ESTRUTURA LÓGICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA NA REFORMULAÇÃO CONCEITUAL DA NORMATIVIDADE DO DIREITO

LOGICAL STRUCTURE OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES POST POSITIVISM AND THE RATIONALITY OF LEGAL ARGUMENTS IN THE CONCEPTUAL REBUILDING OF LAW´S NORMATIVE PATTERN

Gustavo Rabay Guerra*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Superada a fase de "euforia" do reconhecimento de normatividade dos princípios constitucionais, a teoria jurídica contemporânea assiste a uma nova viragem de paradigmas em que a principiologia deixa de ser apenas mero alarde em torno da importância dos princípios e se caracteriza como concreta contribuição para a compreensão da estrutura lógico-argumentativa das normas jurídicas. O presente texto perfila alguma das condições para essa nova etapa do raciocínio jurídico, acenando com uma perspectiva crítica acerca da evolução conceitual dos princípios, sua estrutura lógica e peculiaridades de aplicação, com ênfase no seu papel de racionalização da argumentação e hermenêutica jurídicas. Para tanto, focaliza a "Teoria dos Princípios" de Humberto Ávila, destacando-se a crítica da distinção regras/princípios e a noção de postulados normativos.
Palavras-chave: Pós-positivismo. Neoconstitucionalismo. Hermenêutica jurídica. Sistema de regras e princípios. Racionalidade argumentativa. Postulados normativos.

Abstract: Once it´s surpassed the "euphoric" stage of the recognition of normativity of the constitutional principles, the contemporary legal theory moves towards a new turn of patterns, where the principiology is not the simple awareness of the theme´s importance but represents an effective contribution for the understanding of the logical-argumentative structure of law. The present text stands some of the conditions for this new stage of the legal reasoning, waving with a critical perspective concerning the conceptual evolution of the principles, its logical structure and peculiarities of application, with emphasis in the paper of rationalty of the legal argument and hermeneutics. For in such a way, it overlooks the "Theory of Principles" by H. Ávila, specially his criticism about the distinguishing on rules x principles, as well and the notion of normative postulates.
Key Words: Post-positivism. Neoconstitucionalism. Hermeneutics of law. System of rules and principles. Argumentative rationality. Normative postulates.

Agradecimentos

Agradeço ao Prof. Dr. Humberto Ávila (UFRS) pela exortação à pesquisa madura que deve se almejar no contexto brasileiro, longe dos sabores acríticos de mera "reprodução de façanhas literárias estrangeiras", manifestada em nossas comunicações, desde o primeiro contato. Sua preocupação com a epistemologia jurídica e com o direito constitucional sublinha todo o mérito de sua contribuição crítica à

* Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor e Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Euro-Americano (UNIEURO). Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e do Centro Universitário do Distrito Federal (UniDF). Advogado.

teoria dos princípios e ao norte pesquisado. De igual monta, resto grato ao amigo e colega Prof. Bianor Arruda (IESP, João Pessoa-PB), sempre solícito às intempestivas solicitações que fiz para apreciar o texto e testar-lhe a consistência, sem o que não teriam sido corrigidos os erros mais graves. O presente estudo em muito se deve, também, às discussões e demais atividades levadas a efeito pelo Grupo de Pesquisa "Princípios Jurídicos: Estrutura Lógica e Hermenêutica", desenvolvido através do Núcleo de Pesquisa e Extensão da Faculdade de Direito de Caruaru, no ano de 2004, e por mim coordenado. Assim, imperioso manifestar meus agradecimentos aos diletos participantes a seguir indicados: Alba Lúcia Lucena, Ana Roberta Cruz, Antônio Marcos Cordeiro, Elizabeth Mendes, Echelly Alencar Lins, Natureza Zion e Shirley Michele dos Santos.

1. Introdução

O atual momento metodológico da teoria jurídica fundamental e, sobretudo, do direito constitucional acentua, sobremaneira, a importância dos princípios no ambiente dogmático. No dizer de Humberto Ávila, verifica-se, hoje, a euforia de um "Estado Principiológico" (Ávila, 2004: 15)[1].

Em verdade, as grandes promessas de uma etapa posterior ao positivismo normativista e à hermenêutica jurídica tradicional impulsionaram corações e mentes para os rincões da principiologia jurídica, um estágio teórico em que a dogmática jurídica pudesse ter rediviva em suas entranhas a racionalidade argumentativa e valorativa que vinha sendo sistematicamente expungida da aplicação normativa por mecanismos reducionistas do direito à interpretação silogística e banal de textos legais.

Os sinais desta nova etapa do pensamento, que alguns chamam simplesmente de pós-positivismo (Barroso, 2001), investem contra o padrão estratificado da dogmática jurídica, em especial nos planos epistemológico e interpretativo, inspirando, assim, diversas vertentes de revigoramento da Filosofia e da Teoria Geral do Direito: as teses da *argumentação jurídica*, que revolvem à discussão da força lógico-legitimante dos fundamentos que sustentam as decisões jurídicas (Cf. Camargo, 2001: 141-147) e, via reflexa, da moralidade do direito, apresentando-se em inúmeras variações teoréticas, tais como a *retórica* de Perelman, a *tópica* de Viehweg e a teoria que se convencionou chamar de "padrão", formulada por Robert Alexy (2002; cf. Atinza, 2002 e Rabay, 2003); a *concretização jurídica* ou *metódica estruturante,* de Friedrich Müller, que propõe, em síntese, uma configuração procedimental-interpretativa de produção da norma jurídica**,** que não preexiste antes de vir ao encontro de *dados dogmáticos* (seu correspondente texto normativo, por exemplo), e de *dados reais*, que são os elementos naturais e sociais constantes do caso concreto (Cf. Müller, 1995; Adeodato, 2002; e Galindo, 2003); e a *Teoria Crítica do Direito*, que promove, como reflete Barroso (1999: 265), a contestação do saber jurídico tradicional, já denunciada por Warat, como o *senso comum teórico dos juristas*[2], posta a sugerir, de forma estrutural, perspectivas emancipatórias à epistemologia, hermenêutica e ideologia do direito, em que despontam Luís Fernando Coelho (2002) e Lenio Streck (2004).

De mais a mais, não se deve esquecer a íntima relação que conservam tais temas com a semiótica jurídica, cada vez mais implicada na compreensão e estruturação do direito, tal como a filosofia da linguagem no seu papel de construção das relações humanas.

Como recurso lógico comum a todas essas inflexões por que passam a filosofia

e teorias jurídicas contemporâneas, exsurge o primado da normatividade e hermenêutica dos princípios. No entanto, a ausência de um aporte filosófico-dogmático definitivo acerca da teoria dos princípios é presente. O estatuto epistemológico dos princípios jurídicos ainda está em gestão, e os mais significativos avanços advieram da hermenêutica constitucional contemporaneamente erigida.

Com efeito, apesar dos recentes esforços da doutrina na depuração teórico-dogmática daquilo que se convencionou chamar de princípio jurídico, ainda há muito por se produzir e clarificar.

Como ressalta Ávila, existem duas formas de se investigar a principiologia jurídica: a primeira forma trata-se de uma investigação apologética, isto é, que exalta a importância incomensurável dos princípios, privilegiando-se a "proclamação da importância dos princípios, qualificando-os como alicerces ou pilares do ordenamento", sem, contudo, indicar quais os cometimentos imprescindíveis à sua concreção e qual o aparato de justificação e aplicação dos mesmos; já a segunda, consiste na análise consecutiva e insistente de sua estrutura e o modo de aplicabilidade racional dos princípios, enquanto modelos normativos eminentemente argumentativos (Ávila, 2004: 56), como, aliás, são todas as normas jurídicas.

Apesar da unanimidade da doutrina pátria persistir em reiterar acriticamente as formulações de alguns marcos teóricos da temática dos princípios, especialmente as contribuições de Alexy e Dworkin, notam-se esforços isolados para romper com a mesmice do discurso do tão propalado estágio principiológico que está a se vivenciar. É o caso, à guisa de exemplo, do notável trabalho do Prof. Humberto Ávila e seu valioso "Teoria dos Princípios".

No intento exclusivo e singelo de participar algumas noções preliminares acerca do tema, esta breve incursão dirige-se à apreciação crítica da atual etapa de desenvolvimento da teoria dos princípios, de modo a perfilar como ela anda desgastada, especialmente no que toca à nunca suficientemente propalada distinção entre as regras e os princípios, e acenando, ao final, com algumas conclusões propositivas assimiladas da tese formulada pelo Prof. Humberto Ávila.

2. A normatividade Jurídica dos princípios: o pós-positivismo jurídico como paradigma emergente

A par do grande esforço conceitual hodierno de evitar-se a pura tautologia, o *princípio* pode ser focalizado como a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas, propiciado por uma idéia orientadora primeira, de onde as demais noções partem, se reconduzem ou a ela se subordinam (Espíndola, 1998: 47-48). Na Ciência Jurídica, têm função de grande relevo, com destaque na teoria dos direitos fundamentais (Guerra Filho, 1994-1995: 18) e, pela crescente complexidade das relações jurídicas dos dias atuais, o que enseja, não raras vezes, antagonismos de difícil solução, os chamados *casos difíceis* (*hard cases*), que terminam sendo examinados no exercício da jurisdição constitucional e cuja viabilização interpretativa depende de elementos de subsunção inexistentes em prescrições normativas de âmbito reduzido, as quais poderíamos qualificar como *regras jurídicas* (Guerra Filho, 1994-1995: 18).

De ordem a apresentar-se uma contemporânea definição de princípio (*Grundsatz*), necessário remontar a 1956, com Josef Esser. Para ele os princípios, ao contrário dos outros tipos de normas (regras), não explicitam uma ordem, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem (Esser, 1961: 40 *et passim*).

Com um artigo publicado em 1967, denominado *The model of rules*[3], Ronald Dworkin, provoca uma ampla discussão internacional acerca da qualidade de norma jurídica aludida aos princípios, suscitando, assim, um "ataque geral contra o positivismo" (*general attack on positivism*), como bem lembra Luís Afonso Heck (2003: 54). Nas palavras do autor norte-americano, os princípios desempenham um papel fundamental na argumentação de sustentação das decisões judiciais (Dworkin, 2002: 45).

No sentir de Ruy Samuel Espíndola (1998: 55), os princípios possuem o caráter mesmo de norma jurídica, possuindo, assim, "positividade, vinculatividade, caráter obrigatório" e que comportam "eficácia positiva e negativa sobre comportamentos", contribuindo, assim, para a "interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas".

Com vistas a um novo paradigma investigativo do tema, Humberto Ávila se baseia na dimensão finalística dos princípios, vez que são normas "primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção" (Ávila, 2004: 70).

Partindo da teoria atualmente considerada padrão acerca dos princípios jurídicos, consubstanciada nas teses conjugadas de Robert Alexy e Dworkin, chegou-se à firme convicção de que os *princípios* assim como as *regras, possuem a natureza de norma jurídica* (Alexy, 1993: 83), posição também defendida por Bobbio, para quem os "princípios gerais são normas como todas as outras" (Bobbio, 1999: 160).

Todo sistema jurídico compõe-se, portanto, de regras e princípios, conquanto não se pode crer na existência de um ordenamento composto exclusivamente por regras de direta aplicação (Grau, 2002: 78). Os princípios, como se verá, cumprem a essencial função de fecundar, fundamentar e articular outras diretrizes normativas do ordenamento, sejam elas regras ou, até mesmo, outros princípios.

Cabe esclarecer que a noção em construção encontra eco na remota concepção dos *princípios gerais do direito*, até hoje difundida nas academias jurídicas e na tradição jurídica moderna[4], mas que deve ser devidamente esclarecida.

A expressão "princípios gerais do direito" ora equivale a uma concepção axiomática, de valores absolutos e universais, derivados do jusnaturalismo racionalista, ora deduz-se ponto de vista positivista, porquanto valores subjacentes à norma escrita (aqui como noção reducionista de regra jurídica), com função meramente supletiva das lacunas jurídicas (Tavares, 2003: 28).

Esse segundo entendimento é francamente explorado pela tradição jurídica romanista, à vista da formação do direito europeu continental, em que se privilegiou a codificação do direito. Assim, erigiu-se uma definição contemporânea do que seriam os *princípios gerais do direito,* identificando-os como regras de direito positivo, "expressas ou não nos textos, mas aplicadas pela jurisprudência e dotadas de um caráter suficiente de generalidade" (Bergel, 2001: 109).

Na evolução do pensamento jurídico, portanto, constata-se, a implicação de uma nova base compreensiva dos princípios, tomando-os como normas jurídicas (princípios jurídico-positivos), concebidos, inclusive, dentro de um texto constitucional (princípios jurídico-constitucionais), comportando função deontológica, ao passo em que os princípios gerais do direito representam, ainda, a crença em valores ínsi-

tos à ordem jurídica, que, não raras vezes, limitam-se ao ângulo axiológico do direito, indicando máximas da conduta jurídica e alardeando a existência de bens e ideais absolutos. Para alguns autores, esses valores absolutos (princípios gerais) ligam-se a alguns ramos dogmáticos e permitem, tão somente, a colmatação de eventuais lacunas da ordenação legal.

De modo contrário, a concepção mais sofisticada de princípios jurídicos conduz a outra forma de pensar sua aplicação, não restringindo-os à mera função de integrar a ordem jurídica, mas, essencialmente, guiar toda e qualquer argumentação normativa, assumindo, assim, plúrima funcionalidade: (i) condensar valores, à conta de seu nítido viés axiológico; (ii) dar unidade ao sistema, enquanto elemento agregador de interpretação; e (iii) condicionar e possibilitar a racionalidade da interpretação. Ademais, surgem hodiernamente diversas classificações dos princípios jurídico-positivos, as quais especulam a existência de princípios, sub-princípios, sobreprincípios, princípios setoriais, princípios na ordem infraconstitucional etc, de sorte a ensejarem extensa funcionalidade (cf. Tavares, 2003: 40ss).

Para Paulo Bonavides, com apoio na lição de Ricardo Guastini, o vocábulo "princípio", juridicamente empregado, se refere, em planos conceituais distintos, a normas (ou disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade, indeterminação, de caráter "programático", cuja posição na hierarquia nas fontes de Direito é muito elevada; desempenhando, assim, uma função fundamental no sistema jurídico político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (Guastini *apud* Bonavides, 2001: 230-1) e que, enfim, são dirigidas aos órgãos de aplicação, incubidos de fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos (Bonavides, 2001: 231).

Cumpre ressaltar, a essa altura, que a norma jurídica não se encontra enraizada apenas no referencial legislativo, oriunda exclusivamente de um ato emanado de fonte legal autorizada. Ela exsurge da interpretação, da conjugação entre a sua programação de variantes semiológicas e dos dados concretos que se propõe elucidar, ou seja, o seu âmbito de realidade (Saraiva, 2002: 10). Esse argumento inicial utiliza o vocábulo norma por ser essa a categoria desinencial dos comandos e preceitos jurídicos, em sentido lato, que descreve condutas, impõe cometimentos, propõe a organização da estrutura operacional estatal, em suma, referencia tudo aquilo que pode ser chamado disciplinamento legal. Mas texto e norma não podem e nem devem ser confundidos, pois o primeiro é forma como é enunciado lingüisticamente o núcleo de um ideário normativo, que se dirige a uma realidade prescrita, mas não completamente configurada. Como alude Ávila, normas não são textos ou conjunto de textos, mas "os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos" (Ávila, 2004: 22)[5].

Ao dispositivo normativo expresso, enxergado como acepção mais comum de norma jurídica, confere-se a denominação *regra jurídica*, caracterizado por uma descrição de uma situação fática hipotética (*Tatbestand*), que exprime também conseqüência jurídica condicionada à ocorrência ou não da hipótese pré-estabelecida (Grau, 2002: 97-8).

Justaposto a esse tipo de subsídio normativo, está o *princípio*, que fornece um lastro maior de informações para a decantação da norma em sua aplicação, invocando um valor genérico, multifacetado.

A distinção entre regras e princípios pode ser entelada partindo-se da noção de que esses últimos constituem a "expressão

primeira" dos valores fundamentais do ordenamento e que informam as demais normas (diferenciação material) e, ainda, com respeito à forma de apresentação (diferenciação formal) e conseqüente densidade semântico-normativa, de acordo com o alto grau de *abstração* ou *generalidade* ao qual adere o princípio, em detrimento da *especificidade* em relação ao caso concreto que flexiona a regra (Rothenburg, 1999: 16-8).

Com efeito, a dissociação das espécies normativas ocupa a centralidade das investigações acerca da estrutura dos princípios, traduzindo-se em franca exploração doutrinária, em que se destacam os tirocínios de Alexy e Dworkin. Sobre os exames tradicionais de distinção entre regras e princípios, concentram-se as idéias a seguir.

3. A Constituição como ambiente normativo primígeno: o Sistema Interativo de regras e Princípios

A partir da distinção global dirigida à conceituação dos princípios, sobrejacente à idéia de sua abertura, maior grau de abstração ou inexauribilidade (Tavares, 2003: 37), encontram-se sintetizados diversos outros critérios diferenciadores face às regras, tanto de caráter material, quanto formal.

Com relação à distinção de índole material, elencam-se os seguintes: acentuada natureza normogenética, maior aproximação da idéia de direito e caráter de fundamentalidade, posto que os princípios constituem o próprio fundamento das regras, ligam-se estreitamente a exigências de justiça, ocupam posições de destaque no sistema das fontes de direito e detêm importância estruturante dentro do sistema jurídico (Canotilho, s.d.: 1124-5).

Alvitra-se resumir a essência normogenética dos princípios, com Alexy (1993: 103), quando afirma: "(...) puede decirse que siempre un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este princípio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser. Los princípios mismos no son nunca razones definitivas"[6]

Trata-se, portanto, do caráter de "fecundidade" ostentando pelo princípio, que atribui a ele função interpretativa e integrativa, no sentido de impor-lhe a tarefa de clarificação das leis de teor obscuro ou de colmatação das lacunas existentes (Domenico Farias *apud* Bonavides, 2001: 246)

Quanto ao caráter distintivo formal, é visível que a regra jurídica, entendida como o produto específico da atuação legiferante do Estado, tem um campo de abrangência bastante delimitado em comparação com os princípios. A regra possui cores próprias, contendo em sua estrutura lógica uma descrição de uma situação factual hipotética e de seus desdobramentos jurígenos (Guerra Filho, 1994-1995: 18).

Se uma determinada regra jurídica, textualmente construída, choca-se com outra, de igual grau hierárquico, temporalização ou endereçamento, tem-se que uma delas não pode ser válida (Dworkin, 1977: 1948), trata-se, pois de uma *antinomia*, a ser solucionada mediante emprego dos critérios solucionadores (cf. Batista, 1993; e Bobbio, 1999: 84ss). As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou são totalmente inaplicáveis, desempenhando a função de "tudo ou nada" (*all-or-nothing-fashion*), na concepção de Dworkin, a que alude Eros Grau (2002: 97). No caso de existência de duas regras que dispõem sobre a mesma situação, de maneira diversa, verifica-se uma antinomia jurídica, que deverá ser resolvida a partir de critérios previstos no próprio ordenamento (Guerra Filho, 2001: 55).

O princípio, em contraponto, não se visualiza como conectivo de uma só realidade, mas como uma orientação geral e abstrata que vincula a compreensão da norma, ao qual Dworkin (1997: 46) atribui o significado de *standard* (padrão). Com isso, se um princípio mostra-se incompatível com outro, ambos continuarão válidos, pois haverá apenas a *ponderação* de funcionalidade dos valores contrapostos, no sentido de equalizar o referencial normativo a ser empregado, de modo que toda *colisão entre princípios* pode expressar-se como uma colisão de valores, ao passo em que o choque de valores antagônicos também redunda em um choque de princípios (Alexy, 1998: 14).

Eros Roberto Grau salienta, portanto, que os princípios possuem a dimensão do peso ou importância, ao contrário das regras jurídicas, que não possuem maior ou menor peso, no interior o sistema normativo, exceto quando se verificar que determinada regra pertence a nível hierárquico superior, ou cuida de normatizações específicas ou especiais, ou é mais recente (Grau, 2002: 101). No dizer de Gomes Canotilho (s.d.: 1125), "princípios coexistem, as regras antinômicas, excluem-se".

O sopesamento de princípios reclamaria, assim, a utilização de um princípio peculiar, o denominado princípio da proporcionalidade, o qual será perfunctoriamente analisado mais adiante.

Tratando-se a Constituição do ambiente natural dos princípios jurídicos (Guerra Filho, 2001: 54), esses constituem a síntese dos valores principais da ordem jurídica (Barroso, 1993: 171). Assim, os princípios constitucionais, além de refletirem a própria essência do regime político adotado e os exatos valores supremos da ordem jurídica, enquanto normas superiores e axiologicamente orientadas (função fundamentadora), exprimem, também, a função mesma de disposição efetiva, subsumível ao caso concreto, ainda que, prefacialmente, não possuam endereçamento definitivo.

Para além dessa função normativa, que se extrai automaticamente da sua própria natureza jurídica, o caráter de fecundidade dos princípios lhes confere a função interpretativa e a função integrativa (Barroso, 1999: 148; e Correia, 1998: 8), como assinalada à clássica noção de "princípios gerais do direito". De tal modo, os princípios informam as normas jurídicas concretas, concebidas a partir da interpretação ou hermenêutica inventivas ou, ainda, da argumentação, de tal forma que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz quando viola um princípio que neste caso específico se considera importante, como pretende Dworkin, ao citar o arquetípico exemplo de prevalência principiológica contida no caso "*Riggs vs Palmer*", decidido pela Corte de Nova Iorque, em 1889, no qual um neto foi condenado pelo assassinato de seu avô, com a intenção de receber sua herança, ficando desta privado, posto que aquela Corte justificou o seu entendimento no princípio de que "a ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniqüidade ou adquirir bens em decorrência de seus próprios crimes", a despeito da lei sobre sucessões dispor *a contrario sensu* (cf. Dworkin, 2002: 37).

Apesar da transição paradigmática por que passa o saber jurídico contemporâneo, centrada na idéia de resgate dos princípios jurídicos e toda a sua força normativa (Barroso, 2002), ainda existe certa resistência da doutrina e da jurisprudência, em reconhecer a importância dos princípios não escritos de um dado ordenamento (Correia, 1998: 8). No entanto, é inegável a presença e importância dos princípios implícitos, ou seja, aqueles que não foram frontalmente enunciados em normas

escritas, mas devem portar aplicabilidade normativa plena, prevalecendo, inclusive, sobre algumas regras expressas (Correia, 1998: 8-9).

Outrossim, faz-se obrigatório recobrar a possibilidade de argüição de direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, conforme disposto no § 2º do art. 5º, da Constituição de 1988.

Desse modo, os princípios não precisam estar estabelecidos explicitamente, pois, "podem ser derivados dos costumes ou de decisões jurisprudenciais específicas, as quais, na maioria das vezes, são a expressão de concepções difundidas a respeito de que como deve ser o direito" (Lopes, 2001: 20-1), bem assim decorrentes de outros núcleos irradiadores que permitam a divisão princípio-sobreprincípio (Carvalho, 2003: 355ss), isto é, na dialética operacionalização de princípios "abertos" por meio da obtenção racional-argumentativa de consectários lógicos por meio da obtenção de princípios mais específicos.

Os princípios "podem apresentar-se explícitos (com maior nitidez e segurança, embora então limitados pelas possibilidades da linguagem) ou implícitos, mas, numa formulação como na outra, exercendo idêntica importância sistemática e axiológica" (Rothenburg, 1999: 54).

Em trabalho especifico, reporta Raquel Fernandes Perrini, citando Ferrara, a observância de que o direito não é só conteúdo imediato das disposições expressas; mas também o conteúdo virtual de normas não expressas, porém ínsitas no sistema (Perrini, 1996: 131). São assim explícitos, os princípios inseridos "fisicamente" no ordenamento, e implícitos, os retirados pelo intérprete com base no "espírito do sistema" (Mendonça Júnior, 2001: 17).

Não se pode claudicar, portanto, a importância do reconhecimento da normatividade dos princípios, em que os mesmos assumem papel de fecundidade no ordenamento jurídico, elevando o direito dogmático a conexões mais pulsantes com a moralidade prevalente. Por outro lado, não se pode consentir a indeterminabilidade de conteúdo das normas principiológicas.

Por sua relevância enquanto base teórica e ponto de partida da dogmática, a principiologia jurídica não deve se cristalizar; Daí resulta a importância de consecutar-se uma nova viragem conceitual dos princípios do Direito, enfocando-se, precipuamente, os seguintes aspectos:

a) análise da extensão da carga axiológica dos princípios e interpenetração da moralidade;

b) realinhamento do perfil dos princípios na quadra geral da Teoria Jurídica contemporânea, desfazendo equívocos quanto à função por eles desempenhada (planos deontológico, axiológico e hermenêutico);

c) reformulação de sua estrutura lógica, especialmente face às regras, de modo a permitir maior precisão conceitual e taxionomia normativa;

d) especificação de conteúdo dos princípios, com vistas a uma melhor aplicação;

e) peculiaridades de aplicação, com atenção à racionalidade argumentativa do Direito.

Ditas as diretrizes, apesar da falta de unidade na doutrina sobre elas, é preciso partir para a identificação de algumas bases teóricas que assinalam a nova concepção projetada.

4. Regras, princípios e... postulados normativos: rediscutindo a estrutura lógico-argumentativa das normas jurídicas a partir do contributo crítico de Humberto Ávila.

Como suscitado na Introdução deste estudo, os limites atuais da teoria dos prin-

cípios não permitem uma compreensão clara e precisa do papel da principiologia e de sua metodologia. De certo, é preciso romper o consenso do conhecimento convencional do temário, e tal é possível, como ressalta Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003: 109), com a produção de trabalhos críticos de qualidade, em que despontam Humberto Ávila e Klaus Günther[7].

Em verdade, nota-se hoje, ainda que incipientemente, uma preocupação com os rumos da principiologia, em que o enfoque crítico de autores como Ávila avulta imprescindível. Como se passa em toda teoria crítica, o caminho é dispensar o modelo teórico atual, para repensá-lo (Boaventura Santos) em melhor grau conceitual. Desde Esser, passando por Larenz e Canaris, a questão dos critérios e métodos associados ao conhecimento jurídico está em visível transição de paradigmas; com os influxos da *teoria da argumentação jurídica* e mesmo da aproximação entre *direito* e *linguagem,* as bases compreensivas da epistemologia jurídica sofreram profunda reorientação. Mais que compreender os princípios, se faz necessário estudá-los por um prisma fenomenológico, da pré-compreensão de conteúdos particulares à metodologia de sua aplicação judicial.

É nesse contexto que a investigação de Ávila se insere: uma investigação densa, em que se privilegia o exame da estrutura lógica dos princípios, bem assim, sua aplicabilidade, especialmente no que concerne à sua fundamentação, de sorte a permitir a especificação dos comportamentos necessários à concreção dos valores por eles focalizados (Ávila, 2004: 56). A crítica formulada por Ávila ao padrão teórico predominante traz ao chão grandes laudatórios imunizantes da teoria principiológica convencional. De tal sorte, ao instituir-se uma construção teorética de maior densidade, as indagações e perplexidades conduzirão, obrigatoriamente, a uma necessária revaloração dos fundamentos qualificadores (justificantes) das decisões.

Teoria dos Princípios é uma obra recente de Ávila e que, após dois anos de lançamento já alcançou a 4ª edição e várias reimpressões a partir da 2ª. Eros Grau, no Prefácio da obra, sentencia tratar-se de leitura essencial, que rompe com a *corrente de banalização dos princípios* e puxa *"*o tapete dos gênios-para-si-mesmos". Pungente, mas autêntico. A fascinação e deslumbramento com o tema não podem estancar a evolução conceitual e as preocupações crescentes quanto à determinação de seu conteúdo e eficácia (Barroso, 2003: 110).

Uma visão preliminar do ideário de Humberto Ávila já demonstra suficientemente o quanto se pode avançar em termos definitórios e aplicativos. A contribuição notável será aqui analisada apenas com ares de recensão.

Inicialmente, o autor torna preclara a insuficiência dos critérios convencionais de distinção entre regras e princípios (Ávila, 2004: 31ss), de sorte a apontar criticamente quais os pontos nevrálgicos de cada um dos seguintes modos de diferenciação: (i) o critério do "caráter hipotético-condicional"; (ii) o que leva em consideração o "modo final de aplicação"; e (iii) o que coloca o "conflito normativo" como elemento de distinção. Ávila faz referência, ainda, a um quarto critério: o da "fundamentação axiológica".

O critério do "caráter hipotético-condicional", consistente na verificação de que as regras possuem uma hipótese e uma conseqüência que predeterminam a decisão, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto (Ávila, 2004: 30).

Contudo, objeta Ávila, a regra seria, sempre, o *último passo* para a descoberta do conteúdo normativo, o que não é correto pensar, além de que a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística, não podendo tratar-se de elemento distintivo de uma espécie normativa (Ávila, 2004: 32). Tal inferência conduz, ainda, à constatação de que uma determinada norma, apesar de ostentar hipótese e conseqüência típicas de um dispositivo, poderá ser considerada como princípio pelo intérprete. Assim considerando, não seria correto afirmar que um dispositivo constitucional *contém* ou *é* um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como um princípio ou como uma regra. Com isso, aduz que o "qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética" (Ávila, 2004: 34-36).

Por fim, não é seguro afirmar que os princípios, em detrimento das regras, são desprovidos de conseqüências normativas e de hipóteses de incidências; os princípios, ressalta, também possuem conseqüências normativas e, de igual sorte, a despeito de não ostentarem caráter frontalmente descritivo de comportamento, podem apresentar, via concretização do intérprete, as espécies de comportamentos a serem adotados, especialmente por meio da análise de casos paradigmáticos. Assim, há que se observar, em cada situação normativa:

a) a razão (fim, tarefa) à qual o princípio se refere deve ser julgada relevante diante do caso concreto; e

b) o comportamento necessário para a realização ou preservação de determinado *estado ideal de coisas* (*Idealzustand*) deve ser adotado.

O segundo critério, o qual leva em consideração o "modo final de aplicação", baseia-se no fato de que as regras são aplicadas de modo absoluto (*all-or-nothing fashion*), ao passo em que os princípios são aplicados de modo gradual, à guisa do que preconiza Dworkin (1977: 45). Ao seu turno, como aduz Ávila, Robert Alexy define que as regras são normas cujas premissas são ou não diretamente preenchidas e que não podem nem devem ser ponderadas (Ávila, 2004: 36).

Em sua apreciação crítica, Humberto Ávila persiste na tarefa de construção do intérprete dos verdadeiros traços distintivos das espécies normativas: o modo de aplicação não está determinado pelo texto normativo, pois, mesmo tratando-se de regra válida perfeitamente aplicável ao caso concreto, é possível que a mesma seja excetuada ou, como se possa preferir, "ponderada" face a outras regras ou princípios.

Tome-se, como exemplo, o caso paradigmático em que o Supremo Tribunal Federal concedeu ordem de *habeas corpus*, por maioria de votos, e, por conseguinte, resultou a absolvição de paciente acusado pela prática de estupro com presunção da violência (arts. 213 e 214 do Código Penal), provado o fato de ter o mesmo mantido relações sexuais com uma jovem de 12 anos[8]. O dispositivo aplicável (art. 224 do Código Penal), prevê a presunção incondicional da conjunção carnal violenta cometida contra menor de 14 anos, de sorte que, se praticada a relação sexual com menor de 14 anos, então deve ser presumida a violência por parte do agente do delito. A regra não prevê qualquer exceção. No entanto, na decisão acima referida, o Supremo Tribunal Federal reputou de grande relevância algumas "circunstâncias particulares não previstas pela norma", como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, por conseguinte influenciadoras do discernimento e conduta do agente. Assim, firmou-se o

entendimento de que o tipo não se configurava na hipótese entelada, apesar dos requisitos normativos expressos estarem presentes.

Como conclusões ao bastante exemplo ilustrado, mister colher-se o tirocínio de Ávila: "a conseqüência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra" (Ávila, 2004: 37-38).

Em realidade, sucede ter-se possível o *exame da razão que fundamenta a própria regra* (*rule´s purpose*), para a individuação da hipótese, ou, se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o *descumprimento* daquela regra (*overruling*). Com isso, fica visível não ser adequado afirmar que regras podem ser classificadas como espécies normativas que funcionam na base do "tudo ou nada" e, assim, como os princípios, podem envolver a consideração a circunstâncias específicas de um determinado caso concreto.

Ávila propõe, ainda, outra refutação que toca ao critério do *modo de aplicação*, partindo da verificação de que a primazia de subsunção das regras pressupõe direto tratamento das questões normatizadas. No entanto, frisa o autor que as regras também possuem vagueza de determinação, à conta de se apresentarem por meio de enunciados prescritivos, como todo e qualquer conteúdo normativo. A suposta característica distintiva das regras ora enfocada ("implementação de conseqüência predeterminada") só pode surgir após a interpretação. De tal sorte, afirma Ávila, "após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam". (Ávila, 2004: 40).

Não obstante, o grau de abstração, quando anterior à interpretação, continua sendo critério distintivo entre regras e princípios: esses são, em geral, mais abstratos, à vista de inexistir vinculação a uma situação específica ("princípio democrático, Estado de Direito"), ao passo que nas regras as conseqüências são frontalmente subsumíveis à controvérsia que as enseja, apesar de necessitarem posterior ratificação de adequação por parte do intérprete (Ávila, 2004: 40).

A partir dessas constatações, exsurgem algumas das mais importantes iluminações de Humberto Ávila[9]: A medida em que os princípios estabelecem um *estado de coisas* que deve ser promovido sem, no entanto, possuir imediata direção fático-hipotética, pressupõe o acerto prévio de um determinado fim, de um objetivo a ser satisfeito, que, por seu turno, porta razões que lhe conferem substancialidade. Daí resulta que "o fim, independente da autoridade, funciona como razão substancial para adotar os comportamentos necessários à sua promoção". (Ávila, 2004: 40).

Assim, os princípios são espécies normativas que geram, para a argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reasons*); o que importa é a finalidade e as razões comportadas pelo princípio, que dão lastro à situação jurídica, não identificar, precisamente, quais são os comportamentos que promoverão esses fins (Ávila, 2004: 40-1).

De maneira contrária, as regras poderiam ser entendidas como espécies normativas que geram, para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*) ou razões autoritativas (*authority reasons*): no caso do exemplo do estupro por presunção, "a violência sexual só deixa de ser presumida se houver motivos extravagantes com forte apelo justificativo, como a aquiescência manifesta da vítima e a aparência física e mental de pessoa mais velha" (Ávila, 2004: 41); com isso, a escolha de um comportamento e/ou conseqüência

diversas daquelas radicadas no dispositivo poderá ser operada argumentativamente, desde que a justificação lógico-legitimante seja devidamente operada ("*ônus da argumentação*").

Vê-se, portanto, que poderá ser ultrapassada a diretiva *a priori* da regra, como que tivesse lugar aí, um modo especial de *ponderação* (da regra). "É o caso de cancelamento da razão justificadora da regra por razões consideradas superiores pelo aplicador diante do caso concreto" (Ávila, 2004: 42).

O terceiro e último critério distintivo geral, posto à análise crítica, é o que leva em conta o "conflito normativo", ou, em outros termos, o critério do "relacionamento normativo": para alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo modo como funcionam em casos de conflitos normativos. Ao constatar-se a antinomia entre regras, a solução radicaria na declaração de invalidade de uma das regras ou na criação de uma exceção; os princípios, por sua vez, não se excluem, mas conjugam-se, possuindo cada qual diferente "peso", para a correta aplicação em um caso concreto, de modo que um princípio poderia preterir a aplicação de outro, mas esse não seria expungido da ordenação positiva.

O que há de errado com tal critério? Como já argumentado, a *ponderação não é método exclusivo de aplicação dos princípios*: as regras também estão sujeitas ao crivo do intérprete, na interface fático-jurídica peculiar a cada situação concreta, de forma a tornar-se imperioso o sopesamento ou balanceamento (*Abwägung*) de razões que justifiquem ou contrariem o prévio acoplamento lingüístico do dispositivo diante da hipótese ocorrida (Ávila, 2004: 44).

O exemplo de Ávila é peculiar: "uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos meios disponíveis para curar seu paciente". Na hipótese concreta, em alguns casos, a revelação e descrição fiel do quadro clínico poderiam comprometer o tratamento, pois causaria um abalo psicológico lesivo ao bem estar do paciente. Haveria o intérprete de declarar a invalidade de alguma das regras? Não, mas tão só verter a possibilidade de sopesamento das razões fundantes de cada regra, para encontrar, no substrato da situação concreta, qual delas deveria prevalecer naquele instante.

Trata-se, como bem esclarece o autor, "de um conflito normativo entre regras, cuja solução, sobre não estar no nível da validade, e sim no plano da aplicação, depende de uma ponderação entre as finalidades que estão em jogo" (Ávila, 2004: 45)[10].

A verificação de relatividade quanto ser a dimensão de peso exclusiva dos princípios interfere na própria qualificação destes como normas de cunho axiológico prevalente. A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, nos diz Ávila, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica (Ávila, 2004: 50). Em última análise, a dimensão de peso, propõe o autor, não é sequer relativa à norma, mas ao aplicador e ao caso.

À vista de tais incursões lógicas, Ávila apresenta fundamentos dissociativos próprios, em que se enxergam quatro possibilidades de dissociação: (i) a dissociação justificante; (ii) a dissociação abstrata; (iii) a dissociação heurística; e (iv) a dissociação em alternativas inclusivas.

Sobre as duas últimas cabem aqui algumas considerações. Primeiro, a distinção heurística que toma em consideração que as *normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu signifi-*

cado usual. Com efeito, a distinção entre regras e princípios funciona como "modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos" (Ávila, 2004: 60).

A dissociação em alternativas inclusivas admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. Ocorre que, na concepção de Ávila, o modelo de bipartição das espécies normativas em *regras* e *princípios* não exaure a questão da racionalidade de argumentação e aplicação das normas.

Assim, para além da mera dicotomização das normas jurídicas em regras e princípios, o viés argumentativo conduz a adoção de "metanormas" ou normas de segundo grau, simplesmente denominadas *postulados normativos aplicativos*; a terminologia – diz Ávila, pouco importará – o decisivo passa a ser a análise, fundamentação e operacionalidade desse fenômeno (Ávila, 2004: 90).

Postulados normativos são tratados como normas estruturantes da aplicação de regras e princípios. A sua formulação oportuniza a identificação de três modos de aplicabilidade aos quais estaria uma norma jurídica sujeita: (i) a regra, que especifica um comportamento imediato; (ii) o princípio, que se revela como um fim adequado à situação jurídica; e (iii) o postulado normativo, enquanto método para a aplicação das espécies normativas em prospecção.

A idéia dos postulados normativos é um novo olhar sobre a metodologia das normas jurídicas. Cabe frisar que a idéia de normas de segundo grau não é nova na Ciência Jurídica. Tem sido suscitada, principalmente, quando da necessidade de solucionar antinomias entre regras, apresentando-se, pois como critérios para equalização dos conflitos entre normas – hierárquico, cronológico e especial (cf. Batista, 1993; e Bobbio, 1999: 91ss).

A noção de *postulados normativos* encerra um avanço sensível para a própria conceituação de princípio jurídico. É que na fundamentação dos postulados, avulta como exemplo a questão da aplicação do *princípio da proporcionalidade*. Como já afirmado anteriormente, trata-se do "princípio dos princípios" (Guerra Filho, 2001: 64), eis que permite a ponderação de princípios em antagonismo, diante de uma determinada situação concreta.[11]

Sucede que, na visão de Ávila, o princípio da proporcionalidade não consiste num princípio, mas num postulado normativo aplicativo: em sua aplicação, o *dever de proporcionalidade* indica qual norma deverá prevalecer, a independer da situação concreta se houve ou não violação do conteúdo que representa a noção de proporcionalidade, tal como no caso em que o Supremo Tribunal decidiu que não se pode, por pretensão de terceiro, constranger o pai presumido ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA, já que "*à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria*".[12] A rigor, diz o autor, "não é a *proporcionalidade* que foi violada, mas o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua inter-relação horizontal, com os princípios da autodeterminação da personalidade e da universalidade da jurisdição, que deixaram de ser aplicados adequadamente". (Ávila, 2004: 88; e Ávila, 2003: *passim*)[13]

Os postulados normativos, portanto, correspondem a normas articuladoras de regras e princípios, cujo funcionamento difere dessas espécies normativas, consideradas de 1º grau. São deveres estruturais

de aplicabilidade das normas em geral, cuja determinabilidade consiste na própria metodologia de decisão de um caso.

O problema de sua aplicação consiste exatamente na sua determinação: não se poderá especificar, em todos os casos, quais os elementos e critérios de sua utilização. Daí, a opção de Ávila em dividi-los em duas espécies: (i) *postulados inespecíficos*, dos quais se protraem a "ponderação", a "concordância prática e a proibição de excessos"; e (ii) *postulados específicos,* tais como a "igualdade", a "razoabilidade" e a "proporcionalidade" (Ávila, 2004: 93ss).

Sem imergir no detalhamento da classificação e em seus desdobramentos lógicos, a proposta de qualificação dos postulados normativos consagra a pré-compreensão na argumentação e hermenêutica do direito, em uma ampla cobertura de inferências lógicas postas à atividade decisional; enquanto alguns postulados aplicam-se sem pressupor a existência de elementos e critérios específicos, outros dependem de certas condições e prévios acertos de finalidade, para, enfim, dirigirem-se a seu consentâneo funcionamento.

5. Conclusão: a busca por um estado ideal de coisas

A adoção de princípios na esfera decisional revigorou pontos de confluência entre o discurso prático geral e o discurso jurídico. A racionalidade de sua aplicação, à conta de suscitar conectivos jurígenomorais, coloca-se em ordem a infirmar o abismo existente entre o discurso jurídico-dogmático e a ambiência social. Heck (2003: 67) recobra a lição de Alexy: "a pertença dos princípios ao sistema jurídico significa que o sistema jurídico é um sistema aberto diante da moral".

O balanceamento de valores, a ponderação entre meios e fins de uma dada situação concreta, são, com excelência, apelos ao raciocínio jurídico que um enfoque normativo principiológico pode factibilizar.

Ocorre que, para uma satisfatória aplicação dos princípios jurídicos, pressupõe-se a existência de um estatuto epistemológico confiável, que nos parece em construção, com franca adesão à análise da estrutura lógica, eficácia e metodologia de inserção em situações concretas. A compreensão desses dados implica até mesmo, como não soaria diferente, na evolução definitória do que vem a ser um princípio jurídico e a extensão de seu caráter normativo.

Algumas percepções recentes da doutrina devem ser clarificadas.

Na medida em que os princípios indicam razões substanciais e finalísticas ínsitas à argumentação jurídica, estabelecem a determinação de realização de um determinado propósito. Transmutam-se, assim, na busca de um *estado ideal de coisas* a ser atingido (*Idealzustand*), ou seja, uma situação concreta qualificada por determinadas qualidades, em que se ordenam *bens jurídicos* e as *formas de sua preservação* (Ávila, 2004: 63)[14].

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, ao contrário das regras, que são imediatamente descritivas; as regras, pois, delimitam comportamentos de maneira frontal mas que poderão ser descumpridos em virtude da finalidade – mais adequada ao caso – que deriva de outras normas, sejam elas princípios ou regras.

Para melhor adotar um outro princípio, porquanto normas-do-que-deve-ser (*ought-to-be-norms*), é preciso inicialmente enquadrá-los no estado ideal buscado para a situação fática (*state of affairs*) (Ávila, 2004: 64).

Explorada em demasia pela teoria jurídica das últimas três décadas, a identificação da aplicabilidade normativa dos princípios proposta com base na sua apo-

díctica distinção face às regras cede espaço para reformulações conceituais acerca de seu caráter argumentativo. Com efeito, a maneira como é implicado em um determinado contexto normativo consistiria em uma ponderação (Atienza, 2002: 267), por meio de um exame da proporcionalidade ou razoabilidade dos comportamentos exigidos (componente deontológico) e dos valores adotados (componente axiológico) com vista às finalidades buscadas (componente teleológico).

Por outro lado, é preciso considerar a existência dos postulados normativos aplicativos, entendidos como normas estruturantes da aplicação das regras e princípios. A sua inclusão metodológica é extremamente proveitosa, levando-se em conta a atual situação do pensamento jurídico, em que o viés crítico sinaliza, cada vez mais, a necessária reformulação da idéia de norma de direito e sua interface com o discurso moral.

Acertos e erros fazem parte da construção do conhecimento. Até aqui, parece que muito foi escrito sobre o tema. Com o aporte de novas concepções que redirecionam o presente debate, fica evidente que o assunto avulta incipiente. Os influxos de bases teóricas como as que foram singelamente apontadas no texto, ainda em proemial desenvolvimento, assinalarão grande propriedade para a teoria jurídica fundamental e para a dogmática hermenêutica, especialmente se conjugados com outros importantes marcos do pensamento jusfilosófico do atual quadrante evolutivo, como, à guisa de exemplo, o primado da argumentação jurídica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centros de Estudios Constitucionais, 1993.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón prática.* Trad. Wistano Orozco. México: Distribuciones Fontamara, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. 2. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Centro de Atualização Jurídica, a. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/ pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-humberto-avila.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros. *Revista Trimestral de Direito Público.* São Paulo, n. 1, p. 168-185, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 abr. 2002.

BARROSO, Luís Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios: Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-135.

BATISTA, Roberto Carlos. Antinomias jurídicas e critérios de resolução. *Revista da Funda-*

ção Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, a. 1, n. 1, p. 189-204, 1993.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito.* Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* 10. ed. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação - uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, s.d.

CARVALHO, Paulo de Barros. Tributo e segurança jurídica. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 342-366.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Critica do Direito.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 31, n. 123, p. 35-46, jul-set. 1994.

DWORKIN, R.M. Is law a system of rules? In: DWORKIN, R.M. (editor). *The Philosophy of Law*. Londres-Nova Iorque-Toronto: Oxford University Press, 1977, p. 38-65.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

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

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESSER, Josef. *Principio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Concretização jurídica.* Curitiba: Juruá, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da isonomia, princípio da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. *Nomos* [Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC]. Fortaleza, v. 13-14, n. 1-2, jan-dez. 1994-1995, p 18.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais.* 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-100.

LOPES, Ana Maria D´Ávilla. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo-RS: UPF Editora, 2001.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência*: elementos de uma teoria constitucional, I. Trad. Peter Neuman. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios – o princípio constitucional da razoabilidade.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PEIXINHO, Manoel Messias. *Interpretação da constituição e os princípios fundamentais: Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PERRINI, Raquel Fernandes. Os princípios constitucionais implícitos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, n. 17, 113-169, out-dez. 1996.

RABAY, Gustavo. O direito racional e o retorno ao argumento: as teses do direito argumentativo (Tópica, Retórica e Discurso Racional Procedimental) como canais para um pós-positivismo jurídico factível. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru.* Caruaru, n. 34, p. 165-190, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, política e justiça na contemporaneidade.* Campinas: Edicamp, 2002.
STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
TAVARES, André Ramos. Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-51.

NOTAS

[1] Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2003: 10) assinala o emprego de outras designações congêneres, tais como "Estado principialista" (Paulo Bonavides), "Hermenêutica de Princípios" (Inocêncio Mártires Coelho), "Compreensão principial da Constituição" (Gomes Canotilho), "principiologia jurídico-constitucional" (Willis Santiago Guerra Filho), "dogmática principialista" (Clèmerson Merlin Clève) e "jurisprudência de princípios" (García de Enterría).

[2] Esta expressão designa, no intento de uma Crítica Jurídica, o conjunto de pressupostos conceituais (princípios, dogmas, verdades, crenças, valores) sobre o qual se assenta a cultura e a epistemologia jurídica predominantes/tradicionais, sendo tal conjunto desprovido de legitimidade ideológico-social. Cf. Warat, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

[3] O texto foi republicado como capítulo de destaque da obra *Taking rights seriously,* sob o título *The model of rules I* ("O modelo de regras I"). Cf. a tradução brasileira: Dworkin, 2002: 23-72.

[4] Também estampada na legislação em vigor: é o caso do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

[5] Essa distinção preliminar torna-se imprescindível para a correta aplicação do direito, encontrando-se sensivelmente presente em diversos aportes da nova metodológica da teoria jurídica. Com tal importância, encontra-se, por exemplo, na análise central do pensamento de Müller e sua *metódica estruturante,* bem assim angularizada nas recentes teorias críticas do Direito, ambas bases teóricas mencionadas na *introdução* deste trabalho.

[6] Em tradução livre: "(...) pode dizer-se que sempre um princípio é, em última análise, uma razão básica para um juízo concreto de dever ser, este princípio é uma razão para uma regra que representa uma razão definitiva para este juízo concreto de dever ser. Os princípios mesmos não são nunca razões definitivas".

[7] Cf. Günther, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

[8] *Hábeas corpus* nº 73.662-9. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Para conferir o voto vencedor, cf. Souto, Cláudio; e Falcão Neto, Joaquim de Arruda. *Sociologia e direito – textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica.* São Paulo: Pioneira, 1999, p. 371-376; Para uma análise da decisão sob a ótica da metódica estruturante de Friedrich Müller, cf. Adeodato, João Maurício. A concretização normativa – um estudo crítico. In: Adeodato, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 221-259.

[9] Aqui se protrai a preocupação com a argumentação jurídica. O tema éserá enfocado, ainda que de forma tímida, na seqüência deste estudo.

[10] Ávila, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45. Outro exemplo argüido por Ávila põe em cena a regra que proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei nº 9.494/97). Outra regra, porém, determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos (art. 1º da Lei estadual 9.908/93, do Rio Grande do Sul). À vista da segunda regra, torna-se imperiosa a concessão de medida liminar em face do Estado, para determinar o fornecimento de remédio pelo sistema público de saúde a quem deles necessitar para viver.

[11] Mister esclarecer a plurisignificação que o princípio assume na doutrina tradicional, ora confundido com o "princípio da razoabilidade", de difusão originalmente norte-americana, ora

como "princípio da proporcionalidade", radicado no direito alemão, que por sua vez, pode ser empregado em duas acepções: (i) *princípio da proporcionalidade em sentido amplo,* consistente no dever de proibição de excessos (*Übermassverbot*); e (ii) *proporcionalidade em sentido estrito*, subprincípio equivalente à denominada "*máxima de sopesamento*" (*Abwägungsgebot*), e que integra, ao lado de outros dois subprincípios, quais sejam, o "*princípio da adequação*" e o "*princípio da exigibilidade*" ou da "*máxima do meio mais suave*" (*Gebot des mildesten Mittels*), o conteúdo do próprio princípio da proporcionalidade em sentido lato. Para uma visão plural do tema, cf. Barros, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; Oliveira, Fábio Côrrea Souza de. *Por uma teoria dos princípios – O princípio constitucional da razoabilidade.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicabilidade da Constituição*: *Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 209 e ss; Buechele, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999; e Guerra Filho, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: Leite, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237-253.

[12] Hábeas Corpus º 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado no DJU 15.05.98, p. 44.

[13] Complementa, nesse mesmo texto, o autor: "O dever de proporcionalidade não é um princípio ou norma-princípio. Senão, vejamos: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação; a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não irá ser modificado no entrechoque com outros princípios. Não bastasse, a proporcionalidade não determina razões às quais a sua aplicação atribuirá um peso, mas apenas uma estrutura formal de aplicação de outros princípios" (Ávila, 2003).

[14] "Por exemplo – leciona Ávila - o princípio do Estado de Direito estabelece um estado de coisas, como a existência de responsabilidade (do Estado), de previsibilidade (da legislação), de equilíbrio (entre interesses públicos e privados) e de proteção (dos direitos individuais), para cuja realização é indispensável a adoção de determinadas condutas, como a criação de ações destinadas a responsabilizar o Estado, a publicação com antecedência da legislação, o respeito à esfera privada e o tratamento igualitário."