

Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*

Thomas Bustamante*

1. Introdução

A juridicidade de decisões *contra legem* constitui um dos problemas mais controversos da ciência jurídica. Embora tais decisões não sejam completamente estranhas à rotina dos aplicadores do direito, reina uma espécie de silêncio acerca delas e os teóricos do direito normalmente encontram dificuldades para elaborar diretivas capazes de explicá-las ou justificá-las. Este trabalho pretende, porém, superar (ao menos em parte) algumas dessas dificuldades e oferecer uma análise de tais decisões com fundamento na obra de Robert Alexy.

Alexy admite, em diferentes passagens de sua obra, a possibilidade de se justificar decisões *contra legem*, tendo chegado inclusive a elaborar uma “fórmula” para descrever a estrutura lógica da denominada *redução teleológica*, que é apresentada como um procedimento de *modificação* de uma regra jurídica para os casos em que sua aplicabilidade for tida como indesejada. Para Alexy¹, há casos em que é possível deixar de aceitar o resultado

* Professor da Faculdade de Direito da UFMG; *Honorary Lecturer* na Universidade de Aberdeen, Escócia; Doutor em Direito pela PUC-Rio; e Mestre em Direito pela UERJ. E-mail: thomas_bustamante@yahoo.com.br. Este ensaio é uma versão resumida das conclusões de uma pesquisa realizada durante visita à Universidade de León, Espanha, a convite do Professor Juan Antonio García Amado e com financiamento do *Carnegie Trust for the Universities of Scotland*. A versão integral do trabalho, substancialmente mais extensa, se acha publicada em espanhol, com o título “Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones *contra legem*” (BUSTAMANTE, 2010). Por sugestão de um revisor anônimo, esta versão foi sutilmente

das interpretações jurídicas fundamentadas em argumentos semânticos, de sorte que o intérprete realiza uma reformulação da regra original para introduzir uma exceção em sua hipótese de incidência.

Não obstante, o leitor da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy não encontrará nesta obra mais do que uma menção à possibilidade de redução de uma regra jurídica, uma vez que o autor não dedica a esse assunto a mesma atenção que ele oferece a outros temas específicos da argumentação jurídica, como a interpretação jurídica e a utilização de enunciados da dogmática jurídica pelos aplicadores do Direito. Pode-se dizer, nesse sentido, que o “código da razão prática” que Alexy propõe contém uma série de *lacunas* a respeito das decisões *contra legem*.

A existência dessas lacunas me levou, em um escrito anterior², a propor um catálogo de regras de argumentação adicionais para lidar com o problema específico das decisões *contra legem* e orientar os juristas práticos na tarefa de justificação de tais decisões. O presente trabalho, no entanto, revisa algumas dessas conclusões anteriores e tenta oferecer um esquema mais detalhado para explicar os tipos de conflitos normativos que podem acontecer durante o processo de aplicação do Direito³. Como será arguido nas seções que se seguem, acredito que a introdução de exceções à hipótese de incidência de uma regra jurídica pode ser justificada nos casos de

modificada, com algumas inserções sob a forma de notas de rodapé, que pretendem dar conta de problemas que ainda não haviam sido suficientemente tratados na versão anterior. Devo agradecer a este revisor pelas críticas construtivas e sugestões, que muito contribuíram para o texto que ora se publica.

1 ALEXY, 2007-a, p. 227.

2 BUSTAMANTE, 2005.

3 Basicamente, eu sustentava no trabalho anterior que a superabilidade era uma propriedade tanto dos princípios quanto das regras jurídicas. Os princípios seriam normas cuja superabilidade é imanente, ao passo que as regras seriam normas cuja superabilidade é reservada para casos excepcionais (BUSTAMANTE, 2005, p. 220). Esta tese apresenta semelhanças com o entendimento de Humberto ÁVILA (2010, p. 105), para quem “as regras possuem um caráter ‘prima facie’ forte e superabilidade mais rígida”, ao passo que os princípios tem um caráter ‘prima facie’ fraco e superabilidade mais flexível”. A principal razão pela qual me afasto deste tipo de explicação do fenômeno da superabilidade é que penso que esta explicação não leva em consideração o fato de os princípios serem normas cuja institucionalização é *parcial* (já que falta a determinação dos comportamentos concretos que se seguem dessas normas) e, por conseguinte, não poderem ser superadas porque elas não estabelecem nenhuma hipótese de incidência. Os princípios estabelecem apenas uma obrigação de otimizar. Se a superabilidade for definida como a possibilidade de se inserir exceções em uma norma jurídica, então deve-se necessariamente presumir que essa norma tenha a estrutura de uma regra que permita a subsunção de certos fatos ou condutas em sua hipótese de incidência. A tese de que a superabilidade é uma propriedade das regras, e não dos princípios, foi também defendida recentemente por Carsten BÄCKER (2010). Para uma argumentação mais desenvolvida em favor desta tese, ver também BUSTAMANTE (2010, pp. 222-229, especialmente nota 8).

colisão entre um princípio e esta regra. Para fundamentar essa tese e explicar as suas consequências práticas, inicio meu argumento com uma breve explicação das relações entre princípios e regras jurídicas (seção 1), que será sucedida por uma nota sobre o denominado “caráter *prima facie*” ou a *superabilidade* das regras jurídicas (seção 2). Essa análise inicial tornará possível, na terceira seção deste ensaio, elaborar um panorama sobre os tipos de conflitos normativos que normalmente têm lugar quando se admite a distinção alexyana entre regras e princípios (seções 3.1 a 3.3) e enunciar, à guisa de conclusão, os traços característicos das decisões *contra legem*, estabelecendo a estrutura desse tipo de decisão (seção 3.4).

2. Sobre as relações entre princípios e regras jurídicas

Como é de conhecimento geral entre os juristas de hoje, Robert Alexy define princípios como “normas que ordenam que algo seja realizado na máxima medida possível”. Portanto, “os princípios são mandados de otimização, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em graus diferentes e porque a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas”. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelas outras normas (princípios e regras) que atuam em sentido contrário. Regras, por seu turno, seriam “normas que só podem ser cumpridas ou não”. Se uma regra é válida, “então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos”, pois as regras “contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível”⁴.

Entre outras razões, essa classificação é metodologicamente relevante porque implica uma diferença quanto ao *modo de aplicação* das duas classes de normas. Enquanto os princípios devem ser otimizados segundo a máxima da proporcionalidade para que sejam determinadas as possibilidades fáticas e jurídicas em que eles devem ser aplicados, de sorte que a operação básica de sua aplicação é a *ponderação*, as regras contêm mandados definitivos e a operação básica para sua aplicação é a *subsunção*.

Em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy rejeita tanto um modelo puro de regras quanto um modelo puro de princípios, advogando um modelo de sistema jurídico composto tanto por uma quanto por outra

4 ALEXY 2007-b, pp. 67-68.

classe de normas jurídicas⁵. Este modelo, apesar de estabelecer um critério ontológico forte para diferenciar as duas espécies de normas jurídicas, implica íntimas relações entre princípios e regras, principalmente quando estas normas estão situadas em níveis hierárquicos diferentes, como no caso da edição de regras legislativas que determinam o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Quando considera as normas de direito fundamental quanto à sua origem, Alexy imagina duas classes em que elas podem ser agrupadas. Há tanto normas jusfundamentais diretamente estatuídas na Constituição como um grupo de normas não estatuídas diretamente na lei fundamental, mas que possuem uma importância fundamental porque oferecem um remédio para a abertura semântica e estrutural das normas diretamente estatuídas no texto constitucional. Alexy denomina a esta última classe “normas de direito fundamental *adscritas*” (ou, como está expresso na tradução brasileira da mesma obra, “normas de direito fundamental atribuídas”)⁶. A relação entre uma norma diretamente estatuída e uma norma *adscrita* ou atribuída é a um só tempo uma relação de precisão (na medida em que esta determina o conteúdo semântico da primeira e favorece a sua aplicabilidade) e uma relação de fundamentação (na medida em que a primeira fornece o fundamento de validade da segunda). Uma norma *adscrita*, argumenta Alexy⁷, “tem validade e é uma norma de direito fundamental se para a sua derivação de uma norma de direito fundamental

5 Há, na literatura jurídica, múltiplos modelos puros de princípios e de regras. A recente discussão sobre a superabilidade das normas jurídicas, na tradição ibérico-latinoamericana, parece presumir ou um modelo puro de princípios, como o de Alfonso GARCÍA FIGUEROA (2007; 2010), ou um modelo puro de regras, como o de Juan Antonio GARCÍA AMADO (2008; 2010). O primeiro modelo não reconhece mais uma distinção forte entre princípio e regras, mas sustenta que todas as normas jurídicas podem se comportar como princípios, submetendo-se à ponderação. O segundo modelo, por sua vez, acredita que todas as normas têm a estrutura de regras jurídicas. A superabilidade, neste segundo modelo, se fundamentaria não na ponderação, mas em normas excepcionais que vão sendo paulatinamente elaboradas pela jurisprudência com fundamento em certas convenções interpretativas aceitas pelos juristas. Há razões, porém, para se rejeitar ambos os modelos. O primeiro modelo peca por não levar suficientemente a sério as decisões do legislador democrático, pois não estabelece uma prioridade das ponderações realizadas pelo legislador sobre aquelas realizadas pela jurisdição constitucional. O segundo modelo, por sua vez, ao rejeitar a existência de princípios jurídicos, é forçado a classificar várias normas da Constituição como programáticas e despidas de qualquer tipo de vinculatividade. Ademais, como confia apenas em convenções para estabelecer exceções às regras jurídicas, carece de um critério para a crítica a estas convenções. Para um desenvolvimento destas críticas aos modelos puros de regras e princípios, ver BUSTAMANTE, 2010, pp. 229-262.

6 Por uma questão de estilo, porém, utiliza-se aqui a expressão “normas *adscritas*”, apesar de não estar equivocado se falar em “normas atribuídas”, como faz a boa tradução ao português do professor Virgílio Afonso da Silva.

7 ALEXY, 2007-b, p. 53.

diretamente estatuída é possível aduzir uma fundamentação jusfundamentalmente correta”. Quando esse é o caso, a importância das normas adscritas se torna manifesta porque é impossível aplicar um direito fundamental diretamente estatuído na Constituição sem atenção às normas adscritas que estabelecem o seu âmbito de proteção.

No sistema de Alexy, há uma íntima relação entre a diferenciação das normas de direito fundamental quanto à origem (normas diretamente estatuídas e normas adscritas) e quanto à estrutura (princípios e regras). Essa relação se torna mais nítida quando se considera a regra sobre as colisões de princípios constitucionais que Alexy denominou “lei de colisão”. Uma colisão entre princípios constitucionais, principalmente nos casos em que estes têm igual peso abstrato ou importância, só pode ser resolvida pelo estabelecimento de certas relações de prioridade condicionada entre os princípios colidentes. Essas relações são instituídas em regras de precedência condicionada entre princípios constitucionais, que podem ser caracterizadas como normas adscritas. Alexy chega, portanto, a uma conclusão importante: as colisões de princípios só podem ser resolvidas por meio da criação de uma norma adscrita do tipo regra. É esse o conteúdo da denominada *lei de colisão*, que foi elaborada por Alexy para explicar a relação entre princípios e regras. Esta lei de colisão pode ser canonicamente enunciada da seguinte maneira: “as condições em que um princípio tem precedência sobre outro constituem a hipótese de incidência de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”⁸.

Desta lei de colisão se pode derivar também uma outra afirmação correlata que é crucial para compreender o fenômeno dos conflitos normativos: as “regras, se racionalmente justificáveis, resultam de uma ponderação de princípios”⁹. Quando o legislador estabelece uma regra, esta pode ser apresentada como o resultado de uma escolha (obviamente dentro de uma margem de discricionariedade deixada pela Constituição) acerca da precedência de determinado princípio constitucional na situação que constitui a hipótese de incidência dessa regra. A legislação tem uma importância central no sistema de Alexy porque ela *universaliza* a solução para a colisão de princípios e estabelece uma *prioridade das decisões democráticas do legislador* em todas as situações de obscuri-

8 ALEXY, 2007-b, p. 75.

9 ALEXY, 2005, p. 323.

dade no texto constitucional. Toda regra tem de ser formulada em uma linguagem universal¹⁰.

Não obstante, apesar da importância central da legislação, a regra nunca perde completamente o contato com os princípios que se escondem por detrás dela. Toda regra jurídica conserva uma ligação com os princípios que lhe dão fundamento. Como Aleksander Peczenik explica com clareza, se a distinção entre princípios e regras de Alexy for adotada “toda regra jurídica pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios feita pelo legislador”¹¹.

Essa relação entre princípios e regras está pressuposta na teoria de Alexy e deve ser preservada se se quiser vincular a teoria dos princípios ao discurso prático geral, como pretende Alexy. Com efeito, a vinculação entre a teoria dos princípios e o discurso prático geral é um aspecto nuclear da sua teoria. É por essa via que se estabelece uma teoria da argumentação jusfundamental, que converte o modelo de ponderação de um “modelo de decisões” acerca do peso dos direitos fundamentais em um “modelo de fundamentação”, ou seja, de um modelo voluntarista em que a ponderação pode ser apresentada como o resultado de uma simples decisão em um modelo onde as regras adscritas de uma disposição de direito fundamental podem ser apresentadas como o resultado de um processo argumentativo racional. Em sua teoria da argumentação jurídica, Alexy sustenta a tese

10 O requisito da universalidade das normas jurídicas não é, em absoluto, incompatível com a superabilidade das regras. Quando se introduz uma exceção em uma norma jurídica, esta exceção deverá constituir a hipótese de incidência de uma nova norma introduzida pelo julgador no caso concreto. Essa norma deverá ser enunciada em termos universais e aplicada a todos os casos semelhantes, a menos que haja fortes razões em sentido contrário. Como explica Neil MACCORMICK, mesmo nos casos em que o julgador decide por equidade a decisão deve decorrer de uma norma universal. Apesar de corrigir o excesso de generalidade das regras jurídicas, a equidade não afeta a característica da universalizabilidade dessas normas. Como salienta MacCormick, referindo-se às lições de R. M. Hare, a palavra *universal* possui um sentido mais exato que a palavra *geral*; quando utilizamos o termo *geral*, marcamos uma diferença de *grau*, não de lógica (MACCORMICK, 1994, p. 78). Assim, “a proposição ‘toda discriminação entre pessoas está proibida’ é mais geral que a proposição ‘toda discriminação entre pessoas fundada nas origens nacionais está proibida’; mas todas as duas são universais em suas proposições” (*Ibidem*). Isso vale também para os juízos de equidade, pelo simples fato de eles precisarem ser justificados. A exigência de *justiça formal* faz com que todas as decisões judiciais devam ser justificadas a partir de uma regra universal (ou universalizável) (*Idem*, pp. 97-99). Ainda quando o juiz estiver em posição de afastar a incidência de uma regra por excesso de generalidade, isso só será possível se a regra excepcional criada para o caso for igualmente aplicável a todos os casos análogos. O modelo que se pretende estabelecer para as decisões *contra legem* caminha, portanto, na direção contrária a qualquer tipo de particularismo jurídico. Se uma exceção a uma determinada regra jurídica não puder ser universalmente estabelecida, essa exceção não poderá ser justificada de forma correta.

11 PECZENIK, 2000, p. 78.

de que em todos os atos de fala regulativos, inclusive os atos jurídicos, está implícita uma pretensão de correção que, embora não se restrinja a uma correção em sentido moral, inclui a exigência de correção moral. Ele deriva dessa tese uma outra afirmação correlata que possui relevância fundamental para determinar os argumentos que podem ser empregados no discurso jurídico: a tese do caso especial. Segundo esta o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Essa idéia é justificada da seguinte forma:

(A tese do caso especial) se fundamenta no fato de que (1) as discussões jurídicas se referem a questões práticas, ou seja, a questões sobre o que se há de fazer ou omitir, ou sobre o que pode ser feito ou omitido, e (2) estas questões são discutidas do ponto de vista da pretensão de correção. Trata-se de um caso especial, porque a discussão jurídica (3) tem lugar sob certas condições de limitação (entre as quais, especificamente, figura a exigência de que a decisão esteja fundamentada no marco do ordenamento jurídico)¹².

É com base na tese do caso especial que se sustenta, por exemplo, a “unidade do discurso prático”, segundo a qual o discurso jurídico não pode prescindir de argumentos morais que se acham imbricados na argumentação judicial. Uma decisão judicial que não satisfaça as exigências de uma moralidade procedimental universalista, a qual pressupõe um construtivismo ético *à la* Habermas, é considerada uma decisão defeituosa por razões conceituais. A característica mais importante da teoria da argumentação de Alexy é essa conexão entre o discurso prático e o discurso jurídico: o direito se abre para uma moral procedimental universalista. Os princípios fundamentais da Constituição são a expressão positivada da *institucionalização* da moral pelo direito.

Não obstante, é evidente que uma moralidade procedimental como a de Habermas encontra uma série de limites. Não é possível alcançar um consenso racional motivador para uma série de problemas práticos que, apesar de permanecerem insolúveis pela moralidade crítico-procedimental, *têm que ser resolvidos* pelo direito. Neste ponto específico, Alexy afirma mais uma vez a importância das *regras* e do regime democrático na justificação e na aplicação do direito. A necessidade de um discurso especificamente jurídico, caso se admita a tese do caso especial, pode ser funda-

12 ALEXY 2007-a, p. 205.

mentada em deficiências do discurso prático geral como os “problemas de conhecimento” (ou seja, as dificuldades para se determinar a ação correta à luz dos princípios morais isoladamente considerados) e os “problemas de cumprimento” (a dificuldade de garantir efetividade às decisões alcançadas pela via do discurso prático). O discurso jurídico – e, adicionamos, especialmente a argumentação jurídica no contexto da *legislação* – resolve questões que permanecem abertas no discurso prático. A necessidade do discurso jurídico é implicada pelo discurso prático, na medida em que ele é um “meio necessário para a realização da razão prática”, e nessa medida um “elemento necessário da racionalidade discursiva realizada”¹³. Pode-se perceber, nesse sentido, que a mesma relação que se estabelece entre o discurso prático e o discurso jurídico ocorre também entre os princípios estabelecidos na Constituição e as regras criadas no processo legislativo democrático. Os princípios padecem dos mesmos problemas do discurso prático, principalmente dos problemas de conhecimento, e por isso suas soluções para problemas jurídicos concretos são tão indeterminadas quanto as que o discurso prático geral pode oferecer. É daí que nasce a necessidade de uma concretização legislativa para garantir efetividade aos direitos fundamentais. As regras que derivam do processo legislativo não perdem, porém, suas conexões com os princípios que lhes fundamentam e não podem ser interpretadas sem uma referência explícita a esses princípios.

Alexy necessita, portanto, uma distinção clara entre princípios e regras para seguir afirmando a um só tempo a tese do caso especial e o correlato caráter vinculante das normas estabelecidas pela via do processo legislativo democrático. As eventuais exceções nas hipóteses de incidência das regras jurídicas não podem ser justificadas pela simples realização de uma nova ponderação de princípios no caso concreto, como se as regras estabelecidas pelo legislador fossem também princípios. No caso de uma colisão entre uma regra válida e um princípio constitucional, pode-se ponderar o princípio que justifica a existência da regra com outros princípios diretamente estatuídos na constituição, mas não se pode por isso descuidar da relevância do fato de que a existência de uma regra “atribui consequências a casos de um tipo particular na forma especificada nas suas condições”, de sorte que o legislador sustenta uma pretensão de ter dado a “palavra final” sobre os

13 ALEXY, 2007-a, p. 315.

casos-tipo estabelecidos nesta regra¹⁴. A existência de uma regra implica, portanto, a existência de uma *pretensão de definitividade* para o resultado das ponderações de princípios realizadas pelo legislador.

3. O caráter *prima facie* das regras jurídicas e o problema dos casos excepcionalmente difíceis

A pretensão de definitividade das regras jurídicas, mencionada no apartado anterior, não é, porém, uma garantia de definitividade¹⁵. Quando se fala em uma pretensão, obviamente se refere a algo que deve ser vindicado ou resgatado discursivamente. Essa pretensão nem sempre vai ser resgatada com sucesso, e por isso se pode afirmar que as regras possuem a característica da superabilidade. Como Alexy sustenta com clareza, sua distinção entre

14 PECZENIK e HAGE, 2000, p. 210.

15 Só faria sentido se pensar em uma tal garantia absoluta de definitividade se o Direito fosse compreendido no sentido em que Joseph RAZ o define, ou seja, como um sistema de razões excludentes que permitem ao agente decidir uma questão jurídica *sem realizar qualquer valoração própria*, isto é, decidindo segundo o resultado de uma ponderação de razões realizada por outra pessoa que detenha autoridade sobre si. De acordo com RAZ (2009, capítulos 4 e 5; 1995, capítulos 8 e 9), as razões jurídicas – selecionadas pelas autoridades competentes para criar o direito – *substituem* as razões daquele que atue em conformidade com o Direito, que acaba agindo segundo regras que podem ser identificadas e cumpridas sem com que se realize qualquer consideração de natureza moral ou política. O conceito de autoridade, em Raz, significa que a decisão do oficial que a detém predetermina (*pre-empt*) as razões que podem ser utilizadas por quem atue segundo as normas jurídicas. Como se vê, Raz reduz o direito à noção de autoridade, e acaba sustentando exatamente o contrário do que faz Alexy, já que este autor atribui ao Direito uma natureza dualista que deriva justamente da conexão argumentativa que a pretensão de correção estabelece entre o Direito e a Moral. Como salienta Alexy, deriva-se da pretensão de correção implicitamente erigida em todos os atos jurídicos uma “obrigação jurídica de prolatar decisões [moralmente] corretas” (ALEXY 1998, p. 216). O Direito possui uma natureza dualista, segundo Alexy, porque nele há tanto uma dimensão ideal (constituída pela idéia de correção *simpliciter*, que tem um aspecto predominantemente moral) quanto uma dimensão fática ou institucional (ALEXY, 2009).

Ainda sobre o pensamento de Raz, cabe notar, no entanto, que este autor não advoga uma obediência incondicional ao Direito, nem mesmo pelos juízes e oficiais competentes para aplicar normas jurídicas válidas. Embora Raz seja extremamente formalista no momento de se *identificar* o Direito válido, é também extremamente flexível no momento de se determinar se o juiz deve ou não seguir o Direito positivo. Segundo Raz, juízes podem usar e normalmente usam considerações “não autoritativas” no momento de estabelecer as normas individuais contidas em suas sentenças. Raz separa claramente a Teoria do Direito (cujo objetivo é, primordialmente, identificar as regras jurídicas válidas) da Teoria da Adjudicação (que é uma teoria da decisão, buscando dizer como os juízes de fato decidem ou devem decidir casos concretos). No momento de decidir (adjudicar), o positivismo formalista de Raz acaba sustentando que o Direito é apenas *um* dos conjuntos de razões que podem ser igualmente levados em consideração. Ele admite que os juízes detêm um poder para criar normas jurídicas válidas, e não apenas para aplicá-las, sem distinguir, porém, os atos de criação do direito em conformidade com o sistema jurídico dos atos de criação do direito contra o direito positivo. Para uma crítica que, na minha opinião, desmonta as teses de Joseph Raz sobre o Direito, ver, entre outros, POSTEMA (1996).

regras e princípios não implica que as regras sejam normas que podem ser cumpridas no modo “tudo ou nada”, como havia sugerido Dworkin em seu famoso ensaio de 1967¹⁶. Segundo Alexy, nem todos os conflitos entre regras são resolvidos com o reconhecimento da invalidade de uma delas, haja vista que, em algumas situações, é possível estabelecer uma exceção a uma dessas regras. Noutras palavras, nem todo embate entre regras jurídicas se dá no nível abstrato da validade, sendo razoável se imaginar, também, *conflitos concretos* que têm lugar na sua aplicação prática.

É exatamente isso que Alexy tem em mente ao salientar que é incorreto dizer que todos os princípios possuem “o mesmo caráter *prima facie*” e todas as regras possuem “o mesmo caráter definitivo”, bem como que, por conseguinte, as regras são aplicadas de uma maneira tipo “tudo ou nada”. O modelo de Dworkin é demasiadamente simples, e por isso é necessário construir um sistema mais diferenciado, que seja capaz de dar conta da superabilidade das regras. O modelo mais diferenciado é necessário porque é sempre possível introduzir na motivação de uma decisão jurídica uma *cláusula de exceção* (em uma das regras). Quando isso acontece, então a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso concreto¹⁷.

Como se percebe, há uma mútua dependência entre princípios e regras na teoria da argumentação jusfundamental de Alexy: de um lado, os princípios só adquirem eficácia se deles se puder derivar regras formuladas em uma linguagem universal; de outro, as regras não podem ser aplicadas sem atenção aos princípios que lhes fundamentam.

O efeito de irradiação dos princípios é o que constitui o fundamento para o caráter *prima facie* das regras e para a sua superabilidade. Aplicam-se nesse terreno técnicas como a *redução* de uma norma jurídica, que consiste na “eliminação de parte do núcleo linguisticamente incontroverso” de uma norma jurídica¹⁸, ou seja, na introdução de uma “cláusula de exceção” em uma norma estabelecida pelo legislador com fundamento em um princípio. Estabelece-se, porém, uma carga de argumentação especial para quem advogar a não-aplicação de uma regra a uma situação coberta por sua hipótese de incidência, pois sempre haverá *princípios formais* (ou, como poderíamos chamar, *princípios institucionais*) que laboram em favor da ma-

16 DWORKIN, 1968.

17 ALEXY, 2007-b, p. 79 e ss.

18 PECZENIK, 1983.

nutenção das consequências da regra estabelecida pelo legislador¹⁹. Para se criar uma exceção a uma enumeração taxativa em um dispositivo legal, é necessário incluir no processo de ponderação princípios formais como o princípio democrático, o princípio do Estado de Direito e os demais princípios que justificam as regras do processo legislativo, demonstrando que há razões inclusive para superar o peso do material institucionalmente estabelecido pelo legislador²⁰.

O estabelecimento de exceções não escritas às regras jurídicas existentes num dado espaço e tempo implica decisões *contra legem* que, segundo Aleksander Peczenik e Jaap Hage²¹, são na verdade “criação do Direito via interpretação”, em que se impõe ao jurista prático uma pesada carga de argumentação. Os casos de superabilidade de regras jurídicas válidas encontram justificativa no fato de que – por mais que as regras estejam caracterizadas pela presença de um componente descritivo que permite a dedução (após sua interpretação) de um comportamento devido – elas “somente estão baseadas em um montante *finito* de informações” e, apesar de isso não acontecer frequentemente, é sempre possível, pelo menos em tese, que *informações adicionais* tornem não-dedutíveis conclusões que o seriam na ausência dessas novas informações²².

Deve-se introduzir, portanto, uma distinção entre a *exclusão* de uma regra (a qual implica o reconhecimento de uma exceção não-escrita à sua hipótese de incidência) e sua *invalidade*: “se uma regra é inválida, isso significa – em certo sentido – que ela nem mesmo existe, e que por via de consequência não pode sequer gerar qualquer tipo de razões [para um comportamento]. Exclusão, ao contrário, está relacionada a um caso. Uma regra só pode ser excluída se for válida”²³. Os casos de superabilidade

19 ALEXY, 2007-b, p. 81.

20 Muito poderia ser dito sobre os denominados princípios formais. Não obstante, a característica que mais chama atenção nesses princípios é que eles asseguram um “comprometimento *prima facie* com o resultado de um procedimento” (SIECKMANN, 1990, p. 147; BOROWSKI 2010, p. 27). No epílogo à sua Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy sustenta uma “Lei de Combinação” segundo a qual os princípios formais se juntam a pelo menos um princípio material quando entram em colisão com um outro princípio jurídico. O peso deste último, para justificar a introdução de uma exceção em uma regra jurídica, deve superar os pesos cumulativos do princípio que justifica esta regra e do princípio formal que exige o respeito às decisões do legislador. Para um estudo mais profundo sobre esses problemas, que contém uma crítica à “Lei de Combinação”, ver: BOROWSKI (2010), onde há outras indicações bibliográficas.

21 PECZENIK e HAGE, 2000, p. 313.

22 HAGE, 1997, pp. 4 e 85.

23 HAGE, 1997, p. 109.

de de uma regra jurídica são sempre casos de decisões *contra legem*. São casos *trágicos* no sentido de Manuel Atienza, pois só podem ser resolvidos corretamente se excepcionarem o ordenamento jurídico. Nesses casos, escreve Atienza²⁴, “não existe nenhuma resposta correta”, e eles “não podem ser decididos senão ferindo o ordenamento jurídico”. Não é exagero, por conseguinte, dizer que estes estão entre os casos mais difíceis que se pode encontrar na argumentação jurídica.

4. Os conflitos normativos e a justificação das decisões *contra legem*

Como se pretendeu demonstrar acima, a distinção entre regras e princípios é fundamental para explicar e justificar as decisões *contra legem*, que estão caracterizadas pela introdução de exceções na hipótese de incidência de uma regra jurídica. Em um sistema jurídico de natureza dinâmica, as regras estabelecidas na legislação infraconstitucional não podem ser normas absolutas, ou seja, normas que prevejam uma hipótese de incidência fechada à qual seria impossível admitir exceções. Se a distinção regra/princípio é adotada, então se deve reconhecer que as regras são normas superáveis. Os princípios constituem o material que será empregado na justificação da sua superabilidade. Há duas características dos princípios que são altamente relevantes para a superabilidade. Em primeiro lugar, os princípios, ao contrário das regras, constituem uma institucionalização *imperfeita* da moral, já que estabelecem apenas um fim ou valor a ser buscado, embora na máxima medida possível. Em segundo lugar, os princípios, tendo em vista o seu caráter axiológico mais acentuado, constituem o fundamento das regras jurídicas. Analisemos essas características com um pouco mais de detalhe.

4.1. Os princípios como institucionalização imperfeita da moral

Uma das questões práticas que a teoria do direito deve responder é a seguinte: por que algumas normas da Constituição podem ser classificadas como princípios?

A existência de normas-princípio, tal como definidas na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, é uma *questão empírica* que deve ser respondida com um olhar voltado para o ordenamento jurídico, e não apenas

24 ATIENZA, 2000, p. 304.

uma questão metodológica. Para oferecer uma resposta à pergunta posta acima, tomemos um dispositivo da Constituição Brasileira de 1988, que fixa diretrizes sobre a política agrícola a ser adotada:

Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

- I - os instrumentos creditícios e fiscais;
- II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;
- III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia;
- IV - a assistência técnica e extensão rural;
- V - o seguro agrícola;
- VI - o cooperativismo;
- VII - a eletrificação rural e irrigação;
- VIII - a habitação para o trabalhador rural.

Observe-se que o dispositivo constitucional reproduzido estabelece o dever de se implementar uma série de políticas públicas, mas não há uma palavra sequer sobre qual será o conteúdo concreto dessas políticas, ou seja, não há a *determinação* dos comportamentos que devem ser adotados para atingir o estado ideal de coisas desejado pelo constituinte. Estabelece-se, tanto para o legislador quanto para a administração, o dever de implementar uma política agrícola que: i. permita acesso do produtor rural ao crédito, ii. favoreça uma equação razoável entre os preços e os custos de produção, iii. desenvolva tecnologia de produção rural etc. O texto não permite inferir diretamente uma norma (do tipo regra) contendo uma prescrição comportamental concreta (com a determinação da conduta que deve ser adotada, seja pela administração pública, seja pelo particular, para alcançar esses objetivos), mas é suficiente para que se possa chegar a uma norma (do tipo princípio) que estabelece o dever de atingir um estado ideal de coisas, na máxima medida possível. Desse modo, só há duas alternativas de interpretação do dispositivo constitucional acima transcrito: a) interpretá-lo como veiculando uma série de *princípios jurídicos* que devem ser realizados na máxima medida; b) interpretá-lo como simples disposição que estabelece “normas programáticas”, despidas de força ju-

rídica ou aplicabilidade. Foi esse último caminho, aliás, que o Supremo Tribunal Federal adotou, ao decidir que “o artigo 187 da Constituição Federal é norma programática na medida em que prevê especificações em lei ordinária”²⁵.

Creio que a primeira opção (extrair normas-princípio do dispositivo citado) teria sido mais correta, pois garantiria um mínimo de vinculatividade ao preceito constitucional em questão, ainda que, em cada caso concreto, o administrador tivesse de ponderar cada um dos princípios que eventualmente entrem em colisão para determinar qual política deve ser adotada.

Como se percebe, os vários princípios jurídicos inscritos no artigo 187 da constituição brasileira se situam em um *nível intermediário* entre a completa falta de coerção dos preceitos morais e o caráter decisivo e abarcante das regras jurídicas, que determinam não apenas um estado de coisas, mas a conduta concreta a ser adotada pelos seus destinatários.

Pode-se, para esclarecer ainda mais o significado normativo dos princípios jurídicos, traçar um paralelo entre direito e moral a partir de algumas ideias de Jurgen Habermas. Com efeito, para este autor há uma relação de complementaridade entre direito e moral, sendo que os dois sistemas normativos tratam de *problemas semelhantes* (entre os quais, por exemplo, os de como ordenar legitimamente as relações interpessoais e como coordenar entre si legitimamente as ações através de normas justificadas), mas de *forma distinta*: “em que pese o ponto de referência comum, a moral e o direito se distinguem *prima facie* porque a moral pós-tradicional não representa mais do que uma forma de saber cultural, enquanto o direito cobra, por sua vez, obrigatoriedade no plano institucional. O direito não é só um sistema de símbolos, mais um sistema de ação”²⁶. A diferença fundamental entre direito e moral estaria no fato de as normas jurídicas passarem por um processo de institucionalização.

Ocorre que essa institucionalização, ao contrário do que o próprio Habermas²⁷ imagina, pode ser também realizada em diferentes intensidades, o que implica que a eficácia ou aplicabilidade das normas jurídicas pode admitir graus diferentes. Os princípios inscritos no art. 187, da Con-

25 BRASIL 2002, p. 142.

26 HABERMAS, 2005, p. 171.

27 HABERMAS, 2005, pp. 263-308.

stituição Brasileira, são normas nas quais está institucionalizada a obrigação de alcançar um determinado fim ou valor, mas não estão ainda determinados os meios para tanto, sendo necessária uma ponderação para que esses meios possam ser estabelecidos. Os princípios estabelecem apenas uma “obrigação de otimizar”. A institucionalização parcial de uma norma (faltando a determinação da conduta devida para o seu cumprimento) é, portanto, uma boa razão pela qual devemos interpretar um enunciado normativo como veiculando uma norma-princípio e, assim, ponderá-la com outras de caráter idêntico no momento da sua aplicação prática. Em suma: há normas-princípio não porque queremos, mas porque essas normas não passaram por um processo de institucionalização forte o suficiente para que exista uma determinação comportamental concreta, como acontece nas regras.

4.2. O conteúdo valorativo dos princípios e o fundamento das regras jurídicas

O ponto nuclear da teoria dos princípios de Alexy está na sua caracterização como mandados de *otimização*. A “possibilidade de cumprir princípios em diversos graus, maiores ou menores, é a propriedade mais essencial dos princípios”²⁸. Essa propriedade decorre de uma coincidência estrutural que os princípios têm com os valores. Assim como os princípios, os valores como o “bom”, o “mal”, o “justo” etc. possuem uma dimensão de peso e podem ser fomentados ou restringidos em diferentes intensidades. Os princípios têm o mesmo conteúdo dos valores, pois o que os diferenciam é meramente a sua força jurídica. Princípios são valores que passaram por um processo de juridicização. Ao invés de determinar o que é bom ou melhor, eles determinam o que é devido. Noutros termos, enquanto os valores têm um caráter *axiológico*, os princípios têm um caráter *deontológico*²⁹.

Por isso se pode dizer, como fez Peczenik, que “a principal fonte da força justificatória dos princípios consiste em seu vínculo um-a-um com os correspondentes valores”³⁰.

Compreender o conteúdo valorativo dos princípios – o que obviamente não nos obriga a entendê-los como valores “objetivos” ou “verdadeiros”,

28 PECZENIK, 1992, p. 331.

29 ALEXY, 2007-b, p. 117.

30 PECZENIK, 1992, p. 331.

na medida em que se adote um construtivismo jurídico e um construtivismo moral – é essencial para se estabelecer um método apropriado para a interpretação e aplicação das regras. Como já vimos acima, a lei de colisão implica que toda colisão de princípios só pode ser resolvida pelo estabelecimento de uma *regra* que estabelece uma ordem de prioridade condicionada entre os princípios colidentes. Conversamente, toda regra pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios. A interpretação das regras jurídicas está sempre pautada por princípios jurídico-morais que provêm a justificação dessas regras. A interseção entre o discurso jurídico e o discurso moral se dá porque o conteúdo desses princípios é determinado por uma argumentação construtivista que segue pautas morais. Os princípios funcionam, portanto, como os mais importantes cânones para a interpretação e a aplicação das regras jurídicas, pois em um sistema jurídico de regras e princípios são estes que constituem o fundamento jurídico e axiológico daquelas.

4.3. Os tipos de conflitos entre normas jurídicas no Estado Constitucional

Já temos condições de analisar os conflitos entre normas jurídicas que podem dar ensejo à superabilidade das regras jurídicas. Há duas espécies de *conflitos normativos em sentido amplo*: os *conflitos em sentido estrito* e as *colisões*.

Um conflito em sentido estrito entre normas jurídicas se dá quando não é possível admitir a validade simultânea das normas conflitantes no mesmo tempo e no mesmo lugar. Podem ocorrer conflitos em sentido estrito envolvendo tanto regras quanto princípios jurídicos. Por exemplo, uma sociedade que consagre o princípio da igualdade entre todos os seres humanos não pode admitir ao mesmo tempo um princípio de discriminação racial que consagre a superioridade de um determinado grupo étnico sobre outro. Conflitos normativos em sentido estrito ocorrem na dimensão da *validade* e só podem ser resolvidos pela invalidação de uma das normas conflitantes.

Uma colisão, por outro lado, é o tipo de conflito em sentido amplo que é resolvido na dimensão da *aplicabilidade*, e não mais da validade, das normas jurídicas conflitantes. Ambas as normas colidentes ultrapassam a situação de conflito com sua validade intocada. O exemplo clássico é a ponderação de princípios. Quando um tribunal constitucional tem que

decidir se está ou não correta uma decisão que estabelece o dever de pagar uma indenização por uma ofensa à honra cometida no exercício da liberdade de manifestação de pensamento, deve necessariamente ponderar ambos os direitos fundamentais em rota de colisão para determinar a regra de solução para o caso particular.

Como veremos a seguir, as regras não podem entrar em colisão com outras regras, já que os conflitos entre essas espécies de normas são solucionados ou com fundamento nos critérios clássicos da hierarquia, da especialidade e da norma mais recente, ou por meio da introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras³¹. Essa circunstância não exclui, porém, a possibilidade de uma regra jurídica entrar em colisão com um princípio. Quando isso acontece é que se pode admitir, eventualmente, a superação de uma regra jurídica.

31 Uma colisão entre regras só seria possível caso se admitisse também a possibilidade de uma “ponderação de regras”, o que me parece uma contradição nos próprios termos. Como explica BOROWSKI (2010, p. 21), “as regras jamais se deixam ponderar. Conflitos de regras sempre resultam na invalidação de uma das regras ou na introdução de uma cláusula de exceção, seguindo uma ou outra das máximas *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, ou *lex superior derogat legi inferiori*”. Há parte relevante da doutrina que admite, porém, a possibilidade de ponderação de normas do tipo regra. Humberto ÁVILA, por exemplo, tenta demonstrar esta possibilidade por meio de exemplos retirados da jurisprudência dos tribunais nacionais e estrangeiros. Assim, por exemplo, a regra que proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei 9.494/1997) é geral o suficiente para proibir também, em certos casos, o fornecimento de medicamentos às pessoas que deles necessitem para viver. Essa regra, segundo o autor, pode entrar em confronto com a regra prevista no art. 1º da Lei Estadual 9.908/1993, do Rio Grande do Sul, a qual determina que o Estado forneça, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas decorrentes desses medicamentos. Para Ávila, é perfeitamente possível uma colisão entre essas duas normas, como se pode ler no seguinte excerto: “Embora essas regras instituem comportamentos contraditórios, uma determinando o que a outra proíbe, elas ultrapassam o conflito abstrato mantendo a sua validade. Não é absolutamente necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a uma delas” (ÁVILA 2010, p. 53 – sem destaque no original). Ávila sustenta, no mesmo local, que o julgador deverá “atribuir um peso maior a uma das duas regras” (*Ibidem*), o que implica solucionar o conflito do mesmo modo que se faria caso se estivesse tratando de uma colisão de princípios. Parece-me claro, sem embargo, que esse exemplo não se refere a uma colisão no sentido da teoria de Alexy, pois nem é necessário otimizar nenhuma das normas em questão e nem se pode admitir a validade simultânea das duas normas para o mesmo caso. Para superar o conflito, uma das duas normas há de ser modificada, e essa modificação há de ser válida para todos os casos futuros, tendo em vista a exigência de universalidade na argumentação jurídica. Na realidade, o exemplo parece demonstrar apenas que a norma individual a ser estabelecida pelo julgador – seja em um sentido ou em outro – deverá estabelecer uma exceção em uma das duas regras conflitantes, restringindo a esfera de validade dessa norma, o que apenas reforça as teses sustentadas neste trabalho. Somente se poderia falar de “colisão” ou de “ponderação” de regras jurídicas se as palavras “colisão” e “ponderação” fossem empregadas em um sentido radicalmente diferente daquele utilizado por Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais (ver, sobre este ponto específico BUSTAMANTE, 2005, pp. 221 e s, onde se diferencia a “ponderação de princípios” de Alexy das “ponderações de razões” em Ávila; Para uma visão crítica da teoria dos princípios de Ávila, ver também BUSTAMANTE 2002 e 2005, pp. 218-232).

Há diferentes tipos de conflitos em sentido estrito e de colisões entre normas jurídicas, que variam tanto em função da estrutura de uma norma jurídica quanto em função do grau hierárquico de suas fontes.

4.3.1. Conflitos normativos no mesmo nível hierárquico³²

Os casos mais simples se referem aos conflitos normativos em sentido amplo que se manifestam entre normas de mesmo grau hierárquico. Nesses casos, as hipóteses mais frequentes de conflitos normativos em sentido amplo são as seguintes:

1. Conflito (em sentido estrito) entre um princípio e uma regra
2. Colisão entre um princípio e um outro princípio;
3. Conflito (em sentido estrito) entre duas regras
4. Conflito (em sentido estrito) entre dois princípios.

A hipótese 1 (conflito entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico) é normalmente solucionada pelo predomínio da regra sobre o princípio de igual hierarquia com o qual ela venha a colidir. A pretensão de definitividade que está presente nas regras jurídicas se manifesta em seu grau máximo, pois o mesmo legislador que escolheu os princípios jurídicos vinculantes para o caso concreto estabeleceu também uma prioridade entre esses princípios no caso coberto pela regra. A existência de uma regra implica, em si mesma, uma decisão sobre a prioridade entre princípios colidentes.

A hipótese 2 (colisão de princípios constitucionais) é solucionada necessariamente pelo método da ponderação. O resultado de uma ponderação é determinado por um conjunto de fatores que inclui (i) o grau de proteção de um princípio e o grau de restrição em outro; (ii) o peso abstrato dos princípios colidentes; (iii) o grau de confiabilidade (à luz dos parâmetros da ciência e do conhecimento em um dado momento) das premissas empíricas utilizadas para concluir que um determinado princípio é protegido ou restringido; (iv) o número de princípios que justificam uma ou outra decisão; e (v), na hipótese *iv*, a forma como interagem os princípios que se inclinam para uma determinada decisão (se seus pesos meramente se somam ou se eles se reforçam mutuamente)³³.

32 Ainda sobre conflitos normativos no mesmo nível hierárquico, ver também *infra*, nota 35.

33 Em seus escritos mais recentes, Alexy desenvolveu seu modelo de ponderação e adicionou à versão primitiva da lei de ponderação (segundo a qual o grau de interferência em um princípio deve estar com-

A hipótese 3, por sua vez, pode ser dividida em duas. No caso dos conflitos aparentes de regras jurídicas, o problema deve ser solucionado pela utilização dos critérios da especialidade ou, no caso de emendas constitucionais ou leis posteriores, pelo critério cronológico. Por outro lado, no caso de um conflito genuíno – que não possa ser solucionado pela aplicação desses critérios –, o intérprete pode se valer dos princípios constitucionais gerais para tentar encontrar uma solução conciliadora e se aproximar de uma interpretação que elimine a antinomia.

A hipótese 4, finalmente, embora seja rara no nível constitucional, costuma ocorrer com mais frequência no plano da legislação ordinária. Valem, aqui, as mesmas diretrizes aplicáveis para solucionar os conflitos entre regras jurídicas, embora seja mais difícil identificar um conflito em sentido estrito entre princípios jurídicos do que um conflito entre regras jurídicas. Um conflito em sentido estrito entre princípios jurídicos só tem lugar quando é impossível estabelecer um equilíbrio reflexivo (RAWLS, 1971) entre as exigências estabelecidas por esses princípios, é dizer, quando a incompatibilidade entre esses princípios seja tal que a coerência do ordenamento jurídico se torne impossível enquanto ambos os princípios forem considerados válidos. No campo do Direito do Trabalho, por exemplo, dificilmente se poderia admitir a compatibilidade entre o princípio da proteção processual à parte mais fraca, adotado pela Consolidação das Leis Trabalhistas, com um princípio de interpretação dos contratos de trabalho que estabelecesse uma prioridade dos métodos lingüístico e gramatical na interpretação das cláusulas contratuais. O primeiro princípio só se harmoniza com um princípio de interpretação contratual que estabeleça uma prioridade à intenção dos contratantes e à verdade real sobre a literalidade das cláusulas contratuais.

4.3.2. Conflitos normativos em níveis hierárquicos diferentes

No caso de níveis hierárquicos diferentes, a admissão da existência de princípios jurídicos gera um problema complexo, pois o critério hierárqui-

pensado por ao menos o mesmo grau de fomento de outro princípio) dois outros fatores que devem entrar no jogo da ponderação: o peso abstrato dos princípios em colisão e a confiabilidade das premissas empíricas utilizadas na ponderação. Ademais, Alexy explica também que a ponderação pode tornar-se problemática quando dois ou mais princípios interagem em uma única direção e se suportam mutuamente (ALEXY, 2002). Tive oportunidade de discutir dois desses problemas (o problema dos pesos abstratos e o problema da interação unidirecional de princípios) em um trabalho anterior (BUSTAMANTE, 2008). Sem embargo, a análise mais completa que conheço destes problemas se encontra em Bernal Pulido (2006).

co somente funciona para resolver de forma conclusiva os conflitos que se manifestam na dimensão da validade.

Se nos restringirmos às situações de conflitos entre normas consagradas na Constituição e normas consagradas na legislação ordinária (deixando de lado os precedentes judiciais e as normas expedidas pela administração no exercício de seu poder regulamentar), podemos imaginar pelo menos as seguintes hipóteses de conflitos em sentido amplo:

1. Conflito (em sentido estrito) entre uma regra constitucional e uma regra infraconstitucional;
2. Colisão entre uma regra constitucional e um princípio infraconstitucional;
3. Conflito (em sentido estrito) entre um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional;
4. Colisão entre um princípio constitucional e um princípio infraconstitucional;
5. Conflito (em sentido estrito) entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional;
6. Colisão entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional.

Os casos (1), (3) e (5) se referem a conflitos que dizem respeito à *validade* de uma norma jurídica (conflitos normativos em sentido estrito).

Os casos (1) e (3) são resolvidos de forma relativamente óbvia: aplica-se o critério hierárquico e invalida-se por completo a norma infraconstitucional.

O caso (5), por sua vez, resolve-se também pela invalidade da norma infraconstitucional, mas sua solução não é óbvia. Identificar um conflito entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional é um dos problemas mais difíceis para a argumentação jurídica, pois a regra infraconstitucional normalmente é considerada uma norma de direito fundamental adscrita que é o produto de uma colisão entre princípios constitucionais. O cerne da dificuldade está no fato de que os princípios constitucionais expressamente admitem a sua restrição pelo legislador infraconstitucional. Embora o legislador possa violar esse princípio se o restringir de forma irracional ou em desconformidade com as exigências processuais estabelecidas pela máxima da proporcionalidade, o princípio democrático estabelece uma presunção de legitimidade para as restrições estabelecidas pelo legislador. Quem quer que argumente pela inconstitucionalidade de

uma restrição a um princípio constitucional deve demonstrar que o legislador, ao ponderar esse princípio com o princípio que justifica a regra restritiva, extrapolou os limites da margem de apreciação que lhe fora deixada pelo constituinte. Essa margem de ação, como já se viu, é determinada pelos princípios envolvidos na ponderação. Deve-se ponderar, portanto, os princípios em rota de colisão (o princípio que foi restringido e o princípio que fundamenta a regra restritiva), e essa ponderação pode levar a três situações: (i) a restrição está conclusivamente *determinada* pela Constituição no caso concreto, ou seja, é possível inferir diretamente da constituição a conclusão de que o princípio P¹ deve ser restringido com fundamento em P²; (ii) a restrição está conclusivamente *proibida* pela Constituição, ou seja, ao se ponderar P¹ e P² se chega com segurança à conclusão de que o princípio restringido tem peso superior ao princípio que justifica sua restrição; (iii) a restrição não está nem conclusivamente proibida nem conclusivamente permitida pelas normas de direito fundamental diretamente instituídas pela Constituição. Nesse último caso, que compreende a vasta maioria de situações, estamos diante da *margem de livre apreciação do legislador*, e, por conseguinte, a regra infraconstitucional deve prevalecer sobre o princípio constitucional que com ela colide.

Os casos (2), (4) e (6), por seu turno, se referem a problemas de aplicabilidade das normas jurídicas, de sorte que a decisão que afasta a aplicação de uma norma não afeta a sua validade geral.

O caso (2) constitui uma delimitação do âmbito de aplicação do princípio infraconstitucional. A regra constitucional exclui a aplicação do princípio nos casos por ela delimitados, mas o princípio permanece apto a gerar razões contributivas para a decisão de casos não cobertos pela hipótese de incidência da regra.

O caso (4) resolve-se normalmente pela regra da prioridade do princípio constitucional sobre o princípio infraconstitucional. Essa regra, porém, não é absoluta. O que se pode assumir como regra geral é que o *peso abstrato* do princípio constitucional é substancialmente mais elevado que o do princípio infraconstitucional que com ele colide. Embora sejam raros os casos em que um princípio infraconstitucional isoladamente considerado pode prevalecer sobre um princípio constitucional³⁴, o princípio

34 Apesar de raramente, pode-se imaginar, por exemplo, a hipótese de um princípio infraconstitucional ser violado em extensão grave ou gravíssima e o princípio constitucional ser apenas arranhado, de sorte

infraconstitucional pode ter uma relevância importante quando associado a um princípio constitucional que contribui para a mesma decisão que ele indica. Ele pode, principalmente em casos de lacuna ou obscuridade na legislação positiva, contribuir decisivamente para a solução de uma colisão entre princípios constitucionais.

O caso (6), finalmente, se refere aos casos excepcionalmente difíceis. O princípio constitucional P¹ não gera razões para se declarar a invalidade da regra R, mas apenas para se introduzir uma exceção em sua hipótese de incidência. Nesse caso, pode-se falar em uma ponderação entre P¹ e o princípio P², que se esconde por detrás de R e lhe serve de fundamento axiológico. P² terá sempre ao seu lado os princípios formais como o princípio da segurança jurídica e o princípio democrático, que estabelecem a regra da vinculação do juiz ao legislador positivo. Não obstante, casos anormais ou genuinamente excepcionais podem justificar a criação judicial de uma regra excepcional que derrote a norma R.

A situação (6), que compreende os casos genuínos de decisões *contra legem*, só pode ser resolvida com a prioridade do princípio constitucional sobre a regra infraconstitucional caso se admita uma decisão *contra legem*³⁵. Vejamos, a seguir, os traços definidores de tal tipo de decisões.

4.4. Os traços característicos das decisões *contra legem*

Em conclusão, podemos dizer que admitir a superabilidade das regras jurídicas implica admitir, sem tabus ou eufemismos, a existência de deci-

que a interferência em seu âmbito de aplicação seja considerada leve ou levíssima. Em um caso desta natureza não é absurdo imaginar que um princípio infraconstitucional possa prevalecer sobre um princípio de hierarquia superior.

35 É possível se imaginar, ainda, colisões (e não meramente conflitos em sentido estrito) entre princípios e regras no mesmo nível hierárquico, quando ambas as normas se encontram previstas na mesma Constituição. A solução desse tipo de colisão deve favorecer, salvo em casos excepcionalíssimos, a regra jurídica estabelecida na Constituição. Um caso de superabilidade de uma regra constitucional seria não apenas uma decisão *contra legem*, mas uma decisão contra o teor literal da Constituição. É possível justificar juridicamente este tipo de decisão? Se o leitor estiver convencido das teses apresentadas neste artigo, esta questão provavelmente constituirá um tema de interesse para futuras investigações. A minha impressão inicial é de que a diferença entre a hipótese de colisões entre princípios e regras constitucionais, de um lado, e as colisões entre princípios constitucionais e regras infraconstitucionais, de outro lado, reside no fato de que pesa sobre as primeiras um ônus argumentativo ainda mais elevado. Não obstante, ainda que teoricamente se admita a possibilidade de decisões contra uma regra constitucional com base em um princípio constitucional, a impressão inicial é de que o ônus argumentativo que pesará sobre a pretensão de se decidir contra uma regra da Constituição será tão elevado que, pelo menos por enquanto, dificilmente encontraremos um exemplo deste tipo de situação na jurisprudência dos tribunais.

sões *contra legem*. Embora pese sobre este tipo de decisão uma pesada carga de argumentação, os múltiplos exemplos citados na literatura jurídica e encontrados nas decisões judiciais prolatadas em casos difíceis demonstram que elas fazem parte do universo de problemas jurídicos enfrentados pelo jurista prático.

Uma vez admitida a tese do caso especial, bem como a tese de que a pretensão de correção de uma norma jurídica abarca tanto a sua validade de acordo com critérios jurídico-institucionais quanto a sua correção prático-racional, é possível imaginar uma série de situações em que a aplicabilidade de uma norma pode ser afastada porque o grau de injustiça que adviria da sua aplicação mecânica faria com que o componente substancial (prático-discursivo) da pretensão de correção do direito prevalecesse, no caso concreto, sobre o componente formal (institucional em sentido estrito).

Se toda regra é o resultado de uma ponderação de princípios e por consequência traz consigo um princípio que a fundamenta e constitui a sua *ratio* ou razão de ser, então não é razoável aplicar essa regra quando se puder concluir de forma segura que essa razão de ser não teria prioridade no caso concreto se este tivesse sido previsto, tendo em vista certas particularidades que não foram e não puderam ser antecipadamente conhecidas pelo legislador. Uma decisão *contra legem* pode ser justificada quando se puder estabelecer que embora uma regra R não seja inconstitucional, a sua aplicação no caso concreto leva a uma inconstitucionalidade³⁶.

Uma decisão *contra legem* pode ser definida como uma decisão que estabelece uma exceção a uma norma jurídica N, na presença das seguintes condições: (i) N é uma norma do tipo regra, e não um princípio jurídico; (ii) N está expressa em uma lei ou outra fonte formal do direito com igual nível hierárquico; (iii) os significados mínimos ou literais das expressões utilizadas pelo legislador não permitem extrair do texto que serve de base a N uma norma alternativa que não seja contrariada por tal decisão; (iv) a decisão não reconhece a invalidade de N, mas apenas afasta a sua aplicação a uma situação em que ela é aplicável; (v) não há dúvida de que os fatos que deram origem à decisão podem ser subsumidos em N; (vi) a autoridade que adota essa decisão estabelece uma norma individual formulada em termos universais; e (vii) a decisão levanta uma pretensão de juridicidade para essa norma individual.

36 BORGES, 1999, p. 93.

Uma breve explicação dos elementos dessa definição é conveniente. Quando se diz que a norma superada é uma norma do tipo regra (i), faz-se referência à já mencionada circunstância de os princípios não conterem uma hipótese de incidência determinada, de sorte que não é possível se falar em uma exceção à sua hipótese de incidência. Um princípio estabelece um valor a ser buscado ou um fim a ser concretizado, e é por isso que eles devem ser otimizados antes de que se possa determinar com certeza quais consequências deles se seguem. A característica ii, por sua vez, refere-se à hierarquia da fonte formal do direito em que a norma afastada deve estar estabelecida. Só se torna problemático decidir contra o texto de uma norma jurídica quando se reconhece uma vinculação geral a esta norma. Uma decisão *contra legem* é sempre uma decisão difícil porque em favor da legislação militam o princípio democrático e a presunção de legitimidade das leis. O caráter problemático desapareceria, no entanto, se não estivesse presente a característica iii. Uma decisão *contra legem* só se torna necessária quando é impossível se interpretar o dispositivo legal que prevê a norma afastada de sorte a extrair uma norma diferente que torne possível decidir de forma correta o caso particular sem extrapolar os limites semânticos definidos pelo texto que constitui o objeto da interpretação. A circunstância iv, por sua vez, delimita o universo de conflitos que podem ocorrer em uma decisão *contra legem*. Um conflito normativo em sentido estrito, que se dá na dimensão da validade, gera a eliminação da norma afastada, ao passo que uma colisão compreende conflitos que se colocam na dimensão da aplicabilidade. Uma decisão deixa de ser *contra legem* para se transformar em uma declaração de inconstitucionalidade quando passa a discutir a validade geral da norma afastada. A característica v, de igual modo, é uma propriedade constitutiva das decisões de *contra legem*. Só se pode decidir *contra* uma regra se não houver dúvida de que os fatos do caso são subsumíveis na moldura de tal norma jurídica. A circunstância vi, por outro lado, se refere ao princípio da universalizabilidade. Toda decisão judicial, para estar justificada, tem de ser redigida em termos universais. Ela tem de apresentar as suas conclusões como emanando de uma regra que pode ser generalizada e deve ser repetida em todos os casos semelhantes, sob pena de séria violação aos princípios gerais da imparcialidade e da justiça formal. A norma especial que se estabelece para justificar a superabilidade é uma regra que se repete por força da vinculação ao precedente judicial. Finalmente, a circunstância vii é o que determina o caráter jurídico de uma decisão *contra legem*.

Uma decisão *contra legem* deixa de ser um caso de “aplicação do direito” para se transformar em uma usurpação das prerrogativas da autoridade que a prolata se falta uma pretensão de juridicidade para a norma excepcional que é formulada (em termos universais) para excepcionar a regra legislativa em um caso concreto. Essa pretensão de juridicidade é algo que tem de ser *fundamentado* juridicamente em um discurso ou uma argumentação racional a partir de um princípio que fornece um conjunto de *razões contributivas* para a decisão excepcionadora³⁷. Como se trata de uma pretensão, não há nenhuma garantia inicial de que essa decisão poderá ser considerada legítima ao final do processo de argumentação. Para se reconhecer a possibilidade de decisões *contra legem* – sem o que não tem sentido falar em superabilidade das regras legais – é necessário reconhecer não apenas que Hart³⁸ estava correto em descrever o direito como uma *prática social*, mas também que Dworkin³⁹ está correto ao qualificar essa prática social como uma prática *argumentativa*. Apesar de aqui não podermos aprofundar neste ponto, cabe algumas palavras para futura reflexão. Dizer que o direito é argumentativo implica dizer que seus conteúdos nunca estão completamente determinados e nunca são meramente “descobertos” segundo um método empírico ou analítico que nos permite reconhecer convenções sociais ou derivar enunciados pela via da dedução lógica. Uma prática social argumentativa necessariamente reflete sobre si mesma e está aberta para incorporar as críticas que lhe são desferidas. É pela via do reconhecimento do caráter argumentativo do direito que os princípios se tornam relevantes. E é essa a diferencia crucial entre, por exemplo, Kelsen e Alexy. Kelsen vê as normas como o resultado de um ato de vontade que não pode ser racionalizado (não existe razão prática), enquanto Alexy vê as normas como o resultado de um discurso de justificação racional que obedece a um conjunto de regras de argumentação que garantem uma certa dose de racionalidade para essas decisões. Esse processo de argumentação, no entanto, está pautado e dirigido por princípios que, apesar de sua máxima dose de indeterminação, que decorre de seu conteúdo moral, possuem o mais alto grau de normatividade.

37 PECZENIK e HAGE, 2000.

38 HART, 1994.

39 DWORKIN, 2000.

Não há dúvida: os princípios tornam a ciência jurídica muito mais complexa do que os positivistas imaginavam e os casos de aplicação do direito muito mais difíceis do que eles aparecem nos livros tradicionais de teoria do direito. Tornam a aplicação das regras, também, muito mais problemáticas. Nesse sentido, merecem menção os casos de “ilícitos atípicos” que foram recentemente objeto de um importante estudo de Manuel Atienza e Juan Juiz Manero. Os ilícitos atípicos, para estes autores, são condutas que, apesar de se conformarem às regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico e não apresentarem problemas do ponto de vista formal, “são contrárias a um princípio”⁴⁰. Ilícitos atípicos como o “abuso do direito”, a “fraude à lei” ou o “desvio de finalidade” estão necessariamente em conformidade com o teor literal de uma regra jurídica, mas devem ser invalidados porque um princípio superior, que normalmente está também positivado na Constituição (embora seu conteúdo concreto só possa ser determinado por meio de um discurso prático de justificação), é suficientemente relevante no caso concreto para fundamentar uma nova regra adscrita que exclui um determinado conjunto de situações fáticas da moldura genérica de uma norma jurídica.

A existência de decisões *contra legem* em qualquer estado neoconstitucionalista parece ser inevitável. A sua justificação é um dos problemas mais difíceis a serem resolvidos pela filosofia do direito. E a prática jurídica, por certo, é também sensível aos argumentos que predominem no discurso filosófico sobre a argumentação *contra legem*.

5. Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. Law and Correctness. In: *Current Legal Problems*, Londres, n. 51, 1998, pp. 205-221.
- ALEXY, Robert. Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 66, pp. 13-64, 2002.
- ALEXY, Robert. Apêndice n. 6. In: Bustamante, T. *Argumentação ‘contra legem’ – a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 323-324.

40 ATIENZA e RUIZ MANERO, 2000, p. 27.

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de M. Atienza e I. Espejo. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007-a.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007-b.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Marcial Pons, 2009.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos: Sobre el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madri: Trotta, 2000.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 11. ed, 2010.
- BÄCKER, Carsten. Rules, Principles and Defeasibility. In: Borowski, Martin (Org.), *On the Nature of Legal Principles, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft 119*. Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 80-91.
- BERNAL PULIDO, Carlos. The rationality of balancing. *Archiv. für Rechts-und Sozialphilosophie*, Stuttgart, n. 92, pp. 195-208, 2006.
- BOROWSKI, Martin. The Structure of Formal Principles – Robert Alexy's 'Law of Combination'. In: Borowski, Martin (Org.), *On the Nature of Legal Principles, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft 119*. Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, pp. 19-35.
- BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 1.330 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 20.09.2002, vol. 2.086. 142.
- BUSTAMANTE, Thomas. A distinção estrutural entre princípios e regras e a sua importância para a dogmática jurídica: resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 12, 2002, pp. 153-168.
- BUSTAMANTE, Thomas. *Argumentação contra legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: Um modelo funcional para a argumentação jurídica?. In: Bus-

- tamante, T. (Org.), *Teoria do direito e decisão racional: Temas de teoria da argumentação jurídica*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 257-303.
- BUSTAMANTE, Thomas. Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones *contra legem*. In: Bonorino Ramírez, Pablo (Org.), *Teoría jurídica y decisión judicial*. Madri: Bubok, 2010, pp. 205-284. Disponível para *download* gratuito em <<http://www.bubok.com/libros/175862/Teoria-del-Derecho-y-decision-judicial>>, acesso em 30 de outubro de 2010.
- DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules?. In: Summers, Robert (Org.), *Essays in Legal Philosophy*, Berkeley: University of California Press, 1968, pp. 38-65.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. 11. reimp. Cambridge, MA: Belknap, 2000.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia". In: Bustamante, Thomas (Org.), *Teoria do direito e decisão racional: Temas de teoria da argumentação jurídica*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 15-71.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas. In: Bonorino Ramírez, Pablo (Org.), *Teoría jurídica y decisión judicial*. Madri: Bubok, 2010, pp. 179-204. Disponível para *download* gratuito em <<http://www.bubok.com/libros/175862/Teoria-del-Derecho-y-decision-judicial>>, acesso em 30 de outubro de 2010.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. ¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy". In: Alexy, Robert *et alli.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. pp. 333-370.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo y derrotabilidad: el Derecho a través de los derechos. In: Bonorino Ramírez, Pablo (Org.), *Teoría jurídica y decisión judicial*. Madri: Bubok, 2010, pp. 147-177. Disponível para *download* gratuito em <<http://www.bubok.com/libros/175862/Teoria-del-Derecho-y-decision-judicial>>, acesso em 30 de outubro de 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4. ed. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trotta, 2005.
- HAGE, Jaap. *Reasoning with Rules – An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer, 1997.

- HART, H. L. A. *The Concept of Law*, 2. ed. Oxford: OUP, 1994.
- MacCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Clarendon, 2. ed, 1994.
- PECZENIK, Aleksander. *The Basis of Legal Justification*. Lund, 1983.
- PECZENIK, Aleksander. Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 12, pp. 327-331, 1992.
- PECZENIK, Aleksander. Saltos y lógica en el derecho ¿Qué se puede esperar de los modelos lógicos de la argumentación jurídica? Tradução de Ernesto Garzón Valdés. In: Peczenik, A. *Derecho y Razón*. México: Fontamara, 2000 pp. 77-121.
- PECZENIK, Aleksander e HAGE, Jaap. Law, morals and defeasibility. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, pp. 305-25, 2000.
- POSTEMA, Gerald J. Law's Autonomy and Public Practical Reason. In: George, Robert. *The Autonomy of Law – Essays on Legal Positivism*. Oxford: OUP, 1996, pp. 79-118.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Belknap Press, 1971.
- RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon, 1995.
- RAZ, Joseph. *The Authority of Law*, 2.ed. Oxford, OUP, 2009.
- SIECKMANN, Jan-R. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990.

Recebido em julho/2010

Aprovado em outubro/2010