
Princípios e Regras: Diferença em Debate

Principles and Rules: Difference in Debate

LOURDES PASA ALBRECHT¹

Resumo: Este artigo objetiva analisar a distinção entre princípios e regras sob o prisma jusfilosófico de Robert Alexy e de Ronald Dworkin, bem como situar a posição de cada autor acerca da discussão sobre essa temática. Embora ambos advoguem a tese que a diferença entre as duas espécies de normas é de caráter lógico, para Dworkin, os princípios têm uma dimensão de peso que deve ser analisado caso a caso, enquanto Alexy, com base teórica formulada dentro da sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, desenvolve a ideia de princípios como mandamentos de otimização. Nosso objetivo será identificar os principais traços dessa distinção.

Palavras-chave: Princípios. Regras. Colisão. Robert Alexy. Ronald Dworkin.

Abstract: This article aims to analyze the distinction between principles and rules from the philosophical law prism of Robert Alexy and Ronald Dworkin and situate the position of each author on the discussion of this topic. Although both advocate the thesis that the difference between the two kinds of rules is from a logical character, for Dworkin principles have a dimension weight that must be analyzed case by case, while Alexy with formulated theoretical basis of his Fundamental Rights Theory develops the idea of optimization principles and commandments. Our goal is to identify the main features of this distinction.

Keywords: Principles. Rules. Collision. Robert Alexy. Ronald Dworkin.

1. Introdução

A distinção entre regras e princípios não é recente. Tem suscitado dúvidas pela falta de clareza e gerado polêmicas em razão da pluralidade de critérios utilizados para traçar a diferença. A discussão acerca desse assunto controverso, contudo, ganhou dimensão a partir das obras de Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério* (1977) e de Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1984)². Mas é em Alexy que o debate no meio jurídico se

¹ Mestranda da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: lourdes.pasa@gmail.com

² Em face do novo caráter assumido pelos direitos fundamentais e sua positivação nas Constituições modernas e, em especial, seu amplo controle por meio do Tribunal Constitucional Federal alemão, Alexy se empenhou em dar a medida adequada a esses direitos, visualizando a necessidade de métodos específicos para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, em razão da vagueza das formulações dos catálogos desses direitos. Nesse cenário, publica em 1985 sua importante obra denominada *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

estabelece com maior vigor, principalmente, pela discussão que o autor alemão apresentou a respeito da distinção entre regras e princípios em razão do novo caráter assumido pelos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito e a positivação desses direitos nas Constituições modernas.

Dessa maneira, e em face da textura aberta de vários dispositivos constitucionais, Robert Alexy visualizou a necessidade de métodos específicos para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, propondo que tanto as regras como os princípios devem ser compreendidos como normas porque ambos dizem o que deve ser.

Segundo Alexy, a distinção entre regras e princípios “é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2014, p. 85). O autor afirma que sem essa distinção não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem satisfatória sobre colisões, tampouco uma teoria suficiente sobre o papel desses direitos no sistema jurídico. Por isso, Alexy assegura ser essa distinção uma das colunas-mestras da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2014, p. 85).

De certo modo, Alexy apresenta um aperfeiçoamento da teoria de Ronald Dworkin, filósofo do Direito norte-americano, que começou uma discussão jurídica sobre a questão de que para cada caso jurídico há uma única resposta correta. A tese desenvolvida por Dworkin foi um ataque direto ao positivismo jurídico, principalmente ao sistema de regras positivas desenvolvidas por Herbert Hart, sobretudo em relação a textura aberta das regras jurídicas que, segundo ele, abre espaço ao discricionarismo judicial (DWORKIN, 2010, p. 35). Assim, contrapondo a esse modelo de regras jurídicas, Dworkin propõe um modelo de princípios, em que o sistema jurídico é composto por regras e por princípios jurídicos, sendo estes determinantes para a resolução de casos difíceis (*hard cases*), constituindo marcos orientadores para a correta tomada de decisão.

O objetivo do presente trabalho, portanto, tem como missão identificar os principais linhas de distinção entre regras e princípios e sua importância para a solução de problemas da dogmática dos direitos fundamentais. Para tanto, serão abordados aspectos da teoria proposta por Alexy, tendo esta sua

estruturação alicerçada nas normas de direitos fundamentais, e da proposta desenvolvida por Dworkin relevantes ao tema ora em análise.

2. Regras e Princípios Jurídicos

No Estado Democrático de Direito as normas constitucionais que garantem os direitos fundamentais são diferenciadas por regras e princípios em que ambos devem ser compreendidos como normas porque tanto regras como princípios dizem o que deve ser, pois podem ser formulados por intermédio de expressões deontológicas básicas de obrigação, de permissão e da proibição. Tanto quanto as regras, princípios são razões para juízos concretos de dever ser, mesmo que de espécie diferente. Portanto, segundo Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios é “uma distinção entre duas espécies de normas” (ALEXY, 2014, p. 87).

Robert Alexy aponta que há vários critérios tradicionais para distinguir regras de princípios, sendo o da generalidade, provavelmente, o mais utilizado. Por esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto que o das regras é relativamente baixo. O autor cita a liberdade de crença como exemplo de norma com grau de generalidade relativamente alto, e de norma com grau relativamente baixo aquela que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Assim, consoante o critério de generalidade, a primeira norma poderia ser classificada como princípio e a segunda como regra (ALEXY, 2014, p. 87-88). No entanto, segundo ele, os critérios tradicionais carecem de precisão. E é nesse vácuo que visualizou a necessidade de um critério específico que permitisse distinguir com precisão regras de princípios, apresentando como ponto decisivo para a distinção, o critério no qual os princípios são *mandamentos de otimização*, que será analisado a seguir ao exame da teoria de Ronald Dworkin.

A construção teórica de Ronald Dworkin teve como ponto de partida uma crítica ao positivismo jurídico, especialmente na forma defendida por seu antecessor em Oxford, Herbert Hart, sendo seus principais alvos a concepção do Direito como um modelo de regras e a tese da discricionariedade do julgador.

Para Dworkin, a concepção positivista do Direito como um modelo composto exclusivamente de regras não consegue justificar as decisões em casos difíceis, em que os juízes têm de exercer seu poder discricionário, caso em que criam direito novo (DWORKIN, 2010, p.35). Isso porque, segundo o autor,

(...), quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes (DWORKIN, 2010, p. 55).

Em oposição à tese da discricionariedade, Dworkin inclui o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico. “Os princípios vinculariam os juízes naquele espaço em que as regras não fossem suficientes para a solução do caso” (NEVES, 2013, p. 52). Nessa dimensão, além das regras, Dworkin argumenta que o sistema jurídico é composto também por princípios jurídicos que servem como padrões de orientação aos juízes³, atribuindo-lhes traço distinto daquelas.

Destarte, ao explicar o caráter das regras a partir de uma diferença lógica entre estas e os princípios, Dworkin assinala que as regras são aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada” (*all-or-nothing fashion*), isto é, possuem apenas dimensão de validade, pois dados os fatos que uma regra estipula, ou a regra é válida e, portanto, aceita, ou não é válida, não contribuindo para a decisão (DWORKIN, 2010, p. 39). Em outras palavras, as regras simplesmente se aplicam ou não se aplicam aos casos concretos para os quais foram instituídas.

Os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão do peso ou importância. Quando ocorre colisão entre princípios aquele que vai resolver o conflito, no caso concreto, tem que levar em conta a força relativa de cada um, sendo essa dimensão do peso uma parte integrante do conceito de um princípio (DWORKIN, 2010, p. 42-43). As regras não têm essa dimensão. Uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra por desempenhar papel maior na regulação do comportamento, mas, segundo Dworkin, não se

³ DWORKIN (2010, P. 36) esclarece que existem também políticas e outros tipos de padrões, sendo que as políticas estabelecem um objetivo a ser alcançado, em geral, melhoria em determinado aspecto econômico, político ou social da comunidade. Não há necessidade de desenvolver esses elementos nesse artigo.

pode dizer que uma é mais importante que outra enquanto integrantes do mesmo sistema de regras, “de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida” (DWORKIN, 2010, p. 43).

Para saber qual das regras é válida e qual deve ser reformulada e abandonada deve-se recorrer a questões que vão além das próprias regras. Nesse caso, elucida o autor:

Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes (DWORKIN, 2010, p. 43).

Dworkin esclarece, todavia, que a forma de um padrão num sistema jurídico nem sempre deixa claro se ele é um princípio ou uma regra. Por isso, em muitos casos é difícil estabelecer a distinção pelo fato, talvez, de não ter sido firmado de que maneira o padrão deve funcionar. Às vezes, regras e princípios podem desempenhar papéis parecidos e a diferença entre os dois se reduz quase a uma questão de forma. É o caso, por exemplo, de regras contendo termos vagos como razoável, negligente, injusto e significativo. Mas, mesmo que o emprego dessas palavras faz essa regra se parecer mais a um princípio, não se trata de uma regra que se transforma em princípio, “pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o ‘tipo’ de princípios e políticas dos quais pode depender a regra” (DWORKIN, 2010, p. 45).

Assim, os princípios jurídicos identificados como tipos particulares de padrões diferentes das regras atuam de modo mais vigoroso nos casos judiciais difíceis. Os princípios têm “um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares” (DWORKIN, 2010, p. 46).

Em contraponto a tese de Dworkin de que os princípios servem para encobrir o espaço da discricionariedade que no modelo positivista de regras o juiz disporia para decidir, Marcelo Neves afirma que a mesma constitui-se uma ilusão principiológica, ao argumento de que “o problema não reside na discricionariedade, mas sim na forma seletiva de estruturação da

complexidade” (NEVES, 2013, p. 56-57). Isso porque, segundo ele, nos procedimentos normativos já há uma estruturação seletiva de expectativas normativas na sociedade sobre quais são os direitos e os deveres, além da interpretação dos textos constitucionais e legais e sua concretização que implicam em nova seleção para definir-se quais os deveres e direitos instituídos na Constituição e nas leis.

Por isso, diz Neves, não se trata de uma questão de discricionariedade nem de única resposta correta, pois avalia que os princípios, no processo de concretização da Constituição, além de ter maior capacidade de estruturar a complexidade desestruturada do espaço do sistema jurídico, eles enriquecem a cadeia argumentativa do ponto de vista interno do direito, possibilitando uma maior adequação do argumentar jurídico à complexidade da sociedade. Nesse espaço, as regras, por sua vez, reduzem a complexidade dos princípios, possibilitando passar do estágio de incerteza inicial para a certeza final do procedimento de solução do caso (NEVES, 20103, p. 58).

Do mesmo modo em que as regras, segundo o entendimento de Humberto Ávila, não são aplicadas seguindo o modelo do “tudo ou nada”, uma vez que devem passar por um processo interpretativo tanto quanto os princípios. Na expressão de Ávila:

Isso (...) importa dizer que a característica específica das regras (implementação de consequência pré-determinada) só pode surgir *após a sua interpretação*. Só aí é que podem ser compreendidas quais as consequências que, no caso de sua aplicação diante do caso concreto, serão *supostamente* implementadas. Vale dizer: 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 consequências, de um processo prévio – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante das circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam. A única diferença contestável continua sendo o *grau de abstração anterior à interpretação* (cujas verificações também dependem de prévia interpretação): no caso dos princípios, o grau de abstração é maior relativamente à

norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente à uma situação específica (p. ex. princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras, as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação (ÁVILA, 2001, p. 14).

Inspirada em Dworkin, outra concepção sobre a temática a dominar os espaços de discussão nos ambientes jurídicos é a estruturação teórica elaborada por Robert Alexy, para quem o critério específico para distinguir com precisão princípios de regras é a definição dos princípios como *mandamentos de otimização*.

3. Princípios como Mandados de Otimização

A tese de Dworkin é o pressuposto direto da teoria dos princípios de Alexy que faz uma abordagem que vai ao centro da distinção entre regras e princípios, precisando ainda mais o conceito de princípios. Para ele, o ponto decisivo é que os princípios jurídicos “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2014, p. 90). Ou seja, os princípios são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus e que sua medida de satisfação, além das possibilidades fáticas, depende das possibilidades jurídicas quando de sua aplicação efetiva, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes.

No caso das regras, ocorre o contrário. As regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. A regra válida exige que se faça o que ordena, contendo, portanto, determinações na esfera daquilo que é fática e juridicamente possível. Elas são, por conseguinte, mandamentos definitivos. No aspecto, significa dizer “que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio” (ALEXY, 2014, p. 91).

Para Alexy, a diferença entre ambos mostra-se com maior nitidez nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras, momento em que duas normas se aplicadas isoladamente conduziriam a resultados inconciliáveis entre si, isto é, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios (ALEXY, 2014, p. 92).

A solução de um conflito entre regras é possível somente se introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras, ou se uma das regras for declarada inválida e, neste caso, deve ser extirpada do ordenamento jurídico. Se em um determinado caso, porém, verifica-se a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas contraditórias entre si sem que seja possível eliminá-las por meio de uma cláusula de exceção, uma delas deve ser declarada inválida. Este problema, conforme Alexy, pode ser resolvido por meio de regras *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, sendo possível também proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito (ALEXY, 2014, p. 93). A decisão é, portanto, uma decisão sobre validade.

Já se dois princípios entram em colisão, um deles terá que ceder, como por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, é permitido, sem, contudo, que o princípio cedente seja declarado inválido nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que “nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência” (ALEXY, 2014, p. 94). Em outras palavras, a realização completa de um determinado princípio muitas vezes é obstada pela efetivação de outro princípio. No caso concreto, portanto, a colisão entre princípios deve ser resolvida por meio de um sopesamento para se chegar a um resultado ótimo.

O objetivo desse sopesamento, segundo Alexy, é definir qual dos interesses conflitantes, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto. Isso significa que muitas vezes para se chegar a um resultado ótimo faz-se necessário restringir a realização de um dos princípios. Ou seja, um princípio restringe as possibilidades jurídicas da concretização de outro.

No caso concreto, essa situação consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, que estabelece “fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária” (ALEXY, 2014, p. 96).

Nesse contexto, Alexy explica que a base do argumento de princípio forma a distinção entre regras e princípios, apontando ainda que:

[r]egras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra. A forma de aplicação de regras é a subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever *prima-facie* (...). Eles colidem com outros princípios. A forma de aplicação ideal para eles típica é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo ALEXY, 2008, p. 37).

Com efeito, esse critério utilizado por Alexy indica uma característica importante do distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios.

3. Caráter *Prima Facie* das Regras e dos Princípios

Os princípios não contêm um caráter de definitividade como as regras e, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face de seus princípios colidentes e das possibilidades fáticas, mas determinam que algo seja realizado na maior medida possível, levando em conta as possibilidades jurídicas e fáticas no caso concreto. Desse modo, eles não possuem um ‘mandamento definitivo’, mas apenas *prima facie*. Os princípios representam razões que podem ser deslocadas por razões opostas, cuja forma pela qual deve ordenar essa relação de razão e contrarrazão não é determinada pelo próprio princípio. Ao contrário, as regras possuem “uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”. Se essa determinação não falhar, “vale definitivamente aquilo que a regra prescreve” (ALEXY, 2014, p. 104).

A par disso, em um primeiro momento, pode-se visualizar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie* e as regras um caráter definitivo. Contudo, o modelo apresentado por Alexy é distinto daquele defendido por Dworkin, para quem as regras válidas devem ser aplicadas de

modo tudo-ou-nada (*all-or-nothing*), ao passo que os princípios contêm razões que indicam uma direção, sem ter necessariamente como consequência determinada decisão.

O modelo diferenciado proposto por Alexy, cujo caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido também no âmbito dessa estrutura, deriva da possibilidade de se introduzir uma cláusula de exceção em uma regra para a decisão de um caso, o que determinará a perda de seu caráter definitivo à maneira do tudo ou nada sustentado por Dworkin, no sentido de que na hipótese de colisão entre regras, uma delas deverá ser considerada inválida. Assim como a inserção de uma cláusula de exceção pode ocorrer também em virtude de princípios.

Alexy preleciona, todavia, que o caráter *prima facie* que uma regra adquire ao perder seu caráter definitivo estrito é bem diferente do caráter *prima facie* de um princípio, pois este ao ceder lugar em um determinado caso, é atribuído um peso maior a um outro princípio antagônico. Enquanto que uma regra “não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra” (ALEXY, 2014, p. 105).

Para que uma regra seja superada nessas condições, Alexy diz que:

É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios formais”. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie* (ALEXY, 2014, p. 105).

Ademais, o fortalecimento do caráter *prima facie* dos princípios por meio de uma carga argumentativa a seu favor não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras. Este se apoia na existência de decisões tomadas por autoridades competentes ou decorrentes de uma prática reiterada, e, por conseguinte,

“continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte” (ALEXY, 2014, p. 106).

Nessa dimensão, Alexy mostra que o que diferencia os princípios das regras é o fato de que esses serão sempre razões *prima facie*, ao passo que as regras serão, se não houver cláusula de exceção, razões definitivas (ALEXY, 2014, p. 106). Ele considera as regras e os princípios como razões para normas e, os princípios indiretamente também razões para ações, bem como podem servir de razões para decisões concretas tanto quanto as regras, proibido e permitido. Os princípios, porém, conferem apenas direitos *prima facie* se considerados isoladamente. Daí Alexy dizer que:

[d]ecisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma regra. Nesse sentido é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas (ALEXY, 2014, p. 108).

Com efeito, Alexy busca demonstrar que os princípios jurídicos são apenas razões diretas para regras e, de forma indireta, razões de juízos concretos de dever ser, ao contrário das regras que poderão sempre operar como fundamento imediato de uma decisão.

Nessa medida, quando da aplicação de princípios jurídicos como forma de resolução de casos concretos, em face da indeterminação semântica, sua especificidade máxima *prima facie* “seria flexibilizada em consideração a outras razões *prima facie* derivadas de outros princípios jurídicos envolvidos. Assim, as razões *prima facie* dos princípios jurídicos, da máxima realização da ordem, seriam realizadas na prática de maneira gradual” (MORAES; TRINDADE, 2012, p. 153).

A exigência de aplicação máxima imposta aos princípios jurídicos importa a provocação frequente de colisão entre seus comandos, sendo que a solução para essa colisão reside no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios com base que fixará qual prevalecerá no caso concreto.

Para Alexy, as colisões surgem do momento da passagem do mundo do dever-ser ideal para o do dever-ser definitivo ou real. Aqui é o ponto crucial das decisões em relação ao peso dos princípios, isto é, da fixação de relações de preferência.

Na observação de Humberto Ávila, a questão dos princípios serem definidos como deveres de otimização e, por isso, seu conteúdo deve ser aplicado na máxima medida, merece temperamentos. Isso porque, segundo ele, para demonstrar esse conteúdo, necessário se faz investigar quais as espécies de colisão entre os princípios, já que se relacionam de diversos modos. Os princípios estipulam *fins* a serem perseguidos, sem determinar, de antemão, quais os meios a serem escolhidos. Assim, por exemplo, quando a realização do fim estabelecido por um princípio sempre levar à efetivação do fim estipulado pelo outro “não há o dever de realização “na máxima medida”, mas o dever de realização estritamente necessária à implementação do fim instituído pelo outro princípio” (ÁVILA, 2001, p. 16).

Nesse ponto, Virgílio Afonso da Silva diverge da leitura de Ávila por entender que na aplicação concreta dos princípios, “o dever definitivo poderá diferir do dever *prima facie* expressado pelos princípios isoladamente considerados”, afirmando que:

[a]quele dever definitivo terá, sim, que ser realizado “no todo”, mas isso não significa que a distinção entre regras e princípios seja afetada, pois não é o “conteúdo de dever-ser” *dos princípios* que estará sendo realizado “no todo”, mas somente o “conteúdo de dever-ser” *de uma regra* que terá surgido como produto do sopesamento entre princípios colidentes e que, frise-se, valerá somente para aquele caso concreto ou para casos cujas possibilidades fáticas e jurídicas sejam idênticas. O dever que os princípios expressam continuará sendo um dever apenas *prima facie*, a ser realizado na medida ótima diante das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto (SILVA, 2003, p. 622-623).

Nessa dinâmica, o construto teórico de Robert Alexy surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras para solução de conflitos, especialmente nos direitos fundamentais, onde ambas as formas são agrupadas em uma norma constitucional de caráter duplo.

4. O Duplo Caráter das Normas de Direitos Fundamentais

A teoria de Alexy objetiva posicionar a estrutura distintiva de regras e princípios no constitucionalismo, em especial nos direitos fundamentais expressamente albergados nas Constituições modernas no Estado Democrático de Direito.

Para Alexy as normas de direitos fundamentais não podem ser compreendidas apenas como regras ou apenas como princípios. “Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo” (ALEXY, 2014, p. 144).

O caráter duplo das disposições de direitos fundamentais é adquirido, segundo Alexy, pelo fato de que estas podem ser consideradas “não somente como uma positivação e uma decisão a favor de princípios, mas também como a expressão de uma tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos” (ALEXY, 2014, p. 139). Dessa forma, quando, “por meio de uma disposição de direito fundamental, é fixada alguma determinação em relação às exigências de princípios colidentes, então, por meio dela não é estabelecido somente um princípio, mas também uma regra” (ALEXY, 2014, p. 140).

A vinculação de ambos os níveis exsurge “quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos” (ALEXY, 2014, p. 141). O propósito de sopesamento é definir qual dos interesses que abstratamente estão no mesmo nível tem maior peso num determinado caso concreto.

Nesse contexto, o problema que emerge é a questão da hierarquia entre os dois níveis – regras e princípios – na Constituição. Alexy afirma que:

A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com regras bastante

distintas. Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios” (ALEXY, 2014, p. 140).

No entanto, Alexy assevera que essa relação de primazia entre o nível das regras e o dos princípios não é uma primazia estrita, porque, na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, somente se “as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor da Constituição possa ser afetado” (ALEXY, 2014, p. 141).

Essa premissa é sustentada pelo autor com escora na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a qual demonstra que a submissão a todas as decisões do legislativo constituinte “não pressupõe uma primazia inafastável das determinações fixadas pelo texto constitucional”. Como exemplo, ele cita a decisão em um caso envolvendo farmácias, em que de acordo com o texto da Constituição alemã sobre o direito de liberdade de escolha profissional, diversamente do que ocorre com o exercício profissional, não está sujeita a nenhum tipo de reserva (ALEXY, 2014, p. 140).

Em outras palavras, caso se esteja diante de condições sob as quais os princípios colidentes tenham maior peso, justifica-se o desvio do teor literal estabelecido no nível da regra no caso concreto.

De acordo com Alexy, portanto, as normas que asseguram direitos fundamentais possuem um caráter duplo, isto é, são atribuídos às disposições desses direitos tanto regras quanto princípios.

5. Conclusão

Dworkin e Alexy têm como mote de suas discussões a distinção entre regras e princípios, com o propósito de elucidar a natureza dos princípios e o modo como operam no raciocínio jurídico, especialmente no do julgador. O sistema de regras e princípios que compreendem espécies de gênero norma foi

desenvolvido por ambas as correntes para resolver casos difíceis (*hard cases*), a partir da insuficiência da teoria positivista e do método de subsunção para enfrentar o problema.

Nesse contexto, o modelo de princípios de Dworkin visa permitir que o julgador encontre uma única resposta correta nos casos em que somente as regras não são suficientes para determiná-la. Para o autor norte-americano, o principal traço distintivo entre regras e princípios é que estes, ao contrário das regras que possuem apenas dimensão de validade, possuem também a dimensão do peso ou importância. No caso de colisão de princípios tem prevalência aquele que for mais importante para o caso concreto.

A mais influente, todavia, é a teoria de princípios de Robert Alexy, cujo ponto central da distinção entre regras e princípios culminou por constituir a base para o fundamento de decisão jurídica para casos difíceis, em especial, para solução de problemas de colisão de direitos fundamentais.

Com escopo em uma distinção qualitativa, tributável, em parte, a atribuição de uma dimensão do peso apresentada por Dworkin, Robert Alexy define regras como mandamentos definitivos, isto é, como normas que sempre podem ser cumpridas ou não cumpridas e princípios como mandamentos de otimização, ou seja, como normas que ordenam que algo seja realizado em maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Para a colisão de princípios, o autor propõe o caminho da ponderação, na qual, uma vez, um princípio pode receber a primazia, outra vez, o outro pode obter a preferência, no caso concreto. Na hipótese de conflitos entre regras, a solução implica a invalidade de uma das regras ou criação de uma cláusula de exceção.

Em suma, a teoria dos princípios de Alexy constitui o núcleo da abordagem jurídica como contributo para a tarefa de oferecer resposta para *hard cases*, especialmente casos de colisões de direitos fundamentais, que deverá ser alcançada pelo julgador por meio de argumentação racional e fundamentada.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/>>. Acesso em: 20 maio. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MORAES, Fausto Santos; TRINDADE, André Karan. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. **Revista SJRJ**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, p. 147-166, dez. 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1, p. 607-630, 2003.

Endereço Postal:

Programa de Pós-Graduação em Filosofia
Av. Ipiranga, 6681 – Prédio 5 – Sala 608
CEP: 90619-900 – Porto Alegre – RS

Data de Recebimento: 21 de julho de 2014;

Data de Aceite para Publicação: 29 de julho de 2014;