

XII

PRINCÍPIOS: A regra do sopesamento de Robert Alexy como método de delimitação da competência legislativa do município¹

Principles: The rule of weighing of Robert Alexy as means to delimitation of local authority

Marina Soares

Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Advogada. Email: marisoares13@hotmail.com

Recebido em 08.04.2013

Aprovado em 15.06.2013

RESUMO: O tema do presente artigo versa sobre a utilização da regra do sopesamento dos princípios como método para definir a competência legislativa do município, tendo em vista a abrangência da expressão “assunto de interesse local”. Inicia-se informando a noção de princípio, observando a ruptura de paradigmas na sociedade contemporânea e a transição da concepção positivista para a pós-positivista no que se refere ao conceito de direito, que leva ao reconhecimento do caráter normativo dos princípios. É apresentada a teoria de Ronald Dworkin, a qual teve fundamental importância no estudo dos princípios. Após, é estudada a teoria dos princípios de Robert Alexy formulada dentro da sua teoria dos direitos fundamentais, com a sua diferenciação entre princípios e regras, e utilizando a máxima da proporcionalidade para definir a competência legislativa do Município.

Palavras-chave: Pós-positivismo jurídico; conflito normativo; proporcionalidade; competência legislativa municipal.

ABSTRACT: The theme of this paper discusses the use of the rule of the weighing of the principles as a method to define the legislative powers of the municipality, in view of the

¹ Principles: The Weight Formula By Robert Alexy As A Method of Limits of Legislative Powers of The City

scope of the term "expression of local interest", observing the break of paradigms in contemporary society and the transition from design to post-positivist positivistic in relation to the concept of law, which leads to recognition of the normative principles. The objective of this research is to demonstrate the importance of such recognition at this time of transformation undergone by contemporary society, particularly in light of new constitutionalist perspective. It presented the theory of Ronald Dworkin, which was of decisive importance in the study of the principles. After it is studied the theory of the principles of Robert Alexy studied in his thesis on fundamental rights, in which differentiation is made between principles and rules, and by this method to define the legislative powers of the municipality.

Keywords: Post-legal positivism; normative conflict; proportionality; legislative competence municipal.

SUMÁRIO: 1 Introdução - 2 Interpretação Constitucional: A Importância Na Delimitação Da Competência Legislativa Municipal – 3 A Relevância Dos Princípios Na Interpretação Constitucional E Sua Contextualização – 3.1 Noção De Princípios; 3.2 A Positivização Dos Princípios; 3.3 A Inclusão Dos Princípios Na Constituição – 3.4 O Novo Modelo De Direito E As Constituições – 4 Análise Teoria Dos Princípios De Dworkin E Alexy: Um Método De Interpretação; 4.1 A Teoria Dos Princípios De Ronald Dworkin; 4.2 A Teoria Proposta Por Robert Alexy; 4.2.1 Princípios E Regras: Distinção Entre Normas; 4.2.2 Conflitos De Regras; 4.2.3 Colisão De Princípios; 4.2.4 A Máxima Da Proporcionalidade Como Forma De Solucionar A Colisão Entre Princípios; 4.2.5 A Razoabilidade E A Proporcionalidade Em Sentido Estrito (Possibilidade Jurídica): Sopesamento – 5 A Máxima Da Proporcionalidade Como Método De Definição Da Competência Legislativa Municipal – 6 Conclusão – 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com o novo enfoque dado aos princípios no pós-positivismo a relevância do seu estudo cresceu na ciência jurídica. No que se refere à delimitação da competência legislativa do Município na Constituição Federal de 1988 reclama especial acuidade no estudo da atual função dos princípios no ordenamento jurídico, pois a norma do art. 30, I, da Constituição pátria previu para a municipalidade competência para legislar sobre “*assunto de interesse local*”, expressão que se revela abrangente e

vem gerando, ao longo do tempo, inúmeras controvérsias na doutrina e jurisprudência, havendo posições diametralmente opostas, umas no sentido de considerar-se excluída da competência municipal tudo aquilo que estiver previsto como competência privativa da União, outras, de que a tentativa de reducionismo anula a própria autonomia municipal.

Dúvidas não remanescem de que a solução para o problema está intrinsecamente ligada ao estudo dos princípios, pois envolve o princípio federativo, o princípio da autonomia municipal e o princípio da igualdade. Por tal razão, a análise prévia dos princípios na sociedade contemporânea, no contexto da ruptura de paradigmas, principalmente no que concerne ao conceito de direito torna-se necessária. É o que se propõe neste artigo: a apresentação da noção de princípio, a compreensão da transição da concepção positivista para a pós-positivista no que se refere ao conceito de direito, sobretudo diante da nova perspectiva constitucionalista.

Para cumprimento do desiderato, propõe-se o presente artigo ao estabelecimento de parâmetros para delimitação da competência legislativa municipal, tomando-se por base a hermenêutica constitucional, realizando-se um estudo dos princípios com fundamentado na teoria de Ronald Dworkin, bem como a teoria dos princípios de Robert Alexy formulada dentro da sua da teoria dos direitos fundamentais, demonstrando-se que a diferenciação entre princípios e regras vai além do aspecto da generalidade, mais bem elucidada a partir do método utilizado para solucionar a colisão entre princípios e o conflito entre regras.

A teoria de Alexy tem especial relevância para este trabalho, justamente por delinear a solução para a colisão de princípios, já que a

delimitação da matéria de competência legislativa do Município envolve a análise princípios constitucionalmente estabelecidos.

2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A IMPORTÂNCIA NA DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL

A interpretação constitucional, estudada pela hermenêutica, consiste em desvendar as mensagens escritas na Constituição para revelar o alcance dos símbolos lingüísticos descritos nas suas normas, a fim de identificar os contornos da sua vontade. Em outras palavras, o objetivo da atividade interpretativa é extrair as finalidades supremas dos preceitos constitucionais para torná-los efetivos e harmônicos entre si.

É certo que o texto constitucional não pode dispensar interpretação, pelo próprio caráter dinâmico da sociedade, pela eterna mudança nas concepções e da própria realidade, o que impõe a atualização dos conceitos jurídicos para que a interpretação tenha signos unívocos.

Ao promover um estudo sobre um fenômeno jurídico é fundamental para o alcance do resultado a utilização de um método, para que as ideias estejam ordenadas de forma clara, favorecendo o entendimento pela comunidade jurídica.

Os métodos de interpretação são inúmeros, cada um com sua justificativa, devendo o intérprete utilizar o mais adequado ao estudo a ser realizado, com vistas a garantir a sua legitimidade, bem como a manter a segurança jurídica para que a solução do conflito se mantenha afastada do subjetivismo do intérprete, uma vez que o resultado interpretativo lançará

efeitos para toda coletividade e para o próprio Estado, por ser a Constituição a estrutura fundamental deste.

No estudo ora realizado, a metodologia sistematizada de Canotilho² o mantém próximo de tal desiderato:

Através da metódica constitucional investigam-se os procedimentos de realização, concretização e cumprimento das normas constitucionais. Este desiderato metódico – realizar concretizar, aplicar, cumprir as normas constitucionais – exige uma metódica tridimensional. Pretende-se: (1) saber como se estruturam as regras e princípios da Constituição positivamente vigente – teoria da norma constitucional; (2) captar todo o ciclo de realização das normas constitucionais desde o estabelecimento do texto da norma (teoria do poder constituinte) até a sua concretização pelo legislador ordinário e pelos órgãos de aplicação do direito – administração e juízes –, o que pressupõe uma teoria da legislação, uma teoria da decisão administrativa e uma teoria da decisão judicial; (3) oferecer princípios hermenêuticos e de argumentação de forma a possibilitar um procedimento concretizador, racional e objetivamente controlável (teoria da interpretação, teoria da argumentação, hermenêutica).

Por sua vez, Celso Bastos³ afirma a existência de alguns postulados constitucionais que devem fazer parte do no processo interpretativo que são extraídos da experiência, da lógica, da evolução histórica, do surgimento e desenvolvimento do próprio constitucionalismo, quais sejam: supremacia da Constituição; unidade da Constituição; maior efetividade possível e harmonização.

O postulado da supremacia da Constituição não se mostra com tanta relevância neste trabalho, posto que as regras e princípios sob apreciação são todos genuinamente da Lei Maior. O da unidade constitucional aponta que a Constituição é um todo indivisível não se admitindo contradição e

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Editora Almedina, p. 1117.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 171.

conflito entre as suas normas, as quais estão em igualdade de posições. O postulado da máxima efetividade requer que seja atribuído o sentido que dê maior eficácia à norma. E, por último, a harmonização objetiva a conformação das normas constitucionais, de forma que nenhuma delas seja sacrificada totalmente.

É nesse contexto que se insere o objeto deste estudo – limites da competência legislativa do Município –, o qual se desenvolve a partir da análise dos princípios constitucionais, pelo caráter de fundamentalidade destes dentro do sistema jurídico, bem assim das regras, mantendo-se a unidade, efetividade e harmonia do sistema constitucional.

3 A RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO

O direito é uma das mais complexas áreas das chamadas ciências sociais. Por tal razão, o estudo do direito não tem gerado respostas universais. Muitas são as teses formuladas sobre um mesmo tema. Com os princípios não é diferente, aliás, talvez seja este um dos temas mais polêmicos.

Grande predicado atribuído ao direito é a existência de segurança jurídica. Não se pode negar ser esta um fundamento para o conceito estrutural de direito existente, bem como ter ela sido uma conquista advinda do positivismo jurídico.

A partir deste, os princípios foram idealizados como informadores na elaboração das legislações e supridores de eventuais lacunas legais, cuja principal função estava resumida à orientação para atingir a fiel

interpretação do ordenamento jurídico. Sob essa ótica, os princípios não possuiriam o aspecto da normatividade.

Contudo, os princípios cresceram no ordenamento jurídico, mormente quando se iniciou a discussão sobre seu caráter normativo e a inclusão da moral no direito. E, enquanto no positivismo o legislador estava no centro da observação, no pós-positivismo o intérprete assume tal posição.

No particular, Dworkin teve grande participação ao se contrapor a ideia do direito como um sistema exclusivo de regras. Ao analisar a nova visão integralista do direito, Dworkin procura explicação em ensinamentos pós-positivistas sobre aquilo que é entendido como normas jurídicas que se subdividem em regras e princípios para tentar alcançar o fundamento de sua sustentação que é a integridade do direito.

Com o novo enfoque dado aos princípios, a sua relevância cresce para a ciência jurídica, não ficando adstrita ao direito constitucional, mas nos variados ramos do direito, à vista do seu poder de irradiação.

3.1 Noção de princípio

Considera Miguel Reale⁴ que "toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber".

Aristóteles concebeu a Metafísica, que é a ciência que se ocupa das realidades que estão além das físicas, como da pesquisa, das causas e dos princípios primeiros ou supremos, entre outros. Aristóteles enumera

⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 305.

diversos significados para a palavra "princípio", dentre eles: ponto de partida do movimento de algo; ponto de partida de uma ciência; o primeiro elemento da construção de uma coisa, ou no desenvolvimento de um organismo vivo; aquilo que se origina de algo (pais em relação aos filhos); o ponto de partida do conhecimento de algo, como as premissas e as hipóteses.

O mencionado filósofo diz a todos esses significados convergem no sentido de ser “o princípio ou começo de onde algo provém ou é gerado, ou de onde emana o conhecimento; ou seja, como disseram os escolásticos, principium essendi e principium cognoscendi”⁵.

Fábio Konder Comparato⁶ assevera que na Idade Moderna esse sentido foi sendo abandonado, passando a ser usado como causa ou norma de ação. Continua dizendo que

Montesquieu funda todas as suas reflexões políticas na noção de princípio, como mola mestra do funcionamento dos diferentes governos. ‘Há a seguinte diferença entre a natureza do governo e o seu princípio: sua natureza é o que faz ser o que é, ao passo que o seu princípio, o que o faz agir. uma é sua estrutura particular e a outra, as paixões humanas que o fazem mover-se’. [...] ‘Esta distinção é muito importante, e eu deduzirei dela várias consequências; ela é a chave de uma infinidade de leis’. Anote-se, de passagem, que já aí se encontra em germe a distinção entre princípios e regras, estas como dedução daqueles. (grifo nosso)

Comparato afirma que o emprego do termo princípio como norma superior de ação teve início com Leibniz e o seu discípulo Christian Wolf, depois examinado com maior profundidade por Kant. Este (expondo sobre ética, que para ele é a metafísica dos costumes), afirmava “que ‘toda

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 485.

⁶ Id. Ibid.

legislação' compreende duas partes: em primeiro lugar, 'uma lei que representa como objetivamente necessária a ação que deve ser cumprida, isto é, que ela faz da ação um dever; e, secundariamente, um motivo, que liga subjetivamente à representação da lei o princípio de determinação do livre arbítrio a essa ação [...] a segunda parte equivale a dizer que a lei faz do dever um motivo'". Lembrando que para ele a lei era a expressão da vontade geral não confinada ao direito⁷.

Em relação a um sistema de conhecimento, os princípios são suas verdades fundantes, podendo ser discriminados em três grandes categorias. Princípios omnivalentes: válidos para todas as formas de saber; princípios plurivalentes: aplicáveis a vários campos de conhecimento, mas não a todos; e princípios monovalentes: apenas válidos para determinada ciência, como, por exemplo, os princípios gerais de direito⁸.

3.2 A positivação dos princípios

Foi a partir do século XIX que os princípios gerais de direito foram recepcionados pelos códigos de diversos países, embora utilizando expressões diversas. O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-Lei n. 4.657/42, cuja ementa foi alterada pela Lei nº 12.376 de 2010), refere-se expressamente aos princípios gerais do direito na hipótese de lacuna no ordenamento jurídico: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

⁷ Id. Ibid. *Apud* Kant, p. 298, 485.

⁸ Op.Cit. REALE, 1998, p. 305-306.

Maria Helena Diniz⁹ ensina que quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, "o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando princípios gerais de direito, que são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico".

Para Miguel Reale¹⁰, a ideia da obrigatoriedade em seguir a ordem do art. 4º (analogia, costumes e princípios gerais de direito) está ligada à tese da supremacia absoluta da lei, ao exigir a busca por outras normas do ordenamento jurídico positivo para preencher a lacuna antes das outras fontes. Sustenta o autor que o pensamento é equivocado, pois se o juiz identificar de logo que os princípios gerais de direito fornecem uma solução satisfatória, não precisa sequer procurar uma norma para ser aplicada por analogia, por exemplo.

Marcello Ciotola¹¹, analisando os vocábulos, leciona que o termo "princípios" nos dá a ideia de fundamento, origem, razão, causa; "gerais" nos remonta à distinção entre o gênero e a espécie e "direito" refere-se à juridicidade.

Maria Helena Diniz¹² afirma que os princípios gerais de direito decorrem das normas do ordenamento jurídico, funcionando como base de integração do sistema normativo e como limite da atividade jurisdicional, e derivam das ideias políticas e sociais vigentes e reconhecidas pelas nações civilizadas.

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 124-125.

¹⁰ Op. Cit. REALE, 1998, p. 307.

¹¹ CIOTOLA, Marcello. *Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais*. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 31.

¹² Op.Cit. DINIZ, 2002, p. 128-129.

Miguel Reale¹³, por outro lado, cita três tendências principais da origem e fundamento dos princípios gerais de direito: no direito pátrio, estariam implícitos na legislação positiva; no direito comparado, as estruturas sociais e históricas dos diversos povos; e no direito natural, se legitimam como pressupostos de natureza lógica ou axiológica, fundado no valor primordial que é a "pessoa humana, cujo significado transcende o processo histórico".

Entende Carlos Maximiliano¹⁴ a ideia de princípios gerais de direito abrange não apenas a legislação nacional, mas também os princípios filosóficos, não se restringindo ao direito positivo, o direito natural deve ser observado para suprir as lacunas e completar o sentido do texto.

Embora mencionados no artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro como fonte para solucionar a lacuna da lei, não é essa a única função dos princípios gerais de direito. "Em verdade, toda a experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre princípios gerais de direito que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico"¹⁵.

Portanto, uma das funções dos princípios gerais de direito é servir de pilar para todo o ordenamento jurídico, para a própria ciência jurídica. São, para Miguel Reale¹⁶, enunciados normativos genéricos, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, que devem ser observados na aplicação, integração e elaboração de novas normas.

¹³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 308-318.

¹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 242.

¹⁵ Op. Cit. REALE, 1998, p. 317-318.

¹⁶ Id. Ibid., 1998, p. 306.

3.3 A inclusão dos princípios na Constituição

No século XIX foi criada a escola positivista que objetivou trazer o raciocínio para o direito com o mesmo rigor lógico das ciências exatas, cujo primeiro pensador foi Augusto Comte, na França¹⁷.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato:¹⁸

No positivismo jurídico, opera-se da mesma forma uma redução ou simplificação da vida social, não já sob a forma de estruturas superpostas, mas de compartimentos estanques: o direito, como sistema normativo, existe independentemente da moral, da realidade econômica ou das formas de organização política. A visão de mundo dos profissionais do direito, em consequência, deve-se restringir ao ordenamento normativo, entendido como um sistema bastante a si mesmo.

Hans Kelsen com a sua “teoria pura do direito” procurou adotar a exatidão do raciocínio para garantir a cientificidade ao direito, cujo objeto deveria estar adstrito aos textos normativos, afastados os juízos de valor e a própria justiça.

Registre-se, todavia, que Kelsen¹⁹, ao reafirmar o seu enunciado acerca da necessidade de ser o direito analisado sob a perspectiva de uma teoria pura, que é falsa a afirmação de que o direito não possui ligações com a moral, a política, a sociologia, mas que um estudo metodológico acerca do direito precisa excluir estes elementos.

A teoria pura do direito tal como proposta por Kelsen é um método de considerar o direito, não uma teoria de justiça ou uma teoria da moral²⁰.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 350.

¹⁸ Id. Ibid.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1-3.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la teoria del derecho*, Valencia: Fernando Torres Editor, p. 125-126.

“A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral”²¹.

Ao assumir o positivismo jurídico de Kelsen²² a tese de separação entre o direito e a moral, exige que o direito seja definido de modo a não contemplar elementos de moralidade. Não há, portanto, necessidade de serem as determinações de condutas de ambos congruentes. “Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral”.

Em outras palavras, em razão de serem as esferas do direito e da moral separadas, na teoria pura do direito uma conduta jurídica pode ser considerada válida de maneira independente de sua concordância com a moral.

Com isso, os positivistas fizeram do “sistema jurídico uma simples técnica de manifestação da vontade dominante, no meio social, quaisquer que sejam as finalidades perseguidas pelos que exercem essa dominação”. Ou seja, não há direito fora do Estado e a legitimidade de suas normas deve ser aferida pela sua regularidade procedimental²³.

Embora manifesta a superação do positivismo jurídico puro, a sua contribuição para a concepção formal de Constituição foi igualmente inegável, bem como para a consagração da sua importância no ordenamento jurídico, pois o sistema jurídico criado por Kelsen a colocou, formalmente, na posição de fundamento de validade das demais normas hierarquicamente inferiores.

²¹ Op. Cit. KELSEN, 1998, p. 75.

²² Op. Cit. REALE, 1998, p.76.

²³ Op. Cit. COMPARATO, 2006, p. 353.

No particular, Paulo Bonavides²⁴ refere-se a três fases da juridicidade dos princípios: jusnaturalista, positivista e pós-positivista. Na primeira, os princípios eram considerados como sendo abstratos e de baixa ou nenhuma normatividade, também chamados de axiomas jurídicos, inspirados nos postulados de justiça, verdades objetivas da lei divina e humana.

A ideia permaneceu até a Escola Histórica do Direito, quando perdeu o crédito por sua formulação axiomática. É com o positivismo que os princípios ganham vulto ao serem recepcionados pelos códigos, cujo papel passou a ser de fonte normativa subsidiária. Informam o direito positivo e servem como fundamento.

Contudo, a doutrina majoritária os considerou como carentes de normatividade ou como normas mais gerais. A última fase na teorização dos princípios, segundo o mesmo autor, é a do pós-positivismo, relacionado aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX.

Os princípios ao serem transferidos dos códigos para as Constituições, convertem-se em fonte primária de normatividade, fundamentos de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais²⁵.

3.4 O novo modelo de direito e as constituições

No tempo referido acima, o papel das constituições era o de organizar o poder político do Estado e, essencialmente, definir o procedimento adequado para que fossem as legislações criadas. Entretanto,

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, p.256.

²⁵ Id. Ibid. p. 259-283.

a intervenção na ordem de direito material era mínima, geralmente quanto às atribuições de liberdades públicas dos indivíduos²⁶.

Esta ideia de constituição estava ligada à tese da lei como única fonte normativa, preconizado pelo positivismo jurídico clássico, pelo Estado de Direito.

Tal como afirmado alhures, direito legítimo é aquele que veio das esferas legislativas juridicamente dadas, ou seja, o procedimento formalmente previsto era o que conferia legitimidade ao direito. Contudo, a realidade é mais complexa, difícil de ser alcançada por completo pelo legislador.

Essa concepção de que Estado era capaz de impor vontades por meio de um aparato legislativo, não mais se coaduna com o ideário da sociedade contemporânea, marcada pelo pluralismo de forças políticas e sociais, com heterogeneidade de valores e interesses expressados nas leis²⁷.

Nesse momento histórico, a lei já não representava uma expressão “pacífica” de uma sociedade política e internamente coerente, passa a ser um ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares²⁸.

Em outras palavras, a lei deixa de garantir, de forma absoluta, a estabilidade do sistema social, pois, ao assumir a característica de ser direcionada a certos grupos particularizados, termina como instrumento causador de instabilidade.

²⁶ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25, e ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 33-41.

²⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 34-49.

²⁸ *Ib.* *Ibid.* p. 38.

Surge, então, a concepção do Estado Constitucional, caracterizado pela possibilidade de serem todos os poderes, inclusive o legislativo, limitados e controlados, também fundado na ideia de supremacia da lei, embora condicionada.

Havia a ideia de um “submetimento completo do poder ao Direito, à razão: o império da força da razão, frente a razão da força.” Porém, houve uma retração do direito puramente legislativo, em parte pelo fundamento da criação legislativa de inúmeras leis cujo caráter era “setorial e temporal”²⁹.

Doutra parte, Estado constitucional estabeleceu ainda um catálogo de direitos fundamentais. Tais direitos passaram a ser considerados como superiores às próprias decisões do Estado. Essa substituição do modelo estatal trouxe nova função às Constituições, que passaram a instituir freios aos desígnios do poder estatal, mediante a assunção de normas de direito superiores (direitos fundamentais), obrigatórias inclusive ao legislador. Passam a ter força normativa vinculante ao idealizar essa pretensão de eficácia³⁰.

A ideia ganha corpo com a consideração de que a Constituição, como norma fundamental de um ordenamento jurídico, impõe a todos, inclusive ao Estado, padrões de direitos e, essencialmente, de deveres, cujo argumento esta na sua força normativa, irradiada, sobretudo, através das normas designadas princípios. Percebe-se com isso uma modificação na estrutura da ordem jurídica, já que a supremacia da lei deu lugar à

²⁹ ATIENZA, Manuel. *Argumentacion jurídica y Estado constitucional*, in *Novos Estudos Jurídicos*, n. 1, vol. 9, janeiro/abril, p. 9-20.

³⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 5, e Op. Cit. ZAGREBELSKY, 1995, p. 39-41.

supremacia da Constituição, que se transforma em fundamental dos assuntos concernentes às discussões de justiça dentro de uma ordem jurídica.

Feitas tais considerações, conclui-se que a teoria do constitucionalismo, ao acolher em seu núcleo direitos fundamentais, precisou rever determinados conceitos ensinados pela teoria positivista clássica, mormente por reconhecer a força vinculante dos princípios jurídicos.

4 ANÁLISE TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE DWORKIN E ALEXY: UM MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO

Na década de setenta o estudo dos princípios jurídicos e da distinção entre princípios e regras sofreu significativa mudança a partir das obras de Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1977) e Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, 1984), apesar de já haver estudos tratando do tema desde 1941³¹.

4.1 A teoria dos princípios de Ronald Dworkin

Dworkin traz uma idéia de integridade, inovando com uma doutrina que questiona como deve ser compreendido o direito. Na visão dworkiana, o direito deve ser compreendido como um complexo de normas que tem como peculiaridade o poder de apresentar soluções jurídicas a quaisquer situações de fato, mesmo que tais casos pareçam não estarem regulados

³¹ 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, 2003, p. 609.

diretamente pelo ordenamento jurídico, por isso, sendo exigido que o direito seja visto como um sistema completo.

A visão de Dworkin³² contrapõe a ideia do positivismo, por considerar equivocada a consideração do direito como um sistema composto exclusivamente de regras, ignorando os princípios.

Ao analisar a nova visão integralista do direito, Dworkin³³ procura explicação em ensinamentos pós-positivistas sobre aquilo que é entendido como normas jurídicas que se subdividem em regras e princípios para tentar alcançar o fundamento de sua sustentação que é a integridade do direito.

Portanto, o conceito de direito para Dworkin³⁴ é composto de duas variáveis distintas que são as regras e os princípios. As regras são normas válidas ou inválidas apenas pelo fato de estarem de acordo ou não com a norma de reconhecimento que Dworkin chama de “teste de pedigree”.

O princípio não obtém sua validade pela recondução a uma norma fundamental ou a uma norma de reconhecimento, mas é retirado da praxis do tribunal ou de um conjunto de regras e tem sua validade declarada no caso concreto e somente nesta instância poderá ter também o seu peso avaliado³⁵.

Para o doutrinador, a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. As regras "são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta

³² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.35-36.

³³ Id. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 27-28.

³⁵ Op. Cit. DWORKIN, 2007, p. 36.

que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão".

Por sua vez, o princípio enuncia "uma razão que conduz o argumento em uma certa direção". Embora reconheça que pode haver outro princípio que argumentando na direção oposta. Pode ser, então, que aquele princípio não prevaleça, "mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo".

Continua afirmando que outra diferença, derivada da primeira, é que os "princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou de importância". Deve-se levar em consideração no caso concreto a força relativa de cada princípio. Regras não têm essa dimensão. Não se pode dizer que "uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras".

Um princípio como "nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos" enuncia uma razão que conduz o argumento em certa direção, inclusive pode haver outros princípios que, ponderados em conjunto com o primeiro, levará a questão para outro entendimento³⁶.

As regras não possuem a dimensão do peso ou importância dos princípios. Quando princípios colidem, deve-se levar em consideração a força relativa de cada um e a prevalência daquele que vai solucionar o conflito.

³⁶ Id. Ibid., p. 39-43.

Na teoria de Dworkin, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar uma alteração para deixar de aplicar a regra específica em determinado caso, pois as regras sucumbiriam à força dos princípios.

A proposta de Dworkin é inovadora. Transforma profundamente o cenário do estudo das normas jurídicas em relação à perspectiva do positivismo. O processo de interpretação é complexo, e o é justamente para atender à complexidade da sociedade contemporânea.

Essa ideia bem se coaduna também à nova concepção de sistema jurídico proposta por Luhmann, para quem somente o fechamento operacional para utilização de técnicas interpretativas adequadas, pode garantir a abertura para a cognição e a redução da complexidade³⁷.

4.2 A teoria proposta por Robert Alexy

Em sua obra denominada de Teoria dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy³⁸ oferece uma distinção entre regras e princípios a partir da análise feita por Dworkin. Para ele regras e princípios são espécies de normas. "Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição".

Por sua vez, Alexy vislumbra uma diferença qualitativa entre os princípios e regras, fora do alcance da visão mais comum de que a distinção entre ambos está relacionada ao "grau de generalidade, abstração

³⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 130-137.

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 87, nota 27.

ou de fundamentalidade”. Sobre o assunto, é interessante o seguinte esclarecimento de Virgílio Afonso da Silva³⁹:

Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil. Por fim, há aqueles que, por diversas razões, rejeitam a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios.

No particular, insta realçar que, no artigo ora referido, Virgílio Afonso da Silva critica a posição de Humberto Ávila sobre a questão, contrapondo-se ao argumento de que existe entre os princípios e as regras uma simples distinção no seu grau de abstração, aqueles mais abstratos do que estas, ambos submetidos a um exercício de interpretação. Desse modo, nenhuma serventia teria a ideia de que a aplicação das regras segue a lógica do ‘tudo-ou-nada’.

Assinala Virgílio Afonso da Silva, contudo, que o uso termo ‘tudo ou nada’ como sinônimo de ‘imediatez’ é impreciso, como também desconsidera a distinção trivial entre texto e norma na teoria geral do direito. Lembra que texto e norma não se confundem, pois o primeiro é apenas um enunciado linguístico, enquanto que a norma é o produto da interpretação desse enunciado.

Por tal razão, o argumento de Ávila perde força, pois a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre tipos de normas e não entre dois tipos de textos.

³⁹ Op. Cit. SILVA, 2003, p. 609.

Alexy⁴⁰ leciona que princípios "são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes", considerando-os, por essa razão, como 'mandamentos de otimização', cuja satisfação varia em graus, dependendo das possibilidades jurídicas e fáticas.

Já as regras "são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas", contendo determinações. Se a regra é válida, então, "deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos". A distinção torna-se mais evidente nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras.

Em ambas as situações, "duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios", a solução se distingue se as normas são princípios ou se são regras⁴¹.

Relativamente ao conflito entre regras, a solução é apresentada de duas maneiras. A uma, com a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito – nesse caso, ambas as regras seriam válidas. A outra, declarando que uma das regras é inválida, quando será erradicada do ordenamento jurídico.

A invalidez de uma regra pode se dar de diferentes formas, por exemplo, usando os institutos *lex posterior derogat legi priori* (critério cronológico) ou *lex specialis derogat legi generali* (critério de especialidade).

⁴⁰ Op. Cit. ALEXY, 2008, p. 90.

⁴¹ Id. Ibid., p. 91-92.

No que tange aos princípios, a colisão entre eles é solucionada de distinta forma. Havendo colisão, deles terá que ceder. Todavia, isso não quer dizer "que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção". Um dos princípios terá precedência sobre o outro no caso concreto, através do sopesamento de interesses e, alteradas as condições, pode ser que a questão seja solucionada de forma oposta.

Isso corrobora o pensamento de Dworkin, quando sustenta que "os princípios tem pesos diferentes e que os princípios com o maior peso tem precedência". Portanto, "conflitos entre regras ocorrem na dimensão de validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso"⁴².

Canaris, além de evidenciar o conteúdo axiológico dos princípios, distingue os princípios das regras "em razão do modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um princípio dialético de complementação e limitação"⁴³

Aponta ainda Robert Alexy para o "distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios". Os princípios não contêm um "mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*", suas razões podem ser afastadas por razões opostas. Destarte, "não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes das possibilidades fáticas". Já as regras

⁴² Id.Ibid., p. 92-94.

⁴³ ÁVILA, Humberto *apud* Canaris. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 51.

"exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam", ou seja, vale definitivamente aquilo que elas prescrevem⁴⁴.

4.1. Princípios e regras: distinção entre normas

É comum os períodos de transição serem marcados pelo extremo oposto da ideia anteriormente empregada. A superação do positivismo jurídico clássico, não ocorreu de forma diferente. Ensina Eros Grau⁴⁵ que "a última década do século passado é marcada, no campo da meditação sobre o direito, pelo paradigma dos princípios".

A polêmica envolvendo os princípios, na teoria contemporânea, teve início com a publicação de um artigo de Ronald Dworkin sobre ser o direito um sistema de regras.

Princípios e regras não mais se diferenciam segundo como as teses fundamentais do positivismo jurídico. Tampouco se diferenciam normas de princípios, bem como não podem os princípios não serem descritos como contrapostos às regras, já que ambos integram a esfera normativa.

Tanto as regras quanto os princípios podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas de mandado, da permissão e da proibição. São razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo bastante diverso⁴⁶.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 103-104.

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 46.

⁴⁶ Op. Cit. ALEXY, 2008, p.83.

Outro critério empregado para diferenciar princípios de regras é o da generalidade. As normas dotadas de cunho principiológico são portadoras de uma gradação de generalidade considerada alta e, por sua vez, as regras seriam dotadas de uma generalidade baixa⁴⁷.

José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁸ anota que princípios "são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas, e as regras são normas que, verificados os pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem nenhuma exceção" e acompanhado por diversa doutrina, leciona que algumas normas se constituem em normas-sínteses ou normas-matrizes, atuando como elementos de integração para as outras normas que, em resumo, delas derivam.

Todavia, tal critério não é decisivo para a diferenciação entre princípios e regras notadamente por ser um comando que diferencia as instâncias normativas exclusivamente em função de seu grau. Isso impede uma separação conceitual clara e precisa sobre o que são regras e princípios⁴⁹.

Robert Alexy⁵⁰ considera que o critério distintivo entre princípios e regras fundado na generalidade pode ser dito como uma "tese frágil de separação", já que, por meio deste critério, apenas se obtém a idéia de que princípios e regras são diferentes somente por um elemento de gradação. É imprescindível a apreciação dos seus aspectos qualitativos na distinção entre regras e princípios⁵¹.

⁴⁷ Id.Ibid., p. 83.

⁴⁸ Op. Cit. CANOTILHO, 2000, p. 1215.

⁴⁹ Id.Ibid., p. 85.

⁵⁰ Id. Derecho y razón práctica. Colônia del Carmen: Fontamara, p. 9.

⁵¹ Op. Cit. ALEXY, 2000, p. 85-86.

Portanto, exige-se que seja feita menção ao modo de realização empírica destas duas modalidades normativas, por serem normas possuidoras de estruturas normativas diversas⁵².

Adverte, ainda, Alexy que esta necessidade advém da tese de que o conceito de generalidade normativa não se confunde com a idéia de universalidade de uma norma. A atribuição da característica de universalidade de uma norma refere-se ao fato de seus efeitos serem os seus efeitos conferidos a todos os indivíduos, e não a um sujeito em particular.

Daí a dificuldade semântica de se estruturar uma diferenciação precisa entre princípios e regras baseando-se exclusivamente no argumento da generalidade.

Para estabelecer um critério distintivo preciso entre princípios e regras importa ter em mente que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro de um marco de possibilidades jurídicas e empíricas⁵³.

“Os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos”⁵⁴.

⁵² ATIENZA, Manuel. *Argumentacion jurídica y Estado constitucional*, in *Novos Estudos Jurídicos*, n. 1, vol. 9, janeiro/abril, p. 6-7.

⁵³ Op. Cit. ALEXY, 2000, p. 86.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 86.

A aplicação de um princípio depende dos princípios que a este se contrapõe, e o conteúdo dos princípios enquanto normas que estabelecem condutas só podem ser efetivamente determinadas quando diante dos próprios fatos⁵⁵.

Por seu turno, as regras somente podem ser cumpridas ou não. “As regras contém determinações no âmbito do fático e juridicamente possível”⁵⁶. Ou seja, são mandados definitivos. Pois, se uma regra é válida na ordem jurídica há que se realizar aquilo que a sua prescrição de conduta indicar.

Contemporaneamente, as Constituições possuem no seu corpo normativo enunciados que elencam direitos fundamentais, que não dispensam atividade interpretativa de seus conceitos e extensões, muitas vezes havendo colisão entre eles, o que torna relevante uma teoria que traga solução para tal problema.

4.2.1 Conflitos de regras

A divergência entre regras (mandados definitivos) se desenvolve no plano da validade da ordem jurídica. Indica que, em havendo um conflito de normas incompatíveis, ou seja, que indicam a realização de comportamentos excludentes, o sistema exige ou a exclusão de uma delas ou até mesmo de ambas⁵⁷.

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 29

⁵⁶ Op. Cit. ALEXY, 2008, p. 87.

⁵⁷ Id.Ibid., p. 88.

O conceito de validade jurídica não é considerado como gradual: ou uma norma ou é juridicamente válida ou é inválida, o que acaba por definir se ela deve ser aplicada ou não aplicada, o que justifica adoção da validade para o caso das regras.

Assim, se uma regra está em vigor é preciso que se cumpra aquilo que ela determina. Se uma regra é válida para certo caso jurídico significa que também a sua consequência é válida.

Contudo, sendo constatada a aplicabilidade de duas regras a um mesmo caso com consequências contraditórias entre si e esta contradição não pode ser eliminada mediante a introdução de uma cláusula de exceção, uma regra, pelo menos, será declarada inválida. Cabe anotar que a cláusula de exceção manifesta-se uma “alternativa” de ação que permite a existência de regras que indicam ações contrárias⁵⁸.

4.2.2 Colisão de princípios

A colisão de princípios é solucionada de maneira diversa, pois princípios são mandado de otimização. A solução é encontrada na dimensão de peso ou de valor, pois, diferentemente das regras, não exige que uma das normas envolvidas seja excluída do ordenamento jurídico, bem como não possui aqui aplicação a cláusula de exceção.

As colisões entre princípios, na teoria de Robert Alexy, são superadas quando da imposição a um dos princípios em tela ou a ambos os princípios certas restrições, o que acaba por minimizar o seu grau de aplicabilidade. Quando dois princípios colidem, um deles tem que ceder frente ao outro. O que não quer dizer declarar inválido o princípio

⁵⁸ Id. Ibdid., p. 88-89.

desprezado, tampouco que no princípio desprezado há que ser inserido uma cláusula de exceção⁵⁹.

Tal forma de solução é chamada por Alexy de ‘lei da colisão’. Indica esta lei que em toda situação que se tenha um conflito de interesses materializados sob a forma de princípios o modo de resolução se dá por meio de uma ponderação dos interesses opostos envolvidos, que ocorre na dimensão de peso.

A relação de precedência condicionada consiste na indicação acerca das condições sobre as quais se define que um princípio deve prevalecer sobre um outro.

A discussão sobre a prevalência de um princípio diante de outro apenas se faz possível em função da caracterização destes como não dotados de uma característica absoluta. Isso corresponde a afirmar que não existe, dentro de uma teoria de princípios, um enunciado que deve ser considerado como absoluto⁶⁰.

Aliás, ensina Barroso⁶¹ que os princípios contém fundamentos que devem ser combinados com outros fundamentos de outros princípios.

[...] a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as norma-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restritas às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

Em caso de colisão, o princípio de maior peso privaria de valor a todos os princípios inferiores e daria lugar a uma ameaçadora ‘tirania do

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 93-94.

⁶⁰ Id. Ibid., p. 96.

⁶¹ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 141.

valor'. Assim, a definição dos princípios como não absolutos possibilita a formulação da citada lei da colisão que reforça a definição dos princípios como mandados de otimização e fundamenta a teoria dos princípios⁶², sendo a sua realização regulada por meio das suas possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, não possuem caráter definitivo.

Assim, o fato de um princípio valer para uma situação concreta não leva à conclusão de que é um resultado definitivo. A sua razão pode ser desprezada por outra oposta. O conteúdo sozinho não determina a solução, mas através da aplicação da máxima da proporcionalidade.

4.2.3 A máxima da proporcionalidade como forma de solucionar a colisão entre princípios

Há entre uma teoria de princípios e a máxima da proporcionalidade uma estreita relação, pois uma implica na outra. Isso se deve ao próprio conceito de princípio como mandado de otimização, pois este exige uma discussão acerca dos argumentos referentes a cada princípio no que tange à lei da colisão.

A máxima da proporcionalidade possui três máximas parciais: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Os princípios, por serem direitos válidos e aplicáveis, quando houver colisão entre eles, deverá o intérprete valer-se da ponderação.

Princípios são mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 111.

“A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de serem os princípios mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da adequação e da necessidade decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”. As possibilidades jurídicas implicam em uma lei de ponderação (sopesamento), determinando que quanto maior for o grau de não cumprimento de um princípio, maior deve ser a importância da realização do outro⁶³.

A adequação refere-se ao meio que se pode utilizar em situação fática para a obtenção de uma finalidade qualquer. Usa-se o critério da necessidade para a escolha do melhor meio para que seja o fim almejado obtido, ou seja, o meio menos gravoso.

Se, por exemplo, houver duas medidas adequadas para atingir o fim de um princípio e ambas embaraçam a realização de outro princípio, não há como se resolver a questão através da necessidade, então, deve ser feita a análise da possibilidade jurídica, que é uma questão de sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito). Em outras palavras, se até mesmo o meio menos gravoso afete a realização do segundo princípio em jogo, após a necessidade, deve ser analisada a proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁴

4.2.4 A razoabilidade e a proporcionalidade em sentido estrito (a possibilidade jurídica): sopesamento

A proporcionalidade possui natureza axiológica, precede e condiciona a positividade jurídica. O supremo tribunal federal possui

⁶³ Id.Ibid., p. 117-118.

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 119-120.

reiteradas decisões o considerando como princípio constitucional, que, além da função fundadora da ordem jurídica, exerce função interpretativa, contribuindo para solucionar o problema da colisão entre valores constitucionalizados.

Foi inserida a proporcionalidade no ordenamento pátrio como método hermenêutico constitucional para equacionar a colisão entre direitos e garantias fundamentais, ponderando-os de forma a evitar desnecessárias restrições. Hoje sua aplicação é mais ampla, deve servir de diretriz ao ordenamento jurídico como um todo, assegurando-se a sua aplicação equânime.

Malgrado as divergências com Alexy, as quais fogem ao objeto da pesquisa, ensina Humberto Bergmann Ávila⁶⁵:

[...] pode-se definir o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.

A teoria da proporcionalidade revela-se como de extrema utilidade prática para o hermeneuta, quando da análise de interesses contrapostos, momento em deverá aferir qual princípio prevalecerá naquela situação específica, seguindo-se os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Dúvidas não remanescem de que a razoabilidade é corolário da ordem jurídica, devendo ser observado quando da interpretação constitucional, cujo ponto de partida é a máxima da proporcionalidade.

⁶⁵ Op. Cit. ÁVILA, 2007, 175.

No particular, cabe apresentar a importante lição de Bonavides⁶⁶:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial.

Apesar de igualmente não estar expresso no texto constitucional, o princípio da razoabilidade é indiscutivelmente aplicável a todo o ordenamento jurídico, como realmente o é. Aliás, ensina Luis Roberto Barroso⁶⁷:

[...] abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana, pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula.

As acepções da palavra razoabilidade são as seguintes: conformação com a razão; moderado, comedido; aceitável, regular; justo, legítimo; ponderado e sensato. O sentido do princípio da razoabilidade apontado por Alexy é justamente a construção de parâmetros de aceitabilidade na restrição de direitos fundamentais.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, p. 394-395.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Artigo publicado na Internet, no site: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>, acesso em: 19.03.2010, p. 8.

No particular, Humberto Ávila⁶⁸ estabelece três exigências do princípio da razoabilidade na sua interpretação, quais sejam: exige a harmonização da norma geral com o caso concreto; exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação – deve haver um *suporte empírico* para a medida adotada e uma *relação de congruência* entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada; exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Em síntese, a razoabilidade é imprescindível a toda e qualquer norma, pois o direito é também a aplicação do bom senso, da prudência e da moderação.

5 A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO DE DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL

Contemporaneamente, no estudo da teoria do direito, a existência e a constância na utilização dos princípios parece tornar anacrônica a afirmação de uma ideia que sustente a sua carência normativa.

A necessidade de conferir cientificidade ao direito culminou na sua ocupação apenas com as normas positivadas, sendo estas o único objeto do direito. Para a concepção positivista, a relação do direito com a moralidade, ainda que existente, não deve ser tratada pelo próprio direito.

Com o pós-positivismo, correspondente aos movimentos constituintes das últimas décadas do século anterior, houve alterações nos aspectos essenciais da doutrina positivista. As Constituições acentuam o

⁶⁸ Op. Cit. ÁVILA, 2007, p. 95-103.

caráter dos princípios, mormente por estes expressarem grande parte dos direitos fundamentais.

As Constituições deixam de ser apenas instrumento de organização do governo para uma ordem jurídica das comunidades políticas, constituem-se alicerces fundamentais das questões referentes às discussões de justiça dentro de uma determinada ordem jurídica.

Os princípios passam a desempenhar papel relevante na ordem constitucional. No curso dos debates contemporâneos, o conceito de norma jurídica foi elevado à categoria de gênero, havendo duas espécies, os princípios e as regras.

O teórico alemão Robert Alexy possui destaque no estudo dos direitos fundamentais. Para realizar a sua pesquisa, assevera ser necessário considerar um sistema que envolva os princípios, dada a afinidade entre princípios e direitos fundamentais, bem como a solução para colisões.

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy sustenta que para diferenciar regras e princípios é necessário conhecer as diferentes soluções para o conflito normativo para este e para aquela, embora não afaste da discussão o elemento da generalidade, que se expressa no sentido de que princípios apresentam-se como válidos para todas as situações fáticas e jurídicas, enquanto que regras, apesar de dirigidas para a totalidade de pessoas sujeitas a um determinado ordenamento jurídico, só se dirige a tais pessoas quando da realização de seu suporte fático. Pode-se dizer, então, que a generalidade em maior grau atinge os princípios, e não as regras.

Todavia, o critério de generalidade não é considerado suficiente para a diferenciação. Alexy define os princípios como mandados de otimização, ou seja, devem ser cumpridos em maior medida possível dentro das

condições fáticas e jurídicas. Já as regras são definidas como mandados definitivos, realizadas em sua integralidade.

Isso resulta na consideração do caráter *prima facie* dos princípios, que significa que o seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Já as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não.

Observa-se um traço comum no que toca às colisões de princípios e aos conflitos de regras, ao se tomarem as normas envolvidas na questão fática, se aplicadas de maneira independente, podem levar a resultados incompatíveis. Malgrado tal similitude, a solução é encontrada de maneira diversa.

A coerência imprescindível ao ordenamento jurídico impede a coexistência de determinações contraditórias em seu seio. Quando regras entram em conflito, a solução é ou a exclusão de uma das regras ou a introdução, em uma delas, de uma cláusula de exceção, pois a validade não pode ser gradual.

Já a resolução da colisão entre princípios não se dá na esfera da validade. Os princípios, enquanto mandados de otimização, devem ser realizados em conformidade com disposições fáticas e jurídicas. Assim, um princípio pode recuar em detrimento da aplicação de outro, sem que isso signifique declarar a sua invalidade. A solução é por meio da relação de precedência condicionada (no caso concreto).

É o que Alexy chama de lei da colisão, que se mostra como um dos fundamentos da sua teoria dos princípios. Expressa que as relações entre os princípios do sistema jurídico não são absolutas, mas condicionais. Portanto, a questão deve ser decidida em consonância com as possibilidades jurídicas e fáticas, verificando qual princípio possui o maior

peso no caso concreto, estabelecendo-se a relação de precedência condicionada através da ponderação, inserta no conceito da máxima da proporcionalidade.

Com efeito, a ponderação de princípios envolve a investigação pelo intérprete sobre o melhor argumento. Nessa esteira, à teoria dos princípios associa-se uma teoria da argumentação, também compreendida como sendo uma teoria geral do discurso racional prático, considerando-se sempre a razoabilidade.

Num sistema jurídico constitucional aberto como o brasileiro é imprescindível a utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que se revela também em relação à competência legislativa municipal e da abrangente expressão “assunto de interesse local”, que deixa para o hermeneuta a tarefa de interpretá-la e delimitar o seu alcance, pois, tudo será interesse da localidade, o que se deve analisar é quando o interesse é específico de uma determinada localidade ou quando o interesse atinge a todas as localidades do Estado Federal.

Para tal mister, será inafastável a utilização da regra da ponderação de interesses, através da técnica criada por Alexy, assente na doutrina e jurisprudência brasileiras, entre a defendida autonomia municipal e o princípio da igualdade entre todos aqueles que integram o Estado.

Como visto, a máxima da proporcionalidade possui três máximas parciais: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. E sendo os princípios direitos válidos e aplicáveis, e por serem mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, quando houver colisão entre eles, deverá o intérprete valer-se da ponderação.

A máxima da *proporcionalidade em sentido estrito* decorre do fato de serem os princípios mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. A *adequação* e a *necessidade*, por sua vez, decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. As possibilidades jurídicas implicam em uma lei de ponderação (sopesamento), determinando que quanto maior for o grau de não cumprimento de um princípio, maior deve ser a importância da realização do outro⁶⁹.

A adequação refere-se ao meio que se pode utilizar em situação fática para a obtenção de uma finalidade qualquer. Usa-se o critério da necessidade para a escolha do melhor meio para que seja o fim almejado obtido, ou seja, o meio menos gravoso.

Se, por exemplo, houver duas medidas adequadas para atingir o fim de um princípio e ambas embaraçam a realização de outro princípio, não há como se resolver a questão através da necessidade, então, deve ser feita a análise da possibilidade jurídica, que é uma questão de sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito). Em outras palavras, se até mesmo o meio menos gravoso afete a realização do segundo princípio em jogo, após a necessidade deve ser analisada a proporcionalidade em sentido estrito⁷⁰.

Dúvidas não remanescem de que a análise é casuística. Contudo, para que fique claro, podemos citar o exemplo que se refere ao tempo de espera em fila bancária, em que a proporcionalidade e a razoabilidade podem ser aferidas com as seguintes perguntas: *adequação* - a lei editada pela municipalidade alcança a finalidade de melhorar o atendimento ao consumidor (princípio da preservação da dignidade do consumidor)?;

⁶⁹ Op. Cit. ALEXY, 2008, p. 117-118.

⁷⁰ Id.Ibid., p. 119-120.

necessidade – há outro meio menos gravoso para atingir a finalidade? Por fim, se ultrapassadas tais perguntas não houver como solucionar, resta o sopesamento (análise da possibilidade jurídica), que é a *proporcionalidade em sentido estrito*: juridicamente pode o princípio da dignidade do consumidor e da autonomia municipal podem ser sobrepostos ao princípio federativo, que recomendo o respeito à divisão de competências e ao princípio da igualdade?

A questão volta a ser analisada nos tópicos seguintes, pois, antes de chegar a uma resposta, é necessária ainda a verificação da possibilidade de interpretação extensiva ao texto constitucional, principalmente no que se refere à distribuição de competências, para englobar na competência legislativa do Município aquela prevista como concorrente para União e Estados, no caso, matéria consumerista.

6 CONCLUSÃO

Contemporaneamente, no estudo da teoria do direito, a existência e a constância na utilização dos princípios parece tornar anacrônica a afirmação de uma ideia que sustente a sua carência normativa. A necessidade de conferir cientificidade ao direito culminou na sua ocupação apenas com as normas positivadas, sendo estas, por certo período, o único objeto do daquele. Pois para a concepção positivista, a relação do direito com a moralidade, ainda que existente, não deve ser tratada pelo próprio direito.

Com o pós-positivismo, correspondente aos movimentos constituintes das últimas décadas do século anterior, houve alterações nos aspectos essenciais da doutrina positivista. As Constituições acentuam o

caráter normativo dos princípios, mormente por estes expressarem grande parte dos direitos fundamentais, deixando de ser apenas instrumento de organização do governo para uma ordem jurídica das comunidades políticas e constituem-se em alicerces fundamentais das questões referentes às discussões de justiça dentro de uma determinada ordem jurídica.

Os princípios passam, então, a desempenhar papel relevante na ordem constitucional, possuindo funções integradora e supletiva do ordenamento, bem como designando condutas comissivas ou omissivas. Realce-se, contudo, que não é só a inserção dos direitos fundamentais sob a forma de princípios que faz com que eles sejam considerados como partes do ordenamento jurídico, mas também a aceitação de sua de normatividade.

O teórico alemão Robert Alexy assevera ser necessário considerar um sistema que envolva os princípios, dada a afinidade entre princípios e direitos fundamentais, bem como a solução para colisões.

Como visto, a teoria dos direitos fundamentais de Alexy sustenta que para diferenciar regras e princípios é necessário conhecer as diferentes soluções para o conflito normativo para este e para aquela, embora não afaste da discussão o elemento da generalidade, que se expressa no sentido de que princípios apresentam-se como válidos para todas as situações fáticas e jurídicas, enquanto que regras, apesar de dirigidas para a totalidade de pessoas sujeitas a um determinado ordenamento jurídico, só se dirige a tais pessoas quando da realização de seu suporte fático. Pode-se dizer, então, que a generalidade em maior grau atinge os princípios, e não as regras.

Todavia, o critério de generalidade não é considerado suficiente para a diferenciação. Alexy define os princípios como mandados de otimização, ou seja, devem ser cumpridos em maior medida possível dentro das

condições fáticas e jurídicas. Já as regras são definidas como mandados definitivos, realizadas em sua integralidade.

Isso resulta na consideração do caráter *prima facie* dos princípios, que significa que o seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais, mas também das jurídicas. Já as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não.

Observa-se um traço comum no que toca às colisões de princípios e aos conflitos de regras, ao se tomarem as normas envolvidas na questão fática, se aplicadas de maneira independente, podem levar a resultados incompatíveis. Malgrado tal similitude, a solução é encontrada de maneira diversa.

A coerência imprescindível ao ordenamento jurídico impede a coexistência de determinações contraditórias em seu seio. Quando regras entram em conflito, a solução é ou a exclusão de uma das regras ou a introdução, em uma delas, de uma cláusula de exceção, pois a validade não pode ser gradual.

Já a resolução da colisão entre princípios não se dá na esfera da validade. Os princípios, enquanto mandados de otimização, devem ser realizados em conformidade com disposições fáticas e jurídicas. Assim, um princípio pode recuar em detrimento da aplicação de outro, sem que isso signifique declarar a sua invalidade. A solução é por meio da relação de precedência condicionada (no caso concreto).

É o que Alexy chama de lei da colisão, que se mostra como um dos fundamentos da sua teoria dos princípios. Expressa que as relações entre os princípios do sistema jurídico não são absolutas, mas condicionais. Portanto, a questão deve ser decidida em consonância com as possibilidades jurídicas e fáticas, verificando qual princípio possui o maior

peso no caso concreto, estabelecendo-se a relação de precedência condicionada através da ponderação, inserta no conceito da máxima da proporcionalidade.

Com efeito, a ponderação de princípios envolve a investigação pelo intérprete sobre o melhor argumento. Nessa esteira, à teoria dos princípios associa-se uma teoria da argumentação, também compreendida como sendo uma teoria geral do discurso racional prático, considerando-se sempre a razoabilidade.

Num sistema jurídico constitucional aberto como o brasileiro é imprescindível a utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que se revela também em relação à competência legislativa municipal e da abrangente expressão “assunto de interesse local”, que deixa para o hermeneuta a tarefa de interpretá-la e delimitar o seu alcance, pois, tudo será interesse da localidade, o que se deve analisar é quando o interesse é específico de uma determinada localidade ou quando o interesse atinge a todas as localidades do Estado Federal.

Para tal mister, é inafastável a utilização da regra da ponderação de interesses, através da técnica criada por Alexy, assente na doutrina e jurisprudência brasileiras, entre a defendida autonomia municipal e o princípio da igualdade entre todos aqueles que integram o Estado.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Derecho y razón práctica*. Colônia del Carmen: Fontamara, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

ATIENZA, Manuel. *Argumentacion jurídica y Estado constitucional*, in *Novos Estudos Jurídicos*, n. 1, vol. 9, janeiro/abril 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Artigo publicado na Internet, no site: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>, acesso em: 19.03.2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la teoria del derecho*, Valencia: Fernando Torres Editor, 1980.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Editora Almedina, 2000.

CIOTOLA, Marcello. *Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais*. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995.