



Enero 2018 - ISSN: 1988-7833

OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E SUA ANTOLOGIA CONCEITUAL: A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS NO STF

André Martins Tavares Scianni Morais¹

Leandro Moreira Barra²

Rafael Lazzarotto Simioni³

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

André Martins Tavares Scianni Morais, Leandro Moreira Barra y Rafael Lazzarotto Simioni (2018): "Os princípios jurídicos e sua antologia conceitual: a distinção entre regras e princípios no STF", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (enero-marzo 2018). En línea: <http://www.eumed.net/rev/ccss/2018/01/regras-principios-stf.html>

RESUMO: Embora não se trate de tema recente na teoria do direito, ainda desperta acesa discussão no âmbito acadêmico a distinção existente entre regras e princípios. O objetivo desta pesquisa é demonstrar a importância dos princípios como verdadeiras normas jurídicas. A questão central é analisar o modo através do qual o STF vem trabalhando essa distinção em precedentes exemplares, em especial na ADI 4.983/CE. Assim, seguindo uma metodologia analítica, observa-se como resultado uma aplicação arbitrária da distinção entre regras e princípios jurídicos, culminando em um aumento na discricionariedade das decisões judiciais.

Palavras-chave: Distinção entre Regras e Princípios; Conceituações Divergentes; Aplicação Inadequada pelo Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: Although it is not a recent topic in law theory, the distinction between rules and principles still rages within the academic framework. The objective of this research is to demonstrate the importance of the principles as true legal norms. The central issue is to analyze the way in which the STF has been working on this distinction in exemplary precedents,

¹ André Martins Tavares Scianni Morais, Mestrando em Direito pela PPGD/FDSM, Especialista em Direito Público e Ciências Criminais, Advogado, andremtsm@gmail.com.

² Leandro Moreira Barra, Mestrando em Direito pela PPGD/FDSM, Professor da Pós Graduação em Direito Processual Civil e do Trabalho pela FACECA – Varginha, Professor de Direito Ambiental e Tributário da Unifaminas – Muriaé, Procurador do Estado de Minas Gerais, lebarrabarra@yahoo.com.br.

³ Rafael Lazzarotto Simioni, Pós Doutor em Filosofia e Teoria do Direito, Professor da PPDG/FDSM, Pesquisador Líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito, .

especially in ADI 4.983 / EC. Thus, following an analytical methodology, an arbitrary application of the distinction between rules and legal principles is observed, culminating in an increase in the discretion of judicial decisions.

Keywords: Distinction between Rules and Principles; Divergent Conceptions; Inappropriate Application by the Federal Supreme Court.

1- Introdução:

Por um longo tempo, prevaleceu na literatura jurídica brasileira tradicional o ideal de que os princípios jurídicos serviam apenas como meio de integração do sistema em caso de lacunas, ou, até mesmo, como vetor e base axiológica para criação e interpretação de outras normas jurídicas⁴. Falava-se, à era positivista de Kelsen e Hart, apenas em normas e princípios gerais de direito, que não admitiam, sob nenhuma hipótese, uma leitura moral que os aproximasse da realidade prática.

Após um período de governos em constantes práticas autoritárias afirmadas no contexto da II Guerra Mundial, deu-se o advento do pós-positivismo, marco filosófico do chamado neoconstitucionalismo, em que foi possível perceber uma clara reaproximação do direito com a moral. Nesse contexto, a norma jurídica passou a ser delimitada, para muitos, como gênero, do qual são espécies as regras e os princípios e, estes últimos, por sua vez, passaram de meros corretores de lacunas a verdadeiros protagonistas do sistema jurídico.

Ainda que não se trate de assunto recente no âmbito da teoria do direito, a referida distinção está longe de encontrar uma sedimentada e uníssona conclusão, gerando, assim, conflitos e divergências, em especial nos julgamentos dos tribunais pátrios nos últimos anos. Isto porque, na atuação rotineira dos juristas brasileiros, o termo princípio é utilizado de diversas maneiras que despontam para significados distintos entre si e às vezes até mesmo opostos. E referida elasticidade conceitual serve, sobremaneira, de escusa para fundamentações íntimas e subjetivas, ao crivo, unicamente, da consciência do próprio julgador, sob a batuta das decisões principiológicas e, por isso, supostamente mais justas e coerentes.

As Constituições democráticas contemporâneas, especialmente aquelas dos países latino americanos, caracterizam-se por abarcar uma imensa gama de disposições acerca dos direitos fundamentais, seguindo os padrões mais relevantes das cartas neoconstitucionalistas. E como pontua Robert Alexy, as normas de direitos fundamentais, em sua essência, são, no mais das vezes, caracterizadas por se disporem em normas princípios,⁵ daí podendo-se explicar o uso desmedido dos referidos standards jurídicos.

⁴ É o que previu o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 86.

É possível, também, não raro perceber diversas incursões equivocadas em relação à distinção existente entre princípios e regras ao longo dos inúmeros manuais jurídicos espalhados pelo mercado editorial. Os equívocos perpassam, com frequência, por uma miscelânea de teorias adaptadas em um mesmo espectro, culminando, inclusive, no uso da ponderação/sopesamento de valores de Robert Alexy, acompanhada de uma conclusiva transcrição em que se utiliza das obras de Ronald Dworkin, o que, por óbvio, constitui-se em uma confusão.

Sendo assim, o objetivo do presente estudo foi pontuar algumas das principais teorias tratadoras dos princípios e sua distinção com as regras jurídicas, passando, desde os ensinamentos dos mais tradicionais autores pátrios, em uma visão clássica do tema, até às doutrinas recentes e contemporâneas que dispõe sobre a matéria, no afã de se destacar como o indistinto e conjunto tratamento de tais conceitos têm sido utilizados no país e, em especial, nos julgamentos da Suprema Corte brasileira⁶.

Para tanto, o presente artigo aborda as clássicas doutrinas pátrias que deram supedâneo à conceituação dos princípios jurídicos no Brasil ao longo do tempo. Em um segundo momento, analisa-se as teorias pós-positivistas sobre o tema, em específica incursão nas doutrinas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Em seguida, a pesquisa empenhou-se em desvelar as recentes e modernas doutrinas brasileiras acerca da distinção entre regras e princípios, assim como da polêmica utilização indistinta e desmedida da ponderação como método de solução dos casos difíceis. Por fim, na quarta parte desta investigação, restabelece-se uma reflexão crítica sobre o modo como o Supremo Tribunal Federal importa a teoria alexyana em verdadeira mistura com as tradicionais doutrinas também trabalhadas neste estudo.

Assim, seguindo uma metodologia analítica, através de recentes e acesos julgados da suprema corte, em especial a ADI nº 4.893/CE, desvelou-se a postura inconstante do tribunal em relação à referida distinção, bem como sobre a fundamentação em argumentos de princípios de suas decisões. O presente trabalho, desta forma, buscou, em pesquisa bibliográfica das principais obras e artigos acadêmicos sobre o tema, bem como em preciso e

⁶ Como bem pontuou Leandro Corrêa de Oliveira “A recepção dessas teorias, como se deu no Brasil, implica uma falsa noção de que ao aplicador é dado decidir, com base no seu entendimento (racional) pessoal, sobre o sentido da lei e de que a implementação do texto constitucional também se dá na possibilidade de relativização de suas normas, com a criação dos mais variados “princípios”; afinal de contas, não é difícil encontrar quem diga que os juízes não são a boca da lei (como se Kelsen já não tivesse superado o velho positivismo exegético) e que devem ir “além da letra fria da lei”. Os princípios, dessa forma, são alçados à condição de metarregras, que só ingressam no sistema para resolver as insuficiências ônticas das regras”. OLIVEIRA, Leandro Correa de. *As práticas decisórias de um modelo ainda não superado: a contínua aposta nos discursos adjudicadores de uma moral relativa*. In: *Jurispoiesis* (Rio de Janeiro), v. 15, p. 123, 2012.

delimitado estudo jurisprudencial, expor as fragilidades, inconsistências e impropriedades da importação de teorias estrangeiras e sua (in) adequação à vasta literatura clássica nacional.

Desse modo, pretende-se demonstrar os equívocos acerca de um tratamento que está ainda longe de ter um capítulo apaziguado e, na prática jurisprudencial brasileira, os conceitos de regras e princípios se entrelaçam e revelam uma verdadeira mistura de classificações e opiniões, alargando, ainda mais, a discricionariedade dos julgadores, que se utilizam da amplitude dos princípios para expor e argumentar suas teses.

2- Dos Princípios e suas nuances: as Clássicas Conceituações dos Princípios Jurídicos no Brasil:

Em um apanhado das diversas obras tratadoras do tema em debate, é possível perceber que não existe um consenso se, entre regras e princípios, prevalece uma distinção de grau de abstração e generalidade ou quanto ao nível de determinação ou indeterminação da norma. Também não se conclui se há, nos princípios, um caráter de maior fundamentalidade em relação às regras. Já houve, inclusive, corrente que negasse a qualidade de autênticas normas aos princípios jurídicos⁷, assim como ganha espaço a ideia da distinção entre tais normas sob um aspecto estrutural e complexo⁸.

Dentre as tradicionais conceituações dos princípios, talvez a mais festejada e replicada pelos juristas brasileiros seja a esculpida por Celso Antônio Bandeira de Mello. Na seara do tratamento dos princípios como normas fundamentais do sistema jurídico, assim os conceitua o clássico administrativista brasileiro⁹:

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”

A também administrativista e professora da Universidade de São Paulo, Odete Madauar, seguindo o escólio de Karl Larenz, assevera que *“Em direito, princípios são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico”*¹⁰.

⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 13.

⁸ ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 128.

Nos dizeres de Miguel Reale, também se denominam princípios “certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundamentos da validade de um Sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”¹¹.

Como bem ressalta Rothenburg em seu “*Princípios Constitucionais*”, o jurista português Canotilho também destaca um “caráter de fundamentalidade” desempenhado pelos princípios enquanto fontes primeiras de Direito, bem como pela sua função estruturante dentro do sistema jurídico¹².

É possível concluir, então, que, através das diversas teorias trabalhadas, notável parcela da doutrina brasileira tradicional confere aos princípios uma relevância de norma revestida de uma maior fundamentalidade, ou seja, seriam os princípios as vigas mestras ou os vetores primordiais para interpretação e criação de novas normas jurídicas.

Assim, conforme se verá a seguir, a presente definição não coaduna com as teorias contemporâneas encabeçadas por pensadores do calibre de Ronald Dworkin e Robert Alexy. É preciso pontuar que não se quer dizer que a clássica concepção acerca dos princípios esteja errada, mas, como bem pontuou Virgílio Afonso da Silva¹³, divergem em muito das teorias propostas pelos autores estrangeiros e, de certo, não comportam um tratamento conjunto.

Por fim, como bem frisou Rothenburg ao assinalar as teorias de Canotilho, Edilson Farias e Luís Roberto Barroso, “todas essas propostas de classificação podem ser adotadas”¹⁴. Mas, por seu turno, e segundo Virgílio Afonso da Silva “isso somente é verdade caso não seja adotada a distinção proposta por Alexy, visto que muito daquilo que Canotilho, Farias e Luís Roberto Barroso classificam como princípios são, segundo os critérios usados por Alexy, regras”¹⁵.

3- O Pós Positivismo em Debate: As Teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy por uma distinção “forte” entre Princípios e Regras:

¹¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p.60.

¹² ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p.

¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: Revista Latino-Americana de estudos constitucionais 1. 2003, p. 607-630.

¹⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p.71.

¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: Revista Latino-Americana de estudos constitucionais 1. 2003, p. 607-630.

A discussão acerca da distinção entre regras e princípios, ainda que não demonstre algo novo e recente no âmbito da teoria do direito, ganhou força com as obras de Ronald Dworkin¹⁶ e Robert Alexy¹⁷. Exponentes centrais da presente distinção e foco primordial deste estudo, Alexy e Dworkin ganharam a companhia de recentes estudiosos sobre o assunto, com destaque para os autores do calibre de Manuel Atienza e Ruiz Manero¹⁸ e Peczenik e Hage¹⁹.

Na esteira do pós positivismo, que busca resgatar os princípios morais e os valores éticos, aliado à cientificidade e segurança racional da era positivista, ganha importância a distinção entre princípios e regras, sobretudo por destacar, nos princípios, uma força normativa que ainda não se tinha percebido em momento anterior.

O denominado pós-positivismo jurídico, nesse ínterim, revela duas grandes e distintas linhas teóricas de pensamento. De um lado, reside a visão procedimentalista, que deduz não haver valores éticos e princípios morais capazes de se universalizarem em uma perspectiva substancial.²⁰ Em tal linha de pensamento, destacam-se, dentre outros pensadores, autores da expertise de Robert Alexy, Jürgen Habermas e Klaus Gunther.

Em outra banda, situa-se a perspectiva substancialista do pós-positivismo, que, destacada por autores como Ronald Dworkin, Lênio Streck e Castanheira Neves, defende não só a possibilidade de se fundamentar as decisões em compasso com os princípios morais e valores éticos, mas prega, também, uma verdadeira necessidade de haver tal aproximação.

Dworkin e Alexy, apesar de integrantes de opostas linhas teóricas do chamado pós-positivismo, se alinham na visão acerca dos princípios jurídicos para além da mera função de colmatação da ordem jurídica em caso de lacunas, conforme outrora pregado pelo positivismo jurídico. A distinção proposta por Dworkin, nessa toada, se apoia em uma questão hermenêutica, ao passo que Alexy se debruça em um critério estrutural, de natureza semântica.

Divergindo, portanto, das posições clássicas anteriormente trabalhadas, a presente corrente, trabalhada à sua maneira pelos citados autores, reconhece uma distinção qualitativa entre regras e princípios, e assim foi denominada como a tese forte que distingue as

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

17 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

18 ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las Piezas del derecho. Teoría de Los Enunciados Jurídicos*. 2 ed. Barcelona: Ariel, 2004.

19 HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. *Law, Morals and Defeasibility*. Ratio Juris. V.13. n.3. Sep 2000.

²⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Regras, Princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin*. In: Revista Direito Mackenzie. V. 5. N. 1. P. 203-218.

referidas espécies da norma jurídica²¹. No embalo de tal tese, princípios e regras possuem características próprias e específicas que não se confundem entre si. É estabelecido, portanto, uma severa distinção entre regras e princípios, sendo vedada a constatação da existência de peculiaridades comuns entre ambos os tipos de normas. Desta forma, conforme pontuou André Rufino do Vale, “*não há espaço para categorias intermediárias*”.²²

Sendo assim, os tópicos que se seguem pretendem abordar, em breves linhas, a teoria de Dworkin em um primeiro plano, para, depois, especificar a doutrina de Robert Alexy sobre o tema. Estabelecidas tais concepções, o quarto capítulo será destinado a demonstrar as principais teorias que buscam rechaçar o disposto pelos dois citados autores.

3.1- Regras, Princípios e Policies em Ronald Dworkin:

Ronald Dworkin, no esforço de superar o pensamento positivista, acreditando que sua eficiência é somente aparente - uma vez que diante de casos mais complexos a sua análise se torna precária²³, defende a possibilidade de se encontrar a resposta correta do direito à medida que, entendido como integridade, deve considerar não só os textos jurídicos, mas também os princípios e convicções de moralidade política na tarefa de se alcançar a solução adequada dos casos práticos²⁴.

Não formula, contudo, procedimento capaz de garantir tal resposta, única e infalível, mas apresenta um método fenomenológico trabalhado pela hermenêutica política. Assim, como alternativa plausível à teoria positivista, o pensador norte-americano entende as proposições jurídicas não como puramente descritivas, tampouco como meramente valorativas, mas que, combinando elementos tanto da descrição quanto da valoração, são interpretativos da história jurídica²⁵ e coerentes com o projeto político do futuro da comunidade²⁶.

21 É importante destacar que, embora as teorias de Alexy e Dworkin possuam algumas notas em comum, ambas doutrinas divergem de forma radical entre si quanto à sua metodologia. Uma das latentes cisões entre o pensamento de tais autores diz respeito à conclusão de Robert Alexy que princípios e regras seriam ambos espécies do gênero norma jurídica. Para Dworkin, como bem ressaltou Simioni, “ao contrário de Castanheira Neves, Alexy (1993) e outros, os princípios, em Dworkin, não são espécies de norma jurídica. Os princípios são questões de fundamento e não precisam estar necessariamente positivados em leis – ou em precedentes, além de outros padrões não tão recorrentes (DWORKIN, 1978, p.22).

22 VALE, André Rufino do. *O uso argumentativo da distinção entre regras e princípios pelos tribunais constitucionais ibero-americanos*. In: *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodvim, 2013. p. 149.

23 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 218.

24 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 325.

25 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 218.

Ronald Dworkin, para tanto, estabeleceu em sua teoria uma importante distinção entre regras (rules), princípios (principles) e políticas públicas (policies). Nesse viés, a presente distinção teórica substancialista do pós positivismo permite um entendimento mais preciso sobre como a prática interpretativa das decisões judiciais articula os argumentos de política com os de princípios, a partir do paradigma de se alcançar uma maior e convincente legitimidade democrática de tais decisões.

Assim, a proposta de Dworkin surgiu através do cunhado, por ele próprio, de “general attack on positivism” em razão da série de críticas endereçadas ao seu antecessor na Universidade de Oxford, o inglês Hebert Hart. Para Dworkin, a crítica ao positivismo se justifica em razão da existência, preponderante em tal modelo, das regras como únicas integrantes do sistema jurídico. Nessa senda, diante de determinados casos difíceis (hard cases), em que não haveria uma regra específica ou definitiva cabível ao fato, a decisão ficaria a crivo do juiz, que decidiria de forma discricionária, assim criando uma nova solução para o caso apresentado.

É importante aclarar que Dworkin salienta que nem sempre será possível reconhecer a natureza da norma jurídica através da simples análise de sua forma, ou seja, se, a partir de sua estrutura, poderá ser considerada, de pronto, uma regra ou um princípio.²⁷

O ponto chave da teoria de Dworkin, para os fins deste estudo, situa-se no fato de que, para o autor, os princípios de moralidade política não estão necessariamente positivadas na Constituição ou em alguma lei ou precedente. São eles, então, frutos das “convicções hermenêuticas da moralidade política a respeito da interpretação dos textos jurídicos”.²⁸

Portanto, em Dworkin existem dois critérios para se distinguir princípios e regras. O primeiro deles, critério lógico, pauta-se no tipo de solução que as normas oferecem. As regras seguem o modelo *all or nothing fashion*, ou, melhor dizendo, na maneira do tudo-ou-nada, operando na seara da validade. Por sua vez, os princípios não apresentam a estrutura disjuntiva das regras, servindo apenas de razões que contribuem a favor de uma ou outra decisão.

O segundo critério, conforme pontuou Felipe Oliveira de Sousa²⁹, reside em uma característica que os princípios possuem e as regras não: a dimensão do peso. Nesse viés, tal critério se justifica na importância que um princípio tem em relação a outro princípio em caso de colisão.

26 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 338.

27 Dworkin, Ronald. *The model of rules*. University of Chicago Law Review, 35, 1967, p.28.

28 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 274.

²⁹ SOUSA, Felipe Oliveira de. *O raciocínio jurídico entre princípios e regras*. IN: Revista de informação legislativa. N. 48. Brasília, 2011

Conforme se verá, a teoria de Alexy para colisão de princípios demonstra uma maior precaução com detalhes metodológicos, assim como ganhou maior número de adeptos no Brasil. Desta feita, passa-se à leitura da obra do autor alemão.

3.2- Robert Alexy e a Distinção Qualitativa entre Regras e Princípios:

Robert Alexy, muito embora influenciado pela teoria dworkiana acima trabalhada, propõe uma distinção entre regras e princípios que se opõe radicalmente aos ideais de seu antecessor. Com toda a certeza, a teoria de Alexy ganhou enorme popularidade entre os juristas brasileiros, sendo constantemente replicada nas peças jurídicas e decisões judiciais Brasil a dentro. Não são poucos, portanto, os trabalhos que discutem a recepção dos ensinamentos do jurista alemão no direito brasileiro.³⁰

Alexy, ao analisar a estrutura da norma de direito fundamental, dispõe que para alcançar tal objetivo, necessário se faz utilizar-se de diferenciações “teorético-estruturais”, sendo, a mais importante delas, a distinção entre regras e princípios.³¹

A importância é tamanha que, no entender do autor, a referida distinção é “a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”.³² Ademais, sacramenta Alexy que, sem a referida distinção bem delimitada, não existe a possibilidade de se ter uma teoria adequada sobre as restrições dos direitos fundamentais, tampouco doutrina satisfatória sobre colisões e suficiente acerca do próprio papel que exercem os direitos fundamentais no sistema jurídico.

Sendo assim, a imbricação dos princípios e das regras como espécies de norma jurídica é, sem dúvidas, o ponto de partida da teoria alexyana acerca da colisão de direitos fundamentais, com a firme conclusão de que tal distinção “é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”³³.

Assim, no embalo da importância dada à referida distinção, Alexy passa a analisar, em separado, cada uma das respectivas normas. Para o autor, desta forma, as regras jurídicas são normas que serão sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Logo, as regras contêm verdadeiras determinações, devendo ser ou não aplicadas no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

³⁰ MORAIS, Fausto dos Santos de. *Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada Recepção de Alexy pelo STF*. Salvador: Juspodvim, 2016.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 85

³² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 85

³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 85

Nas palavras de Simioni, em averiguação da teoria de Alexy: “*diferentemente dos princípios, as regras ou são totalmente cumpridas ou são totalmente descumpridas. Não há graduação aqui*”³⁴. Desta forma, a inobservância de uma regra gera o seu total descumprimento, caracterizando-as como verdadeiros mandamentos de determinação.

Os princípios, por sua vez, são mandados de otimização que possuem, por tal motivo, uma estrutura alargada de dever-ser³⁵. Expressam, nesse viés, deveres *prima facie*, diferente das regras que exprimem mandamentos definitivos. Assim, os princípios representam razões que, em colisão, podem ser afastadas por razões antagônicas.

Daí que os princípios, na concepção alexyana, são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”³⁶, ou seja, os princípios são aquelas espécies de normas jurídicas que não comportam o ideal de aplicação/não aplicação ao caso determinado. Nas palavras uma vez mais de Simioni, se os princípios são ordens de que algo seja realizado na maior medida do possível, então não se pode “cumprir ou descumprir um princípio, mas sim cumprir bastante ou cumprir pouco, cumprir satisfatoriamente ou cumprir insatisfatoriamente, cumprir adequadamente ou inadequadamente etc”³⁷.

A solução para um conflito entre regras se dará com a inclusão de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, declarando, para tanto, a invalidez da outra regra. Ressalta-se que não há graduação no conceito de validade jurídica (ou uma norma é válida ou não é).

Por seu turno, na colisão entre princípios, um deve ceder em relação ao outro ao se verificar que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Aqui, entretanto, não há declaração de invalidade, tampouco introdução de uma cláusula de exceção.

A colisão entre princípios, nessa esteira, será solucionada pela ponderação entre os princípios colidentes, na medida de suas possibilidades fáticas e jurídicas, em que se definirá qual deles tem maior peso no caso concreto. Desta forma, como visto, um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro.

4- Das Principais Críticas à Distinção Forte entre Regras e Princípios.

³⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 276.

³⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 90.

³⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 276.

Conforme estudo publicado por Felipe Oliveira de Sousa³⁸, as demais teses da distinção entre regras e princípios aparecem, especialmente como críticas à concepção forte sobre tal discussão. No âmbito das teorias estrangeiras, relevantes são as críticas expostas por Habermas e Muller ao pensamento de Alexy, e a de Castanheira Neves à teoria Dworkiana. Nesse ínterim, como objetivo do presente estudo, optou-se por ilustrar as críticas feitas no âmbito da discussão nacional para melhor supedâneo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. E uma das acesas e muito bem elaboradas críticas à distinção forte entre regras e princípios pode ser encontrada na teoria de Humberto Ávila.

Num passo resumido, salienta Ávila em sua teoria dos princípios que a distinção entre regras e princípios pode ocorrer de diversas formas, como, por exemplo, em razão do modo como contribuem para a decisão, quanto a natureza do comportamento prescrito ou, até mesmo, em razão da justificação adotada na interpretação ou aplicação da norma jurídica.

Ávila afirma, nesse passo, que a distinção entre regras e princípios, ambos igualmente compreendidos como espécies de norma jurídica, nem sempre pode ser afirmada no sentido único de só existirem tais espécies. Ou seja, uma norma jurídica, inclusive, pode, ao mesmo tempo, funcionar, ora como regra, ora como princípio³⁹. Ademais, também salienta que não só os princípios estariam sujeitos ao método da ponderação, mas também caberia tal procedimento às regras, divergindo do exposto por Robert Alexy em sua teoria.

À essa distinção, soma-se também a existência dos postulados normativos aplicativos, em que se enquadrariam, por exemplo, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Uma das principais críticas ao pensamento de Humberto Ávila foi aquela a ele endereçada por Virgílio Afonso da Silva. Em seu artigo, o autor relativiza a teoria de Ávila, apontando incoerências conceituais que vão desde a utilização incorreta do termo “tudo-ou-nada”, até a trivial distinção entre texto e norma.

Independentemente, contudo, das teorias adotadas – se clássica positivista, pós positivista de Alexy ou Dworkin, ou, até mesmo, crítica de Ávila – é importante que o julgador, em suas decisões, se utilize de uma bem determinada e coerente visão, evitando, assim, uma aplicação desmedida e sem fundamentos. Não é o que se tem visto, entretanto, nas decisões da Suprema Corte Brasileira, conforme se verá em alguns exemplos a seguir.

5- O STF e a Distinção entre Regras e Princípios.

5.1- O caso das vaquejadas: um estudo da ADI nº 4.983/CE

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983 do Ceará, popularmente conhecida como o caso das vaquejadas, teve recente desfecho em que se concluiu pela

³⁸ SOUSA, Felipe Oliveira de. *O raciocínio jurídico entre princípios e regras*. IN: Revista de informação legislativa. N. 48. Brasília, 2011.

³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 31.

inconstitucionalidade da Lei nº 15.299 de 8 de janeiro de 2013, proibindo, assim, as vaquejadas como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará e em todo Brasil.

A *vaquejada* representa uma prática esportiva regional muito comum no Nordeste do Brasil, pela qual dois vaqueiros a cavalo têm o objetivo de derrubar um boi, observando limites previamente demarcados em determinada área, valendo-se, para tanto, do expediente de puxar o animal pelo rabo até que os competidores alcancem a meta do jogo: a queda do animal com as quatro patas para cima, demonstrando perícia e técnica do vaqueiro.

Evidentemente, tal prática esportiva e cultural enseja intensos níveis de maus-tratos e crueldade aos animais, de modo que sobressai indiscutível sadismo por parte dos competidores e dos espectadores, que se satisfazem com os efeitos cruéis advindos dessa prática medieval. Não têm sido poucos os casos em que o animal, puxado pelo rabo, acaba por sujeitar-se a uma queda abrupta e às consequências graves que daí se originam.

Após análise criteriosa do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, que foi acompanhado pela maioria dos ministros, resta clara a ‘crueldade intrínseca’ a qual os animais estão submetidos na vaquejada:

*“Inicialmente, o **animal é enclausurado, açoitado e instigado a sair em disparada quando da abertura do portão do brete.**”*

*“O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como **fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental.** Apresentou estudos no sentido de também **sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica.**”*

*“Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável **crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada.** A atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura **maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento.** A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, **a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural** como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão **“crueldade”** constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a **tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a***

prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada.” (Voto Min. Marco Aurélio Mello na ADI nº 4983, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf> (grifos nossos))

Seguindo na linha proposta pelo presente trabalho, foi possível notar que o Supremo Tribunal Federal, em especial pela análise do voto do ministro Marco Aurélio, relator do julgado em comento, uma vez mais se utilizou de uma discutível tese de colisão de princípios por normas que sequer condizem com tal status.

Quando o Ministro Marco Aurélio diz em seu voto “*a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural*” está classificando a norma estabelecida no art. 215 da Constituição Federal como sendo um princípio (valor) e não uma regra, como deveria.

No referido voto, o ministro Marco Aurélio deu ênfase, por mais de uma vez, à ideia de que, para o deslinde da questão posta em debate, necessário seria solucionar um conflito existente entre a norma do artigo 225, §1º, inciso VII, e àquela prevista no texto do artigo 215, ambas da Constituição da República.

Imprescindível, no presente momento, transcrever os citados dispositivos, a fim de se averiguar a real natureza de tais normas a partir do estudo realizado ao longo deste artigo. Nessa senda, reza o artigo 215 da Constituição Brasileira o seguinte:

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Por seu turno, o §1º, inciso VII do artigo 225 da CF assim dispõe:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

O artigo 225, parágrafo 1º, VII da Constituição Federal impõe especial atenção à dignidade da vida de todos os animais, o que se efetiva com a vedação à prática de maus-

tratos, crueldade, seja por ação do homem — caso da vaquejada, farra do boi ou das rinhas de galo — ou por sua omissão.

Desta feita, segundo o escólio do ministro Marco Aurélio, haveria entre as duas citadas normas um verdadeiro choque entre princípios igualmente fundamentais, fazendo-se necessário, portanto, o uso da ponderação para a solução da referida colisão.

Restou claro, pela leitura simples das duas normas constitucionais que, diante do caso apresentado, trata-se de conflito de duas regras constitucionais e não dois princípios, eis que, da análise dos dois comandos, percebe-se que são excludentes a sua aplicação na medida em que o exercício dos direitos culturais, o acesso às fontes da cultura nacional, a valorização e a difusão das manifestações culturais no caso das vaquejadas é incompatível com a regra obrigatória de proteção à fauna e à flora, e as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Conforme preconizava Alexy, no conflito de normas na modalidade regras, a solução se faz pela inclusão de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, declarando, para tanto, a invalidez da outra regra, ou seja, não se faz graduação no conceito de validade jurídica, já que uma regra é válida e a outra não é. A solução do conflito se define pela exclusão de uma regra em face da outra pela simples análise da validade da norma.

Percebe-se, após todo estudo posto no presente debate, a fragilidade da argumentação destacada no acórdão em voga. Para utilizar-se da teoria da ponderação de princípios, necessário, antes de qualquer coisa, que haja a configuração exata da existência de duas normas princípios em verdadeiro choque, conforme lição de Robert Alexy, criador do referido ideal de sopesamento.

Para o caso das vaquejadas, a questão primordial sequer envolvia uma colisão entre princípios, tendo em vista o teor e natureza da norma contida no artigo 225, §1º, VII. Ora, da análise da teoria de Alexy, a referida norma exprime verdadeira regra jurídica, com claro comando de determinação, que deverá ou não ser aplicado a determinado caso concreto.

Assim, verifica-se claramente uma proibição da leitura do texto normativo. Ainda que na forma da lei, é proibida qualquer prática que submeta animais a crueldade. E, por mais que o termo crueldade possa carecer de uma determinação mais específica, o próprio voto do ministro ratificou que as práticas narradas nos autos demonstravam, por muito, um tratamento cruel e de tortura com os animais.

Nessa senda, o caso das vaquejas, que poderia ter sido um caso fácil (aplicação de uma regra específica a caso que reclamava sua plena concretude), tornou-se um verdadeiro *hard case*, colocando em jogo a o método de Alexy para sopesar dois supostos princípios jurídicos.

6. Conclusão

Conforme pontuou Daniel Sarmiento⁴⁰, o novo paradigma do neoconstitucionalismo, marcado jurídica e filosoficamente pelo chamado pós-positivismo, apesar de abarcar diversos pensamentos frontalmente colidentes entre si, revelou relativo consenso na definição de determinadas questões centrais sobre tal movimento. Dentre elas, pode-se, através da farta obra literária sobre o tema, afirmar a valorização dos princípios como verdadeiras normas jurídicas, detidas, por sua vez, de força normativa plena, bem como a introdução de novos critérios mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, como a ponderação de princípios.

Ao contrário do que já se viu outrora, atualmente ganha notória força as decisões que se pautam no ideal dos princípios jurídicos, através da recepção das diversas teorias alienígenas fruto do pós-positivismo. Entretanto, a prática judiciária brasileira vem demonstrando, em uma elevada mostra de julgados de juízes, tribunais e, até mesmo, da suprema corte - que se sobrepõe às próprias teorias utilizadas – a sua importação com sérios desvios e uso arbitrário de conceitos.

Como visto neste estudo, os erros perpassam, não raro, pela utilização dos princípios jurídicos em ocasiões que, muitas das vezes, tratam-se verdadeiramente de regras. Ao que parece, a fundamentação das decisões jurídicas em apoio principiológico tem ganhado firme plateia, que, em razão da abrangência dos argumentos e da suposta “justiça” que os fazem tais standards, supõe uma sobreposição das regras como marco de aplicação.

Desta forma, ao utilizar da argumentação principiológica, seja a partir daquela visão positivista clássica e caracterizadora dos princípios como vigas mestras do ordenamento jurídico; ou através das teorias oriundas do pós-positivismo, procedimentalista ou substancialista, de Alexy e Dworkin, respectivamente; seja também através da distinção entre princípios, regras e postulados normativos de Humberto Ávila ou, até mesmo, da distinção dúctil de André Rufino; o decisor deve se pautar, sempre, em uma determinada e expressa visão e, assim, ratificá-la através de uma sólida e bem elaborada fundamentação.

Do contrário, a aplicação a esmo dos princípios jurídicos, em uma verdadeira “aventura conceitual”, privilegia, sobretudo, a discricionariedade e o desvirtuamento de todas as teorias filosóficas trabalhadas. Isto porque, adotar teorias colidentes entre si, não satisfaz o preceito de justiça que todos esperam das decisões judiciais.

7- Bibliografia:

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodvim, 2013.

ÀVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Law, Morals and Defeasibility. Ratio Juris. V.13. n.3. Sep 2000.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito administrativo. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAIS, Fausto dos Santos de. Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada Recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodvim, 2016.

OLIVEIRA, Leandro Correa de. As práticas decisórias de um modelo ainda não superado: a contínua aposta nos discursos adjudicadores de uma moral relativa. In: Jurispoiesis (Rio de Janeiro), v. 15, p. 123, 2012.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodvim, 2013.

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

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Regras, Princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin. In: Revista Direito Mackenzie. V. 5. N. 1. P. 203-218.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. IN: Revista de informação legislativa. N. 48. Brasília, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VALE, André Rufino do. O uso argumentativo da distinção entre regras e princípios pelos tribunais constitucionais ibero-americanos. In: As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodvim, 2013.