à mecânica normativa por comportamentos previamente *indeterminados*. Os comportamentos indeterminados que accionam o princípio correspondem, naturalmente, a todas as situações da vida (*allsituationsofanykind*) contidas na matéria comum aos pressupostos determinados de acção normativa das regras que lhe serviu de base⁶².

Não obstante o exposto, relativamente aos pressupostos *indeterminados* de acção, a norma de princípio continua a conter os elementos da *prótase* e da *apódose*, que a identificam como norma. Assim, abstraindo agora do modo deontico permissivo, impositivo ou proibitivo, a estrutura do princípio será, portanto, a seguinte: *a*) o antecedente ou previsão do princípio, que se reporta a todas as situações de facto relativas à matéria em questão e *b*) o consequente ou estatuição do princípio, que determina o efeito normativo, para quando o antecedente se verifique. No caso do exemplo acima analisado e utilizando a metodologia descrita, a enunciação do princípio a partir das regras determina, portanto, a afirmação da existência da seguinte norma:

“Em matéria de atribuição de subsídios agrícolas, qualquer subsídio apenas será recebido em caso de contrapartida produtiva”.

Decompondo analiticamente a norma acima formulada, alcança-se a seguinte ilustração normativa: [previsão indutiva] p1: *em todas as situações de qualquer género*; p2: *reduzidas à matéria de atribuição de subsídios agrícolas*; p3: *havendo contrapartida produtiva* [modo deontico de imposição] *deve* [estatuição] *ser o subsídio atribuído”.*

⁶² Sobre a expressão *allsituationsofanykind* enquanto elemento implícito na norma de princípio, contraposta à expressão *allsituationsofthekind* inerente às normas de regra e aos seus pressupostos normativos de acção determinados, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 139. Na concepção do autor, a previsão dos princípios é analiticamente decomposta em dois elementos típicos: (i) o elemento *“em todas as situações de qualquer género”* inerente à lógica indutiva de todos os princípios – mesmo quando não ocorreu qualquer indução na respectiva posituação da norma; (ii) o elemento *reduutivo*, relativo à delimitação das condições inerentes ao efeito normativo, relacionado ou com as propriedades comuns das regras de base da indução (no caso dos princípios implícitos) ou com a matéria explícita de regulação (no caso dos princípios explícitos). É, no entanto, claro que nem sempre a previsão do princípio resulta clara do enunciado linguístico que o acolhe, podendo encontrar-se implícita. O exemplo de escola é o enunciado do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição), segundo o qual: *“Todos os cidadãos são iguais perante a lei”*. Apesar de não resultar explícito, a norma de princípio integra o domínio regulativo concreto, versando sobre todas as situações da vida exclusivamente relacionadas com juízos de comparabilidade de sujeitos perante a lei e estatuinto tratamento igual para realidades com propriedades iguais e tratamento diferente para realidades com propriedades diferentes. Sem a consideração desse elemento previsivo – relacionado com uma situação de comparabilidade na qual recairão juízos de semelhança/dissemelhança – a norma (enquanto condicional) não opera. Para uma análise lógica do que se afirmou, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 641-642. Identificando os princípios como normas *com previsão* – apesar de em aparente contraditoriedade com a posição negativa dos princípios como *condicionais* – cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., pp. 150 e 168.

Aplicando os conceitos abstractos ao caso concreto, a objectivação dos elementos comuns das previsões das regras determina a matéria de regulação do princípio. Por outro lado, o raciocínio indutivo que lhe serviu base – passando da matéria *conhecida* para a matéria *desconhecida* – justifica a indeterminabilidade dos pressupostos de acção do enunciado da norma de princípio obtida.

Segundo se pressupôs no exemplo acima referido, o conceito agrícola encontra-se esgotado pelos conceitos hortícola, silvícola e cerealífero, face à proposição *necessariamente indutiva* segundo a qual nenhuma outra actividade agrícola existe, para além das actividades hortícola, silvícola e cerealífera. É precisamente este raciocínio de indução que, em termos análogos, sustenta a defesa da vigência de princípios reguladores de determinados sectores do ordenamento, ou mesmo de todo o ordenamento jurídico⁶³.

2.1.4 O elemento indutivo nos princípios explícitos: a matéria regulada

A metodologia indutiva, referida nas últimas páginas como o fundamento inerente à formulação estrutural dos princípios implícitos, é, como também já se aflorou, uma ferramenta fundamental para compreender os princípios ditos explícitos. É comum referir-se que, relativamente aos princípios explícitos, não há lugar a quaisquer operações lógicas, na medida em que aqueles não carecem de uma específica formulação, antes resultam directamente do exercício da competência da autoridade normativa que, de acordo com as normas sobre produção de normas existentes no ordenamento, se encontra autorizada a positivar normas jurídicas, sejam elas normas de regra ou de princípio⁶⁴. Não obstante se concordar com a afirmação, a verdade é que a metodologia indutiva se afigura uma explicação válida para a estrutura e o comportamento de todos os princípios, incluindo os explícitos.

É um facto que, no caso dos princípios explícitos, não ocorre um exercício de indução pela autoridade normativa, visto que, na maior parte dos casos, não existem sequer, à data da positivação do princípio explícito, quaisquer regras relativas a uma concreta matéria de regulação sobre as quais se possa induzir um sentido genérico de dever ser. Não obstante, a própria positivação de uma norma sob a estrutura de princípio implica, só por si, uma intenção normativa de vigência daquela norma genérica para uma *determinada matéria jurídica*, tal como no caso dos princípios implícitos.

A semelhança detectada entre normas de princípio implícitas e explícitas, ao nível de regulação de matérias jurídicas, permite concluir que ambos os princípios regulam situações da vida que tenham *algo em comum*. A característica

⁶³ No caso dos princípios gerais do ordenamento, o elemento reductivo do princípio prende-se exclusivamente com as barreiras do próprio ordenamento enquanto conjunto global. A previsão é de tal forma alargada que o princípio se aplica em todas as situações relativas ao ordenamento jurídico, mas apenas quando o ordenamento jurídico seja chamado a resolver uma questão.

⁶⁴ Neste sentido, cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., p. 150.

típica da regulação de matérias – ao invés da regulação de situações concretas – é, precisamente, a regulação generalizada equivalente a *todas as situações de qualquer género relativas a uma determinada matéria*. Com isto se alude à indeterminação dos pressupostos de acção do princípio explícito, dentro de um determinado campo de aplicação normativa e, simultaneamente se determina o campo de acção – o âmbito de determinada matéria – desse princípio.

A previsão alargada dos princípios explícitos é, portanto, normalmente identificada com um sector ou subsector jurídico⁶⁵. Quanto à matéria de regulação do princípio jurídico, esta reporta-se frequentemente a um determinado sub-ordenamento jurídico, o qual configura um *domínio de objecto de normaço- semelhante*. É relevante esclarecer, contudo, que a semelhança em causa não se prende com elementos comuns da normaço- propriamente dita, mas com as situações da vida sobre as quais recairá essa mesma normaço-. Em bom rigor, o elemento redutivo do princípio – que representa o elemento identificativo, aludido quanto aos princípios implícitos, da semelhança ou igualdade – opera em toda e qualquer ocasião, face a uma matéria que conglomerava *pressupostos idênticos em relação a algo*. Tal significa, precisamente, que o domínio aplicativo do princípio se reduz a um campo de acção que tem algo em comum entre si: o domínio de acção *pertence* a algo comum⁶⁶.

No caso do princípio implícito, como já se viu, o campo de aplicação normativa é delimitado através dos elementos comuns das previsões das regras analisadas. A alusão aos elementos comuns das regras induzidas determina, no contexto prescritivo, o preenchimento, por essas mesmas regras, da previsão uma *norma de pertença* ou *norma de semelhança*, a qual estatui a integração dessas regras numa determinada matéria a ser regulada pelo princípio. Por serem semelhantes em determinadas propriedades – que é o mesmo que dizer que *preenchem os pressupostos de pertença a determinada matéria* –, essas regras vão dar lugar a uma matéria que constituirá o campo de aplicação normativa do princípio.

A lógica é, segundo se crê, semelhante no caso dos princípios explícitos. Neste caso, a positivação da norma através do enunciado normativo já contém o domínio de aplicação normativa do princípio, o que vale por dizer que o enunciado já refere explicitamente qual a *matéria* que constituirá o âmbito de

⁶⁵ Concretamente, no que respeita aos princípios *sectoriais* ou *sub-sectoriais* (de direito constitucional, direito administrativo, direito civil, etc.), em sentido próximo, cfr. R. GUASTINI, *Il Diritto come Linguaggio*. Lezione, cit., p. 39. Com as mesmas conclusões relativamente a *princípios gerais do ordenamento* e *princípios gerais de ordenamento parciais*, ainda que sem recurso ao método analítico, cfr. G. SILVA TAMAYO, *Desviación de Poder y Abuso de Derecho*, Buenos Aires, 2006, pp. 30-38.

⁶⁶ Como já se referiu *supra*, o ordenamento jurídico caracteriza-se por configurar um conjunto de normas ordenadas segundo uma norma de pertença. Vale, logicamente, a mesma conclusão para a determinação de *matérias jurídicas* ou *sub-ordenamentos jurídicos*: estes são definidos por uma norma de pertença, segundo a qual: “*Se se verificarem as condições X, aquela norma pertence ao sub-ordenamento jurídico Y*”. É, aliás, a norma referida que é utilizada, implicitamente, pela maioria da doutrina, para a determinação dos chamados *ramos do direito*, que obedecem a princípios próprios.

aplicação do princípio⁶⁷. Veja-se o seguinte exemplo, relativo a um princípio regulador do exercício da função administrativa:

O enunciado do princípio da colaboração da Administração com os particulares, contido no artigo 7.º do Código do Procedimento Administrativo Português(CPA) determina, abreviadamente, que “os órgãos da Administração Pública devem actuar em estrita colaboração com os particulares, procurando assegurar a sua adequada participação no desempenho da função administrativa”. O princípio da colaboração da Administração com os particulares é, pois, um princípio explícito, tendo sido positivado expressamente pela autoridade normativa competente e resulta directamente da sua fonte: a lei, concretamente, o artigo 7.º do CPA.

À imagem do anteriormente referido, a análise do enunciado do princípio permite detectar a previsão implícita do mesmo, determinante do seu campo de acção normativo, objectiva e subjectivamente delimitado. Assim, (i) em primeiro lugar, a estatuição relativa a assegurar a participação dos particulares no desempenho da função administrativa assume, implicitamente, uma situação objectiva de exercício dessa função; (ii) em segundo lugar, resulta do enunciado “os órgãos da Administração Pública devem...” que o princípio se destina subjectivamente aos órgãos da Administração Pública, designadamente, aos órgãos da (a) Administração directa (central e periférica), (b) Administração indirecta e (c) Administração autónoma; (iii) em terceiro lugar, a colaboração dos particulares no exercício da função administrativa apenas se coloca quanto ao modo interativo (isolado ou partilhado) de exercício da função administrativa.

Em face do exposto, a estatuição contida no princípio da colaboração da Administração com os particulares, conjugada com o modo deontico de imposição de uma conduta apta a assegurar a participação dos particulares no desempenho da função administrativa, apenas opera em situações relativas ao modo interativo de exercício da função administrativa, mais concretamente em relação a esse exercício ser isolado ou partilhado com os particulares. A estrutura da norma da colaboração da Administração com os particulares pode, pois, ser reformulada da seguinte forma: [previsão indutiva] p1: no exercício da função administrativa; p2: em matéria relacionada com o modo interativo de exercício pelos órgãos da Administração, [modo deontico de imposição] deve [estatuição] assegurar-se a participação dos particulares.

A redução do campo aplicativo do princípio a uma matéria já implica uma indeterminabilidade de pressupostos que accionam aquele princípio, inerentes, como já se referiu, ao predicado de generalidade do princípio. Assim, a identificação concreta desse pressuposto implícito de generalização permite reformular a enunciação do princípio da colaboração da Administração com os particulares da seguinte forma: [previsão implícita] p1: em todas as situações

⁶⁷ Fica, portanto, demonstrado que, enquanto as regras se reportam a situações factuais concretas, os princípios reportam-se a matérias genéricas. Assim, cfr.A. AARNIO, *Reason and Authority – A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, cit.,pp. 181-182.

de qualquer gênero; p2: relativas ao exercício da função administrativa pelos órgãos da Administração; p3: quanto ao seu modo interactivo de exercício [modo deôntico de imposição] deve [estatuição] assegurar-se a participação dos particulares.

O exemplo avançado demonstra claramente o elemento redutivo da matéria nos princípios explícitos, englobando todas as situações hipotizáveis incluídas, através de um critério de pertença, dentro dos limites de uma determinada matéria. Demonstra-se, igualmente, que a única distinção entre a estrutura dos princípios implícitos e dos princípios explícitos é precisamente o seu *modo de gestação*⁶⁸. As propriedades essenciais, do ponto de vista estrutural, são as mesmas.

2.1.5 Regulação de matérias e *défice* informativo nos princípios explícitos

Em consonância com o acima exposto, vale a proposição avançada segundo a qual também há, no caso dos princípios explícitos, uma *regulação em *défice* informativo* da autoridade normativa, a qual apresenta características semelhantes à conclusão, de base indutiva, utilizada para a formulação dos princípios implícitos⁶⁹. Na verdade, onde o *défice* informativo, nos princípios implícitos, decorre do método indutivo na criação do princípio, no caso dos princípios explícitos este encontra-se ligado à previsão, com raiz indutiva, da norma positivada: uma determinada *matéria*. A expressão “*regulação em *défice* informativo*”, no caso dos princípios explícitos, deve, portanto, ser entendida em casos em que existe uma intenção de regular toda uma matéria pela autoridade normativa sem que, no entanto, exista informação clara para essa autoridade sobre todos os pressupostos concretos – ou situações da vida – que integram essa matéria, o que, naturalmente, tem relevância para se saber se aquela norma vai, ou não, regular *definitivamente* os casos concretos que se venham a colocar⁷⁰. A intenção regulativa principal resulta, portanto, da conjunção da assunção de uma impossibilidade de regulação precisa de condutas futuras com a necessidade de as regular. Como aponta Herbert L.A.Hart, sem no entanto se referir especificamente aos princípios, a realidade juridicamente relevante não é caracterizada por um número finito de variáveis e, mesmo que o fosse, não são antecipadamente perceptíveis pelas autoridades normativas todos os modos de combinação em que essas variáveis se podem vir a conjugar⁷¹.

⁶⁸ Adota-se, portanto, um conceito *estruturalmente unificado* de princípio. As propriedades essenciais, do ponto de vista estrutural, são idênticas nos princípios implícitos e explícitos. O modo de revelação da norma é que difere, consoante resulta implícito e é decantado através de operações de inferência lógica, ou é revelado expressamente através de um enunciado jurídico dispendo nesse sentido (cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., p. 159).

⁶⁹ Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2.^a Edição, Oxford, 1994, p. 128.

⁷⁰ No plano da definitividade da regulação, veja-se a distinção já avançada entre as regras como modelos de regulação definitivos e os princípios como modelos de regulação *prima facie*. Cfr. R. ALEXI, *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 300 ss. Adoptando a definitividade ou derrotabilidade ao plano da validade da norma regulatória, veja-se a análise, já referida, de J.-R. SIECKMANN, *Logische Einschaften von Prinzipien*, cit., pp. 16 ss.

⁷¹ Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit. p. 128.

Por último, ainda quanto à constatação da regulação em défice informativo – típica do modelo de normas de princípio –, refira-se que, apesar de a indeterminação inerente ao défice informativo se encontrar sedeada fundamentalmente na previsão normativa, será a estatuição a providenciar a conclusão relativa à estrutura normativa, respectivamente, de regra ou de princípio. A consideração global da estatuição da norma em conjunto com a sua previsão implica, em primeiro lugar, um imperativo de análise, porquanto a análise de um elemento condicional e intencional “*se, então*”, como é a norma, não pode ser amputada de um dos seus elementos. O imperativo unitário de análise já decorria da asserção formulada por Castanheira Neves, segundo a qual “*se o Tatbestand [previsão] fundamenta material-normativamente o efeito jurídico, o efeito jurídico exprime normativo-formalmente o Tatbestand. Só esta correlatividade nos dá o sentido da norma, e esta não é mais do que a unitária intencionalidade desta correlatividade normativa*”⁷². A análise da previsão normativa em consonância com o estatuído pela norma é, aliás, fundamental para a compreensão dos elementos de facto elegíveis para suscitar a mecânica normativa.⁷³

A afirmação de qualificação de uma norma como um princípio ou regra, fundada na constatação segundo a qual os pressupostos de acção são *certos e determinados* ou, alternativamente, *generalizados e indeterminados*, já implica a avaliação da estatuição normativa. Na verdade, abstraindo do modo deôntico da norma, é fundamental a constatação de que o efeito normativo estatuído pela norma do ordenamento ocorre (i) em situações de facto *precisas*, excluindo todas as demais, ou em (ii) situações de facto *a priori indetermináveis*, mas reconduzidas a uma matéria delimitativa. No primeiro caso, a estatuição ocorre apenas para quando se verifiquem aqueles pressupostos, sendo a norma uma regra. No segundo caso, o efeito normativo estatuído toma lugar em todas as situações hipotizáveis – e, portanto, genericamente consideradas – contidas na matéria regulada pela norma: a norma é, do ponto de vista estrutural, um princípio e, conseqüentemente, comportar-se-á no ordenamento como tal.

2.1.6 Identidade de propriedades nos princípios implícitos e explícitos

Em síntese, atenta a unidade explicativa dos princípios implícitos e explícitos, pode concluir-se que o princípio, do ponto de vista deontológico, é uma norma com as seguintes propriedades: a) a *generalidade* da previsão da norma, que congrega todas as situações de facto hipotizáveis, balizadas por um elemento redutivo, equivalente à circunscrição de uma determinada matéria da norma,

⁷² Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto*, p. 409; J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade*, p. 319; A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, p. 34. Também no sentido da unidade normativa de análise, recorrendo à estatuição como *instrumento de avaliação* da previsão das normas, cfr. D. DUARTE, *A Norma*, p. 142.

⁷³ Assim, cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto, Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, Coimbra, 1967, p. 409; J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Reimp. da Edição de 1987, Coimbra, 2003, p. 319.

que se encontra, de certa forma, identificada com as características a montante de uma operação indutiva, apenas realizada no caso dos princípios implícitos⁷⁴; b) o *défice informativo* quanto aos pressupostos de aplicação da norma, relacionado com a generalidade da previsão inerente à positivação daquela, a qual é, também, demonstrativa da incapacidade de previsão de todas as situações de facto, que conduzirão à respectiva aplicabilidade; c) a *fundamentalidade* da norma, na medida em que o princípio é, em virtude da sua economia informativa, uma norma com capacidade identificativa de um determinado subconjunto – identificado com a matéria total de aplicação do princípio – no qual, em virtude da sua aplicabilidade potencial a vastas situações, assume carácter essencial e permite a dedução de outras normas a partir daquele⁷⁵.

3. O MODO DE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS

Os argumentos anteriormente aduzidos para sustentar a unidade explicativa dos princípios – implícitos e explícitos – têm maior peso numa análise consequencialista, ou seja, ao nível da análise da dinâmica dos princípios no ordenamento jurídico, a qual configura, tão só, uma consequência necessária das características estático-estruturais apontadas. Na verdade, o factor distintivo entre princípios e regras foi identificado *estruturalmente* na previsão normativa: a previsão dos princípios, ao contrário da das regras, demonstra-se particularmente alargada e, no limite, apenas reduzida pelo domínio normativo de aplicação ligado a uma determinada matéria de regulação.

Como consequência da sua estrutura, a previsão generalizada dos princípios, acrescida do *défice informativo* de regulação, gera uma inevitabilidade característica da dinâmica principal: o preenchimento da previsão de

⁷⁴ Cfr. R. GUASTINI, *Norma: una Noción Controvertida*, cit., p. 95.

⁷⁵ A fundamentalidade deontológica do princípio pode ilustrar-se de duas formas. Por um lado, (i) o *método indutivo/dedutivo da fundamentalidade* reporta-se à capacidade dos princípios de permitir deduzir, a partir dos próprios, outras normas: a norma *N1* é fundamento da norma *N2* quando *N1* tem um âmbito de aplicação mais geral que *N2* e quando *N2* pode ser deduzida de *N1*, em termos de *N2* ser uma *especificação* de *N1*. A dedutibilidade de *N2* (usualmente uma regra, ou um sub-princípio) a partir de *N1* é, aliás, demonstrativa da estrutura *indutiva* dos princípios, de que já se tratou, motivo pelo qual é, nesta sede, a preferível. Em alternativa, pode recorrer-se ao (ii) *método da razão prática*, que também apresenta propriedades explicativas. Parte-se agora do método indutivo, fazendo sobressair a ordenação teleológica dos princípios, por contraposição às normas deduzidas, as quais configuram meios para obter os fins especificados nos princípios: a norma *N1* é fundamento da norma *N2* quando *N2* constitui uma *implementação* de *N1*, o que apenas sucede quando *N1* é uma norma que prescreve um fim a alcançar (norma programática ou teleologicamente orientada) e *N2* é um meio para obter o fim fixado em *N1*. A fundamentalidade descrita não se reporta necessariamente à fundamentalidade axiológica (sobre esta, cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo*, cit., pp. 145-146). No plano deontológico, a natureza da fundamentalidade do princípio reconduz-se à aplicabilidade *prima facie* do princípio em todas as situações reconduzíveis a um determinado sub-ordenamento, equivalente à matéria de aplicação do princípio. O princípio é, portanto, uma *norma identificadora* ou *caracterizante* desse sub-ordenamento. Cfr. R. GUASTINI, *Il Diritto come Linguaggio*, *Lezioni*, cit., pp. 36-37; G. SILVA TAMAYO, *Desviación de Poder y Abuso de Derecho*, cit., pp. 30-38.

vários princípios por determinadas situações da vida. A justificação é simples e constitui o objecto das próximas páginas: as situações da vida que dão azo aos *casos jurídicos*, ou *problemas jurídicos*, nos quais o direito se realiza, preenchem variadíssimas vezes domínios normativos de aplicação de princípios jurídicos com operadores deónticos opostos e estatuições incompatíveis⁷⁶.

O *problema* ou *caso jurídico* que suscita uma situação de conflito pode ser descrito como uma realidade complexa que conjuga: (i) a existência de determinados factos reais e (ii) uma concreta questão de orientação normativa, que convoca a resposta do ordenamento jurídico, através de um *vaivém* entre os factos existentes no mundo real e a categoria hipotética de factos tidos pela norma do ordenamento como *relevantes* por preencherem o respectivo recorte da previsão⁷⁷. Assim, a respeito da análise dos pressupostos de preenchimento da previsão das normas suscitadas pelos *casos jurídicos*, já se viu que, ao passo que as regras têm os seus pressupostos de acção determinados e, consequentemente, geram conflitos de solução *fácil* (*easy cases*) – respectivamente através da invalidade de uma das normas aplicáveis ou, alternativamente, da preferência aplicativa das regras qualificadas como especiais ou excepcionais – os princípios se apresentam, devido à absorção generalizada de uma enorme quantidade de pressupostos de acção, como normas com uma especial apetência para conflitos, à partida, aparentemente irresolúveis. Na verdade, os conflitos entre princípios, sempre reconduzíveis ao preenchimento de previsões desse tipo de normas pelos factos do caso jurídico, verificam-se através do accionamento de princípios com estatuições incompatíveis, nos famosos *casos difíceis* (*hard cases*)⁷⁸.

3.1 Indução normativa e accionamento de estatuições de exclusão mútua

A aplicabilidade conjunta de princípios gera, portanto, situações em que as estatuições dos princípios preenchidos revelam efeitos incompatíveis, de exclusão mútua, o que é, numa primeira análise, de difícil compreensão face às características de unidade e coerência assacadas ao ordenamento jurídico⁷⁹.A

⁷⁶ Deixa-se, conscientemente, de parte os critérios de resolução de antinomias que o ordenamento oferece, de igual forma, para a resolução de antinomias (i) regra-regra; (ii) princípio-princípio; e (iii) regra-princípio, designadamente o princípio da cronologia (*lex posterior derogat legi priori*) e o princípio da hierarquia (*lex superior derogat legi inferiori*). Sobre estes, cfr., C. BLANCO DE MORAIS, *As Leis Reforçadas – As Leis Reforçadas pelo Procedimento no Âmbito dos Critérios Estruturantes das Relações entre Actos Legislativos*, Coimbra, 1998, pp. 235-244 e 250-273.

⁷⁷ Sobre o “caso jurídico” e a sua função depuradora ou filtradora dos factos *relevantes*, cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, StudiaJuridica, I, BFDUC, Coimbra, 1993, p. 162, onde se refere que “é um caso” porque nele se põe um problema; é “concreto” porque esse problema se põe numa certa situação e para ela; é “jurídico” porque desta emerge um sentido jurídico – o problemático sentido jurídico que o problema lhe refere e que nela ou através dela assume e para o qual ela se individualiza como situação (...).Cfr., também, D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 164.

⁷⁸ Sobre *hard cases*, cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 22.

⁷⁹ Sobre o preenchimento de previsões como o pressuposto fundamental de conflito de normas (de regra ou de princípio), cfr. C. ALCHOURRÓN, *Condicionalidad y la Representación de las Normas*

dificuldade de compreensão da conflitualidade principal prende-se, sobretudo, com os casos face aos quais não existem normas de prevalência que permitam determinar analiticamente se apenas um princípio será validamente aplicável e, nesse caso, qual deles⁸⁰. A questão já não apresenta, portanto, o mesmo grau de dificuldade, em rigor, quando uma norma de prevalência resolva a concorrência entre princípios: se um princípio se encontrar num patamar hierárquico-formal superior ao do princípio conflitante, a antinomia resolve-se, pacificamente, pela norma de prevalência que determina que *lex superior derogat legi inferiori*. O mesmo raciocínio é, naturalmente, aplicável a quaisquer outras normas de prevalência aplicáveis ao conflito entre princípios, designadamente normas de especialidade *temporal* ou *espacial*⁸¹. Porém, no caso em que ambas as normas de princípio se encontram em idêntico patamar hierárquico e ambas são accionadas na regulação do caso jurídico a decidir, existe um claro conflito de normas no tradicional sentido kelseniano “ocorrível quando o que uma norma estatui como obrigatório é incompatível com o que a outra norma estatui como obrigatório e, consequentemente, quando a obediência ao estatuído por uma norma implica, «necessariamente» ou «possivelmente» a violação da outra”⁸².

Sucede que, no caso da aplicabilidade conjunta de normas de princípio, não existe qualquer sobreposição de pressupostos de acção das normas que as torne, só por si, incompatíveis. A incompatibilidade tem, ao invés, raiz no plano *factual*: é a configuração da situação de facto que, pela sua composição, determina a pertença *parcial* às matérias reguladas pelos princípios de estatuição incompatível. Por outras palavras, a decomposição analítica da situação de facto em vários factos relevantes (*facto 1, facto 2, facto 3, etc.*) possibilita a compreensão do accionamento de princípios de sentido contrário por parte daquela situação *factual* subjacente. Exemplificando o exposto:

A situação *factual* complexa decompõe-se em F1, F2, F3, F4.

F1 e F4 → preenchem previsão de Princípio 1 (P1) → estatui a solução “é permitido X”.

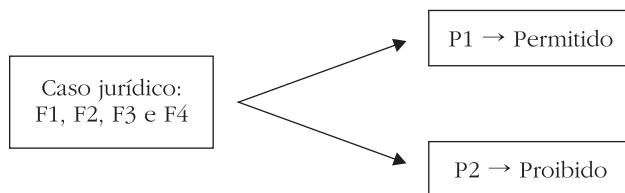
F2 e F3 → preenchem previsão de Princípio 2 (P2) → estatui a solução “é proibido X”.

Jurídicas, in *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, pp. 267-268. Sobre a impossibilidade de aplicação simultânea de princípios com estatuições divergentes, cfr. J.-R. SIECKMANN, *Logische Eigenschaften von Prinzipien*, cit., pp. 42 ss. Em geral, sobre os princípios como normas que não valem sem excepção e entram, frequentemente, em oposição entre si, ainda que com fundamento distinto do apresentado em texto, cfr. C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, cit., pp. 88 ss..

⁸⁰ Ressalvam-se, contudo, os casos de relação de especialidade declarativa entre princípios aplicáveis. Sobre este conceito, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., pp. 91-92.

⁸¹ Assim, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 153.

⁸² Cfr. H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., p. 161. Sublinhe-se que a construção do autor não contempla, obviamente, a distinção normativa entre *regras* e *princípios*, devida a R. DWORKIN (*Taking Rights Seriously*, cit., pp. 73 ss.) e, por conseguinte, desconsidera o modo especial de conflito entre princípios.



3.2 Erro de generalização e cedência condicional do princípio

É a previsão particularmente alargada do princípio que, através da relação normativa de pertença de elementos da situação de facto à matéria regulada incompativelmente por dois princípios, gera respostas distintas em termos de consequências aplicativas. As soluções normativas são, todavia, igualmente admitidas pelo ordenamento, o que equivale a afirmar que, pressuposta a inexistência de norma de prevalência que resolva o conflito, o ordenamento não dá, nestes casos, resposta sobre um conflito de princípios. A explicação normativa para esta asserção é precisamente o preenchimentosimultâneo, por factos relevantes subjacentes ao problema jurídico em questão, dos pressupostos aplicativos de princípios de sentido oposto, sendo que ambos os princípios são normas integrantes, claro está, do ordenamento⁸³. Na verdade, como é sabido, apenas os princípios válidos podem colidir entre si, pelo que se a validade em abstracto é aferida através da pertença de uma norma ao ordenamento jurídico, conclui-se que é possível, e até frequente, a colisão entre princípios igualmente válidos⁸⁴.

Como já se referiu, os pressupostos aplicativos dos princípios são compatíveis, no plano estático; não obstante, é a configuração complexa do caso jurídico que, decomposto em partes, tem a particularidade de accionar simultaneamente a previsão de um e outro princípio de estatuição incompatível. A mecânica normativa adveniente do preenchimento da previsão de ambos os princípios determina estatuições diferenciadas sem, contudo, o ordenamento referir qual daqueles será o aplicável⁸⁵.

⁸³ Os elementos relevantes da situação de facto preenchem *simultaneamente* a previsão de princípios opostos porquanto, no plano factual e cronológico, a situação factual ocorre contemporaneamente, ou seja, no mesmo momento. A decomposição dos factos relevantes de uma situação factual é, portanto, um exercício analítico e, conseqüentemente, artificial. Porém, são distintos os factos do caso que suscitam – por preenchimento da previsão normativa – a aplicabilidade dos princípios.

⁸⁴ Neste sentido, cfr. R. ALEXY, *Theorie der Gründrechte*, cit., p. 50. Em sentido divergente, coerente com a já referida teoria da validade *prima facies* dos princípios, cfr. J.-R. SIECKMANN, *LogischeEinschäftenvonPrinzipien*, in *Rechtstheorie*, cit., pp. 13-19.

⁸⁵ São, nas palavras de R. ALEXY, “*dois oughtjudgements concretos mutuamente incompatíveis*” - cfr. *Theorie der Gründrechte*, cit., p. 49. Sobre a inadmissibilidade lógica de consequências jurídicas mutuamente excludentes – à luz o princípio da coerência do ordenamento – veja-se a análise clara de K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 472.

3.3 Cruzamento de previsões indutivas e colisão de princípios

O fenómeno acima descrito, típico do conflito entre normas de princípio, é designado como *colisão de princípios*. O exemplo de escola relativamente à regulação de situações da vida directamente por normas de princípio é, paradigmaticamente, um caso de colisão de normas de direitos fundamentais com estrutura de princípios⁸⁶.

Imagine-se a situação de facto com os seguintes factos relevantes: (i) o sujeito A, (ii) artista urbano, (iii) realiza uma pintura de *graffiti* (iv) nas paredes da casa (v) do sujeito B. Face à descrição da situação de facto, o caso jurídico suscitado é, naturalmente, “*pode o sujeito A realizar as pinturas nas paredes da casa do sujeito B*”?

Excluindo, para efeitos exemplificativos, a regulação deste caso jurídico por normas de regra, conclui-se que o caso jurídico apenas pode ser decidido através da regulação por duas normas: a norma de princípio de direito fundamental à criação artística (ou princípio da liberdade de criação artística) e a norma de princípio de direito fundamental à propriedade privada (ou princípio da garantia da propriedade privada)⁸⁷.

A norma enunciada no artigo 42.º da Constituição determina que “*é livre a criação artística*” e apresenta, evidentemente, a estrutura de um princípio, como se constata a partir da sua decomposição analítica: [previsão indutiva] *em matéria de criação artística*, [modo deontico de permissão] *são permitidas* [estatuição] *as condutas correlativas*, o que é o mesmo que dizer: [previsão implícita] p1: *em todas as situações de qualquer género*; p2: *reconduzíveis à criação artística*, [modo deontico de permissão] *são permitidas* [estatuição] *as condutas correlativas*. O elemento relevante parcial do caso jurídico que preenche a previsão deste princípio é, naturalmente, a realização da pintura de *graffiti*, subsumível na matéria de criação artística⁸⁸.

A norma enunciada no artigo 62.º da Constituição determina que “*a todos é garantido o direito à propriedade privada*” e tem, como se constata, a estrutura assacada ao princípio, mais concretamente a seguinte: [previsão indutiva] *em matéria de tutela da propriedade privada* [modo deontico de imposição] *são (devem ser) impostas* [estatuição] *as condutas necessárias à respectiva garantia*, o que é o mesmo que dizer

⁸⁶ Outros exemplos relativos à colisão de princípios, designadamente, o caso jurídico paradigmático da sentença do BverfGE no caso *Lebach*, podem ver-se em R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 50-57; IDEM, *On the Structure of Legal Principles*, cit., p. 299.

⁸⁷ A estrutura previsiva da norma princípio engloba, como já se viu, o pressuposto indutivo implícito “*in all situations of any kind*” e o pressuposto de domínio de aplicação normativa (restringindo a aplicabilidade potencialmente infinita desta norma) determinado a partir da estatuição, todavia residindo na previsão da norma, Cfr. A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, tradução castelhana de Ernesto Garzón Valdés, *Lo Racional como Razonable. Un tratado sobre la Justificación Jurídica*, Madrid, 1991, pp. 62 ss.; D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental*, cit., pp. 135-149.

⁸⁸ Justifica-se uma explicação sobre a omissão do elemento “*todas [as condutas correlativas]*”. Na decomposição analítica da norma adoptada, o elemento “*todas [as condutas correlativas]*” não deve constar da estatuição da norma, antes se integra na própria previsão do princípio de estrutura indutiva: equivale, portanto, ao elemento implícito “*em todas as situações de qualquer género*”.

[previsão implícita] p1: em todas as situações de qualquer género, p2: reconduzíveis à garantia da propriedade privada, [modo deontico de imposição] são (devem ser) impostas [estatuição] as condutas necessárias à respectiva garantia. O elemento relevante do caso jurídico que preenche a previsão deste princípio é, naturalmente, o objecto das pinturas de *graffiti*, mais concretamente as paredes da casa do sujeito B⁸⁹.

Os referidos princípios, aplicados ao caso jurídico, determinam soluções opostas. O princípio da liberdade de criação artística (P1), integrando um sentido deontico de permissão, determina o sentido *pode X* [= pode pintar] e, conseqüentemente, *proíbe Y* [= proíbe a assunção de medidas de tutela da propriedade privada]. Por outro lado, o princípio da garantia da propriedade privada, integrando um sentido deontico de imposição, determina o sentido *deve Y* [= devem adoptar-se medidas de tutela da propriedade privada] e, conseqüentemente, *proíbe X* [= não pode pintar].

No seu radical comum de exclusão de mútua de estatuições, conclui-se, para já, que a verificação simultânea dos factos (i), (ii), (iii), (iv) e (v), acima descritos, determina a aplicabilidade de P1 ou, em alternativa, P2, sendo que (i) se P1 → *é permitido X*; (ii) se P2 → *é proibido X* e (iii) tanto P1 como P2 pertencem ao ordenamento jurídico e, conseqüentemente, são normas válidas.

À luz do exemplo aventado, ficou clara a existência de um conflito normativo no clássico entendimento kelseniano. Sucede que o ordenamento não dá qualquer resposta para a resolução desta antinomia, a qual, em bom rigor, não resulta sequer do ordenamento *estático*, visto que, nesse plano, não existe incompatibilidade de pressupostos de acção dos princípios de sentido contrário. É tão só a morfologia da situação de facto que determina esta incompatibilidade, na medida em que (i) o preenchimento da previsão de P1 impõe a maximização da liberdade de criação artística e, correlativamente, a minimização dos efeitos contrários à liberdade de expressão artística, enquanto (ii) o preenchimento da previsão de P2 impõe a maximização da tutela (ou garantia) da integridade da propriedade privada e, correlativamente, a minimização de todos os efeitos contrários à tutela da propriedade privada⁹⁰.

⁸⁹ Sobre o âmbito *prima facie* da garantia constitucional da propriedade privada – sujeita, naturalmente, a algumas restrições impostas pela própria Constituição – designadamente o *direito do sujeito a não ser privado da propriedade* ou das *características* (integridade) dessa propriedade, cfr. J. J. G. CANOTILHO / V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª Edição, Coimbra, 2007, pp. 801-802.

⁹⁰ Já assim, não obstante o distinto paradigma, cfr. C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, cit., p. 90. É, por esta altura, claro, numa situação de individualização normativa (na análise isolada da norma) e, especialmente, no plano deontológico que serve de matriz a este trabalho, que a qualificação de um princípio como *comando a ser optimizado* dentro das possibilidades jurídicas e fácticas (Cfr. R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 51 ss.) importa, logicamente, a *minimização* de todos os comandos que contendam com esse princípio. É nesta medida que é legítimo falar em princípios de dois sentidos, sendo certo que este predicado bidireccional é, por inerência, assacado a todos os princípios, pois todos são *comandos a ser optimizados* e a respectiva optimização implica, necessariamente, a minimização de efeitos dos princípios de sentido oposto. Adicionalmente, as colisões de princípios, no pressuposto dos

Esta conclusão, conjugada com a constatação de inexistência de norma secundária de prevalência que determine qual dos princípios regulará o caso concreto, impõe que a antinomia seja resolvida *sinteticamente* entre alternativas intra-normativas P1 e P2. A referida aplicabilidade de princípios com estatuições de exclusão mútua fundamenta o modo de resolução entre normas de princípios que assume a tradicional nomenclatura de *ponderação* ⁹¹.

3.4 Resolução de antinomias principais por ponderação

A resolução da antinomia acima descrita, através de uma proposição de individualização normativa, não decorrerá de uma norma secundária de

princípios como razões para agir *prima facie* configuram, precisamente, o preenchimento de previsões de princípios que estatuem ações diferenciadas, ou seja, razões *prima facie* para agir e razões *prima facie* para não agir. Cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms* , cit., p. 30.

⁹¹ Sobre esta questão, são de relevar, no panorama nacional, os desenvolvimentos analíticos operados por D. DUARTE relativamente ao modo de conflitos dos princípios com base no *preenchimento simultâneo, por factos relevantes do caso jurídico, da previsão de ambos os princípios em conflito* . O autor parte do método de conflito geral das normas (já presente, sem recurso à previsão, por exemplo, em H. Kelsen, *Allgemeinen Theorie der Normen* , cit., pp. 161-166, e, com recurso à previsão, mas sem as especificidades relativas aos princípios, em C. ALCHOURRÓN, *Condicionality and la Representación de las Normas Jurídicas* , cit., p. 267) para, com base na análise estrutural da previsão dos princípios, retirar conclusões quanto ao comportamento daqueles em colisão com outros princípios. Segundo a referida tese, a colisão de princípios, enquanto *incompatibilidade aplicativa* determinante da cedência condicional (ou seja, mediante determinadas circunstâncias) de um princípio perante o outro, reconduz-se, por apresentar os já aludidos pressupostos de irresolubilidade intra-normativa, a uma modalidade de concorrência de normas, também de irresolubilidade intra-normativa, referenciada como *alternatividade derivada* . A identidade entre incompatibilidade aplicativa e alternatividade demonstra-se, portanto, ao nível da resolução da antinomia: por *ponderação* (cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa* , cit., pp. 255 e 257 ss.). No entender do autor, a modalidade de concorrência designada por *alternatividade derivada* ocorre quando os pressupostos diferenciados de duas normas são compatíveis (o preenchimento total das previsões de ambas as normas significa que tanto os pressupostos comuns como os diferenciados estão preenchidos) e a estatuição comum compreende efeitos alternativos. A alternatividade derivada, enquanto modalidade de concorrência puramente *circunstancial* (dependente da morfologia do caso concreto) surge apenas nos seguintes casos: (i) a Norma 1 determina que *Se A + B deve X* ; (ii) a Norma 2 determina que *Se A + C deve X'* e (iii) no caso concreto verificam-se as condições B (*pressuposto da Norma 1*) e C (*pressuposto da Norma 2*). Ora, inexistindo norma secundária de conflitos que resolva a aplicabilidade da Norma 1 ou da Norma 2, terá de se recorrer a uma *ponderação* fora do ordenamento para determinar a solução aplicável (*X ou X'*). A verificação *circunstancial* (dependente de se verificar, claro está, no caso concreto, os pressupostos B e C que accionam a Norma 1 e a Norma 2) determina que as previsões se *cruzem* e se comportem como se ampliadas na previsão com o acréscimo em cada uma delas do pressuposto da outra (previsão incluindo A+B+C), com o sentido deontico comum (*deve*) e com estatuição diferenciada alternativa (*X ou X'*). Onde existem, no plano estático, duas normas distintas, tudo se passa, no plano dinâmico, como se de uma norma se tratasse: *Se A + B + C deve X ou X'* . As normas comportam-se como uma norma de previsão alargada, com sentido deontico comum e com uma estatuição alternativa: perante a verificação simultânea dos factos A, B e C, o ordenamento determina a estatuição *X ou X'* como se de apenas uma norma (de estatuição disjuntiva) se tratasse. Sobre esta matéria, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa* , cit., pp. 249-269. Sobre o conflito de princípios em função dos factos caírem simultaneamente no campo de aplicação de princípios com consequências incompatíveis, cfr. R. GUASTINI, *Los Principios en el Derecho Positivo* , cit., p. 167.

prevalência⁹², previamente existente no ordenamento, mas de uma norma de prevalência *ad hoc*, resultante de um juízo ponderativo operado sob a bitola da norma da proporcionalidade (*Verhältnismassigkeitgrundsatz*)⁹³. A inexistência de norma de prevalência no caso em análise impede, logicamente, a produção de uma resolução de antinomias de matriz *analítica* pelo que a proposição de resolução de antinomias regulativas entre princípios por *ponderação* será uma proposição *sintética*: representa uma mera sugestão de resolução de antinomias. É precisamente por esse motivo que a proposição sintética subjacente à ponderação entre princípios aplicáveis não diz o que *é* para o caso, antes implica uma valoração relativa ao que *é melhor* para resolver o caso, resultando subordinada, quer aos factos relevantes do caso, quer aos argumentos justificativos dessa precedência⁹⁴. A impossibilidade de estabelecimento de uma relação formal de prevalência entre as normas em presença implica o carácter sintético da proposição, passível essencialmente de uma verdade-consenso⁹⁵. Relativamente ao exemplo previamente aventado:

⁹² Presumindo, claro está, que não a haja, na medida em que se admite – como já se aludiu – a possibilidade de normas de prevalência aplicáveis à colisão de princípios (designadamente a norma *lexspecialisderogatlegigenerali*).

⁹³ A utilização do princípio da proporcionalidade como norma mediadora de colisões de princípios deve-se, paradigmaticamente, a R. ALEXY. Contudo, já catorze anos antes da publicação da obra paradigmática de R. ALEXY *Theorie der Grundrechte* (1984), cit., autores como F. MERUSI (*Buona Fede e Affidamento nel Diritto Pubblico – Dagli Anni “Trenta” all’ “Alternanza”*, cit., p. 142) mencionavam a proporcionalidade como norma reguladora de ponderações, ainda que de valores em concreto. A norma de princípio da proporcionalidade compreende, como se sabe, três sub-princípios: (i) a adequação, (ii) a necessidade e (iii) a proporcionalidade *strictosensu* ou do equilíbrio - cfr. R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, cit., p. 300. Porém, na posição alexyana, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *strictosensu*, são normas que não são ponderadas com outras normas, nem tomam posições de preferência ou cedência ocasional. Ao invés, estas normas, na qualidade de máximas de decisão, suscitam a sua satisfação de uma forma *all-or-nothing* (ou a decisão é adequada, ou a decisão não é adequada; ou a decisão é necessária, ou a decisão não é necessária), o que leva o autor a qualificá-las como *regras jurídicas*, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 66.

⁹⁴ O que *é melhor*, no sentido adoptado em texto, é o princípio que tiver maior defesa junto do ordenamento (concretamente, de razões que apelem a outras normas). Sobre a racionalidade da ponderação argumentativa, cfr. C. BERNAL PULIDO, *The Rationality of Balancing*, disponível em formato electrónico em: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf, pp. 6 ss.. No discurso constitucional, sobre a defesa constitucional dos princípios, cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 66-69; IDEM, *Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional*, disponível em formato electrónico em: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15457>, pp. 40-41.

⁹⁵ A verdade-consenso, ao invés da verdade-correspondência, reporta-se a uma convenção sobre a correcção material, na qual a qualidade de verdade da proposição resulta do acordo estabelecido (por vezes entre uma comunidade tida por *relevante*) sobre a qualificação do objecto de uma proposição. Para alguns autores, a verdade-consenso tem, no presente contexto, aplicabilidade apenas quando esteja em causa uma prevalência por ponderação desproporcional evidente (neste sentido, cfr. J.-R. SIECKMANN, *Richtigkeit und Objectivität im Prinzipienmodell*, tradução castelhana de Cecilia Añños Meza in *Las Propiedades Lógicas de los Principios*, Bogotá, 2006, pp. 254 ss.). Sobre a verdade-consenso, com ampla exposição doutrinária, designadamente o consentimento do auditório universal e o consenso da comunidade jurídica (C. PERELMANE A. AARNIO), a justificação pelo procedimento (R. ALEXY) e o requisito da universalidade e da coerência (N. MAC CORMICK), cfr. V. SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, cit., pp. 415-428. Sobre os *hard cases* e a criação do direito através de normas *ad hoc*, cfr. E. BULYGIN, *Los jueces crean derecho...?* Isonomia, n.º 18, Abril 2003, pp. 19-21.

Face ao caso jurídico “*pode o sujeito A realizar as pinturas nas paredes da casa do sujeito B*” tenha-se concluído que o princípio da liberdade de criação artística (P1) determinava *pode X* [= pode pintar] e, consequentemente, *proíbe Y* [= proíbe a assunção de medidas de tutela da propriedade privada]. Por outro lado, o princípio da garantia da propriedade privada determinava *deve Y* [= devem adoptar-se medidas de tutela da propriedade privada] e, consequentemente, *proíbe X* [= não pode pintar]. Para o que agora interessa, convencendo-se que “*pintar as paredes da casa do sujeito B = X*”, obtém-se: (P1) → *permite X* e (P2) → *proíbe X*.

No plano normativo, uma vez que os elementos factuais do caso jurídico convocam, por preenchimento da previsão, os princípios (P1 → *permite X*) e (P2 → *proíbe X*), tudo se passa como se existisse uma norma com (i) previsão equivalente aos factos subjacentes ao caso jurídico e (ii) sentido deontico e estatuição disjuntivos, decalcados dos efeitos normativos dos princípios de sentido contrário. Perante esta antinomia e a pressuposta inexistência de normas de prevalência que a resolvam, impõe-se um juízo ponderativo determinante da individualização da norma que vai regular o caso concreto.

A metódica de ponderação de princípios passa, segundo a tradicional solução alexyana, pela enumeração de *relações condicionais de preferência*, que implicam olhar aos factos relevantes já filtrados pelo caso jurídico e, numa argumentação mediada pelo princípio da proporcionalidade, nas suas três subvertentes de (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade *strictusensu*, aferir qual dos princípios concorrentes tem maior defesa junto do ordenamento jurídico em questão.

As *relações condicionais de preferência* reportam-se à metódica de colisão de princípios jurídicos aplicáveis *prima facie* à resolução de uma questão concreta. O raciocínio pauta-se pela seguinte ordem metódica: retira-se da concreta situação factual certos elementos (as condições de preferência – *Vorrangbedingungen*) que irão permitir justificar a prevalência de um princípio sobre outro. A partir dessas mesmas condições, por raciocínio indutivo, estabelecer-se-á um enunciado de preferência (*Präferenzsatz*) que constituirá a previsão de uma regra *ad hoc* para qualquer caso concreto *com as mesmas características relevantes*, em que colidam os princípios em questão. Essa regra aponta a preferência de um dos princípios e, consequentemente, a determinação da estatuição do princípio que prevaleceu⁹⁶. Assim:

Face ao sub-princípio da adequação, afere-se que a *realização das pinturas nas paredes da casa do sujeito B (permite X)* é adequado a prosseguir P1, garantindo a liberdade artística do sujeito A. A solução de P2 (*proíbe X*) é, por outro lado, adequada a prosseguir P2, garantindo a integridade da propriedade do sujeito B. Em termos de adequação é, portanto, indiferente adoptar as medidas *permite*

⁹⁶ Sobre as relações condicionais de preferência, cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 52; IDEM, *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 294 ss.; J.R. SIECKMANN, *Richtigkeit und Objectivität im Prinzipienmodell*, cit., pp. 258 ss.. Entre a doutrina nacional, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 1271 ss..

X ou *proíbe X* na medida em que ambos prosseguem, no âmbito de uma relação de meio \rightarrow fim, os princípios em causa de uma forma adequada.

Face ao sub-princípio da necessidade, afere-se que a solução propugnada por P1 (*pode x*) esvazia, em maior medida, o princípio da garantia da propriedade privada, na medida em que redundante, necessariamente, na deterioração do bem, titulado pelo sujeito B e protegido pelo princípio P2. Por outro lado, afere-se que a solução proposta por P2 (*proibido x*) não esvazia na totalidade o princípio da liberdade de criação artística, na medida em que o sujeito A poderá exprimir a sua liberdade de criação artística (i) através de outro meio que não seja a realização de pinturas em paredes e, especialmente, (ii) num bem da propriedade do sujeito A (ou que seja *res nullius*), desde que não seja da propriedade de outrem. Em conclusão, a solução de P1 (*pode x*) não é absolutamente necessária a prosseguir P1, porque P1 pode ser prosseguido de inúmeras outras formas.

Face ao (iii) sub-princípio da proporcionalidade *strictosensu* ou do *equilíbrio*, está em causa a ponderação, propriamente dita, dos princípios em colisão.⁹⁷ Face à proporcionalidade *strictusensu*, conclui-se que P1 interfere mais intensamente em P2, na medida em que a permissão da realização de pinturas de graffiti perturba *em maior medida* a garantia da propriedade privada do que a proibição da realização de pinturas de graffiti perturba a liberdade de criação artística.

A solução *é proibido X* (consequência da prevalência do princípio da garantia da propriedade privada) aparenta ter maior defesa junto do ordenamento jurídico. É, pois, em função da argumentação aduzida a favor da realização de cada um dos princípios em questão, mediada pelo princípio da proporcionalidade, que o operador jurídico formulará uma regra de colisão subordinada aos factos relevantes do caso (condições de preferência) que irão permitir justificar a prevalência de um princípio sobre outro (P2 sobre P1).

A partir dessas mesmas condições, por raciocínio indutivo, o operador jurídico estabelece um enunciado de preferência (*Präferenzsatz*) que corresponderá à previsão, agora com *pressupostos determinados*, de uma *regra de colisão* para qualquer caso concreto em que colidam os princípios em questão, mediante as mesmas situações factuais. Convencionando que os factos relevantes filtrados pelo *caso jurídico* equivalem ao significativo C [(i) O sujeito A, (ii) artista urbano, (iii) realiza uma pintura de graffiti (iv) nas paredes da casa (v) do sujeito B], a regra de colisão tem a seguinte estrutura: “*se o princípio da garantia da propriedade privada prevalece sobre o princípio da liberdade de criação artística mediante as condições C e se o princípio da garantia da propriedade privada determina a solução “proibido x = é proibido realizar pinturas de graffiti na casa do sujeito B, então uma regra segundo a qual: [previsão] nas condições C [modo deôntico proibitivo] é proibido [estatuição]*”

⁹⁷ Sobre a mediação do discurso ponderativo pelo princípio da proporcionalidade e pelos sub-princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade *strictosensu*, cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 66-69 e p. 102; IDEM, *On the Structure of Legal Principles*, cit., p. 298.

Xé válida, ou seja, (VAL) $C \rightarrow proibido X$ ⁹⁸. É, portanto, o princípio da garantia da propriedade privada a norma de princípio prevalecente e, por tal, aplicável à resolução do *caso jurídico* em questão⁹⁹.

Naturalmente, a regra de colisão é válida para quando se verificarem as condições *C*, sendo perfeitamente admissível que, mediante condições diferentes, seja o princípio preterido no raciocínio ponderativo, aquele que regulará o caso jurídico¹⁰⁰. Tal é, naturalmente, decorrência de a preterição do princípio que cedeu *incasu* não implicar qualquer juízo de *invalidade* sobre esse mesmo princípio, antes uma cedência *condicional*.

Como resulta do exemplo apresentado, a proposição de prevalência do princípio da garantia da propriedade privada sobre o princípio da liberdade de criação artística, enquanto proposição de resolução de antinomias e de correlativa individualização normativa no caso jurídico hipotizado não é uma proposição analítica, formulada através da existência de normas *intra-ordenamento* que permitam validamente concluir que um princípio prevalece sobre outro. A proposição de prevalência é, ao invés, uma proposição sintética de carácter estipulativo que traz ínsite um juízo de maior *peso* do princípio prevalecente nas situações de facto que subjazem ao caso jurídico¹⁰¹. Tal deve-se ao facto de ter subjacente um juízo sobre a aplicação de um princípio tido, face aos elementos relevantes, como prevalecente para a resolução do caso jurídico¹⁰².

⁹⁸ Na elaboração alexyana segundo os cânones da notação lógica *se (P1 P P2) C* (ou seja *se P2* prevalece sobre *P1* nas condições *C*) e *se P2* determina a solução *X*, então é válida a regra segundo a qual $C \rightarrow X$ (ou seja, nas condições *C* vale o efeito *X*). As condições de prevalência do princípio da liberdade de criação artística e o princípio da garantia do direito de propriedade privada constituíram, então, os elementos da previsão da regra *ad hoc* para resolução do caso (Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Gründrechte*, cit., p. 54). Segundo o autor, é possível formular a seguinte lei de ponderação (*lawofbalancing*): “quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, maior deverá ser a importância de satisfazer o outro”, na medida em que o nível de permissão de compressão de um princípio depende da importância de satisfazer o outro. Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Gründrechte*, cit., p. 102; C. BERNAL PULIDO, *The Rationality of Balancing*, cit., pp. 9 ss..

⁹⁹ É, pois, criada, pelo aplicador oficial do direito (seja ele o juiz, no exercício da função jurisdicional ou o operador administrativo, no exercício da função administrativa) uma *regra* para a resolução do caso. Cfr. E. BULYGIN, *Los juecescrean Derecho...?*, cit., p. 24.

¹⁰⁰ Assim, R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, p. 298. A única situação em que assim não é será, naturalmente: (i) quando e se a regra *ad hoc* for positivada por uma autoridade normativa com competência legislativa, passando a ser uma *regra legal integrante do ordenamento*, ou (ii) quando a regra *ad hoc* adquirir título de vigência consuetudinário por a estatuição daquela constituir uma prática reiteradamente seguida por uma comunidade específica, prática essa que é realizada com especial convicção – da parte de quem a realiza – de pertinência daquela regra no ordenamento jurídico. Sobre a questão, cfr. V. SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, 2003, pp. 415 ss.; J.R.-SIECKMANN, *Richtigkeit und Objectivität im Prinzipienmodell*, cit., pp. 269 ss.

¹⁰¹ Por um lado, a proposição é *sintética* e não *analítica*, porquanto não se infere da coerência interna de premissas encadeadas. Por outro lado, a proposição é de carácter *estipulativo* e não *descritivo* porque implica uma escolha. Neste sentido, cfr. E. BULYGIN, *Normas, Propositiones Normativas y Enunciados Jurídicos*, in *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, pp. 181 ss.. Sobre a dimensão de peso na colisão de princípios, cfr., por todos, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., R. ALEXY, *Theorie der Gründrechte*, cit., p. 49; Sobre a dimensão de peso nas razões para agir enquanto princípios, cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, cit., p. 35.

¹⁰² A construção da proposição de resolução de antinomias entre princípios como uma conclusão sintética presume uma actividade de resolução de antinomias, de *discricionariedade optativa*

A proposição de prevalência de um princípio sobre outro é subordinada às condições de facto em que tal prevalência ocorreu, numa lógica de prevalência *ceterisparibus*¹⁰³. A regra de colisão é apenas válida para quando se verificarem as condições do caso [C = (i), (ii), (iii), (iv) e (v)], sendo perfeitamente admissível que, mediante condições diferentes e perante *outro caso jurídico*, seja o princípio preterido no raciocínio ponderativo aquele que regulará diferentes casos jurídicos. Nestes termos, a preterição de um princípio por conclusão de base ponderativa não implica qualquer juízo de *invalidade* sobre esse mesmo princípio, antes uma cedência meramente *condicional*, face a um princípio de sentido oposto, o qual circunstancialmente revelou maior peso face à morfologia do caso jurídico decidendo.

Com a introdução da derrotabilidade *decondicional* (*conditionaldefeasibility*) dos princípios no seu plano dinâmico, fica agora totalmente claro o motivo pelo qual o princípio é uma norma ou razão para agir com validade *prima facie* e não determina, só por si, fundamento definitivo para agir num determinado sentido. A natureza *prima facie* do princípio no plano dinâmico é, como não poderia deixar de ser, uma decorrência da sua estrutura estática¹⁰⁴. É, aliás, fundamentalmente resultante das propriedades indutivas que *supra* foram apontadas ao modelo regulativo dos princípios, as quais, apesar de melhor explicadas nos princípios implícitos, são igualmente válidas para os princípios explícitos.

Também o défice informativo quanto aos pressupostos de aplicação do princípio torna-o uma norma de aplicação puramente *prima facie*. Nestes termos, a supressão do desconhecimento inerente aos pressupostos aplicativos generalizados do princípio apenas ocorrerá aquando da ponderação com outros princípios cujas previsões tenham sido igualmente preenchidas pelo caso concreto. O carácter definitivo de dever ser quanto à decisão de um caso concreto só pode, assim, ser obtido após a ponderação dinâmica desse princípio

do decisor. A discricionariedade afirmada deve ser entendida enquanto apoiada na abertura manifestada pelo ordenamento: se o ordenamento dá cobertura normativa a qualquer uma das soluções postuladas pelas normas de princípio em colisão – as quais, *incasu*, são objectivamente incompatíveis porque os efeitos normativos se excluem mutuamente – o ordenamento abdica de responder *analiticamente* à antinomia normativa e remete a resolução daquela para uma *ponderação exterior* entre as duas opções viáveis. O paralelismo com a discricionariedade optativa é claro, não obstante este ocorrer já ao nível do sentido deontico individual: (i) onde ao nível concreto da decisão (designadamente, a administrativa) se admite a prática de decisões configuradas, na norma, como alternativas viáveis pelo ordenamento, obrigando a uma ponderação entre *decisões* igualmente admitidas pela norma; (ii) ao nível da colisão de princípios, ocorre uma forma específica de *discricionariedade normativa*, porquanto se exige uma ponderação entre *normas* igualmente prescritas pelo ordenamento para uma situação factual subjacente a um caso jurídico. Onde ali se retrata a discricionariedade no plano concreto da decisão, aqui trata-se da escolha de alternativas igualmente válidas, em abstracto, entre normas que formarão a premissa maior do silogismo que fundará a decisão. Em sentido semelhante, ressaltando as semelhanças entre a ponderação e as operações intelectuais ínsitas nas opções discricionárias, cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, ci., p. 587.

¹⁰³ Sobre a prevalência *ceterisparibus*, analisada por referência à sentença do BVerfGE (caso *Lebach*), cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 54-55.

¹⁰⁴ Cfr. D. DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, cit., p. 136.

com princípios de sentido contrário, na medida em que apenas a *intersecção dos pressupostos normativos de acção dos princípios em colisão* – accionados pelos factos relevantes do caso jurídico – permitirá ao operador jurídico complementar o défice informativo inerente à generalidade do princípio em modo estático¹⁰⁵.

Abstraindo agora da actividade ponderatória, uma verdade parece ser insofismável: apenas a detecção de todos os princípios em colisão – o que só pode ser explicado normativamente através da detecção de todos os *princípios cuja previsão tenha sido preenchida por factos subjacentes ao caso jurídico* – permite ao operador jurídico determinar o dever ser definitivo em relação à situação em concreto. Esta questão assume, portanto, contornos fundamentais que para o que se expressa posteriormente: é esse trabalho acrescido de detecção de princípios convocados para resolver um caso jurídico – aparentemente inexistente na regulação em normas de regra¹⁰⁶ – que permite ao operador jurídico ter acesso aos pressupostos normativos da acção de forma completa e, nessa medida, produzir uma *decisão definitiva*. A configuração dos princípios como dever ser ideal e das regras como dever ser real parece, pois, mais explicativa quando se concebe os primeiros como sentidos de *dever ser incompleto* e as segundas como sentido de *dever ser completo e conclusivo*. A intersecção entre as previsões dos princípios é, portanto, a explicação normativa da complementarização dos pressupostos normativos dos princípios em colisão, dos quais resultará, como visto, uma regra de dever ser *completo e real* quanto aos seus pressupostos de acção. As normas definitivas são, como já se havia concluído *supra*, apenas as normas de regra.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Sobre a norma *estática* e a norma *dinâmica*, cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, tradução portuguesa de J. Baptista Machado, 7.ª Edição, Coimbra, 2008, p. 110.

¹⁰⁶ Excepto nos casos absolutamente residuais de *ponderação de regras*, ocoríveis, por exemplo, quando duas regras de sentido oposto e com pressupostos totalmente distintos, devido à morfologia do caso concreto, são chamadas a regular esse caso. Sobre a ponderação de regras, cfr. C. ALCHOURRÓN, / E. BULYGIN, *Sobre el Concepto de Orden Jurídico*, in *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, pp. 406-407.

¹⁰⁷ Sobre a passagem do *dever ser ideal* no plano abstracto dos princípios ao *dever ser real* no plano da regra de colisão de princípios, cfr. R. ALEXI, *On the Structure of Legal Principles*, cit., pp. 300-301; J.-R. SIECKMANN, *Logische Einschaften von Prinzipien*, cit., 46 ss.