



DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS: UMA VISÃO ORGÂNICA E FUNCIONAL

DIFFERENCE BETWEEN PRINCIPLES AND RULES: AN ORGANIC AND FUNCTIONAL VISION

Clóvis Alberto Volpe Filho *

José Antônio de Faria Martos **

RESUMO: É inegável o quanto discutido foi e é a diferença entre princípios e regras; no entanto, o presente artigo tenta apresentar uma visão complementar e original aos demais estudos anteriormente apresentados. De acordo com as análises feitas a partir de outros autores, e principalmente em razão do entendimento do sistema jurídico enquanto conjunto de normas funcionais, foi possível construir uma diferenciação orgânica, na medida que o texto normativo pode se apresentar como princípio ou regra a depender do seu contexto normativo e do seu vínculo funcional; verificou-se, por fim, que o texto normativo, por não ser um fim em si mesmo, funciona de maneira distinta diante de casos apresentados, sendo possível a partir daí detectar se tem características de princípio ou regra, conforme devidamente detalhado no bojo deste artigo.

ABSTRACT: It is undeniable how much was discussed and is the difference between principles and rules; however, this article tries to present a complementary and original view to the other studies previously presented. According to the analyzes made by other authors, and mainly because of the understanding of the legal system as a set of functional norms, it was possible to build an organic differentiation, as the normative text can present itself as a principle or rule depending on the its normative context and its functional link; finally, it was verified that the normative text, since it is not an end in itself, works differently in the case presented, being possible from there to detect if it has characteristics of principle or rule, as duly detailed in the middle of this article..

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Norma. Princípios e Regras. Modelo Funcional Normativo. Direitos Fundamentais.

KEYWORDS: Theory of the Norm. Principles and Rules. Normative Functional Model. Fundamental Rights.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Teoria do modelo funcional como referencial teórico. 2 Diferença orgânica e funcional entre princípios e regras. 3 Alguns contrapontos. Conclusões. Referências.

146

INTRODUÇÃO

A quantidade de artigos e obras que versam sobre este tema é enorme; assim, escrever sobre algo que foi trabalhado e lapidado por diversas pessoas, extremamente gabaritadas, é um desafio, na medida que somente haverá interesse se houver um mínimo de originalidade, do contrário, qualquer escrito científico será redundante.

É justamente isso que este artigo se propõe: uma visão (minimamente) original (não definitiva) sobre a diferença entre princípio e regra. Realizou-se uma análise comparativa-

* Professor Titular da Faculdade de Direito de Franca. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2003), mestrado em Direito pela Universidade de Franca (2005) e doutorado em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (2018).

** Coordenador do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Franca. Professor Titular da Faculdade de Direito de Franca. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (1983), mestrado em Direito Público pela Universidade de Ribeirão Preto (1993), doutorado em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino (2011) e doutorado em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (2015).

dedutiva, pois estudando de maneira ampla os doutrinadores, em conjunto com o entendimento do sistema jurídico enquanto conjunto de normas funcionais, foi possível construir uma diferenciação orgânica, na medida que o texto normativo pode se apresentar como princípio ou regra a depender do seu contexto normativo e do seu vínculo funcional. Para tanto buscou-se aporte, conforme tópico seguinte, no modelo funcional de Antoine Jeammaud.

Com efeito, necessário se faz entender em qual referencial sobre a teoria da norma este estudo se aporta. Em outras palavras, somente é possível compreender a diferença proposta entre princípio e regra se restar consignado a teoria da norma que se busca refúgio.

Assim, busca-se fincar referencial no modelo de norma antes de ser possível analisar a diferença qualitativa de princípio e regra. Após encontrar apoio no modelo funcional de Jeammaud, é que foi possível desenvolver uma nova proposta sobre a diferença entre essas espécies de normas, sendo que também se fez uma análise comparativa da proposta com as já existentes.

1 TEORIA DO MODELO FUNCIONAL COMO REFERENCIAL TEÓRICO

A limitação da estrutura imposta por um artigo científico impõe a necessidade de cortes metodológicos, para que seja possível ter um marco caracterizador e inicial, sob pena do regresso impedir a evolução do pensamento proposto.

Neste contexto, entendemos que a teoria do modelo funcional, de Antoine Jeammaud, é suficientemente coesa para encampar a diferenciação que se propõe. Essa teoria, como veremos, tem como elemento mais definidor a “norma como modelo”. Isto porque, esta teoria trabalha com uma estrutura de moldura, mais ampla e sem excluir, de forma prévia, linhas semânticas, interpretativas ou estruturais da norma. A estrutura semântica não retira a pretensão de referência, de instrumentalidade, pouco importando seu grau de abstração e generalidade. A linha interpretativa também não esvazia tal desiderato, ao contrário, busca encontrar o fim último da norma quando vinculado ao material fático. O fato de ser funcional não exclui o aspecto deontico, mas absorve outros objetos e possibilidades.

A norma, nos dizeres de João Maurício Adeodato, é um projeto para o futuro construído no presente, e que depende das condições empíricas do futuro, mas sem ignorar os significantes acordados no passado (ADEODATO, 2011, p. 157). É preciso ter em mente que a estrutura normativa, independente de seus elementos, serve a algo, assim, é imprescindível que se



caminhe da estrutura à função, sem que a primeira análise eclipse a segunda (BOBBIO, 2007, p. 113).

Em todas as teorias, por mais distanciamento que exista quando da análise verticalizada de suas bases, há um ponto comum: ser referência a algo, pois a estrutura não é um fim em si mesma. Para a linha adotada, a norma jurídica é um enunciado que serve como referência para o fim de determinar como as coisas devem ser. Assim, adota-se um modelo funcional de normatividade, e não meramente deôntico, semântico e interpretativo.

De acordo com o autor francês Antoine Jeammaud, a norma jurídica é muito mais do que mero enunciado deôntico (ou que possa ser transformado em deôntico), pois o direito estatal contemporâneo não se assemelha mais aos decálogos ou meros regimentos disciplinares. Ao situar as normas no gênero dos modelos, o autor coloca em evidência sua natureza instrumental de medida, de padrão, adotando uma teoria funcional da norma. Somente terá vocação para servir de modelo quando inserida num conjunto socialmente considerado como normativo, respeitadas as regras de validade (JEAMMAUD, 1994, pp. 82-84).

Quando se reconhece que um enunciado tem um valor normativo, está se compreendendo que ele serve como referência, à maneira de um modelo material. Sua vocação será a de permitir a avaliação de situações, relações, atos, ações, condutas, ou outros objetos ainda, vale dizer, de determinar como eles devem ser, deverão ser ou deveriam ter sido do ponto de vista do sistema ao qual pertence essa norma, para que sejam conformes às suas disposições e para obter, em cada caso, os resultados ligados a essa conformidade. Essa função de referência se realiza através de operações de julgamentos, nos sentidos lógico e psicológico, em contextos e finalidades bastante diversos. Essa operação de julgamento se inscreve às vezes, numa atividade institucional - atividade administrativa ou atividade jurisdicional - ou às vezes, em um contexto cotidiano (JEAMMAUD, 1994, p. 84).

A normatividade como modelo existe abstratamente (perspectiva de ação futura), servindo para dirigir a conduta ou um estado de coisa. Mas também existe para contestar o que foi feito, em uma perspectiva pretérita.

A norma como modelo se desvincula da sanção como consequência obrigatória, mas meramente possível. Também se desvincula da conduta como único objeto da norma, em um sentido de permitido, proibido, devido, etc. É um padrão que afeta ações ou coisas, pessoas ou instituições.



Sua qualidade específica enquanto modelo (vaga, ambígua) não retira da norma tal pretensão. Portanto, a norma, enquanto modelo, enquanto padrão instrumental, tem como elemento ser útil ao sistema normativo. Sua utilidade pode ser inferida por si só, ou mediante um complexo conjunto normativo (o que se mostra mais razoável na linha sistêmica adotada), de forma imediata, ou mediata. Mas, impossível ignorar que antes de ser deôntica, a norma é instrumental.

O reconhecimento da significação normativa de um enunciado em linguagem do direito e, por esse fato, sua contribuição ao governo das ações, não depende da natureza de seu objeto - do que ela fala - uma vez que ela se a pega à sua vocação de modelo. Não se trata de negar a presença de normas jurídicas tendo uma conduta por objeto, mas elas não são com certeza a maioria. Entre as que parecem de início constituir modelos de comportamento, um exame atento mostra que muitas tratam menos de uma conduta humana que de um ato material ou jurídico (JEAMMAUD, 1994, p. 85).

Para o autor francês, enunciar que uma norma é uma regra de direito, vale dizer, de um elemento de uma ordem jurídica determinada, significa que ela servirá eventualmente, em função de sua aplicabilidade, de instrumento de medida a um juiz (por exemplo) instituído por essa ordem, no quadro de uma atividade de resolução de conflitos organizada por essa mesma ordem. É significar, ao mesmo tempo, que essa norma é suscetível de ver seu sentido e seu alcance em situações concretas discutidas no quadro assim instituído, isto é, servindo de padrão para julgar como as coisas deveriam, devem ou deverão ser do ponto de vista desta ordem jurídica, no quadro e para os fins da resolução de um conflito - portanto no quadro de um julgamento institucional - independentemente do teor do dispositivo da decisão a intervir (indeferimento do pedido, absolvição ou condenação, anulação, ordenamento de uma medida em virtude de um poder reconhecido em decisão liminar, etc.) (JEAMMAUD, 1994, p. 93).

A concepção funcional vale para todas as normas, sendo que, como bem traduziu Eros Grau, ao interpretar o citado autor francês, a essência normativa de um enunciado (texto normativo) encontra-se na sua vocação a servir de referência (servir de modelo) para determinar como as coisas devem ser (GRAU, 2013. p. 105).

2 DIFERENÇA ORGÂNICA E FUNCIONAL ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

A discussão sobre a diferença entre regra e princípio perde a relevância para Antoine Jeammaud, na medida em que, como modelo, cabe servir como referência a vários objetos. As normas consideradas princípios, em tese, denotam uma notável generalidade de pertinência (de competência), ligada a uma frequente indeterminação do teor do modelo. A ponto de alguns desses princípios serem antes nomeados que formulados, porque parecem muito difíceis de enunciar. No entanto, não perdem as características de normas jurídicas (JEAMMAUD, 1994, p. 88). Para Antoine Jeammaud, os critérios de identificação dos princípios encontram-se em seu alto grau de generalidade e na sua proximidade aos valores (JEAMMAUD, 1994, p. 88).

A concepção funcional da normatividade aqui adotada é ponto inicial para a estruturação da norma, não sendo, contudo, base para a distinção entre princípios e regras. A questão da generalidade (e abstração), bem como a aproximação com valores não são elementos para a distinção entre regras e princípios, na medida em que há textos normativos extremamente genéricos que são regras, e outros, extremamente específicos, que são princípios. Toda a tentativa de diferenciar acabou se mostrando insuficiente frente aos ordenamentos jurídicos postos, ou, principalmente, pela interpretação e aplicação da norma aos casos concretos, revelando uma íntima convicção no momento de se definir entre princípios e regras.

A norma, sendo um modelo referencial, revela seu sentido a partir de sua função. Assim, a distinção entre princípios e regras não é semântica, não é de sintaxe, não é de objeto, não é densidade, não é de lógica, mas é apenas funcional.

Normas são enunciados linguísticos que têm vocação para servir de referência, determinando como as coisas devem ser ou deveriam ter sido. As normas serão princípios, quando os enunciados estiverem servindo como referência matriz a outras normas dentro de um sistema ou subsistema, ou seja, normas que, dentro de um contexto normativo, são a razão de ser de outras normas, ou, normas que conferem direitos e que por sua vez demandam proteção normativa.

Para entender se a norma é regra ou princípio, é preciso conhecer dois fatores: contexto normativo inserido e vínculo funcional com outras normas. O contexto normativo inserido demonstrará em qual sistema ou subsistema a norma está vinculada; o vínculo funcional mostrará qual relação da norma com as outras normas do sistema ou do subsistema - o vínculo somente será revelado após a definição do contexto normativo.

Por contexto normativo se entende o posicionamento topográfico do texto normativo na ordem posta frente ao caso concreto posto à discussão; já o vínculo funcional é a análise de como interage aquele texto normativo com as outras normas dentro do contexto definido.

A posição do enunciado e o vínculo funcional com outros enunciados revelam uma dimensão valorativa (axiológica) que justifica a própria existência de uma dimensão deontológica (LAPORTA, 1987). O referencial contido na norma (direito, dever, etc) passa a constituir a razão justificatória da existência de determinado conjunto normativo.

A norma que proíbe a utilização de prova ilícita no processo (art. 5º, LVI, CF) é um princípio ou uma regra? Pela proposta apresentada, é uma norma, por ser modelo de referência, porém, saber se se comportará como princípio ou como regra dependerá do conhecimento dos fatores descritos acima: contexto normativo e vínculo funcional. Situando a norma no contexto normativo dos direitos fundamentais, conjugando com outras normas do mesmo calibre, restará demonstrado que seu vínculo funcional é com algum direito fundamental que necessita desta disposição para sua materialização/proteção; neste sentido, a norma será regra. Caso esteja situada no contexto normativo restrito ao processo penal, conjugando com outras normas dessa mesma natureza, será um princípio, pois a sua materialização/proteção clama por outras normas, que são regras, neste caso. Ao delimitar um sistema normativo (conjunto de norma que guardam relação de unidade), será possível extrair quais normas funcionam como veículos de proteção de um valor contido em uma outra norma, a qual é uma norma princípio.

A instrumentalidade do texto normativo é auferida não de forma isolada, mas dentro de um sistema ou subsistema. Daí a razão de ser necessário identificar o contexto que a norma está inserida, e posteriormente quais vínculos funcionais se formam. Note-se que a liberdade pessoal é o núcleo a partir do qual o outro deriva, da mesma forma o direito de fazer um texto, que é derivado do direito central da liberdade de expressão. Há um encadeamento funcional das normas dentro do contexto normativo inserido. A norma funcionará como princípio quando o texto normativo funcionar, naquela análise, como centro de derivação de outras normas, que funcionam a bem da efetivação do direito/dever nela consagrado. As demais normas serão regras, que estão fundamentados na norma matriz (princípio). A relação entre um direito derivado e o direito núcleo se dá a partir da própria justificativa do direito: um direito é baseado no interesse que figura essencialmente na justificativa da afirmação de que o direito existe (RAZ, 2017).



Portanto, norma pode ser princípio ou regra, dependendo do contexto normativo e do vínculo funcional, obviamente extraídos de forma definitiva após o caso concreto (real ou fictício).

Assim, princípio, enquanto norma jurídica, é o enunciado normativo que serve como modelo e que garante a unidade de um determinado sistema ou subsistema, pois é para ele que as outras normas funcionam, dentro da perspectiva daquele sistema segregado. Regras, por sua vez, são as normas que funcionam para que haja a materialização/proteção da norma (ou normas) que garante(m) a unidade do sistema ou subsistema.

Veja que a diferença de princípio e regra é comportamental (orgânica). A norma, ora se comporta como princípio, ora se comporta como regra. O comportamento do enunciado depende do contexto normativo analisado (sistema), como visto, e do seu vínculo funcional com outras normas. À guisa de exemplo: quando a Constituição garante o direito à liberdade, tem-se uma norma (e não meramente um valor), pois serve como modelo institucional de decisão; esta norma é um princípio na medida em que figura, dentro do contexto normativo dos direitos fundamentais, como a razão de ser de outras normas do mesmo sistema. A liberdade religiosa, contextualizada com o direito à liberdade, tem um vínculo funcional de servir a este direito, portanto, é uma regra. Destacando essa norma (liberdade de crença religiosa) para outro contexto normativo, será possível extrair novos vínculos, e a depender da estruturação, a norma passará a ser princípio. Dentro do sistema normativo que regulamenta os cultos nos estabelecimentos prisionais, por exemplo, a liberdade religiosa será um princípio, enquanto a regra que autoriza o acesso de pessoas para a realização do culto é uma regra.

O texto normativo, identificável como princípio, somente o é em razão do objeto relacional que se constitui no decurso de um jogo hermenêutico, ou seja, dos objetivos e propósitos a que com ele e através dele se visam (STRECK, 2009, p. 357). Ao se interpretar um texto normativo não se faz por partes, desvinculando da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem do sistema (ou da Constituição). Existe uma compreensão antecedente da interpretação, a qual precede a aplicação. Essa compreensão exige, também, a captura do sentido atribuído a determinado texto pelo sistema ou subsistema (STRECK, 2014, pp. 229-230). Nesta perspectiva, é necessário estabelecer quais os vínculos funcionais de um conjunto normativo, para se chegar ao princípio que “abre” e “fecha” o sistema.



Obviamente, a análise do caso concreto pode modificar completamente o sistema normativo, e, conseqüentemente, a relação normativa dos textos predispostos. Em outros termos: por mais que abstratamente se identifique o texto como princípio, essa identificação é meramente provisória e falível; a norma somente poderá ser identificável com princípio a partir do momento que se tem um caso concreto, definindo os propósitos a serem alcançados mediante os vínculos funcionais estabelecidos.

Algumas leis já consagram explicitamente os princípios estruturais que regulam aquele arcabouço normativo (vide a Lei de Migração n. 13.445/17, que elenca no art. 3º os princípios e as diretrizes que regem a política migratória). Contudo, isto não retira a qualidade de princípio de outras normas, pois, dependerá do contexto normativo e do vínculo funcional que serão verificados. A diferença entre princípios e diretrizes tem arrimo em Ronald Dworkin: ao se comportar como princípio, a norma pode se revelar como uma diretriz política, padrão consistente em objetivos a serem alcançados, geralmente relacionados com melhora econômica, política ou social, ou como um padrão axiológico (princípio propriamente dito), porque prescreve uma exigência de justiça, ou alguma outra dimensão de moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

153

Os princípios implícitos são extraídos quando inexistente uma norma que consiga traduzir o objetivo central de determinado arcabouço normativo existente, como por exemplo, o princípio do duplo grau de jurisdição. Princípio do duplo grau de jurisdição, assim, é o nome que se dá a um conjunto de normas que estabelecem a possibilidade de reexame de decisões judiciais. Alcança o princípio de acordo com os vínculos normativos estabelecidos pelas normas existentes, positivadas. Assim, inexistente no ordenamento jurídico nacional princípio que não esteja positivado, na medida em que até mesmo os implícitos são extraídos diretamente de normas postas na ordem.

3 ALGUNS CONTRAPONOTOS

Neste tópico tentaremos abordar algumas linhas diferenciadoras de princípios e regras, sem a pretensão de exaurimento, mas sim de reforçar a tese proposta acima.

O grau de abstração do enunciado normativo é um critério errôneo e que não consegue auxiliar na identificação. Até mesmo o critério de indeterminação dos casos que conformam o caso não serve a tal desiderato. Para Atienza, por exemplo, a diferença entre regra e princípio consiste no fato deste configurar o caso de forma aberta, enquanto a regra o faz de forma fechada. Com isso, para o autor, enquanto que nas regras as propriedades que conformam o caso constituem um conjunto fechado, nos princípios não se pode formular uma lista fechada das mesmas: não se trata só de que as propriedades que constituem as condições de aplicação tenham uma área maior ou menor de abstração, senão, de que tais condições não se encontram sequer genericamente determinadas. O tipo de indeterminação que afeta os princípios é, pois, mais radical que o das regras (ATIENZA; RUIZ MANERO, 1991).

A Constituição no art. 5º, inciso XXXIX e o Código Penal no art. 1º prescrevem: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Pela baixa abstração poderia ser caracterizado como uma regra. Contudo, a doutrina e a jurisprudência o revelam como princípio. O enunciado acima é uma regra, enquanto compreendido com vínculo funcional para garantia do princípio da liberdade ou da legalidade. No entanto, é um princípio se verificada a existência de um arcabouço normativo servil a esta norma, cuja razão de ser nasce e deságua na citada norma.

As normas que configuram o caso de forma aberta não necessariamente podem ser classificadas como princípios. A uma, porque por mais que a norma consiga determinar o conjunto que quer disciplinar (vincular), como é o caso da norma que descreve ser o Brasil uma República Federativa, as consequências oriundas de tal conformação são inúmeras, não podendo afirmar que houve o fechamento dos casos. A duas, em razão de existir, quando da aplicação do texto normativo (da norma), possibilidade de a norma tida como princípio ser a única que configura o caso de forma fechada, e não a regra. Em verdade, os princípios conseguem fechar os casos quando da porosidade da regra, inexistindo princípio sem regra e por trás de uma regra necessariamente haverá um princípio (STRECK, 2012, p. 568).

É elementar entender que para Ronald Dworkin a normatividade se manifesta concretamente, ou seja, na própria prática interpretativa e não em um sistema lógico previamente delimitado, o que remete o conceito de norma a um nível pragmático (ABBOUD; CARNIO; DE OLIVEIRA, 2014. p. 338). Embora seja certo que o autor americano diferencie regras de princípios, o faz dentro da prática interpretativa. Assim, para o citado autor existem características específicas em cada norma para orientar as decisões judiciais. As premissas



nucleares são as seguintes: dados os fatos que uma regra estipula, ou ela é válida, e nesse caso a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão (aplicadas à maneira do tudo-ou-nada); em contrapartida, os princípios funcionam de outra forma, pois não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, pois possuem uma dimensão de peso ou importância (DWORKIN, 2002, pp. 39-40).

Com isso, havendo colisão entre os princípios, diferentemente das regras, que ou são válidas ou não são, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um, sendo constantemente objeto de controvérsia decidir qual é mais importante dentro de cada caso individualizado. Os princípios assumem em Dworkin uma normatividade que possibilita um “fechamento interpretativo” próprio da blindagem hermenêutica contra a discricionariedade. E, diferentemente da linguagem puramente semântica, retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade (STRECK, 2012, p. 57).

Em relação à diferença apresentada por Dworkin, afirmando que a regra se aplica na base do “tudo-ou-nada”, enquanto princípios possuem uma densidade distinta, também é insuficiente, para não dizer errônea. Saber se uma norma será aplicada na base do tudo ou nada é possível somente posteriormente, e não de forma prévia, somente após a interpretação e aplicação. Ora, por uma questão lógica, se o princípio da liberdade foi aplicado para resolver uma questão, prevalecendo em relação ao princípio da legalidade, por exemplo, aplicou-se “tudo” da liberdade e “nada” da legalidade.

Em Robert Alexy, norma se pauta pela teoria semântica, havendo diferenciação qualitativa entre princípios e regras: princípios se distinguem de regras (sendo ambos espécies de normas) pois aqueles são mandados de otimização, que “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008. p. 90); as regras, ao contrário, não possuem graus de satisfação, ou são satisfeitas ou não são, existindo, não um mandado de otimização, mas sim de determinação (ALEXY, 2008. p. 90).

Quanto à questão do mandado de otimização de Alexy, o qual afirma que os princípios são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados, e por isso, necessitarem de ponderação, há um pecado capital: normas de diversas estruturas, posições e funções se

sujeitam, desde sempre, à ponderação, mesmo recebendo o rótulo de regras. As palavras de Ferrajoli são claras nesse sentido:

Quanto à ponderação judicial, ela se parece um pouco mais do que uma nova palavra para denominar a velha “interpretação sistemática”, desde sempre conhecida e praticada pelos juristas e consistente na interpretação do sentido de uma norma à luz de todas as outras normas do sistema. Não existe, de fato, nenhuma diferença de caráter epistemológico entre a argumentação constitucional dos juízes constitucionais e a argumentação penal ou civil ou administrativa dos juízes ordinários ou administrativos, não havendo diferença de estatuto entre as normas constitucionais e as normas ordinárias. Ponderação e balanceamento, quando se aplicam mais normas diversas mesmo que não estejam necessariamente em conflito, estão por isso presentes na jurisdição ordinária tanto quanto na jurisdição constitucional: no direito penal, por exemplo, a ponderação entre circunstâncias agravantes e circunstâncias atenuantes do crime está, inclusive, prevista na lei, para fins de equivalência, ou, então, de juízo de prevalência de umas sobre as outras (FERRAJOLI, 2011. p. 110).

Lenio Streck fornece mais uma crítica ao mandado de otimização:

Relevante, nesse sentido, contestar a tese de Alexy, para quem os princípios são (apenas) mandados de otimização. Tal circunstância enfraquece a força normativa dos princípios, que são, pois, deontológicos, normas jurídicas com ampla força normativa. Mais do que isto, princípios são a institucionalização do mundo prático no direito. Os princípios constitucionais são o modo de superação do mundo das regras do positivismo (STRECK, 2009. p. 253).

156

Gustavo Zabrebelsky (ZAGREBELSKY, 2016. p. 110), entende que a diferença de fundo entre regras e princípios é a mesma daquela entre leis e Constituições. Somente os princípios desempenham um papel propriamente constitucional, é dizer, constitutivo da ordem jurídica. As regras também estão escritas na Constituição, mas não passam de leis reforçadas por sua forma especial. Os princípios não se sujeitam aos métodos tradicionais de interpretações próprios das regras; na verdade são muitas vezes expressões um tanto banais, remetendo a tradições históricas, sendo entendidos como *ethos*. Em poucas palavras: às regras se obedecem, devendo haver precisão linguística; já aos princípios se presta adesão, por isso é importante compreender o mundo dos valores. Para o autor italiano, os princípios geram atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão ou repulsa para tudo aquilo que estiver implicado por eles no caso concreto, por isso que somente no caso concreto poderemos entender o seu alcance.

Os princípios atuam de modo a não indicar as consequências jurídicas que se seguem necessariamente quando se dão as condições previstas, sendo normas sem uma situação típica normativa predeterminada e de prescrição genérica. Enquanto axiomas do ordenamento



jurídico, proporcionam um argumento que pressiona uma direção, mas sem indiciar qual ação ou decisão específica são necessárias no caso concreto (ZAGREBELSKY, 2014. p. 182). Por isso, existe uma diferença em termos de atitude prática, pois as regras exigem obediência passiva, e os princípios adesão ativa (ZAGREBELSKY, 2014. p. 190).

A concepção de Zagrebelsky é pouco útil, em se tratando de distinção entre princípios e regras. Além da dificuldade de se ter uma diferenciação precisa quanto a adesão e a obediência, é certo que, da mesma forma que algumas regras possuem uma certa dimensão axiológica (vide a regra que determina, em caso de dúvida, absolver o acusado, na forma do art. 386, VII do Código de Processo Penal), os princípios também possuem uma dimensão deontica, buscando obediência. Mesmo porque, quando se adere, é por que se obedece; e quando se obedece, é por que aderiu.

Humberto Ávila propõe uma distinção heurística, na medida em que funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão (ÁVILA, 2004, p. 60). Assim, um dispositivo normativo pode abranger, concomitantemente (coexistência das espécies normativas) regras e princípios, propondo uma classificação que alberga alternativas inclusivas. A distinção dependerá da dimensão que for atribuída ao dispositivo: comportamental será regra, finalística será princípio. Com efeito, um dispositivo cujo significado preliminar determina um comportamento para preservar um valor, caso em que seria enquadrado como uma regra, permite que esse valor seja automatizado para exigir outros comportamentos, não descritos, necessários à sua realização. Por exemplo, o significado do dispositivo que dispõe que os tributos só podem ser instituídos por lei, pode ser enquadrado como regra, na medida em que a adoção do procedimento parlamentar é o comportamento frontalmente prescrito. Isto não quer dizer que, focalizando a questão sob outra perspectiva, aquele mesmo comportamento não possa ser examinado no seu significado finalístico de garantia de segurança e estabilidade às atividades dos contribuintes (ÁVILA, 2004, p. 62).

Com essa base central, o autor define regras e princípios da seguinte forma:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição

normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2004, p. 70).

As regras são imediatamente descritivas, pois prescrevem comportamentos, estabelecendo obrigações, permissões e proibições; os princípios são imediatamente finalísticos por estabelecerem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Em segundo lugar, as regras, quando da justificativa da interpretação e aplicação, dependem da concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma; nos princípios, a justificativa da decisão de interpretação será feita mediante avaliação dos efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido. E, por fim, as regras são preliminarmente decisivas e abarcentes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica; os princípios são normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, posto que não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão (ÁVILA, 2004, pp. 63-69).

158

A proposta apresentada neste estudo se assemelha em um aspecto com a Teoria dos Princípios de Ávila, e se distancia em outros três. A semelhança reside no fato de a possibilidade do mesmo dispositivo se apresentar como regra ou como princípio, no que o autor chamou de alternativas inclusivas. Porém, a semelhança se esgota neste ponto.

A primeira diferença diz respeito ao fato de não concordar com a possibilidade simultânea de um dispositivo ser regra e princípio. Um mesmo dispositivo pode funcionar como regra ou como princípio, mas não de forma concomitante; dependerá do contexto e das conexões entre as normas e da própria interpretação quando do caso concreto. O autor brasileiro cita o exemplo da norma constitucional que exige lei em sentido formal para a instituição ou aumento de tributos (ÁVILA, 2004, p. 60). Afirma que é possível examiná-la como regra, porque condiciona a validade da criação ou aumento de tributos à observância de um procedimento determinado que culmina na provação da lei; mas também é possível examinar a norma como princípio, porque estabelece como devida a realização dos valores de liberdade e de segurança jurídica.

Raramente não se encontra algum valor amparando a norma, qualquer que seja a fórmula de seu enunciado, o que implicaria em reconhecer todas (ou quase todas) as normas como princípio. Porém, a crítica mais relevante diz respeito ao fato de ser impossível uma análise ilhada da norma, seja desacompanhada de outras normas, seja desatrelada ao fato. Quando os legisladores elaboram ou respeitam normas procedimentais para a edição de uma lei tributária, o dispositivo constitucional mencionado pelo autor serve como princípio, na medida em que a razão de ser das normas subjacentes é a referida norma constitucional. No entanto, quando o juiz invalida uma norma que não respeitou a reserva legal, o dispositivo serve como regra. Ou seja, a diferenciação aqui desenhada repele a possibilidade de o dispositivo, ao mesmo tempo, ser regra e princípio.

A segunda diferença diz respeito ao fato de as regras serem descritivas e os princípios finalísticos. O modelo funcional de norma não consegue abranger tal diferenciação, haja vista que todas as normas servem de modelo fim, mesmo as chamadas descritivas são modelos institucionais de decisão, antes de serem deonticas, ou organizacionais. Para Ávila, conforme vimos, as regras estabelecem obrigações, permissões e proibições, enquanto os princípios estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Ao estabelecer que, em regra, é proibida a pena de morte, o Poder Constituinte almeja que seja alcançado um estado ideal da não punição com a pena capital, o que implica na não diferenciação entre princípios e regras.

O art. 5º, LX da Constituição, estipula que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Partindo dos ensinamentos de Ávila, esta norma é uma regra, pois determina um comportamento ao legislador; não seria princípio, pois indica “o que” deve ser feito. Esse dispositivo indica o que deve ser feito, pois toda norma pretende impor como as coisas devem ser, independentemente de serem princípios ou regras. As regras impõem como as coisas devem ser, tanto quanto o princípio. Assim como princípios determinam o que fazer tanto quanto as regras. No entanto, denota-se que essa norma pode comportar-se como princípio a partir do contexto normativo que estiver inserido e dos vínculos funcionais criados neste contexto.

A terceira diferença reside na constatação de que, em relação à contribuição para a decisão, os princípios são normas com pretensão de complementariedade de parcialidade, enquanto as normas são preliminarmente decisivas e abarcantes. Aqui o posicionamento tem respaldo em Lenio Streck: os princípios, ao contrário do que sustentado por Ávila, são



“principais” e integrais, pois a porosidade reside nas regras. Veja o exemplo da criança que necessitava da doação de parte do fígado de sua mãe para sobreviver. Neste caso, denominado de “Noara”, a mãe tinha 16 anos e a lei espanhola continha uma regra que impedia claramente a doação de órgão por quem tivesse menos de 18 anos. Assim, a resolução do caso fica a cargo dos princípios, e não das regras, que, caso fossem exclusivas e abarcantes, resolveriam a questão pela proibição da doação. Na verdade, “as regras é que são porosas, e os princípios é que servem para fechar a regra.” (STRECK, 2013. pp. 277-278). Complementando, a norma que assume a natureza principiológica, tanto “abre” como “fecha” o determinado sistema normativo.

O sistema normativo é um conjunto ordenado de normas, sendo que umas servem as outras, dentro de sistemas e subsistemas, com uma unidade conferida pela Constituição. A utilidade de se definir a norma em determinados contextos normativos, e dentro dos vínculos funcionais compreendidos, é justamente para que se entenda qual o fim almejado por aquele conjunto normativo que é um modelo referencial. Se a norma está disposta em um determinado contexto normativo, tem uma razão de ser; essa razão de ser é outra norma, que, ao chegar ao ápice do sistema ou subsistema será extraído o princípio. A coordenação vinculativa das normas não pode ser entendida como mera estrutura formal, mas antes de tudo funcional: função garantidora, protetora, concretizadora de direitos.

160

CONCLUSÕES

Em conclusão: norma é gênero que compreende princípios e regras, sendo que, a distinção entre ambos depende da função normativa atribuída ao enunciado, devendo ser compreendido, para tanto, em qual o contexto normativo que a norma está inserida e qual o vínculo funcional da norma com as demais do mesmo sistema (ou subsistema).

Normas (textos normativos) não são ilhas separadas por águas ou vinculadas por pontes. Normas são células (orgânicas) que atuam umas em benefícios das outras, relacionando-se permanente e mutuamente, dentro de um ou mais sistemas ou subsistemas. O ordenamento jurídico é um organismo, que embora abstrato, funciona para um fim. Saber se a norma se porta como princípio é entender se naquele contexto, a norma é protagonista do sistema, ou seja, um modelo referencial-fim que não só permite o agir funcional de outras normas, como também é a razão de ser das funções normativas.

Finalmente, é preciso mencionar, de forma mais específica, que as normas de direito fundamental servem como medida, instrumento, em uma proporção qualificada, em face da posição constitucional que ocupa e pela irrenunciabilidade de seus enunciados (cláusulas pétreas). Explicando melhor: a ordem jurídica brasileira deve ser revestida de normas que consigam enunciar determinados padrões, materiais ou procedimentais. Esses padrões são modelos ideais concebidos por meio de enunciados que serviram de modelos ao cidadão (conformando-se ou não com o padrão) e ao jurista (utilizando o padrão como instrumento de medida para julgamento), logo, a significação normativa de um enunciado em linguagem do direito é ligada à sua vocação instrumental de modelo para os objetos mais diversos. A Constituição consagrou modelos primordiais, padrões guias para a construção da sociedade brasileira.

As normas de direito fundamental se revestem desta característica, muito mais por ser um modelo matriz, do que por seu grau de abstração, sua generalidade ou sua densidade. A norma de direito fundamental, portanto, é o enunciado que serve (função) de modelo matriz para a condução jurídica e política de toda a sociedade, podendo ser caracterizada como princípio ou como regra, a depender do contexto normativo e dos vínculos funcionais construídos ante ao caso concreto.

161

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Sobre principios y reglas*. In *Doxa*, nº 10, 1991.

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

BOBBIO, Noberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.



DWORKIN, Ronald. *Levando o direito a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. In *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: ABDconst, 2011. p. 110. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 01.11.2017.

GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

JEAMMAUD, Antoine. *A norma jurídica como modelo*. Tradução Fernando Herren Aguillar. In Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Porto Alegre, n. 10, jul. 1994.

JEAMMAUD, Antoine. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

LAPORTA, Francisco. *Sobre el concepto de derechos humanos*. In: Doxa, n° 4, 1987.

LAPORTA, Francisco. *La ley y su justicia*. Tradução A.dela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2014.

RAZ, Joseph. *On the Nature of Rights*. In Mind, Oxford University, New Series, Vol. 93, n. 370, Apr. 1984, pp. 194-214. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2254002>. Acesso em 14 nov. 2017.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016.

Submissão: 28/04/2020

Aceito para Publicação: 26/06/2020

