



# PRINCÍPIOS, REGRAS E PROPORCIONALIDADE: ANÁLISE E SÍNTESE DAS CRÍTICAS ÀS TEORIAS DE RONALD DWORKIN E DE ROBERT ALEXY

---

*José Armando Ponte Dias Junior<sup>1</sup>*

## RESUMO

De acordo com Ronald Dworkin e Robert Alexy, princípios e regras são espécies diferentes de normas jurídicas. Com efeito, se, de um lado, as regras são aplicadas no modo do tudo-ou-nada, de outro, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Nesse contexto, o presente artigo tem como propósito analisar as teorias de Dworkin e de Alexy quanto ao assunto, enfatizando as diferenças que são feitas entre regras e princípios, e abordando, outrossim, as críticas mais freqüentemente feitas no tocante a tal distinção.

## Palavras-chave

Princípios. Regras. Dworkin. Alexy.

## ABSTRACT

According to Ronald Dworkin and Robert Alexy, legal principles and legal rules are both kinds of juridical norms that differ in the character of the direction they give. Really, according to them, if, on one hand, rules are applicable in an all-or-nothing fashion, on the other hand, principles have a dimension of weight that rules do not have. In this context, this article has the purpose of analyzing their theories about the subject, emphasizing these differences that they make between rules and principles. It will also analyze the most common opinions against such approach.

## Key-words

Principles. Rules. Dworkin. Alexy.

## 1. INTRODUÇÃO: O PÓS-POSITIVISMO

O Direito, desde os seus primórdios, é entendido e estudado sob duas vertentes que sempre se mostraram antagônicas, quais sejam, o juspositivismo e o jusnaturalismo.

Com efeito, já os sofistas, na *polis* ateniense da antiguidade, distinguem as

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte. Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN).

leis naturais das leis humanas, antecipando um embate que viria a confrontar o direito natural ao direito positivo por séculos, sem que tenham faltado durante o correr dos séculos grandes nomes da ciência e da filosofia do direito a defender cada qual de tais concepções, com teorias bem construídas que, todavia, tiveram seu prestígio oscilando no curso da história do direito.

No meio dessa disputa secular se acham os valores morais, os valores de justiça, que, nas diversas correntes jusnaturalistas, preexistem às leis escritas e lhes devem servir de fundamento e vetor de interpretação, ao passo em que são excluídos do âmbito do direito pelas teses positivistas, que bem demarcam a separação entre Direito e Moral, como com maestria afirmava Hans Kelsen<sup>2</sup>.

Todavia, as correntes positivistas, que adentraram com muito vigor o século XX, acabaram por sofrer grandes críticas no período do pós-guerra, acusadas que foram de serem coniventes com os regimes autoritários e ditatoriais, dentre outras razões, por não parecerem se importar com a função do direito e por advogarem, seguindo Kelsen, a neutralidade de valores na ciência do direito, oportunidade em que se buscou ressuscitar o jusnaturalismo.

Contudo, buscando superar essa constante oposição, os mais recentes estudos de direito constitucional vêm oferecendo críticas às concepções juspositivistas sem o apego de outrora às teorias jusnaturalistas, tão festejadas em outros momentos, fazendo exsurgir novas teorias que se estão adequando sob o conceito de teorias pós-positivistas.

O pós-positivismo aparece, pois, com a pretensão de realizar a síntese dialética entre o direito natural e o direito positivo, como já se manifestou Guerra Filho<sup>3</sup>.

A teoria pós-positivista rearticula o direito e a moral, buscando introduzir elementos morais na fundamentação estritamente jurídica das decisões judiciais, reconhecendo a magnitude de padrões normativos que não se limitam às tradicionais proibições, permissões e obrigações.

Tais padrões normativos, festejados pelas correntes pós-positivistas, e que interligam a moral ao direito, sem separá-los em universos distintos e incomunicáveis e, ao mesmo tempo, sem propor a supremacia da moral em relação ao direito positivo, são os princípios.

Os princípios, na linha de pensamento pós-positivista, prestam-se assim a diluir elementos morais no ordenamento jurídico, contribuindo para uma proveitosa articulação entre equidade e segurança jurídica, uma vez que as decisões judiciais não mais precisariam recorrer a elementos extrínsecos ao ordenamento jurídico, metafísicos talvez, na ausência de uma regra específica a regular um dado caso concreto posto sob apreciação jurisdicional.

<sup>2</sup> Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>3</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 51-52.

Pode-se mesmo dizer que o pós-positivismo identifica-se com uma teoria dos princípios, nas palavras de Mota:

Além das normas comumente descritas pelas teorias jurídicas do positivismo, a perspectiva do pós-positivismo reconhece a validade jurídica de padrões que possuem características diversas: são razões para decidir não definitivas, cuja força concreta de aplicação varia bastante conforme as circunstâncias fáticas específicas do caso considerado, bem como tendo em vista suas relações normativas entre si, já que prescrevem diversos caminhos conflitantes para solucionar o problema jurídico a que são pertinentes. Considerando um sentido amplo, esses padrões podem ser reunidos sob a denominação de princípios, cujo conteúdo está em relação com a moralidade política da comunidade. Assim, no contexto pós-positivista, elaboram-se teorias dos princípios [...]⁴.

No contexto pós-positivista hodierno, destacam-se, dentre outros inúmeros contributos, a doutrina de Ronald Dworkin acerca de regras e princípios e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, que serão analisadas adiante.

## 2. ANÁLISE DO MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN

Prega Dworkin a insuficiência do modelo positivista na solução de vários casos pelas autoridades judiciais, em especial aqueles casos que denomina de casos difíceis.

Tais casos são aqueles em que o julgador, não encontrando, dentro do ordenamento jurídico, regras que lhe sirvam para solucionar dada questão posta sob sua apreciação, acaba por solucioná-la, à visão positivista, de maneira tida por discricionária, na falta de outro padrão normativo que lhe sirva de fundamento de decidir.

Com efeito, na concepção positivista, na falta de outro padrão normativo, e restando ao julgador apenas a análise dos fatos segundo as regras componentes do ordenamento jurídico e os precedentes jurisprudenciais, e não achando, nestes, respostas que sirvam a solucionar o caso sob exame, que por isso mesmo passa a ser um caso difícil, acaba o julgador solucionando o caso ao seu modo, segundo sua concepção de valores e de justiça, ou mesmo segundo sua orientação política, seguindo argumentação estranha ao direito, embutindo grande carga discricionária em sua decisão, fomentando a insegurança jurídica e dificultando mesmo o reexame de sua decisão por instâncias superiores.

Estariam assim os juízes desvinculados de qualquer critério normativo quando se depararem com a necessidade de solucionar um caso difícil.

É nesse contexto que Dworkin pugna pelo reconhecimento dos princípios

⁴ MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006. p. 22.

como mais um padrão normativo, que, ao lado das regras, comporão o ordenamento jurídico. Seriam, pois, princípios e regras, espécies de normas jurídicas.

A grande vantagem no reconhecimento de força normativa nos princípios é fazer com que o julgador possa, diante de um caso difícil, em que as regras jurídicas e mesmo os precedentes jurisprudenciais mostrem-se insuficientes para a solução do caso, decidir a questão fundamentando-se em princípios, que, sendo espécies de normas jurídicas, estão integrados ao ordenamento jurídico, fazendo com que a decisão seja inteiramente jurídica, na forma e no conteúdo, sem que se possa dizer que o juiz se valeu de elementos extrínsecos ao direito, o que faria cessar as dificuldades mencionadas alhures.

Desfere assim, Dworkin, um grande golpe no positivismo<sup>5</sup>, inserindo elementos morais no ordenamento jurídico mediante a utilização dos princípios como instrumentos injetores, superando assim a ferrenha oposição de outrora entre jusnaturalismo e juspositivismo.

Comentando os posicionamentos de Dworkin e Alexy, assevera Pedron que, nesse contexto dito pós-positivista, “os princípios teriam um aspecto duplo, que os colocaria como elementos simultaneamente do universo do Direito e da moral”<sup>6</sup>.

Isso ocorre porque a conceituação de princípios relaciona-se intimamente com as noções de equidade e moralidade, sendo os princípios, na concepção dworkiniana, “standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça”<sup>7</sup>.

Visto que, na concepção de Dworkin, assim as regras como os princípios são normas jurídicas, faz-se necessário que sejam esclarecidos os traços que distinguem umas e outros.

Começando pelas regras, o modelo de Dworkin<sup>8</sup> estabelece que são elas espécies normativas que, carregando em si um grau de abstração consideravelmente mais limitado do que o encontrado nos princípios, têm estrutura de *tudo ou nada*, e, assim, diante de uma dada situação, ou são aplicadas, se presentes todos os pressupostos fáticos necessários à sua incidência, ou não são aplicadas, na ausência de satisfação de todas as suas condições de aplicabilidade.

As regras, assim, impõem, permitem ou proíbem, e são ou não cumpridas, mas sempre em sua inteireza. Os comandos expressos por uma regra, portanto, não podem ser cumpridos pela metade. Ou a regra, pois, aplica-se ao caso concreto e sobre ele incide, ou não se aplica e sobre ele não deverá incidir<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> “Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.35).

<sup>6</sup> PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, n. 30, p. 70-80, Brasília, jul./set. 2005. p. 72.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

<sup>8</sup> DWORKIN, R. op. cit. (2002), p. 39.

<sup>9</sup> Acerca do modelo de regras e princípios, Ana Maria D’Ávila Lopes pondera dizendo que “não

As regras não são, assim, ponderáveis no caso concreto, como o são os princípios, e mesmo a exceção à regra, que Dworkin reconhece possível<sup>10</sup>, não a desnatura nem a converte em princípio.

Outro aspecto a destacar no tocante às regras é o que diz respeito a eventuais conflitos entre regras. Havendo conflito entre duas regras, apenas uma poderá ser aplicada, porquanto antinômicas, devendo ser excluída a aplicação da outra no caso que se pretende resolver, e de resto de todo o ordenamento jurídico, o que se fará pelo emprego de qualquer dos critérios já expostos por Bobbio<sup>11</sup>, vale dizer, ou pelo critério hierárquico, prevalecendo a de maior hierarquia, ou em face da especialidade, rejeitando-se a mais geral, ou pelo critério cronológico, em que deverá prevalecer a mais recente.

Os princípios, por seu turno, ademais de possuírem um grau de abstração maior que o que se acha nas regras, delas se diferenciam precisamente por não traduzirem essa relação de *tudo ou nada*.

Segundo Dworkin, “um princípio [...] enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção”<sup>12</sup>, ou seja, os princípios “inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva”<sup>13</sup>. Não, pois, de ser aplicados conjuntamente, adequando-se mutuamente, e seus comandos podem ser satisfeitos em diferentes níveis, conforme critérios de ponderação impossíveis de serem utilizados na aplicação das regras. No mais, o princípio fundamenta a regra e é a razão de sua existência<sup>14</sup>.

Outrossim, enquanto o conflito entre regras se resolve na dimensão da validade jurídica, fazendo com que apenas uma das regras em conflito se aplique efetivamente ao caso concreto, o conflito entre princípios soluciona-se por mecanismos diversos.

Ávila, todavia, divergindo de tal critério de distinção entre regras e princípios, sustenta que, quando a realização do fim de um princípio afasta a realização da finalidade determinada por outro princípio, há necessariamente que se operar a rejeição de um dos princípios que estão em colisão total, em conclusão que se assemelha à solução proposta para a resolução do conflito entre regras<sup>15</sup>.

---

se deve pensar que todos os princípios – comandos de otimização – apresentam sempre igual caráter *prima facie*, nem que todas as regras têm o mesmo caráter definitivo, como assim o propõe Dworkin, na medida em que resulta ser um modelo muito simples em relação à complexa realidade” (LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001a).

<sup>10</sup> DWORKIN, R. (2002), op. cit. p. 39.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999. p. 92.

<sup>12</sup> DWORKIN, R. op.cit. (2002), p. 41.

<sup>13</sup> DWORKIN, R. (2002), op. cit. p. 57.

<sup>14</sup> Segundo Ana Maria D’Ávila Lopes: “os princípios são considerados razões para regras, o que não significa que não possam ser também razões imediatas para juízos concretos de ‘dever ser’ nem que as regras, por sua vez, não possam ser razões para outras regras”. (LOPES, A. op. cit. (2001a), p. 92.

<sup>15</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. v. 215, p. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, , jan./mar. 1999. p. 163.

Entretanto, em tais casos, o que ocorreria seria simplesmente:

uma impossibilidade de aplicação de um dos princípios para a solução de um problema concreto, o que não significa que, em outros casos, o mesmo princípio afastado não possa ser aplicado e, mais importante, que não possa até mesmo prevalecer àquele princípio que, no primeiro caso, prevaleceu a ele<sup>16</sup>.

O certo, porém, é que, na doutrina dworkiniana, os princípios sempre estão em traçado de colisão uns com os outros, daí restringirem-se mutuamente, não se podendo dizer que um deles será aplicado ao caso concreto e outro não.

Com efeito, para Dworkin, os princípios jurídicos formam um só todo, um só conjunto, que, em sua inteireza, será sempre juridicamente válido na solução de um caso concreto, sem que se possa dizer que, em dada situação concreta, um princípio é aplicável, por ser válido, e outro princípio, não, por se mostrar inválido naquela dada situação. Nas palavras de Mota:

Dworkin atribui às normas com caráter de princípio a condição de possuírem uma dimensão de peso ou de importância. Assim, considera-se que têm mais peso, ou são mais importantes, os princípios prevalecentes, sem que isso signifique conceder a eles mais validade do que aquela concedida aos princípios deslocados, tidos como razões mais fracas em determinado caso.<sup>17</sup>

O que não pode passar despercebido, contudo, é que o peso, a dimensão e a importância de cada um dos princípios que compõem o ordenamento jurídico não são dados mediante critérios apriorísticos ou absolutos. Ao revés, na teoria de Dworkin, o caso concreto é que ditará qual ou quais princípios do ordenamento terão mais peso e serão mais importantes para a sua solução, o que deverá ser demonstrado com arrimo em uma argumentação jurídica racional, que, em todo caso, deverá realizar efetivamente a validade de todo o conjunto principiológico, considerado com um só todo, sem que se tenha qualquer dos princípios que integram esse conjunto como inválidos naquele dado caso.

Assim, por exemplo, se em um dado caso concreto *A*, ao princípio *X* for reconhecido um maior grau de importância ou um peso superior que o conferido ao princípio *Y*, que, na solução desse caso, será deslocado pelo princípio *X*, nada obsta a que, em um outro caso concreto *B*, ao princípio *Y* seja dado peso e importância maiores que os conferidos ao princípio *X*, que, na solução de tal caso, seria deslocado pelo princípio prevalecente *Y*, sem que se possa dizer que, em qualquer das situações acima, um dos princípios foi tido por inválido ou não aplicável.

Para Dworkin, portanto, os princípios “sobrevivem intactos”<sup>18</sup> mesmo quando não prevalecem.

<sup>16</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. v. 1, p. 607-630. Belo Horizonte: Del Rey, jan./jun. 2003. p. 621-622.

<sup>17</sup> MOTA, M. op. cit. p. 39.

<sup>18</sup> DWORKIN, R. op. cit. (2002), p. 57.

Embora largamente aceito, o critério de distinção entre princípios e regras da doutrina de Dworkin, como já se fez perceber anteriormente, também é alvo de críticas.

Em uma delas, à caracterização das regras como normas de *tudo ou nada* contrapõe-se que nem sempre as conseqüências da regra são imediatamente ou diretamente implementadas, primeiramente em face da ambigüidade de algumas regras, e, depois, pela existência de regras impondo exceções ou condições para a aplicação de outras regras, o que pode tornar também um tanto vaga e abstrata determinada regra, impossibilitando sua aplicação nos moldes de *tudo ou nada*.

A distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método “tudo ou nada” de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas conseqüências, de um processo prévio – e por vezes longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as conseqüências que serão implementadas.<sup>19</sup>

Tal posição, contudo, é rebatida por Virgílio Afonso da Silva, quando afirma que, por um lado, não se hão de confundir caráter de *tudo ou nada* com a noção de aplicação imediata da regra, e, por outro, que enunciados lingüísticos redigidos de maneira diversa podem, após um procedimento de interpretação, apontar para idêntica norma, de modo que a necessidade de interpretação dos enunciados lingüísticos não se presta a ser critério diferenciador entre regras e princípios, porquanto ambas as espécies de normas fazem por merecer interpretação<sup>20</sup>.

Assim, “ser passível ou carente de interpretação é uma característica de textos que exprimem tanto regras como princípios. Mas ser passível ou carente de sopesamento é característica exclusiva dos princípios”.<sup>21</sup>

De qualquer modo, por vezes, parece que a realidade de aplicação das normas jurídicas é um tanto mais complexa que o modelo proposto por Dworkin, conforme já advertira Ana Maria D’Ávila Lopes<sup>22</sup>.

No mais, como conseqüência de sua teoria acerca de regras e princípios, Dworkin entende estar definitivamente afastada a doutrina positivista do poder discricionário do juiz, ou seja, a discricionariedade do julgador na solução dos casos que não forem regidos por regras estabelecidas<sup>23</sup>, o que se aplica inclusive aos chamados casos difíceis (*hard cases*), nos quais amiúde há colisão entre normas principiológicas.

<sup>19</sup> ÁVILA, H. op. cit. p. 161.

<sup>20</sup> SILVA, V. op. cit. p. 616.

<sup>21</sup> SILVA, V. op. cit. p. 617.

<sup>22</sup> LOPES, A. op. cit. (2001a), . p. 91.

<sup>23</sup> Dworkin esclarece o que seja essa visão positivista acerca dos *hard cases*: “o positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção” [DWORKIN, R. op. cit. (2002), p. 127.]

Defende assim Dworkin a existência de uma única solução correta para cada caso jurídico, mesmo os complicados e tormentosos, cabendo ao julgador chegar a tal solução por meio da argumentação racional acerca da aplicação de todos os princípios envolvidos na questão.

Mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.<sup>24</sup>

Raros são, pois, segundo o próprio Dworkin, os casos em que seja impossível conceber uma única solução correta.

A questão, portanto, de se existem casos sem nenhuma resposta certa em um determinado sistema jurídico – e se tais casos são raros ou numerosos – não é uma questão empírica comum. Acredito que tais casos, se é que existem, devem ser extremamente raros nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha.<sup>25</sup>

São os traços tais quais explicados acima que permitem, na concepção de Dworkin, diferenciar regras e princípios, sendo esta uma importante contribuição ao cenário pós-positivista, que acabou servindo de premissa para que Robert Alexy desenvolvesse sua teoria estrutural acerca dos direitos fundamentais, que a seguir será vista<sup>26</sup>.

### 3. ANÁLISE DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy parte de uma distinção entre princípios e regras assemelhada a de Dworkin para estabelecer uma teoria acerca dos direitos fundamentais, em que busca explicar a estrutura das normas jusfundamentais.

Inicia dizendo, desse modo, que as normas de direito fundamental podem se expressar por meio de regras ou princípios, no que defende a adoção de um modelo misto, contrapondo-se aos puros modelos de princípios e regras pelos quais se expressariam os direitos fundamentais.

<sup>24</sup> DWORKIN, R. op. cit. (2002), p. 127.

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. Trad. Luis Carlos Borges. *Uma questão de princípio*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 215.

<sup>26</sup> Fez-se aqui questão de realçar a concepção de Dworkin acerca da distinção entre princípios e regras pelo fato de que o presente trabalho tem por objetivo primeiro o estudo do modelo dworkiniano de regras e princípios. Contudo, é fácil perceber críticas a vários dos critérios diferenciadores expostos na doutrina de Dworkin. Humberto Ávila, por exemplo, após divergir de vários dos critérios de Dworkin, definiu princípios como “normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida”, conceituando regras, ao revés, como “normas mediatemente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida” [ÁVILA, H. op. cit. p. 167].

Alexy define princípios como mandados ou comandos de otimização. Ou seja, princípios são normas jurídicas que devem ser cumpridas na maior medida possível na solução de um caso concreto, “que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas”.<sup>27</sup>

Na mesma linha de Dworkin, Alexy ressalta que os princípios limitam-se reciprocamente, para que seja mantido um equilíbrio de todo o conjunto principiológico.

Assim, a plena e satisfatória realização dos princípios deve ser tomada pela máxima realização do conjunto que engloba todos eles, e não em face da plena realização de cada um deles tomados de maneira isolada, de maneira que cada princípio deve contribuir para a plena realização e concretização de todo o conjunto, e isso se faz pela realização de cada um deles, em cada caso concreto, em diferentes graus, em diferentes níveis, o que não ocorre com as regras.

Dessa forma, na concepção de Robert Alexy, os princípios não de ser todos ponderados e relativizados em face do caso concreto.

As regras, por sua vez, ou são totalmente aplicáveis ao caso, ou não o são, não havendo que se falar em ponderação em relação a tais espécies normativas.

Assim enquanto as regras estabelecem conseqüências jurídicas definitivas, dos princípios derivam conseqüências jurídicas *prima facie*<sup>28</sup>.

Para Alexy, a colisão entre normas principiológicas resolve-se por meio da ponderação dos princípios, estabelecendo-se uma relação de precedência em face da aplicação dos mesmos ao caso concreto, o que, levada ao campo dos direitos fundamentais, importa dizer que exsurgirá uma norma jusfundamental específica, com caráter de regra, aplicável ao caso concreto resultante de uma correta ponderação de princípios veiculadores de direitos fundamentais.

Há que se observar, pois, que a ordem de precedência resultante da ponderação de princípios não é estabelecida de maneira absoluta, mas sempre tendo como referência o caso jusfundamental concreto sobre o qual recaem as normas principiológicas em colisão.

Nesse ponto reside mais uma crítica de Humberto Ávila, quando assevera que “a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de juízo valorativo do aplicador”.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> CANOTILHO, J. J. op. cit. p. 1255.

<sup>28</sup> Em verdade, na doutrina de Alexy, as regras podem, excepcionalmente, ter também um caráter *prima facie*. Isso ocorre quando há a possibilidade de introduzir na regra uma cláusula de exceção. “Quando isso sucede, a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso [...]. Nos casos em que é possível introduzir cláusulas de exceção, a regra vai perder seu caráter definitivo. Mas o caráter *prima facie* que adquirem, pela perda do caráter definitivo, é totalmente distinto do caráter *prima facie* dos princípios. [As regras têm um caráter *prima facie*] essencialmente mais forte” (AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 165, p. 123-134. Brasília: Senado Federal, jan./mar 2005, p. 128-129).

<sup>29</sup> ÁVILA, H. op. cit. p. 162.

No mesmo sentido é a crítica de Pietro Sanchis, que sustenta que a diferença entre princípios e regras reside na argumentação, não tendo, pois, origem no direito ou em qualquer outro critério estrutural ou morfológico, manifestando-se exclusivamente no momento da interpretação e da aplicação da norma<sup>30</sup>.

Para Sanchis, somente ao final do processo de aplicação da norma ao caso concreto é que se poderá classificar a norma como regra ou princípio.

o que faz com que uma norma seja um princípio não é o seu enunciado lingüístico, mas o modo de resolver seus eventuais conflitos: se, em colisão com uma determinada norma, cede sempre ou triunfa sempre, estaremos diante de uma regra; se, em colisão com outra norma, cede ou triunfa conforme os casos, estaremos diante de um princípio.<sup>31</sup>

Ainda no mesmo sentido insere-se a incisiva crítica de Günther<sup>32</sup>, para quem a diferença entre princípios e regras não é morfológica e não se dá, por conseguinte, em face da dimensão de peso, como defende Alexy, mas sim uma diferença de aplicação, diferenciando-se os princípios das regras pela indeterminação maior quanto às condições de aplicação dos princípios, uma vez que as regras “requerem uma aplicação inequívoca que está ligada à presença do componente condicional ‘se’ em uma situação concreta”<sup>33</sup>, enquanto que se aplica uma norma como princípio quando se entra “em um procedimento argumentativo que [...] obriga a considerar todas as características da situação e a pesar os pontos de vista normativos relevantes”.<sup>34</sup>

Alexy, em sua teoria, reconhece que os precedentes judiciais podem estabelecer, preliminarmente, uma certa ordem de prioridade e de importância entre princípios jusfundamentais, formando uma rede de ponderações. Tal ordem de precedência, contudo, seria sempre uma ordem branda e não vinculante, não se impondo necessariamente em todos os casos.

Por outro lado, Alexy considera impossível que se estabeleça, *a priori*, uma ordem rígida de precedência entre princípios, aplicável a todos os casos que envolvam direitos fundamentais, pois isso exigiria que se fizesse uma regra específica, resultante da ponderação de princípios, para cada hipótese que envolvesse direitos fundamentais, tarefa impossível em face de serem infinitas as possibilidades de obtenção de regras derivadas da colisão de princípios envolvendo direitos fundamentais.<sup>35</sup>

Com arrimo em tais argumentos, Alexy discorda da posição de Dworkin quanto à existência de uma única solução correta e obrigatória para qualquer caso envolvendo direitos fundamentais.

<sup>30</sup> SANCHIS, Pietro. *Apud* AMORIM, L. op. cit. p. 131.

<sup>31</sup> SANCHIS, Pietro. *Apud* AMORIM, L. op. cit. p. 131.

<sup>32</sup> Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. n. 143, p. 191-209. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1999. p. 201-203.

<sup>33</sup> *Apud* GALUPPO, M. op. cit. p. 201.

<sup>34</sup> *Apud* GALUPPO, M. op. cit. p. 201.

<sup>35</sup> MOTA, M. op. cit. p. 56.

### 3.1 Restrições e Colisões entre Princípios de Direitos Fundamentais

Os princípios que veiculam normas de direito fundamental, como já se viu quando da análise da teoria de Robert Alexy, são mandados de otimização a exigir que algo seja realizado da melhor maneira possível, donde se extrai que, embora tenham os princípios natureza de norma jurídica, a efetivação de cada um deles no caso concreto depende da possibilidade de que sejam conciliados com os demais princípios.

Assim, os direitos fundamentais com caráter de princípios não podem ser realizados e concretizados de maneira absoluta, porquanto se limitam mutuamente, e somente quando da análise do caso concreto se poderá chegar à uma regra específica jusfundamental a ele aplicável, regra esta que resultará da ponderação entre os princípios envolvidos.

Os direitos fundamentais são, pois, como quaisquer outros direitos, restringíveis.

Distinguem-se duas teorias acerca das restrições de direitos fundamentais: a teoria interna e a teoria externa.

De acordo com a teoria interna das restrições, o conceito de restrição está intimamente relacionado ao próprio conceito de direito, sendo as restrições interiores ao próprio conteúdo dos direitos. Tais restrições, nas palavras de Canotilho, expressam “os limites imanentes” do direito<sup>36</sup>.

A teoria externa das restrições, por seu turno, trata direitos e restrições como conceitos diversos, e vem sendo aplicada no que se refere às restrições de direitos fundamentais, ganhando a preferência dos que estudam o assunto, como Canotilho, que desfere várias críticas contra a teoria interna das restrições, dentre as quais a impossibilidade de efetivação de ponderações por meio da proporcionalidade: “o princípio da proporcionalidade em sentido restrito pressupõe uma ponderação que nunca seria possível fazer relativamente aos limites originários”.<sup>37</sup>

Assim, afirmando que os direitos não possuem restrições imanentes, originárias, a teoria externa defende que as restrições aos direitos fundamentais lhe são exteriores, e podem resultar de regras ou princípios constitucionalmente válidos, embora nem todas as restrições tenham necessariamente hierarquia de norma constitucional.

Mota, comentando lição de Robert Alexy, esclarece que tais restrições externas podem, dessarte, ser tidas por diretamente constitucionais, quando a norma restritiva tenha hierarquia de norma constitucional, ou por indiretamente constitucionais, quando a norma restritiva não possua hierarquia constitucional, embora seja determinada ou autorizada por norma constitucional<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> CANOTILHO, J. J.op. cit. p. 1280.

<sup>37</sup> CANOTILHO, J. J.op. cit. p. 1280.

<sup>38</sup> MOTA, M. op. cit. p. 90.

Assim, as restrições diretamente constitucionais, ou restrições constitucionais imediatas, no dizer de Canotilho, “são positivadas pelas próprias normas constitucionais garantidoras de direitos”.<sup>39</sup>

As restrições indiretamente constitucionais, por sua vez, são aquelas expressas por leis, algumas das quais expressamente referidas pela Constituição (reservas legais explícitas).

Todavia, a par das reservas legais explícitas, existe a possibilidade de que a restrição seja veiculada por lei a qual a Constituição não se referiu de maneira expressa.

São precisamente esses os casos de reserva legal implícita, ou de “limites constitucionais não escritos ou restrições não expressamente autorizadas pela Constituição”<sup>40</sup>, as quais, contudo, serão constitucionalmente válidas desde que resultem da necessidade de conciliação entre direitos fundamentais e os demais princípios e valores constitucionais, e desde que garantam o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Como argumenta Canotilho, “o seu reconhecimento é muito problemático, mas a sua admissibilidade é justificada, no contexto sistemático da constituição, em nome da salvaguarda de outros direitos e bens”.<sup>41</sup>

Como se percebe, portanto, as normas principiológicas que estabelecem direitos fundamentais podem ser restringidas assim por outras normas de índole constitucional como por normas expressas por meio da legislação infraconstitucional, e tais restrições serão tidas por legítimas e constitucionais sempre que objetivem a conciliação e a ponderação entre os direitos fundamentais, os princípios e os valores constitucionais, restringindo-se um direito em nome da salvaguarda de outro direito.

Todavia, há que se considerar que restringir um direito fundamental não significa aniquilar tal direito, pois a restrição a tanto não pode chegar. Logo, a restrição também há de ser restringida, em nome da manutenção de todos os direitos fundamentais albergados pela Constituição.

É nesse contexto que se torna pertinente a análise do tema referente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

### 3.2 A Questão do Núcleo Essencial

Com efeito, nenhuma restrição a direito fundamental, ainda que busque a ponderação do direito restringido com outros direitos fundamentais que busque resguardar, pode atingir e devassar o núcleo essencial do direito restringido, sob pena de maculá-lo em sua essência, retirando-lhe a própria natureza.

<sup>39</sup> CANOTILHO, J. op. cit. p. 1276.

<sup>40</sup> CANOTILHO, J. op. cit. p. 1277.

<sup>41</sup> CANOTILHO, J. J. op. cit. p. 1277.

A ponderação entre os princípios jusfundamentais permite que um deles seja deslocado, para que outro prevaleça, mas esse deslocamento deverá ser o menor possível, e deverá ser feito na medida necessária para que melhor se realize o conjunto dos princípios jusfundamentais.

A garantia do conteúdo essencial é concebida como um limite à atividade limitadora dos direitos fundamentais, isto é, como o limite dos limites, [...] indicando um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais”.<sup>42</sup>

O núcleo essencial de cada direito fundamental, portanto, há de ser sempre preservado. Aliás, tal proteção da essência dos direitos fundamentais contra reformas acha-se positivada de modo expresse no art. 19.2 da Lei Fundamental de Bonn, como bem lembra Pablo Lucas Verdú<sup>43</sup>, o que não obsta que os direitos fundamentais sejam regulados e mesmo limitados.

A existência da garantia do conteúdo essencial não deve ser necessariamente interpretada no sentido de considerar que toda regulação ou limitação legislativa dos direitos fundamentais irá decorrer na sua desnaturalização, pois admite-se a imposição de limites, mas sempre que observem e respeitem o conteúdo essencial do direito fundamental, ou seja, sempre que não o desnaturalizem, situação configurada quando: o direito é impraticável, o direito não pode mais ser protegido, o exercício do direito tem sido dificultado além do razoável.<sup>44</sup>

Com respeito, porém, a esse conteúdo essencial dos direitos fundamentais, distinguem-se duas teorias principais, a saber: a teoria absoluta e a teoria relativa.

De acordo com a teoria absoluta do núcleo essencial, “o conteúdo de um direito é sempre o mesmo, sem importarem as circunstâncias de cada caso em particular”.<sup>45</sup>

Assim, para essa teoria, o núcleo essencial é imutável e constante e se fundamenta sobre critério pré-determinado.

Destaca-se, dentro da teoria absoluta do conteúdo essencial, uma versão que afirma a identidade do núcleo essencial com a dignidade da pessoa humana, que, dessarte, seria o núcleo comum a todos os direitos fundamentais. É esta a teoria de Düring acerca do conteúdo essencial, bem sintetizada por Ana Maria D’Ávila Lopes ao afirmar que, para essa teoria, “o conteúdo material de um direito fundamental identifica-se com a própria dignidade humana”.<sup>46</sup>

Tal versão acerca da teoria absoluta do núcleo essencial é objeto de diversas críticas, muitas das quais relatando a dificuldade de se determinar

<sup>42</sup> LOPES, Ana Maria D’Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. n. 164, p. 7-15. Brasília: Senado Federal, out./dez. 2004. p. 13.

<sup>43</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 84.

<sup>44</sup> LOPES, A. op. cit. (2004), p. 7.

<sup>45</sup> LOPES, A. op. cit. (2004), p. 7.

<sup>46</sup> LOPES, A. op. cit. (2004), p. 9.

com segurança o que é a dignidade humana, outras enfatizando que essa teoria tornaria absoluto o princípio da dignidade da pessoa humana, que assim jamais poderia ser deslocado por outro princípio.

Negando, contudo, tal caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo em se identificando a dignidade da pessoa humana com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, após aduzir que, “para além da discussão em torno de sua identificação com o núcleo essencial, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como importante elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas”<sup>47</sup>, assim se manifesta:

É neste sentido que não podemos deixar de lembrar – na esteira de Alexy – que até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana (por força de sua própria condição principiológica) acaba por sujeitar-se, em sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização, e isso não obstante se deva admitir – no âmbito de uma hierarquização axiológica – sua prevalência no confronto com outros princípios e regras constitucionais, mesmo em matéria de direitos fundamentais.<sup>48</sup>

Considerando, todavia, pertinentes as críticas à teoria absoluta que identifica o núcleo essencial dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana, Ana Maria D`Ávila Lopes conclui que “é necessário identificar o conteúdo essencial do direito fundamental não apenas com o que estiver diretamente relacionado com a dignidade humana”.<sup>49</sup>

A teoria relativa do conteúdo essencial, por seu turno, segundo Ana Maria D`Ávila Lopes, “defende a tese de que o conteúdo essencial de um direito fundamental só pode ser conhecido analisando-se, em cada caso concreto, os valores e interesses em jogo”<sup>50</sup>, sendo, assim, um conceito variável, relativo, encontrável apenas no caso concreto, após a ponderação entre os princípios justfundamentais, que se fará por meio da proporcionalidade, como adiante se verá.

Vê-se, portanto, que a diferença maior entre as teorias absoluta e relativa do núcleo essencial reside na configuração do tal núcleo, mais duro na teoria absoluta e mais moldável na teoria relativa.

Na teoria relativa, define-se o direito fundamental não como algo dotado de um valor incondicional, mas como algo cuja característica jurídica é a proibição da sua limitação arbitrária, de tal forma que a garantia do conteúdo essencial não alude, na verdade, ao conteúdo, mas a um juízo de razoabilidade, cujo caráter tem um sentido econômico, visto que se refere a uma relação custo-benefí-

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 127.

<sup>48</sup> SARLET, I. op. cit. p. 134.

<sup>49</sup> LOPES, A. op. cit. (2004), p. 10.

<sup>50</sup> LOPES, A. op. cit. (2004), p. 8.

cio [...]. Na teoria absoluta, o conteúdo essencial é um núcleo duro, absolutamente resistente à ação limitadora do legislador, ainda precisando-se proteger outro direito ou bem constitucional.<sup>51</sup>

Crítica-se também a teoria relativa, pela flexibilização excessiva no trato dos direitos fundamentais. Para Mota, “essa crítica, contudo, não se sustenta, quando se analisa o exame promovido pelo princípio da proporcionalidade”.<sup>52</sup>

De qualquer modo, qualquer que seja a teoria defendida, emerge indubitável a necessidade de se preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, seja tal núcleo pré-estabelecido, seja ele encontrado apenas no caso concreto, após a ponderação feita com o auxílio do procedimento da proporcionalidade, procedimento este que também há que ser observado no âmbito da teoria absoluta, se não para determinar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, mas decerto para que se possa justificar deslocamentos, ainda que mínimos, entre princípios jusfundamentais quando colidam no caso concreto.

#### 4. REGRAS, PRINCÍPIOS E PROPORCIONALIDADE

Como já analisado, os direitos fundamentais estabelecidos por normas principiológicas, quando colidem no caso concreto, hão de ser ponderados quando de sua aplicação, restringindo-se e se conformando mutuamente, de maneira que se estabelecerá no caso concreto uma ordem de precedência entre os princípios jusfundamentais, o que importará no deslocamento de um princípio em detrimento da prevalência de outro, garantindo-se a máxima efetividade de todo o conjunto principiológico.

Esse sopesamento, contudo, há de ser feito de maneira criteriosa pelo magistrado, que não se poderá valer de sua discricionariedade, devendo argumentar, racionalmente e juridicamente, as razões da ponderação a ser realizada.

Há quem, duvide, cabe ressaltar, do valor de uma argumentação jusfundamental inerente ao procedimento de ponderação e sopesamento entre princípios. Nesse sentido, embora sem uma maior contextualização do assunto, salienta Virgílio Afonso da Silva que:

segundo o próprio Müller, o sopesamento é um método irracional, uma mistura de ‘sugestionamento linguístico’, ‘pré-compreensões mal esclarecidas’ e ‘envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos’, cujo resultado não passa de mera suposição.<sup>53</sup>

Nessa seara de ponderação, a servir de auxílio ao magistrado, acha-se o procedimento da proporcionalidade, mesmo procedimento utilizado no controle das restrições aos direitos fundamentais.

Importante mencionar ainda que, obedecida a proporcionalidade, fica,

<sup>51</sup> LOPES, A. op. cit. (2004), p. 14.

<sup>52</sup> MOTA, M. op. cit. p. 111.

<sup>53</sup> SILVA, V. op. cit. p. 626.

na visão da teoria relativa do conteúdo essencial, delimitado e preservado o núcleo essencial de cada direito fundamental, como já se disse.

A proporcionalidade, ademais de impedir, no caso concreto, restrições desarrazoadas a direitos fundamentais, impõe que a ponderação entre princípios jusfundamentais seja feita da melhor maneira possível, de modo que o benefício a um direito fundamental advindo da restrição de outro direito fundamental justifique plenamente a restrição imposta, o que deverá ser argumentado e demonstrado no caso concreto.

Todavia, de início, cumpre dizer que há divergências quanto à caracterização da proporcionalidade como princípio, ao menos quando se toma princípio por mandado de otimização, como o faz Alexy.

Ora, se o princípio, tomado na acepção acima, impõe que se lhe dê cumprimento da melhor forma possível e no maior grau possível diante das peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto, gerando conseqüências não definitivas, e garantindo direitos *prima facie*, resta difícil conciliar tais noções com a de proporcionalidade, porquanto esta se presta exatamente para auxiliar na ponderação entre princípios jusfundamentais, o que lhe garante caráter absoluto, não fazendo sentido pensar em colisão da proporcionalidade com outros princípios.

Por tais fundamentos é que Humberto Ávila define o “dever da proporcionalidade” não como um princípio, e nem mesmo como uma regra, mas como um “postulado normativo aplicativo”.<sup>54</sup>

Marcelo Lima Guerra, por seu turno, referindo-se inicialmente à proporcionalidade como uma “máxima”, adverte, com base no pensamento de Alexy:

Há, no mínimo, uma imprecisão terminológica, ou mesmo uma impropriedade conceitual, em se referir à máxima da proporcionalidade como princípio, num contexto em que se adota a distinção entre regras e princípios, atribuindo a cada um desses termos o sentido que lhes dá Robert Alexy.<sup>55</sup>

Dizendo isso, Guerra concorda com Alexy no entendimento de que a proporcionalidade, não sendo um princípio, só pode ser uma regra.<sup>56</sup>

Canotilho, por seu turno, refere-se ainda assim à proporcionalidade como princípio<sup>57</sup>, no que é seguido por Guerra Filho, que, embora se referindo a “princípio da proporcionalidade”, ressalta que, em verdade, a proporcionalidade é “o princípio dos princípios, verdadeiro *principium* ordenador do direito”.<sup>58</sup>

Há ainda os que, como Jorge Miranda, indistintamente se referem a princípio

<sup>54</sup> ÁVILA, H. op. cit. p. 170.

<sup>55</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 91.

<sup>56</sup> GUERRA, M. op. cit. p. 91.

<sup>57</sup> CANOTILHO, J. J. p. 1297.

<sup>58</sup> GUERRA FILHO, W. op. cit. p. 62.

da proporcionalidade e a regra da proporcionalidade, sem demonstrar preocupação com o enquadramento da proporcionalidade como regra ou princípio.<sup>59</sup>

No caso da proporcionalidade, pairando ela sobre os princípios em conflito, em posição de autoridade sobre os próprios princípios constitucionais, justifica-se, para alguns, ser denominada também de princípio, ou, nas palavras de Guerra Filho, “princípio dos princípios”<sup>60</sup>, ou ainda, conforme Mota, “sobreprincípio”<sup>61</sup>.

Pretendem-se justificadas as posições definidoras da proporcionalidade como princípio em face, sobretudo, da diversidade semântica do termo princípio, que torna correta a identificação de princípio como norma com maior grau de abstração ou como norma de maior importância no ordenamento jurídico.<sup>62</sup>

Nesse ponto, por oportuno, parece imperioso atentar para a incisiva crítica que Virgílio Afonso da Silva faz àquilo que denomina de “sincretismo metodológico” na abordagem dos princípios, ou seja, “a adoção de teorias incompatíveis como se compatíveis fossem”.<sup>63</sup>

Com efeito, para referido jurista, a abordagem que Robert Alexy faz acerca dos princípios e os critérios de que se utiliza para conceituá-los, diferenciando-os das regras, é muito diferente da definição de princípio corriqueiramente utilizada na doutrina nacional<sup>64</sup>.

Assim é que, enquanto princípios são identificados tradicionalmente como as normas com um grau mais acentuado de generalidade, ou como as disposições mais fundamentais de um sistema, ou ainda como as normas de maior importância no ordenamento jurídico<sup>65</sup>, na teoria de Alexy, segundo Silva, princípio encerra “um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma”.<sup>66</sup>

Um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa*, e não de sua fundamentalidade [...]. [Assim,] muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser; se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra.<sup>67</sup>

Dessarte, conclui Virgílio Afonso da Silva que incorre em contradição quem,

<sup>59</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. tomo IV – direitos fundamentais. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 205-208.

<sup>60</sup> GUERRA FILHO, W. op. cit. p. 62.

<sup>61</sup> MOTA, M. op. cit. p. 119.

<sup>62</sup> CANOTILHO, J. J. op. cit. p. 1160.

<sup>63</sup> SILVA, V. op. cit. p. 625.

<sup>64</sup> Carraza, por exemplo, na trilha dos muitos que enxergam nos princípios os mandamentos nucleares de um sistema, define princípio jurídico como “um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”. (CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 33)

<sup>65</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. op. cit. p. 1160.

<sup>66</sup> SILVA, V. op. cit. p. 613.

<sup>67</sup> SILVA, V. op. cit. p. 613.

após aceitar a teoria de Alexy acerca dos princípios, passa a estabelecer qualquer modelo de classificação tipológica dos princípios, mesmo porque, “o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito *axiologicamente neutro*”.<sup>68</sup>

Em um ponto, contudo, parece haver concordância na doutrina nacional: a proporcionalidade é uma norma jurídica que está devidamente positivada na Constituição de 1988, embora não se faça ainda presente de modo textualmente exposto no texto constitucional brasileiro<sup>69</sup>.

Com efeito, em acréscimo à tese defendida por Robert Alexy de que a proporcionalidade está implícita na própria definição de princípio enquanto mandado de otimização<sup>70</sup>, presta-se a cláusula de abertura material do art. 5º, §2º, da Constituição Federal<sup>71</sup>, também, como fundamento de defesa da positividade implícita do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido, Guerra Filho<sup>72</sup>, Mota<sup>73</sup>, Guerra<sup>74</sup> e Bonavides, que assim se expressa:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência imposterável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.<sup>75</sup>

Faz-se oportuno abrir parênteses para dizer que, embora dedutível do próprio espírito da Constituição de 1988, tanto que muitas vezes a doutrina e os julgados dela se utilizam sem qualquer referência<sup>76</sup>, e talvez por isso tida por inútil por alguns constitucionalistas, a cláusula de abertura material do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, mostra-se, todavia, muito importante, a fim de que não reste dúvida de que os direitos fundamentais positivados na Constituição

<sup>68</sup> SILVA, V. op. cit. p. 615.

<sup>69</sup> Humberto Ávila referindo-se à positividade do dever da proporcionalidade na Constituição brasileira de 1988, sustenta que “o dever da proporcionalidade também não resulta de um texto específico, mas da estrutura mesma dos princípios, sem que isso lhe retire força normativa”. (ÁVILA, H. op. cit. p. 171)

<sup>70</sup> Cf. GUERRA, M. op. cit. p. 95.

<sup>71</sup> O art. 5º, §2º, da Constituição brasileira de 1988 assim dispõe: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>72</sup> Cf. GUERRA FILHO, W. op. cit. p. 62.

<sup>73</sup> Cf. MOTA, M. op. cit. p. 120.

<sup>74</sup> Cf. GUERRA, M. op. cit. p. 95.

<sup>75</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 436.

<sup>76</sup> Cf. DOBROWOLSKI, Sílvio. Direitos fundamentais: a cláusula de expansão do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988. *Interesse Público*: Revista Bimestral de Direito Público. ano 8, n. 40, p. 79-108. Porto Alegre: Notadez, nov./dez. 2006. p. 107.

não se resumem àqueles expressos em seu texto<sup>77</sup>.

No mais, embora seja também objeto de críticas, que vão, como mostra Bonavides, desde o estreitamento da liberdade do legislador à redução da proporcionalidade ao desejo e à vontade de quem toma a decisão, ante a dificuldade de fundamentar as decisões de acordo com tal critério, passando pelo risco de dissolução do Direito na justiça do caso particular<sup>78</sup>, o princípio da proporcionalidade, cuja irradiação teve origem na doutrina alemã, vem ganhando destaque nos ordenamentos constitucionais dos países europeus, especialmente nos “centros de estudos jurídicos da ‘família’ romano-germânica na Europa”<sup>79</sup>, destaque esse que vem obtendo também no ordenamento brasileiro.

O princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro.<sup>80</sup>

Jorge Miranda, por seu turno, comentando a Constituição de Portugal, diz que a proporcionalidade, na Carta portuguesa, manifesta-se nos “momentos mais sensíveis dos direitos fundamentais”<sup>81</sup>, e enumera diversos trechos extraídos do texto constitucional português em que se pode observar a manifestação da proporcionalidade, como, por exemplo, a norma que diz que “no acesso a cargos electivos a lei só pode estabelecer as inelegibilidades *necessárias* para garantir a liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e a independência do exercício dos respectivos cargos (art. 50, n. 3)”<sup>82</sup>.

A norma maior da proporcionalidade, dando seqüência ao tema, compreende três normas menores, ou três sub-regras, ou sub-princípios, perfazendo, portanto, um verdadeiro procedimento a ser utilizado quando da ponderação de princípios. São eles a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro desses elementos da máxima da proporcionalidade é o da adequação. Por meio desse sub-princípio, a restrição que se faz no âmbito de um dado direito fundamental, no caso concreto, há de ser feita para que se consiga atingir determinado objetivo. Em outras palavras, a restrição há de ser apta à finalidade pretendida, há de satisfazer o fim intencionado, fim este que deve ser constitucionalmente legítimo.

<sup>77</sup> “O disposto no art. 5º, §2º, da Constituição, é importante válvula para ampliação dos direitos fundamentais, de exponencial utilidade para aumentar e atualizar, perante novas necessidades sociais, o rol oferecido pelo constituinte. Cuida-se, sem dúvida, de instrumento de magna importância” (DOBROWOLSKI, S. op. cit. p. 107).

<sup>78</sup> Cf. BONAVIDES, P. op. cit. (2005), p. 428-433.

<sup>79</sup> GUERRA FILHO, W. op. cit. p. 77.

<sup>80</sup> BONAVIDES, P. op. cit. p. 436.

<sup>81</sup> MIRANDA, J. op. cit. p. 208.

<sup>82</sup> MIRANDA, J. op. cit. p. 208.

Nas palavras de Ávila, “uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido”.<sup>83</sup>

Ocorre que para a consecução de um fim constitucionalmente legítimo, por vezes, mais de uma medida restritiva pode mostrar-se apta, de maneira que pode haver várias restrições adequadas à realização do objetivo almejado. É nesse contexto que se insere o segundo sub-princípio do procedimento maior da proporcionalidade: o princípio da necessidade.

O princípio da necessidade impõe que a medida restritiva de um dado princípio, ademais de ser apta a produzir o fim almejado, deve ser a mais branda, a mais suave dentre todas as medidas que se mostrem adequadas. A restrição, assim, há de ser aquela absolutamente indispensável e necessária para que se atinja o fim perseguido.

A regra da necessidade, por sua vez, impõe uma avaliação dos próprios meios, na perspectiva dos prejuízos eventualmente resultante deles. Segundo esse princípio, portanto, o emprego de determinado meio deve limitar-se ao estritamente necessário para a consecução do fim almejado e, havendo mais de um meio, dentro do faticamente possível, deve ser escolhido aquele que traga menos prejuízos, vale dizer, a menor restrição possível a outros direitos fundamentais.<sup>84</sup>

Por fim, como derradeiro elemento da proporcionalidade tem-se o que se convencionou denominar de proporcionalidade em sentido estrito, ou racionalidade<sup>85</sup>, princípio ao qual é confiada a delicada tarefa de ponderar e sopesar os bens jurídicos em conflito no caso concreto.

De fato, essa não é uma tarefa fácil, porquanto “a ponderação é, afinal, uma exigência de solução justa de conflitos entre princípios”<sup>86</sup>, devendo ser resolvida pela argumentação jusfundamental.

Por meio da proporcionalidade em sentido estrito, há que se sopesar os bens jurídicos que conflitam no caso concreto, estabelecendo norma específica que terá validade unicamente na solução daquele particular caso concreto.

Trata-se, com efeito, de balancear os princípios envolvidos (*balancing ad hoc*), atribuindo-lhes peso e buscando que o benefício resultante da efetivação de um direito fundamental seja mais importante que a restrição adequada e necessária do princípio jusfundamental que com ele colide no caso concreto, afinal, como lembra José Maria Rodríguez de Santiago, “quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do cumprimento do princípio que prevalece”<sup>87</sup>, no caso concreto envolvendo direitos fundamentais, ou seja, nos casos difíceis (*hard cases*), no dizer de Dworkin.

<sup>83</sup> ÁVILA, H. op. cit. p. 172.

<sup>84</sup> GUERRA, M. op. cit. p. 92.

<sup>85</sup> Cf. MIRANDA, J. op. cit. p. 207.

<sup>86</sup> CANOTILHO, J. J. op. cit. p. 1241.

<sup>87</sup> *Apud* AMORIM, L. op. cit. p. 128.

Por derradeiro, nas palavras de Jorge Miranda, importa dizer que “a falta de necessidade ou de adequação traduz-se em arbítrio. A falta de racionalidade em excesso”.<sup>88</sup>

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As teorias pós-positivistas, de modo particular o modelo de princípios e regras de Ronald Dworkin e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, e o largo alcance de aplicação que vêm tendo, parecem de fato haver conseguido suplantar a já vetusta dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo.

Com efeito, o modelo de regras e princípios proposto por Dworkin, ao colocar os princípios como espécies de normas jurídicas, definindo-os como padrões normativos diversos das regras, fez injetar elementos morais no ordenamento jurídico, inserindo valores como equidade e justiça em padrões juridicamente vinculantes.

Rearticularam-se, assim, elementos historicamente vinculados ao direito natural, como as noções de valor, de justiça, de moral e de equidade, com noções notadamente positivistas, como ordenamento jurídico e padrões jurídicos positivados e vinculantes.

Na era pós-positivista, regras e princípios, com suas diferenças e peculiaridades referentes às estruturas abertas ou fechadas que representam, e ainda à forma de aplicação, à ponderação e às maneiras de solução de conflitos entre seus preceitos, servem ao magistrado como fundamento para todas as suas decisões.

Dworkin fez registrar traços marcantes das regras e princípios, atribuindo às regras uma estrutura fechada de *tudo ou nada*, e aos princípios uma estrutura aberta e mais abstrata, de maneira que os princípios não conduzem a uma resposta fechada, mas “inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva”.<sup>89</sup>

Cresceu, dessarte, a necessidade de se aprimorar uma argumentação principiológica, e, com destaque, uma argumentação jusfundamental, seguindo a trilha de Robert Alexy, que, tomando por base o modelo dworkiniano, estabeleceu uma teoria das normas jusfundamentais, que tanto se podem expressar por meio de regras como de princípios.

O grande contributo de Alexy, assim, definindo princípios como comandos de otimização, foi acoplar o estudo dos direitos fundamentais ao modelo de regras e princípios de Dworkin, estabelecendo modos de solução de conflitos entre normas jusfundamentais principiológicas e limites às restrições de direitos fundamentais.

Decerto um dos aspectos mais destacados de sua teoria, o estudo da

<sup>88</sup> MIRANDA, J. op. cit. p. 207.

<sup>89</sup> DWORKIN, R. op. cit. (2002), p. 57.

máxima da proporcionalidade, procedimento a auxiliar o juiz quando da solução de caso concreto em que entram em conflito duas ou mais normas principiológicas jusfundamentais, revelou minúcias da diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade, termos utilizados nos estudos constitucionais frequentemente de maneira pouco criteriosa.

A proporcionalidade, dessarte, com seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, erige-se, na doutrina de Alexy, como meio de delimitar e preservar o núcleo essencial de cada direito fundamental, numa visão relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Impede, no caso concreto, restrições desarrazoadas a direitos fundamentais, e, a um só tempo, impõe que a ponderação entre princípios jusfundamentais seja feita da melhor maneira possível, de modo que o benefício a um direito fundamental advindo da restrição de outro direito fundamental justifique plenamente a restrição imposta.

As críticas, enfim, muitas vezes bem lastreadas, à teoria de Alexy e ao modelo dworkiniano de regras e princípios que lhe serviu de premissa, corroboram e ratificam a importância de tais estudos na análise constitucional, ao tempo em que contribuem para um aprimoramento da aplicação de tais estudos ao direito constitucional pátrio.

## 6. REFERÊNCIAS

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 165, p. 123-134. Brasília: Senado Federal, jan./mar. 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. v. 215, p. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999.

BOBBIO, Norberto. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Direitos fundamentais: a cláusula de expansão do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988. *Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*. ano 8, n. 40, p. 79-108. Porto Alegre: Notadez, nov./dez. 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. n. 143, p. 191-209. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

LOPES, Ana Maria D`Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. n. 164, p. 7-15. Brasília: Senado Federal, Brasília, out./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Tomo IV – direitos fundamentais*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra 2000.

MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, n. 30, p. 70-80. Brasília, jul./set. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. v. 1. p. 607-630. Belo Horizonte, Del Rey, jan./jun. 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.