

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

RENAN LUCAS DUTRA URBAN

**COLISÕES ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS, OTIMIZAÇÃO E
DERROTABILIDADE: O CARÁTER DEFINITIVO DAS REGRAS**

FRANCA

2017

RENAN LUCAS DUTRA URBAN

**COLISÕES ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS, OTIMIZAÇÃO E
DERROTABILIDADE: O CARÁTER DEFINITIVO DAS REGRAS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

FRANCA

2017

Urban, Renan Lucas Dutra.

Colisões entre regras e princípios, otimização e derrotabilidade :
o caráter definitivo das regras / Renan Lucas Dutra Urban.

– Franca : [s.n.], 2018.

100 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual
Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Alexandre Walmott Borges.

1. Alexy, Robert - 1945. 2. Direito - Filosofia. 3. Derrotabi-
lidade. I. Título.

CDD – 340.1

RENAN LUCAS DUTRA URBAN

**COLISÕES ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS, OTIMIZAÇÃO E
DERROTABILIDADE: O CARÁTER DEFINITIVO DAS REGRAS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, 18 de dezembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

Sou grato ao Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges, que me orientou na realização deste trabalho. Obrigado especialmente pelos comentários e sugestões, pelo interesse no tema proposto e pela interlocução cordial e tranquila durante todo o período de desenvolvimento da pesquisa.

À Profa. Dra. Luciana Lopes Canavez e ao Prof. Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho, agradeço as críticas e sugestões apresentadas no Exame de Qualificação.

Ao Prof. Dr. Murilo Gaspar do, que gentilmente me acolheu como estagiário em docência na disciplina de Teoria do Estado e como membro organizador dos Seminários de Direito do Estado, sou grato pela contribuição à minha formação como docente e pesquisador.

Agradeço a Valter Nailton da Silva, cuja ajuda nos assuntos burocráticos da Pós-Graduação viabilizou a realização deste trabalho.

Sou grato a Laura Odette Dorta Jardim, pelo auxílio no acesso a material bibliográfico e na revisão técnica da dissertação. Agradeço, também, a todos os demais funcionários da Biblioteca da Unesp-Franca, que, de diferentes maneiras, colaboraram para que este trabalho pudesse ser realizado.

Aos colegas do mestrado, de turma e de orientação, obrigado pela parceria acadêmica, pelo companheirismo e pela amizade.

Por fim, e especialmente, agradeço à minha família, sem cujo apoio e incentivo nada disso seria possível.

URBAN, Renan Lucas Dutra. **Colisões entre regras e princípios, otimização e derrotabilidade**: o caráter definitivo das regras. 2017. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

RESUMO

O objeto do trabalho é a derrotabilidade das regras jurídicas. O objetivo geral é analisar a possibilidade de que uma regra seja derrotada, isto é, seja superada por um princípio que com ela colide. É possível que uma regra seja derrotada e continue existindo como uma regra? Uma colisão entre uma regra e um princípio pode ser solucionada por meio da aplicação de uma cláusula de exceção, decorrente desse princípio? Para responder a essas questões, foram concebidos quatro objetivos específicos, cada um deles correspondente a um capítulo. O primeiro é apresentar o marco teórico do trabalho: a distinção estrutural entre regras e princípios, proposta por Robert Alexy. O segundo é examinar a forma pela qual devem ser solucionados, tipicamente, os conflitos que ocorrem entre, de um lado, as regras, definidas como mandamentos definitivos, e, de outro, os princípios, definidos como mandamentos de otimização. O terceiro é delimitar o conceito de derrotabilidade das generalizações e, especificamente, de derrotabilidade das regras jurídicas. E o quarto é discutir sob quais condições uma colisão entre uma regra e um princípio pode ser solucionada por meio da aplicação deste em detrimento da aplicação daquela. A principal tese defendida consiste na seguinte: é possível que uma regra, desproporcional num caso concreto, seja derrotada e, mesmo assim, tenha seu caráter definitivo preservado. Quando os órgãos julgadores levam em consideração os fatores institucionais e procedimentais relativos a certos princípios formais – como, por exemplo, os da competência decisória do legislador democraticamente legitimado, da segurança jurídica e da eficiência decisória –, as ocasiões de derrota das regras não implicam a perda do caráter definitivo dessas normas, ou a aquisição, por elas, de um caráter *prima facie*. Uma regra, quando subótima, sobreinclusiva ou derrotável, continua sendo uma regra quando oferece alguma resistência à sua superação por um princípio que com ela colide; e, desde que essa resistência seja levada a sério pelos tomadores de decisão, uma regra, quando derrotada, continua sendo uma regra, a despeito da introdução, em seu suporte fático, de uma exceção, derivada de um princípio colidente.

Palavras-chave: derrotabilidade. regras. mandamentos de otimização. princípios formais. Robert Alexy.

URBAN, Renan Lucas Dutra. **Colisões entre regras e princípios, otimização e derrotabilidade**: o caráter definitivo das regras. 2017. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

ABSTRACT

The topic of this dissertation is the defeasibility of legal rules. The general objective is to analyze the possibility that a rule is defeated or overcome by a colliding principle. Can a rule still be a rule when it is defeated? Can a collision between a rule and a principle be solved by applying an exception clause, derived from this principle? In order to answer these questions, four specific objectives were designed, each corresponding to a chapter. The first is to introduce the theoretical framework of this research: the structural distinction between rules and principles, proposed by Robert Alexy. The second is to examine how conflicts between rules, defined as definitive requirements, and principles, defined as optimization requirements, should be typically resolved. The third is to delimit the concept of defeasibility of generalizations and, specifically, of defeasibility of legal rules. The fourth is to discuss under what conditions a collision between a rule and a principle can be solved by applying the principle. The main thesis is as follows: it is possible that a rule, disproportional in a concrete case, is defeated and, nevertheless, has its definitive character preserved. Rules do not lose their definitive character or assume a *prima facie* character if, in the cases in which they are defeated, institutional factors relating to certain formal principles – such as those of the democratically legitimated legislature, legal certainty, and efficiency – are taken into account. A rule, when suboptimal, over-inclusive or defeasible, is still a rule when it offers some resistance to its overcoming by a colliding principle; and insofar as this resistance is taken seriously by decision-makers, a rule, when defeated, is still a rule, despite the introduction, in its factual predicate, of an exception derived from a colliding principle.

Keywords: defeasibility. rules. optimization requirements. formal principles. Robert Alexy.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|--|----|
| FIGURA 1 – Hipóteses de aplicação e de não aplicação de regras e princípios | 23 |
| FIGURA 2 – Tipos de conflitos normativos e formas de solucioná-los | 68 |

LISTA DE SÍMBOLOS

| | |
|---------------|--------------------------------|
| \forall | Quantificador universal |
| \rightarrow | Implicação |
| \neg | Negação |
| \wedge | Conjunção |
| F | Operador deôntico de proibição |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 1.1 Delimitação do tema e justificativa | 11 |
| 1.2 Material e método | 14 |
| 1.3 Objetivos e desenvolvimento do trabalho | 15 |
| | |
| 2 A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS | 19 |
| 2.1 A distinção estrutural | 19 |
| 2.2 Comparando regras e princípios | 20 |
| 2.2.1 <i>Quanto ao conteúdo normativo</i> | 20 |
| 2.2.2 <i>Quanto à forma de aplicação</i> | 21 |
| 2.2.3 <i>Quanto à forma de solução dos conflitos normativos</i> | 26 |
| | |
| 3 CONFLITOS ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS | 31 |
| 3.1 A primazia das regras | 31 |
| 3.1.1 <i>O suporte fático dos princípios</i> | 31 |
| 3.1.2 <i>As relações de intervenção e de restrição entre regras e princípios</i> | 33 |
| 3.1.3 <i>A aplicação das regras</i> | 34 |
| 3.2 A superação das regras | 35 |
| 3.2.1 <i>O exame de proporcionalidade</i> | 36 |
| 3.2.2 <i>A invalidade das regras</i> | 41 |
| | |
| 4 A DERROTABILIDADE | 42 |
| 4.1 A noção de derrotabilidade | 42 |
| 4.1.1 <i>A falseabilidade das generalizações</i> | 42 |
| 4.1.2 <i>A derrotabilidade das generalizações</i> | 44 |
| 4.2 Regras e derrotabilidade | 48 |
| 4.2.1 <i>Princípios como razões para regras</i> | 49 |
| 4.2.2 <i>A proporcionalidade em abstrato: regras como generalizações</i> | 50 |
| 4.2.3 <i>A desproporcionalidade em concreto: o problema da sobreinclusão</i> | 52 |
| 4.2.4 <i>A derrotabilidade das regras</i> | 58 |
| 4.3 Delimitando o conceito de derrotabilidade das regras | 63 |

| | |
|--|-----------|
| 4.3.1 Derrotabilidade e textura aberta | 63 |
| 4.3.2 Derrotabilidade e invalidade jurídica parcial | 65 |
| 5 O CARÁTER DEFINITIVO DAS REGRAS | 67 |
| 5.1 Regras derrotáveis como razões <i>prima facie</i> | 67 |
| 5.2 A força normativa das regras: princípios formais e seu peso | 71 |
| 5.2.1 O princípio formal da competência decisória do legislador..... | 73 |
| 5.2.2 O princípio formal da segurança jurídica..... | 75 |
| 5.2.3 O princípio formal da eficiência | 79 |
| 5.3 A derrotabilidade das regras e a distinção estrutural | 84 |
| 6 CONCLUSÃO | 90 |
| REFERÊNCIAS | 94 |

1 INTRODUÇÃO

1.1 Delimitação do tema e justificativa

As regras, quando válidas e aplicáveis, devem ser aplicadas, mesmo quando produzem um resultado indesejado? Uma forma solução de um conflito entre uma regra e um princípio consiste na aplicação da cláusula de exceção que decorre do princípio que colide com uma regra, nas situações em que a realização da consequência jurídica prescrita por essa regra leva a um resultado subótimo ou infeliz,¹ em comparação com aquele que é obtido por meio da realização da consequência jurídica prescrita pelo princípio colidente. Essa forma de solução de um conflito entre uma regra e um princípio, no entanto, é problemática, já que parece contradizer o caráter definitivo das regras.

As regras, nos termos da teoria dos princípios de Robert Alexy, são normas que exigem seja feito exatamente aquilo que elas prescrevem, nem mais, nem menos.² Isso significa que as regras, quando válidas e aplicáveis, devem ser aplicadas de maneira que seu conteúdo normativo – isto é, aquilo que elas estabelecem como juridicamente obrigatório, permitido ou proibido – seja realizado na sua totalidade. Definidas como mandamentos definitivos, as regras se contrapõem aos princípios ou mandamentos de otimização, ou seja, às normas que exigem a realização de algo na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Os princípios, nos termos de Alexy, “[...] se caracterizam 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.”³ O âmbito das possibilidades fáticas diz respeito à adequação e à necessidade de uma medida de intervenção, e o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelas regras e pelos princípios colidentes. Os aspectos que permitem diferenciar as regras dos princípios serão examinados no decorrer do trabalho. Para os propósitos deste capítulo introdutório, basta assinalar que os princípios – diferentemente das regras, que contêm um dever-ser real ou definitivo – contêm um dever-ser

¹ A expressão “regra infeliz”, ou “regra que produz um resultado infeliz”, é tomada de empréstimo de Noel Struchiner, e designa as regras válidas e aplicáveis que, se aplicadas a determinados casos, geram resultados que, sob algum critério, são considerados “subótimos” – ou, como é usual afirmar, “injustos”, “indesejados”, “insatisfatórios”, “absurdos”, “irracionais”. Cf., para um exemplo de um trabalho em que o autor utiliza essa expressão, STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

³ Ibid., p. 90.

ideal ou *prima facie*, já que podem ser aplicados de maneira que seu conteúdo normativo não seja realizado em toda sua extensão.⁴

Da definição das regras como mandamentos definitivos e dos princípios como mandamentos de otimização resulta a possibilidade de que uma regra, válida e aplicável a um caso concreto, seja aplicada em detrimento da aplicação de um princípio, válido e aplicável ao mesmo caso. Como será visto, uma regra, quando conflita com um princípio de igual ou superior hierarquia, ou é inválida, e deve ser eliminada do ordenamento jurídico, ou é válida, e restringe a realização do princípio em questão.⁵ Se uma regra restringe a realização de um princípio, e um caso preenche o suporte fático dessa regra, então ela deve ser aplicada, pois estão satisfeitas as duas condições para a realização e aplicação das regras: a validade jurídica e a aplicabilidade.

A forma típica de solução das colisões entre uma regra e um princípio, portanto, consiste na aplicação da primeira em detrimento da aplicação do segundo. A aplicação de uma regra válida no lugar de um princípio válido é compatível com um dos pressupostos da teoria dos princípios de Alexy, segundo o qual as regras, quando formal e materialmente legítimas, desfrutam de primazia na solução dos casos concretos, pois restringem o suporte fático dos princípios que com elas colidem.

Mas, se isso é assim, então a ideia de que as regras são derrotáveis, isto é, comportam exceções não enumeráveis exaustivamente de antemão,⁶ derivadas de princípios colidentes, não parece se harmonizar com o caráter definitivo das regras e, por conseguinte, com a distinção estrutural entre essas normas e os princípios. Em outras palavras, a possibilidade de que uma colisão entre uma regra e um princípio seja resolvida por meio da aplicação deste, e não daquela, aparentemente contraria a definição das regras como mandamentos definitivos, isto é, como normas que devem ser aplicadas, na exata extensão de seu conteúdo normativo, sempre que válidas e aplicáveis.⁷

O tema da presente pesquisa é a “derrotabilidade” das regras jurídicas.⁸ Está delimitado no estudo da possibilidade de que, no marco da distinção estrutural entre regras e princípios,

⁴ Cf. seção 2.2.1.

⁵ Cf. Capítulo 3.

⁶ A ideia de que as normas jurídicas estão sujeitas a exceções não enumeráveis exaustivamente de antemão está presente, por exemplo, em HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 152.

⁷ Cf. seção 5.1.

⁸ Atribui-se a Herbert Hart o uso pioneiro da noção de derrotabilidade (*defeasibility*) no âmbito do direito. Nesse sentido, cf., por exemplo, BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. **Isonomía**, Ciudad de México, n. 13, p. 91, out. 2000; BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 61-62, jan./jun. 2011. Nos termos da tese originariamente defendida por Hart, não é possível enumerar, de forma exaustiva, as condições

elaborada por Robert Alexy, uma regra seja derrotada, isto é, seja superada por um princípio colidente. O problema da pesquisa é: a ideia de derrotabilidade das regras é compatível com a distinção estrutural entre regras e princípios? Uma colisão entre uma regra e um princípio pode ser solucionada por meio da aplicação de uma cláusula de exceção, derivada desse princípio? É possível que uma regra seja derrotada e continue existindo como uma regra, ou seja, como um mandamento definitivo?

A pesquisa se justifica tanto por sua importância teórica quanto por sua importância prática. O objeto deste trabalho, na medida em que adentra o tema da forma de solução das colisões entre regras e princípios, tem especial relevância para o estudo da teoria dos princípios de Alexy. Como afirma Virgílio Afonso da Silva, a forma de solução das colisões entre regras e princípios é, possivelmente, “[...] o ponto mais complexo e menos explorado da teoria dos princípios.”⁹ A pesquisa, portanto, tem uma importância eminentemente teórica, justificando-se, em primeiro lugar, pela complexidade de seu objeto e, em segundo lugar, pela necessidade de que os conceitos, argumentos e problemas a ele relacionados sejam estudados com maior clareza e profundidade.

Já a importância prática da pesquisa é determinada sobretudo pela necessidade de que os problemas de legitimidade democrática, de segurança jurídica e de eficiência decisória, associados à derrota das regras, sejam estudados. Como se verá mais adiante, as regras gerais-abstratas resultam da aplicação do exame de proporcionalidade por órgãos investidos de legitimidade democrática e/ou dotados de uma capacidade técnica específica. Elas veiculam a solução dada pelos órgãos normativos para determinado problema jurídico – a qual, em Estados democráticos, não pode ser livremente substituída por outra solução, proveniente do Poder Judiciário. As regras, nesse sentido, configuram instrumentos de alocação de competência decisória, na medida em que limitam a liberdade dos órgãos julgadores para decidir com base em princípios.¹⁰

Além disso, pelo fato de que definem, de antemão, o que é juridicamente devido em caráter definitivo, as regras afastam os casuísmos e reduzem as incertezas que geralmente resultam da ausência delas. Diferentemente dos princípios, cujo conteúdo deve ser otimizado

necessárias e suficientes para a aplicação de um conceito jurídico. Isso porque, mesmo quando todas as condições genericamente previstas no ordenamento para a aplicação de um conceito jurídico estão satisfeitas, uma cláusula de exceção (“a menos que”), decorrente da solução de um caso concreto anormal ou atípico, pode impedir sua aplicação efetiva. Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *The ascription of responsibility and rights*. **Proceedings of the Aristotelian Society**, London, v. 49, p. 173-175, 1949.

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições, eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 51.

¹⁰ Cf. seção 5.2.1

em relação às possibilidades fáticas e jurídicas, as regras não têm sua aplicação sujeita a uma análise das condições de cada caso concreto. As regras tendem a diminuir o número de fatores que tem de ser levado em consideração pelos órgãos julgadores, simplificando o processo de tomada de decisão. Assim, no contexto das sociedades plurais e complexas, tais normas cumprem a importante função de tornar mais previsível e confiável a solução dos casos concretos,¹¹ além de trazer mais eficiência ao processo decisório.¹²

A superação de uma regra por um princípio colidente, dessa maneira, tem sérias implicações institucionais, às quais – num cenário marcado por certo fascínio da doutrina pela principiologia constitucional¹³ e por abusos da prática jurídica na utilização de categorias da teoria dos princípios de Robert Alexy¹⁴ – não se costuma dar a devida atenção. A escolha do tema da pesquisa, então, também se justifica em função da importância de se abordar e discutir tais implicações.

1.2 Material e método

De certa forma, o método de trabalho da pesquisa não foge ao comum das pesquisas realizadas no âmbito das Ciências Sociais Aplicadas e, especificamente, na área da Ciência Jurídica: a leitura e a análise dos textos, documentos e obras doutrinárias referentes ao objeto

¹¹ Cf. seção 5.2.2.

¹² Cf. seção 5.2.3.

¹³ Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 171-196.

¹⁴ O recurso inadequado às categorias da teoria dos princípios é uma das principais críticas que, no terreno da metodologia jurídica, são feitas à prática jurídica brasileira. Nessa esteira, alguns autores apontam para um problema de fundamentação das decisões judiciais, decorrente do não enfrentamento, pelos órgãos julgadores, dos ônus argumentativos estabelecidos pela proporcionalidade em sentido amplo e, particularmente, pela ponderação. Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, observa haver, muitas vezes, uma invocação meramente retórica do exame de proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como se a simples menção a essa forma de aplicação do direito fosse, por si só, suficiente para justificar as decisões tomadas. Cf., no ponto, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 31-34, abr. 2002. Essa despreocupação metodológica enseja voluntarismos judiciais, contrariando o propósito da teoria dos princípios de fixar parâmetros argumentativos para uma maior controlabilidade das decisões. Como ressalta Rafael Bellem de Lima, o recurso ao exame de proporcionalidade, no caso brasileiro, “[...] tende a ser inconstante, pouco fundamentado, incoerente e, muitas vezes, meramente retórico, funcionando apenas como um argumento adicional para fundamentar uma decisão pré-concebida pelo julgador.” (LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **Otimização de princípios, separação dos poderes e segurança jurídica**: o conflito entre regra e princípio. 2012. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 80, nota de rodapé n. 232). Para uma análise da forma pela qual a proporcionalidade é utilizada no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – com ênfase na atuação de um de seus membros, o ministro Gilmar Mendes –, cf. PEREIRA, Bruno Ramos. **O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal**: análise dos votos do ministro Gilmar Mendes. 2009. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Sobre os abusos que têm sido cometidos pela prática jurídico-constitucional brasileira em matéria de ponderação e de aplicação de princípios, cf. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 196-220.

de estudo. A pesquisa adota, assim, um evidente enfoque bibliográfico, na medida em que se propõe a colher, na literatura jurídica, os elementos teóricos indispensáveis para a compreensão do tema. Além disso, a pesquisa não desconsidera a importância da dogmática jurídica para a realização de seus objetivos. De resto, ela mesma assume um caráter eminentemente dogmático, uma vez que se serve das três dimensões desse tipo de abordagem metodológica ao longo da investigação.

A dimensão analítica é importante para o exame dos conceitos e das relações existentes entre os objetos pesquisados. Neste trabalho, ela se revela, sobretudo, no Capítulo 2, no qual são estudados os principais aspectos que permitem diferenciar as regras dos princípios, e no Capítulo 4, no qual são examinados os conceitos de falseabilidade e de derrotabilidade das generalizações e das regras.

A dimensão empírica, por sua vez, diz respeito à interação e tensão existente entre os conceitos estudados e a realidade. Aqui, ela se revela especialmente na investigação sobre as implicações institucionais da estratégia decisória consistente em recorrer a princípios, e não a regras colidentes, para decidir casos concretos.

Por fim, a dimensão normativa busca prescrever soluções para os problemas enfrentados. Nesta pesquisa, tal dimensão se revela principalmente nas considerações, feitas no Capítulo 5, sobre a necessidade de que, nas ocasiões em que as regras se mostram desproporcionais em concreto e, portanto, derrotáveis, os princípios formais que sustentam a autoridade dessas normas sejam levados em consideração pelos órgãos julgadores.¹⁵

1.3 Objetivos e desenvolvimento do trabalho

O objetivo geral da pesquisa é analisar a possibilidade de que uma colisão entre uma regra, definida como um mandamento definitivo, e um princípio, definido como um mandamento de otimização, seja solucionada por meio da aplicação de uma cláusula de exceção, derivada do princípio colidente. Para alcançar esse objetivo, são concebidos quatro objetivos específicos, cada um deles correspondente a um capítulo (Capítulos 2, 3, 4 e 5). A seguir, uma descrição da estrutura do trabalho.

O Capítulo 1 corresponde a esta introdução.

¹⁵ Cf., acerca da distinção entre método de trabalho e abordagem metodológica, aqui adotada, bem como sobre as dimensões da pesquisa dogmática, SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 25-26. Sobre as dimensões analítica, empírica e normativa da dogmática jurídica, cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 32-38.

O Capítulo 2 apresenta o marco teórico da pesquisa: a distinção entre regras e princípios, desenvolvida por Robert Alexy. O objetivo desse capítulo é delimitar conceitualmente regras e princípios, apresentando os principais elementos que permitem definir as primeiras como mandamentos definitivos e os segundos como mandamentos de otimização. Nesse capítulo, deverá ficar claro que, para Alexy, a diferença existente entre regras e princípios não é gradual, mas qualitativa.¹⁶ As teses que defendem uma distinção entre regras e princípios com base, por exemplo, na ideia – corrente na doutrina brasileira – de que princípios são “[...] mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiro alicerce dele [...]”,¹⁷ cuja violação é muito mais grave do que a das regras, não estão de acordo com a tese defendida Alexy e, portanto, não se relacionam com a base teórica deste trabalho.¹⁸

O Capítulo 3 examina a forma de solução dos conflitos entre regras e princípios. O objetivo desse capítulo é estudar a forma típica de solução tanto das colisões quanto dos conflitos normativos em sentido estrito entre regras e princípios. Nessa parte do trabalho, serão apresentadas duas ideias fundamentais para a compreensão do objeto dos capítulos subsequentes: a primeira, a de que há uma relação de pressuposição recíproca entre a estrutura dos princípios e o exame de proporcionalidade; a segunda, a de que as regras, para que sejam válidas, devem ser proporcionais em sentido amplo, isto é, adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

O Capítulo 4 aborda a ideia de derrotabilidade. O objetivo desse capítulo é delimitar o conceito de derrotabilidade e, especificamente, de derrotabilidade das regras. Esse capítulo está dividido, basicamente, em duas grandes partes. A primeira é dedicada ao estudo dos problemas da falseabilidade e da derrotabilidade das generalizações. Aqui, com o auxílio de algumas noções de lógica formal, define-se a derrotabilidade como a possibilidade de que uma generalização, falseada diante de um caso recalcitrante, seja excepcionada, de maneira que a conclusão falsa ou indesejada, deduzida da subsunção de tal caso a essa generalização, não seja adotada. A segunda parte é dedicada ao estudo dos problemas da sobreinclusão (ou da desproporcionalidade em concreto) e da derrotabilidade de uma particular categoria de

¹⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 86-90.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 927.

¹⁸ Como afirma Virgílio Afonso da Silva, “[...] uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter a *estrutura* de um mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade. O mesmo vale para as regras. Pode haver regras que sejam disposições fundamentais do sistema, mas isso é irrelevante para sua classificação.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36, grifo do autor).

generalizações: as regras jurídicas. Aqui, com base na noção de derrotabilidade apresentada na primeira parte do capítulo, define-se a derrotabilidade das regras como a possibilidade de que uma regra, desproporcional sob as circunstâncias de um caso concreto, seja excepcionada, de maneira que o resultado subótimo, infeliz ou indesejado, por ela prescrito para esse caso, não seja produzido.

O Capítulo 5 discute o caráter definitivo das regras. O objetivo desse capítulo é analisar a derrota das regras como uma possível forma de solução das colisões entre regras e princípios. Após apresentar a ideia de que as regras também podem representar razões *prima facie* para a solução de casos concretos, esse capítulo se volta para o estudo da função desempenhada pelas regras no ordenamento jurídico. Nesse ponto, é introduzida a ideia de que a autoridade das regras, independentemente do conteúdo delas, é sustentada por determinados princípios formais, ou seja, por normas que exigem a obediência a elas na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Entre os princípios formais que sustentam a autoridade das regras, estão os da competência decisória do legislador democraticamente legitimado, da segurança jurídica e da eficiência na aplicação do direito. Tais princípios fornecem razões em favor da aplicação das regras mesmo quando essas normas se tornam desproporcionais ou sobreinclusivas sob as circunstâncias de um caso concreto. As razões sustentadas pelos princípios formais, embora possam ser superadas por razões contrárias, sempre conferem alguma força normativa ou capacidade de resistência às regras, elevando os ônus argumentativos que têm de ser enfrentados pelos órgãos julgadores para que elas sejam derrotadas. Disso decorre, como será visto, a conclusão de que superar regras é sempre mais difícil do que superar princípios.

O Capítulo 6, por fim, apresenta a conclusão do trabalho.

2 A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

2.1 A distinção estrutural

Alexy propõe uma distinção forte ou qualitativa entre regras e princípios. Isso significa que, para ele, as normas jurídicas são regras ou princípios, e nunca coisa diversa ou as duas coisas ao mesmo tempo.¹ O que diferencia essas espécies normativas é a estrutura lógica.² Segundo esse critério, as regras só podem ser satisfeitas ou não satisfeitas, conforme tenha validade e aplicabilidade ou não.³ Expressam, nesse sentido, um mandamento definitivo,⁴ isto é, uma exigência de que algo seja realizado sempre de forma completa. Os princípios, por sua vez, podem, se válidos e aplicáveis, ser satisfeitos em graus diversos, conforme as condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Como a ideia regulativa é a de que sejam realizados em sua máxima extensão,⁵ pode-se dizer os princípios expressam um mandamento de otimização, isto é, uma exigência de que algo seja realizado sempre na maior medida possível, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.⁶

¹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91; BOROWSKI, Martín. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 48, nota de rodapé n. 59. Diferenciar uma regra de um princípio nem sempre é tarefa simples. Mas, segundo Alexy, isso indica apenas uma dificuldade na interpretação do direito, e não uma falha na distinção estrutural entre regras e princípios. Cf. ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, Oxford, v. 13, n. 3, p. 299-300, Sept. 2000.

² A distinção elaborada por Alexy, desse modo, se contrapõe tanto às teorias que sustentam não haver nenhuma diferença entre regras e princípios, quanto às teorias que, baseadas em critérios materiais – a generalidade ou a fundamentalidade, por exemplo – defendem haver uma diferença apenas de grau entre eles. Cf. ALEXY, 2008, op. cit., p. 86-89. Sobre a impossibilidade de se harmonizar a distinção proposta por Alexy com as classificações que recorrem aos termos “regras” e “princípios”, mas não pressupõem o critério estrutural, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 612-615, 2003; LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **Otimização de princípios, separação dos poderes e segurança jurídica: o conflito entre regra e princípio**. 2012. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 27-29. Os princípios, definidos como mandamentos de otimização, são ilimitados em relação ao âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas. Essa circunstância, segundo Alexy, explica por que eles, normalmente, têm um maior grau de generalidade do que as regras. Assim, embora não seja decisivo, o critério da generalidade é, do ponto de vista da distinção estrutural, contingencialmente adequado para diferenciar as regras dos princípios. Cf. ALEXY, 2008, op. cit., p. 108.

³ ALEXY, 2008, op. cit., p. 91.

⁴ Id. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 75.

⁵ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições, eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

⁶ ALEXY, 2008, op. cit., p. 90.

2.2 Comparando regras e princípios

As distintas estruturas de regras e de princípios refletem diferenças quanto ao conteúdo normativo, quanto à forma de aplicação e quanto à forma de solução dos conflitos que ocorrem no interior de cada uma dessas espécies de normas. A seguir, faz-se uma comparação entre regras e princípios, a partir de cada uma dessas diferenças.

2.2.1 Quanto ao conteúdo normativo

Os princípios expressam o dever de que algo seja realizado na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Esse dever, como reconhece Alexy, possui um caráter definitivo.⁷ Ou seja: só pode ser satisfeito ou não satisfeito. Diante disso, é possível objetar que os princípios não se diferenciam das regras quanto à estrutura normativa, pois também configuram mandamentos definitivos.⁸

Alexy enfrenta essa objeção propondo um refinamento da definição de princípio. Segundo ele, os princípios podem ser chamados de mandamentos de otimização por razões de simplicidade; quando, porém, a abordagem exigir um maior rigor analítico-conceitual, convém denominá-los mandamentos para ser otimizados, de maneira que não sejam confundidos com as normas que, situadas num meta-nível, ordenam, de forma definitiva, a otimização: os mandamentos de otimizar.⁹

A caracterização dos princípios como mandamentos para ser otimizados evidencia o distinto conteúdo de regras e de princípios. O conteúdo de uma norma corresponde ao seu dever-ser, isto é, àquilo que ela define como juridicamente obrigatório, permitido ou proibido.

No caso de uma regra, tal conteúdo é idêntico àquilo que, em função dela, é definido como devido no caso concreto. Isso porque a extensão em que as regras devem ser realizadas é

⁷ Cf. ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, Oxford, v. 13, n. 3, p. 300, Sept. 2000.

⁸ Aulis Aarnio, que sustenta não haver nenhuma diferença, de grau ou de qualidade, entre regras e princípios, é um dos que levantam essa objeção. Segundo ele, “Um mandamento [...] é como uma regra: ou se segue ou não se segue. Desse modo, o mandamento de otimização é também uma regra que não pode ser aplicada ‘mais ou menos’. Ou se otimiza ou não se otimiza. Por exemplo, em caso de conflito entre dois princípios valorativos, os princípios devem ser harmonizados de maneira ótima e só dessa maneira.” (AARNIO, Aulis. *Las reglas en serio*. In: _____; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki (Coord.). **La normatividad del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 27, tradução nossa).

⁹ Cf. ALEXY, 2000, loc. cit. Os mandamentos de otimizar, ou mandamentos de otimização, têm a estrutura de uma regra. Apesar disso, Alexy propõe um conceito amplo de princípio, que abrange tanto o mandamento de otimizar quanto o objeto da otimização, isto é, o mandamento para ser otimizado. Isso porque, de acordo com Alexy, há uma conexão estreita entre eles; ambos estão reciprocamente implicados. Assim, o mandamento de otimizar, embora seja uma regra e, nessa condição, só possa ser satisfeito ou não satisfeito, está compreendido no conceito de princípio. Cf. *Ibid.*, p. 300-301.

determinada internamente, ou seja, por limites imanentes ao seu conteúdo, e não por fatores externos, relativos ao âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁰ Pode-se dizer, então, que essas normas expressam um dever-ser real ou definitivo, isto é, direitos e deveres que, por serem incapazes de sofrer uma restrição no caso concreto, só podem ser satisfeitos em toda sua extensão.

Mas, no caso dos princípios, não há necessariamente uma simetria entre o conteúdo dessas normas e aquilo que, em função delas, é definido como devido no caso concreto. Como os princípios são o objeto de uma otimização, aquilo que é prescrito de antemão por um princípio para um caso concreto pode ser mais amplo do que aquilo que é devido definitivamente, isto é, após a análise das possibilidades fáticas e jurídicas. Portanto, à diferença das regras, a medida de satisfação dos princípios não está contida neles mesmos, antes é determinada externamente, por tais possibilidades fáticas e jurídicas.¹¹ Ou seja: o conteúdo dos princípios é ideal ou *prima facie*, pois pode ser restringido no caso concreto e, por conseguinte, ser satisfeito em graus variados.¹²

2.2.2 Quanto à forma de aplicação

O dever de aplicação de uma norma resulta do dever de sua satisfação, isto é, do dever de realização da consequência jurídica por ela prevista para determinado fato. A satisfação das regras, de acordo com a teoria dos princípios, está sujeita à ocorrência de duas condições, exclusivamente: a validade jurídica e a concretização do suporte fático, ou aplicabilidade.¹³

¹⁰ A ideia de que o conteúdo das normas apresenta limites que lhe são imanentes constitui uma das teses centrais da chamada “teoria interna”. Cf., sobre o caráter de regra das normas descritas na perspectiva da teoria interna, SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições, eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 129.

¹¹ A definição dos princípios como mandamentos de otimização (ou mandamentos para ser otimizados), portanto, pressupõe a adoção da chamada “teoria externa”. Cf. *Ibid.*, p. 164-166.

¹² “Um ‘dever-ser’ ideal é algo que deve ser otimizado e, assim, transformado num ‘dever-ser’ real.” (ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. **Ratio Juris**, Oxford, v. 13, n. 3, p. 300, Sept. 2000, tradução nossa). Cf., sobre o conteúdo *prima facie* dos princípios, *Ibid.*, p. 300-301. Também para Jan-R. Sieckmann os princípios expressam um dever-ser ideal. Na sua concepção, porém, os princípios são argumentos normativos que têm a estrutura lógica não de mandamentos para ser otimizados, mas de mandamentos reiterativos de validade. Diferenciam-se, nesse sentido, das regras, que são o significado dos enunciados normativos que resultam dos sopesamentos. Cf., no ponto, SIECKMANN, Jan-R. **El modelo de los principios del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 82.

¹³ “Se uma regra vale e é aplicável, então deve se fazer exatamente o que ela exige; nada mais e nada menos.” (ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 162, tradução nossa). O suporte fático de uma norma corresponde aos pressupostos materiais que, uma vez satisfeitos, ensejam, desde que essa norma seja válida, a produção de uma consequência jurídica – definitiva, no caso das regras, ou *prima facie*, no caso dos princípios. A aplicabilidade, então, consiste no preenchimento, pelo caso concreto, dos pressupostos materiais para a produção da consequência jurídica prescrita pela norma. Virgílio Afonso da Silva parece adotar conceito semelhante, ao afirmar que a aplicabilidade “[...] é um conceito

Disso decorre que as regras deverão ser aplicadas sempre que forem válidas e aplicáveis a um caso concreto.

O raciocínio que subjaz à aplicação de uma regra tem a forma de um silogismo, cujas premissas maior e menor são, respectivamente, a regra e o caso concreto e cuja conclusão é a consequência jurídica prescrita por essa norma para tal caso.¹⁴ Esse silogismo corresponde à estrutura da subsunção, operação básica de aplicação do direito. A subsunção, por conseguinte, pode ser considerada a forma pela qual as regras são aplicadas.¹⁵

A forma de aplicação dos princípios, no entanto, é diferente. Isso porque, como já assinalado, os princípios caracterizam não mandamentos definitivos, mas de otimização: ordenam a realização de algo na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas. A extensão em que um princípio deve ser realizado é determinada, no que diz respeito às possibilidades fáticas, pela adequação e pela necessidade de uma medida de intervenção e, no que concerne às possibilidades jurídicas, pelas normas – regras e princípios – que com ele colidem.¹⁶ É possível afirmar, então, que o preenchimento do suporte fático de um princípio válido não necessariamente leva à sua aplicação, já que as possibilidades fáticas e jurídicas podem impedir – isto é, restringir totalmente – a realização dessa norma.

que envolve uma dimensão fática [...]. Norma aplicável, nesse sentido, é aquela [...] cujo suporte fático se conecta com os fatos de um determinado caso concreto.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 56). Na mesma obra em que propõe esse conceito, porém, o autor divide a aplicabilidade dos princípios constitucionais em direta e indireta. Segundo ele, os princípios terão uma aplicabilidade direta se puderem ser aplicados (diretamente) ao caso concreto, e uma aplicabilidade indireta se só puderem produzir efeitos jurídicos por meio da regra infraconstitucional a ele aplicável. Cf. *Ibid.*, p. 59. Essa classificação, conforme as premissas teóricas deste trabalho, diz respeito não à aplicabilidade dos princípios, mas à sua aplicação. Ora, uma norma cujo suporte fático se concretizou é sempre aplicável, independentemente da existência de outras normas aplicáveis ao mesmo caso. Portanto, não há falar em aplicabilidade direta ou indireta dos princípios. O que, na verdade, pode se dar de maneira direta ou indireta, segundo o critério da existência ou não de uma mediação legislativa, é a aplicação dessas normas. De fato, se não há uma mediação legislativa – ou se ela é insuficiente –, então a realização dos princípios aplicáveis não é impedida pelas regras, e eles podem ser aplicados “diretamente” ao caso. Mas, se há uma mediação legislativa, então os princípios constitucionais são aplicados apenas “indiretamente”, pois as normas que, em tese, devem ser satisfeitas e aplicadas são as regras infraconstitucionais aplicáveis ao caso, que expressam uma decisão do legislador acerca das colisões entre eles. A identidade entre os conceitos de aplicabilidade e de aplicação dos princípios, em Virgílio Afonso da Silva, decorre do modelo de suporte fático em sentido amplo, por ele adotado e desenvolvido. Cf., acerca da composição do suporte fático dos princípios, seção 3.1.1.

¹⁴ Um silogismo é um argumento dedutivo composto de duas premissas e uma conclusão. Cf. COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1974. p. 167, 214. O silogismo que representa a aplicação de uma norma jurídica a um caso concreto pode ser classificado como um silogismo hipotético misto. Nesse sentido, cf. seção 4.2.4.

¹⁵ Alexy dá o nome de “fórmula da subsunção” à estrutura do argumento silogístico formado a partir da subsunção de um caso concreto a uma norma jurídica. Cf. ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-435, Dec. 2003.

¹⁶ *Id.* **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

Em suma, diferentemente do que ocorre com as regras, a validade e a aplicabilidade, embora sejam condições necessárias, não são condições suficientes para a aplicação dos princípios. A figura 1, abaixo, sintetiza as hipóteses de aplicação e de não aplicação dessas espécies normativas.

FIGURA 1 – Hipóteses de aplicação e de não aplicação de regras e princípios

| | | | |
|------------|---------------------------------|-------------------------------|---------------|
| Regras | Invalidez ou não aplicabilidade | Não satisfação | Não aplicação |
| | Validade e aplicabilidade | Satisfação (sempre total) | Aplicação |
| Princípios | Invalidez ou não aplicabilidade | Não satisfação | Não aplicação |
| | Validade e aplicabilidade | Não satisfação | Não aplicação |
| | | Satisfação (total ou parcial) | Aplicação |

Fonte: Elaborado por Renan Lucas Dutra Urban.

Como se verá mais adiante, o exame de proporcionalidade compreende, pelo menos, três sub-regras: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação.¹⁷ Tais sub-regras expressam o dever de otimização, contido na definição dos princípios.¹⁸ Isso conduz à seguinte conclusão: sempre que as sub-regras da proporcionalidade forem aplicadas, o dever de otimização relativamente às condições fáticas e jurídicas do caso concreto será satisfeito e, conseqüentemente, uma norma que tem a estrutura de um princípio será aplicada. A aplicação dos princípios, portanto, pressupõe a aplicação da proporcionalidade. Ou seja: não é possível que um princípio seja aplicado sem que a proporcionalidade também seja aplicada. Nesse sentido, pode-se dizer que a proporcionalidade é a forma pela qual os princípios são aplicados. Além disso, dado o fato de que as regras se aplicam tão somente por subsunção, pode-se dizer que a proporcionalidade é a forma de aplicação do direito peculiar aos princípios.

¹⁷ Cf., acerca do conteúdo do exame de proporcionalidade, seção 3.2.1.

¹⁸ “[...] as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por ‘otimização’ na teoria dos princípios.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 588).

A despeito disso, é importante observar que os princípios não se incompatibilizam com a subsunção. Pelo contrário: os princípios, seja na condição de razões definitivas, seja não condição de razões *prima facie* para a solução de casos,¹⁹ também se aplicam, sempre, por subsunção.

Uma norma será uma razão definitiva quando sua aplicação a um caso concreto não puder ser impedida por uma norma colidente. Um princípio será uma razão definitiva, nesse sentido, quando as condições jurídicas para a sua realização forem ideais, isto é, quando não colidir nem com um princípio nem com uma regra. A existência de condições jurídicas ideais para a otimização do conteúdo de determinado princípio significa duas coisas. Significa, em primeiro lugar, que tal princípio deve ser realizado em sua máxima extensão. Isso porque, se não há nenhuma norma colidente para ser considerada, então a realização dele não pode ser restringida (relativamente ao âmbito das possibilidades jurídicas), devendo ser apenas maximizada (relativamente ao âmbito das possibilidades fáticas).²⁰ Significa, em segundo lugar, que tal princípio deve ser aplicado diretamente ao caso, por subsunção. A razão é simples: se essa norma não colide com nenhum princípio, então não pode ser objeto de um sopesamento ou ponderação; por conseguinte, à semelhança de uma regra, o preenchimento de seu suporte fático já se mostra suficiente para a produção, em caráter definitivo, da consequência jurídica por ela prescrita para o caso.²¹

¹⁹ Cf., sobre as diferentes noções de razão na literatura sobre argumentação jurídica, HAGE, Jaap C. **Reasoning with rules: an essay on legal reasoning and its underlying logic**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997. p. 11-34.

²⁰ “[...] se não há colisão entre princípios, as condições jurídicas para a sua otimização são ideais e nada impede que eles sejam realizados na máxima medida.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 620, 2003). Os princípios, isoladamente considerados, têm a natureza de mandamentos de maximização. Cf., a esse respeito, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95, nota de rodapé n. 37: “Se se deixa de lado um dos princípios colidentes, a referência às possibilidades jurídicas perde seu significado. De mandamento de otimização, o princípio seria transformado em mandamento de maximização relativo apenas às possibilidades fáticas. Isso conduz à idéia geral segundo a qual os princípios, se isoladamente considerados – isto é, independentemente de sua relação com outros princípios –, têm natureza de mandamentos de maximização.” Ora, se as condições jurídicas para a realização de um princípio são ideais, não há nenhum princípio para ser considerado. Tal princípio, então, deve ser aplicado diretamente ao caso, como um mandamento de maximização.

²¹ Cf., nesse sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 105, jan./abr. 2016. No mesmo sentido, Marcelo Neves observa que, em algumas situações, os princípios se aplicam diretamente, isto é, independentemente de um sopesamento. Essas situações, no entanto, indicariam a existência de um tipo normativo híbrido, os “princípios-regra”, já que, segundo esse autor, as regras e os princípios, como tipos-ideais, se aplicam sempre, respectivamente, como razões definitivas e *prima facie*. Cf. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 84, 105-107. Para uma refutação dessa posição de Neves, cf. SILVA, 2016, op. cit., p. 104-106.

Mas os princípios, com muito mais frequência, representam razões *prima facie*.²² Uma norma será uma razão *prima facie* quando a sua aplicação a um caso concreto puder ser impedida por uma norma colidente.²³ Nesses termos, um princípio será uma razão *prima facie* quando as possibilidades jurídicas para a sua realização não forem ideais, ou seja, quando colidir com um princípio ou com uma regra. De acordo com Alexy, as colisões entre princípios só podem ser resolvidas por meio da definição de uma relação de precedência entre eles, tendo em vista as condições do caso concreto.²⁴ Tal relação pode ser objeto de um enunciado de precedência condicionada,²⁵ cuja estrutura, de acordo com a chamada “lei de colisão”, é a de uma regra. A lei de colisão pode ser formulada da seguinte maneira: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.²⁶ Isso significa que a decisão de toda colisão entre princípios corresponde a um enunciado de preferência condicionada ou regra, que determina a realização do princípio que, entre os colidentes, tem primazia, sob as condições do caso concreto. É por meio da aplicação dessa regra que o princípio prevalecente é aplicado.²⁷ Como as regras só se aplicam por subsunção, é de concluir que um princípio, quando tiver de ser aplicado a um caso no qual figura como uma razão *prima facie*, o será de forma indireta – isto é, por meio da aplicação de uma regra –, mas por subsunção a esse caso.

²² Os princípios se apresentam, na maioria das vezes, como razões *prima facie* porque possuem um suporte fático amplo e, por consequência, raramente não conflitam, nos casos que a eles se subsumem, com regras ou com outros princípios. Como observa Virgílio Afonso da Silva, “[...] dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições, eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46). Cf., a respeito da relação existente entre a definição ampla do suporte fático dos princípios e o aumento do número de colisões entre eles, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 326; BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 140; SILVA, 2010, op. cit., p. 150. Cf., acerca do suporte fático dos princípios, seção 3.1.1.

²³ A noção de razão *prima facie* – desenvolvida, por exemplo, por RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 25-27 – remonta à de dever *prima facie* ou condicional, pertencente ao âmbito da filosofia moral e concebida, originariamente, por ROSS, William David. **The right and the good**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 16-20.

²⁴ ALEXY, 2008, op. cit., p. 96.

²⁵ Ibid., p. 165.

²⁶ Ibid., p. 99. A lei de colisão também pode ser formulada assim: “Se o princípio P₁ tem precedência em face do princípio P₂ sob as condições C: (P₁ P P₂) C, e se do princípio P₁, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C → R.” (Ibid., grifo do autor). As duas formulações são equivalentes, e não compreendem os casos nos quais, após o sopesamento, é exigida a satisfação apenas parcial dos princípios. Cf., no ponto, Id. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, Oxford, v. 13, n. 3, p. 297, Sept. 2000. nota de rodapé n. 2.

²⁷ Cf. Id. Two or three? In: BOROWSKI, Martin (Ed.). **On the nature of legal principles**: Proceedings of the Special Workshop “The Principles Theory” held at the 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Kraków, 2007. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010. p. 11.

Diante disso, é possível afirmar o seguinte: à diferença da aplicação dos princípios como razões definitivas, que é direta, a aplicação dos princípios como razões *prima facie* é indireta, pois resulta da aplicação de uma regra ou enunciado de preferência condicionada; porém, à semelhança do que ocorre com os princípios que são aplicados como razões definitivas, os princípios que são aplicados como razões *prima facie* o são sempre por subsunção.

O fato de a aplicação dos princípios ocorrer por subsunção não torna a forma de aplicação dessas normas idêntica à forma de aplicação das regras. Isso porque, no que diz respeito à forma de aplicação, o que diferencia as regras dos princípios não é a possibilidade de que estes sejam aplicados por subsunção, mas a impossibilidade de que aquelas sejam aplicadas por proporcionalidade. Daí a conclusão de que tanto as regras quanto os princípios se aplicam por subsunção, mas apenas os princípios se aplicam também por proporcionalidade.²⁸

2.2.3 Quanto à forma de solução dos conflitos normativos

Os conflitos normativos (em sentido amplo) ou são conflitos normativos em sentido estrito ou são colisões. Aqueles e estas se diferenciam quanto à forma de solução: enquanto os conflitos normativos em sentido estrito pressupõem a invalidade jurídica de uma das normas conflitantes e, por isso, só podem ser solucionados abstratamente, isto é, por meio de uma declaração de invalidade jurídica, total ou parcial, as colisões pressupõem a validade jurídica de todas as normas conflitantes e, assim, só podem ser resolvidas concretamente, ou seja, por meio da definição de qual dessas normas tem primazia e deve ser aplicada ao caso concreto.²⁹

²⁸ É corrente a afirmação segundo a qual os princípios se diferenciam das regras quanto à forma de aplicação na medida em que, enquanto estas se aplicam por subsunção, aqueles se aplicam por ponderação ou sopesamento. Nesse sentido, cf., por exemplo, ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 162 (tradução nossa): “[...] os princípios são suscetíveis de ponderação e, ademais, dela necessitam. A ponderação é a forma de aplicação do direito que caracteriza os princípios.” Essa afirmação, contudo, é imprecisa, por duas razões. Em primeiro lugar porque os princípios, seja como razões definitivas, seja como razões *prima facie*, também se aplicam por subsunção. Em segundo lugar porque a aplicação (por subsunção) dos princípios pressupõe a aplicação da proporcionalidade em sentido amplo, e não apenas a aplicação da ponderação, que corresponde à sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse particular, observa Carlos Bernal Pulido que “[...] se se quiser ser consequente com a tese de que o caráter de princípio de algumas normas implica os três subprincípios da proporcionalidade, deve-se também aceitar que a forma de aplicação dos princípios não é só a ponderação. Deve-se lembrar que por meio da ponderação se analisam tão somente as possibilidades jurídicas para a realização do objeto normativo dos princípios. Mas as normas com caráter de princípio exigem também uma análise acerca das possibilidades fáticas para seu cumprimento e esta análise só pode ser levada a cabo mediante a aplicação dos subprincípios da idoneidade e da necessidade.” (BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 586, tradução nossa).

²⁹ Cf., acerca da distinção entre conflitos normativos em sentido estrito e colisões, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 110; BUSTAMANTE, Thomas. *Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios*. **Doxa**, Alicante, n. 33, p. 101, 2010.

Se o suporte fático de uma regra é preenchido, então ela deve ser satisfeita, se válida. Esse raciocínio, que subjaz à definição das regras como mandamentos definitivos, fundamenta a forma de solução dos conflitos entre elas. Duas ou mais normas entram em conflito quando, isoladamente consideradas, levam a juízos concretos de dever-ser contraditórios, dada a incompatibilidade total ou parcial das consequências jurídicas por elas previstas para o mesmo fato.³⁰ Quando duas ou mais regras conflitam entre si, apenas uma delas deve ser satisfeita e, por conseguinte, aplicada. Mas, se uma regra é aplicável a um caso concreto e não é a ele aplicada, então é juridicamente inválida. É possível afirmar, assim, que toda contradição entre regras configura um conflito normativo em sentido estrito, pois só pode ser solucionada por meio da declaração de invalidade de uma das regras conflitantes.

Portanto, os conflitos entre regras ocorrem, exclusivamente, no plano da validade jurídica.³¹ Disso não resulta, porém, que todos os conflitos entre regras devam ser solucionados por meio da expulsão de uma delas do ordenamento jurídico. As regras podem ser mutuamente excludentes, isto é, podem possuir idêntico suporte fático e prescrever consequências jurídicas diferentes. Esse tipo de conflito normativo – denominado total-total – só pode ser solucionado, de fato, mediante o reconhecimento do não pertencimento de uma das regras ao ordenamento jurídico. Mas as regras podem ser incompatíveis entre si apenas parcialmente. Ou seja: os conflitos entre elas também podem ser do tipo total-parcial ou do tipo parcial-parcial.³² Quando isso ocorre, o conflito normativo pode ser solucionado por meio de uma declaração de invalidade jurídica parcial ou, como observa Alexy, por meio da introdução de uma cláusula de exceção no suporte fático de uma das regras conflitantes – a qual, dessa maneira, não deixa de pertencer ao ordenamento jurídico.³³

Os conflitos entre regras configuram, normalmente, antinomias jurídicas aparentes, pois podem ser resolvidos por meio dos critérios tradicionais da hierarquia (*lex superior derogat legi inferiori*), da cronologia (*lex posterior derogat legi priori*) ou da especialidade (*lex specialis*

³⁰ Cf., sobre o conceito de conflito normativo, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91-92; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições, eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 47.

³¹ Cf. ALEXY, 2008, op. cit., p. 94.

³² Há um conflito do tipo total-parcial quando duas regras prescrevem consequências diferentes, e o suporte fático de uma delas está contido no suporte fático da outra. Há um conflito do tipo parcial-parcial, por sua vez, quando duas regras prescrevem consequências jurídicas diferentes, e parte do suporte fático de uma delas coincide com parte do suporte fático da outra. Cf., acerca das espécies total-total, total-parcial e parcial-parcial de inconsistência normativa, ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Tradução de Genaro R. Carrió. 4. ed. Buenos Aires: Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1977. p. 124-125.

³³ Cf., sobre a possibilidade de que um conflito entre regras seja solucionado por meio da instituição de uma exceção no suporte fático de uma delas, ALEXY, 2008, op. cit., p. 92-93. Cf., acerca da equivalência entre a declaração de invalidade jurídica parcial e a instituição de uma cláusula de exceção, SILVA, 2010, op. cit., p. 48-49.

derogat legi generali). Os dois primeiros critérios implicam uma declaração de invalidade jurídica total, enquanto o último acarreta uma declaração de invalidade jurídica apenas parcial. Há conflitos entre regras, porém, que não podem ser resolvidos por nenhum desses critérios. São as antinomias reais.³⁴ Como o caráter definitivo das regras determina que todos os conflitos entre elas sejam solucionados no plano da validade jurídica, pode-se dizer que, seja qual for o critério empregado para a solução de um conflito entre regras que caracteriza uma antinomia real, ele deverá redundar numa declaração de invalidade jurídica, total ou parcial.³⁵

Os conflitos entre princípios são geralmente resolvidos de forma diferente. A estrutura dos princípios reflete um conceito amplo de suporte fático e, por consequência, de âmbito de proteção. Isso significa que tudo aquilo que estiver abrangido pelo âmbito temático de um princípio deverá ser considerado, *prima facie*, por ele protegido. Mas, se o suporte fático dos princípios é interpretado de forma ampla, então é possível – e, mais do que isso, frequente – que eles conflitem entre si. Os princípios, como assinalado, exigem a realização de algo na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas, sendo que estas últimas são determinadas tanto pelas regras quanto pelos princípios conflitantes. A própria definição de princípios como mandamentos de otimização, portanto, pressupõe a ideia de que a realização de um princípio pode ser restringida, no caso concreto, pela realização, total ou parcial, de um princípio antagônico.

Pode-se dizer, então, que os conflitos entre princípios, em geral, configuram colisões, isto é, são solucionados não por uma declaração de invalidade, mas por uma decisão que determina, sob as condições de um caso concreto, a aplicação de um princípio em detrimento da aplicação do outro. Essa decisão pode ser universalizada, na medida em que expressa um enunciado de preferência condicionada ou, nos termos da lei de colisão, uma regra, cujo suporte fático são as condições do caso concreto e cuja consequência jurídica é aquela prevista pelo princípio que deve ser realizado.³⁶

Há dois tipos de colisões entre princípios: as concretas e as abstratas. As colisões entre princípios concretas são aquelas das quais resulta uma regra concreta (um juízo concreto de

³⁴ Cf., sobre as antinomias reais e aparentes, BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1999. p. 91-110; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 209-213.

³⁵ Para Carlos Bernal Pulido, os conflitos entre regras que caracterizam antinomias reais são exatamente aqueles que só podem ser solucionados por meio da instituição de uma cláusula de exceção no suporte fático de uma delas. Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 580-581.

³⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 174: “[...] nos termos da lei do sopesamento, é sempre possível formular uma regra. Por conseguinte, nada há de inconciliável entre o sopesamento no caso particular e sua universalizabilidade.”

dever-ser).³⁷ Um exemplo é a colisão entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade, referente a um caso individual em que se discute a possibilidade de se proibir, por meio de uma decisão judicial, a publicação de uma biografia por alguém, sem a prévia autorização do biografado. Já as colisões entre princípios abstratas são aquelas das quais resulta uma regra geral-abstrata. Um exemplo é a colisão entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade, relativa à discussão sobre a conveniência de se proibir, por meio de uma lei, a publicação de biografias não autorizadas.³⁸

A proporcionalidade constitui a forma de solução das colisões entre princípios, por uma razão simples. Dá-se o nome de colisão, como assinalado acima, à espécie de conflito normativo cuja solução redunde numa declaração de invalidade jurídica, mas na aplicação de uma das normas colidentes ao caso concreto. Ora, um dos desdobramentos da tese de que a estrutura dos princípios pressupõe o exame de proporcionalidade é a ideia de que a aplicação destes pressupõe a aplicação daquela. Sendo assim, todas as vezes que houver uma colisão entre princípios, concreta ou abstrata, a proporcionalidade deverá ser aplicada, de modo que um dos princípios colidentes possa ser aplicado ao caso concreto e, por conseguinte, tal conflito normativo possa ser solucionado.³⁹

³⁷ Cf., acerca dos conceitos de regras concretas e gerais-abstratas, seção 4.2.2.

³⁸ Como afirma Virgílio Afonso da Silva, “A expressão ‘caso concreto’ pode significar duas coisas distintas: (1) *caso concreto* pode significar, na forma como pode ser compreendida também em sua acepção não-técnica, a decisão de um caso específico por parte do *Judiciário* [...]; (2) mas *caso concreto* pode também significar algo menos concreto ou, pelo menos, mais distante daquilo que usualmente se costuma entender por isso, já que aponta, nessa segunda acepção, a uma decisão do *legislador* acerca da colisão entre direitos fundamentais. Uma tal decisão legislativa, se, por um lado, é mais abstrata que uma decisão judicial, não deixa também de ter sua dimensão concreta, já que o legislador não se preocupa, nesses casos, com a importância geral e abstrata de dois direitos fundamentais, mas sua importância relativa, em uma *situação hipotética*.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições, eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 140, nota de rodapé n. 64, grifo do autor). Diante disso, pode-se dizer que, enquanto as colisões entre princípios concretas correspondem à primeira das acepções de caso concreto identificadas por Virgílio Afonso da Silva – isto é, à assim denominada acepção não técnica –, as colisões entre princípios abstratas correspondem à segunda acepção.

³⁹ É importante observar, nesse ponto, que alguns autores não concebem a proporcionalidade como forma de solução das colisões entre princípios, mas apenas como parâmetro de avaliação da validade das medidas de intervenção reais que correspondem às regras, gerais-abstratas, positivadas pelos órgãos responsáveis pela elaboração do direito. De acordo com tais autores, para a solução das colisões entre princípios, deve-se aplicar tão somente a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação, que representa a otimização do conteúdo de um princípio relativamente às possibilidades jurídicas. Isso porque, segundo eles, só é possível empregar os testes da adequação e da necessidade, que representam a otimização do conteúdo de um princípio relativamente às possibilidades fáticas, quando houver uma medida concreta já adotada por um órgão normativo – isto é, uma medida de intervenção real. Nesse sentido, cf., por exemplo, *Ibid.*, p. 179 (grifo do autor): “[...] há casos em que não há qualquer regra infraconstitucional que discipline a colisão entre dois princípios. Ou seja, pode ser que dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador. Nesses casos, isto é, nos casos em que deve haver uma aplicação direta dos princípios constitucionais ao caso concreto – e esses casos são muito mais raros –, deve – aí, sim – haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto. A razão é muito simples: se a aplicação da regra da proporcionalidade implica três questões – (a) A medida é adequada para fomentar o objetivo fixado? (b) A medida é necessária? E (c) a medida é proporcional em sentido estrito? –, é mais do que óbvio que *deve haver*

É importante observar, no entanto, que as colisões entre princípios concretas e as colisões entre princípios abstratas são solucionadas por meio da aplicação da proporcionalidade de formas distintas. Solucionar uma colisão entre princípios por meio da aplicação da proporcionalidade é o mesmo que escolher uma medida de intervenção hipotética que seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Quando há uma colisão entre princípios concreta, há um caso particular para ser solucionado. Como solução para uma colisão desse tipo, então, deve ser adotada uma medida de intervenção hipotética que seja “proporcional em concreto”, ou seja, adequada no caso específico que deve ser solucionado, necessária nesse caso e proporcional em sentido estrito nesse caso. Mas, quando há uma colisão entre princípios abstrata, o que há para ser solucionado não é um único caso, e sim uma multiplicidade de casos. Como solução para uma colisão desse tipo, por consequência, deve ser adotada uma medida de intervenção hipotética que seja proporcional não em concreto, mas “em abstrato”, isto é, adequada em certo número de casos, necessária em certo número de casos e proporcional em sentido estrito em certo número de casos. A esse ponto se voltará em outra parte deste trabalho.⁴⁰

Antes de concluir este capítulo, convém salientar que os conflitos entre princípios não configuram, sempre, colisões; em alguns casos, raros, eles caracterizam conflitos normativos em sentido estrito, pois levam ao reconhecimento da invalidade jurídica de um dos princípios conflitantes.⁴¹ Essa circunstância, no entanto, não afeta a diferença entre regras e princípios quanto à forma de solução dos conflitos normativos, uma vez que apenas os princípios podem colidir entre si. Em outras palavras, embora tanto os conflitos entre regras quanto os conflitos

uma medida concreta que será testada [...]. Mas, nos casos em que se deve aplicar princípios diretamente ao caso concreto, falta essa variável de referência. Se não há medida adotada, não há possibilidade alguma de se adotar a regra da proporcionalidade.” A relação de pressuposição recíproca entre o exame de proporcionalidade e os mandamentos de otimização faz com que, neste trabalho, se adote posição diferente. Aqui, defende-se a ideia de que, se a proporcionalidade corresponde à forma de aplicação dos princípios, então ela também corresponde à forma de solução das colisões entre essas normas. Consequentemente, sempre que houver uma colisão entre princípios, a proporcionalidade em sentido amplo – e não apenas a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação – deverá ser aplicada, tendo como “variável de referência” uma medida de intervenção hipotética, isto é, uma possível solução para o caso concreto. Cf., acerca da classificação das medidas de intervenção como reais e hipotéticas, seção 3.2.1.

⁴⁰ Cf. seção 4.2.2.

⁴¹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 110. Os princípios, como normas jurídicas, só integram o ordenamento na medida em que possuem validade jurídica. Portanto, à semelhança das regras, os princípios podem ser juridicamente válidos ou inválidos. Um princípio válido expressa aquilo que, em função dele, é obrigatório, proibido ou permitido do ponto de vista do direito. Diferencia-se, assim, de um valor, que expressa não o que é devido, mas o que é bom. Cf., a esse respeito, *Ibid.*, p. 153: “A diferença entre princípios e valores é reduzida [...] a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, assim, em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.”

entre princípios possam ser solucionados por meio de uma declaração de invalidade, só os conflitos entre princípios podem ser resolvidos sem que uma das normas conflitantes tenha de ser declarada inválida.

3 CONFLITOS ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

3.1 A primazia das regras

O gênero das normas jurídicas, de acordo com Alexy, comporta duas espécies: as regras e os princípios. Mas, se isso é assim, então é possível imaginar que haja não apenas conflitos entre regras ou conflitos entre princípios, mas também conflitos entre essas duas espécies normativas, ou seja, conflitos entre regras e princípios.¹

A aplicação das regras, como visto, está condicionada à validade e à aplicabilidade dessas normas. Os princípios, no entanto, além da validade e da aplicabilidade, dependem das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto para que sejam aplicados. Essa diferença quanto à forma de aplicação determina a forma de solução dos conflitos entre regras e princípios.

Quando uma regra e um princípio, ambos válidos, prescrevem consequências jurídicas antagônicas para o mesmo fato, a primeira deverá ser aplicada em detrimento da aplicação do segundo todas as vezes que esse fato corresponder ao caso concreto. Isso porque, nessa condição, a regra, caracterizada como mandamento definitivo ou norma que contém um dever-ser definitivo ou real, restringe a realização do princípio, qualificado como mandamento de otimização (mandamento para ser otimizado) ou norma que contém um dever-ser *prima facie* ou ideal.²

Entre uma regra e um princípio válidos e conflitantes, portanto, há uma relação de restrição, que impede a aplicação deste aos casos que preencham o suporte fático daquela.³ Essa relação de restrição se torna clara diante do conceito de suporte fático dos princípios, analisado na sequência.

3.1.1 O suporte fático dos princípios

O suporte fático de uma norma abrange todos os pressupostos materiais que, uma vez preenchidos, ensejam, desde que essa norma seja válida, a produção da consequência jurídica por ela prescrita. De acordo com Alexy, dois elementos, combinados entre si, descrevem os

¹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições, eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 51.

² Cf., acerca do distinto conteúdo normativo de regras e princípios, seção 2.2.1.

³ A existência de uma relação de restrição entre essas espécies normativas pressupõe que o princípio esteja situado num patamar hierárquico superior ou igual ao da regra.

pressupostos para a produção da consequência jurídica dos princípios, em geral: o âmbito de proteção e a intervenção.⁴

O âmbito de proteção define o conjunto de bens protegidos por um princípio, isto é, as ações – positivas ou negativas –, os fins ou estados de coisas e as posições jurídicas por ele permitidas em caráter *prima facie*.⁵ Esse conceito, de acordo com a teoria dos princípios, deve ser compreendido de maneira ampla.⁶ Assim, tudo aquilo que, em razão de alguma característica, se subsumir ao âmbito temático de um princípio deverá ser considerado um bem protegido por essa norma, independentemente de quaisquer outras características desse bem.⁷ Por exemplo, o ato de publicar uma biografia sem a prévia autorização do biografado, apenas pelo fato de se relacionar com o âmbito temático do princípio que assegura o direito à liberdade de expressão, se inclui no âmbito de proteção dessa norma, sendo por ela *prima facie* permitida.

A intervenção, por sua vez, corresponde ao conjunto de ações que afetam negativamente o âmbito de proteção de um princípio e, por isso, são *prima facie* proibidas.⁸ Esse conceito, nos termos da teoria dos princípios, também deve ser interpretado de maneira ampla.⁹ Ou seja: tudo aquilo que, em razão de alguma característica, afetar um bem protegido por um princípio deverá ser considerado uma intervenção, independentemente da intensidade ou de qualquer outra característica dessa afetação.¹⁰ Por exemplo, o ato de publicar uma biografia não autorizada, apenas pelo fato de afetar o direito à intimidade da pessoa biografada, configura uma intervenção no âmbito de proteção do princípio que assegura tal direito, sendo por ele *prima facie* proibida.

O suporte fático dos princípios, além do bem protegido e da intervenção, pode abranger um terceiro elemento: a ilegitimidade ou invalidade jurídica da intervenção no âmbito de

⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 305. Alexy se baseia na estrutura dos direitos de defesa para a construção do conceito de suporte fático composto do âmbito de proteção e da intervenção. Também para os princípios que expressam direitos a prestações, porém, é possível adotar esse conceito, desde que seus elementos sejam redefinidos. Para uma análise da adequação desse conceito de suporte fático para os direitos fundamentais que exigem uma ação estatal positiva, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições, eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76-79.

⁵ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 121.

⁶ Cf. ALEXY, 2008, op. cit., p. 322-323.

⁷ Cf., nesse sentido, Ibid., p. 322; BOROWSKI, loc. cit.; SILVA, 2010, op. cit., p. 109-110.

⁸ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 668-671.

⁹ Cf. ALEXY, 2008, op. cit., p. 323.

¹⁰ Os conceitos amplos de âmbito de proteção e de intervenção caracterizam a chamada “teoria ampla do suporte fático”, adotada por Alexy como um dos pressupostos de sua teoria dos princípios. Cf., no ponto, Ibid., p. 309. Sobre as “teorias restritas do suporte fático”, suas características e debilidades, cf. Ibid., p. 309-321; SILVA, 2010, op. cit., p. 79-108.

proteção.¹¹ Uma ação que intervém ilegitimamente no âmbito de proteção de um princípio é proibida, em caráter definitivo, por esse princípio. A ilegitimidade da intervenção é, em outras palavras, condição para que a consequência jurídica prescrita pelo princípio seja produzida, definitivamente. Nos termos desse conceito de suporte fático – chamado, por Alexy, de “suporte fático em sentido amplo”¹² –, o suporte fático do princípio que assegura o direito à intimidade, por exemplo, não será preenchido e, por conseguinte, a consequência jurídica prescrita por essa norma não será produzida se, por ocasião da decisão do caso concreto, se considerar que a publicação de determinada biografia sem a prévia autorização do biografado não configura uma intervenção ilegítima no âmbito de proteção de tal princípio, caracterizando-se, portanto, como uma ação definitivamente permitida.

Neste trabalho, adota-se um conceito de suporte fático que abrange a totalidade das condições para produção da consequência jurídica prescrita por um princípio não em caráter definitivo, mas em caráter *prima facie*.¹³ Alexy o denomina “suporte fático em sentido estrito”.¹⁴ De acordo com esse conceito, o suporte fático de um princípio será preenchido sempre que houver uma intervenção no âmbito de proteção dessa norma, independentemente da legitimidade ou não dessa intervenção.

A aplicabilidade, como visto, consiste no preenchimento do suporte fático de uma norma pelo caso concreto. Com base no conceito de suporte fático em sentido estrito, pode-se dizer, então, que um princípio será aplicável sempre que o caso concreto configurar uma intervenção, legítima ou ilegítima, em seu âmbito de proteção. Se essa intervenção for ilegítima, o princípio deverá ser aplicado, se válido. Mas, se essa intervenção for legítima, o princípio não deverá ser aplicado, embora seja aplicável.

3.1.2 As relações de intervenção e de restrição entre regras e princípios

Se uma regra e um princípio conflitam entre si, então prescrevem consequências jurídicas antagônicas para o mesmo fato. Isso significa que aquilo o princípio prescreve é

¹¹ Virgílio Afonso da Silva é um dos autores que adotam esse conceito de suporte fático, isto é, composto do âmbito de proteção, da intervenção e da ilegitimidade da intervenção. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições, eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 74-75.

¹² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 307-308.

¹³ Cf., sobre esse conceito, Ibid., p. 302-307. Martin Borowski também constrói, para os princípios, um modelo de suporte fático composto apenas do âmbito de proteção e da intervenção. Cf. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 124-127.

¹⁴ Cf. ALEXY, 2008, op. cit., p. 308.

definitivamente proibido pela regra, e aquilo que esta prescreve é *prima facie* proibido por aquele. O conceito de intervenção, como ressaltado, abrange o conjunto de ações proibidas, em caráter *prima facie*, por determinado princípio. Diante disso, pode-se dizer que, em todo conflito entre uma regra e um princípio, há uma relação de intervenção entre eles, uma vez que, se a consequência jurídica prescrita pela regra for realizada, um bem protegido pelo princípio necessariamente será afetado.

Mas, mais do que uma relação de intervenção, entre essas espécies normativas pode haver uma relação de restrição, desde que a regra seja válida. O âmbito de proteção de um princípio será restringido sempre que for objeto de uma intervenção juridicamente válida ou legítima. Nesse sentido, toda regra válida implica não apenas uma afetação, mas uma restrição ao âmbito de proteção – e, por conseguinte, ao suporte fático – de um princípio que com ela conflita.

A legitimidade de uma intervenção decorre da satisfação tanto de exigências formais – a competência e o procedimento para a criação da regra que implica a restrição, por exemplo – quanto de exigências materiais. Os princípios, como afirma Alexy, são restrições à sua própria restringibilidade, já que fornecem razões fáticas e jurídicas contrárias à legitimidade de toda intervenção no âmbito de proteção deles.¹⁵ Tais razões fáticas e jurídicas correspondem ao conteúdo do exame de proporcionalidade. Assim, como se verá mais adiante, toda medida de intervenção, para que seja considerada materialmente legítima, tem de ser proporcional em sentido amplo.¹⁶

3.1.3 A aplicação das regras

Quando o suporte fático de um princípio é restringido, a consequência jurídica por ele prescrita em caráter *prima facie* só poderá se realizar – e, assim, se tornar definitiva – se tal suporte fático for preenchido e o da regra restritiva, não.¹⁷ Em outras palavras, uma regra que intervém legitimamente no âmbito de proteção de um princípio tem primazia, já que deve ser aplicada, em detrimento da aplicação dele, a todos os casos concretos que preencherem o suporte fático de ambos. Nesse sentido, pode-se dizer que os conflitos entre regras e princípios nos quais há uma relação de restrição entre eles caracterizam colisões, pois devem ser

¹⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 296.

¹⁶ Cf., acerca do exame de proporcionalidade, seção 2.3.1.

¹⁷ ALEXY, 2008, op. cit., p. 308.

solucionados mediante a aplicação de uma das normas conflitantes ao caso concreto – isto é, mediante a aplicação da regra.

3.2 A superação das regras

A primazia das regras para a solução dos casos concretos, no entanto, não é absoluta. A razão é simples: há conflitos entre regras e princípios que não são colisões, mas conflitos normativos em sentido estrito, os quais podem ser resolvidos por meio da declaração de invalidade das regras.¹⁸ Aliás, no que diz respeito aos conflitos em sentido estrito entre regras e princípios, é importante observar, preliminarmente, que eles podem ser resolvidos por meio da declaração de invalidade não só das regras, mas também dos princípios.

Os princípios, na qualidade de normas jurídicas, também podem ser objeto de uma declaração de invalidade. Diante de uma regra conflitante, um princípio deverá ser considerado inválido se estiver num nível hierárquico inferior ao dela. Isso porque, nessa condição, ele não poderá ser aplicado todas as vezes que a regra também for aplicável. Ora, um princípio, quando conflita com uma regra de igual ou inferior hierarquia em relação a ele, não poderá ser aplicado a nenhum caso que preencher o suporte fático dessa regra, exceto, como se verá, se ela for derrotada ou for inválida. Mas, se um princípio estiver subordinado a uma regra, e com ela conflitar, não poderá ser aplicado, absolutamente, a nenhum caso que preencher o suporte fático dessa regra, pois não poderá derrotá-la nem fundamentar sua invalidade. Diante disso, pelo critério hierárquico de solução de conflitos normativos, pode-se dizer que a validade da regra implica a invalidade do princípio. Como o suporte fático dos princípios é amplo, essa invalidade é apenas parcial, isto é, se dá apenas naquela parte do suporte fático do princípio que coincide com o suporte fático da regra. Em suma, a regra acarreta a introdução não de uma cláusula de restrição no suporte fático do princípio, mas de uma cláusula de exceção, a qual traduz a invalidade jurídica parcial dele e a impossibilidade de sua aplicação aos casos que correspondem ao suporte fático da regra.¹⁹

¹⁸ Há outra razão para a primazia das regras sobre os princípios não ser absoluta. Como será analisado mais adiante, um conflito entre uma regra, válida e aplicável a um caso concreto, e um princípio, válido e aplicável ao mesmo caso, pode, ao menos em hipótese, ser solucionado por meio da aplicação não da regra, mas de uma cláusula de exceção, derivada desse princípio. A possibilidade de que uma exceção seja instituída no suporte fático de uma regra no momento da decisão de um caso concreto constitui um ponto problemático da teoria dos princípios, estudado, neste trabalho, a partir do próximo capítulo.

¹⁹ O conflito entre uma regra de hierarquia superior e um princípio de hierarquia inferior é pouco discutido. Para Thomas Bustamante, esse conflito normativo configura não um conflito normativo em sentido estrito, mas uma colisão, pois deve ser solucionado por meio da aplicação da regra, que simplesmente delimita a possibilidade de aplicação do princípio aos casos não cobertos pelo suporte fático dela. Cf. BUSTAMANTE, Thomas. *Conflictos*

Mas uma regra, quando conflita com um princípio, também pode ser objeto de uma declaração de invalidade jurídica. Isso ocorrerá todas as vezes que uma regra veicular uma intervenção formal ou materialmente ilegítima no âmbito de proteção de um princípio, situado num patamar hierárquico igual ou superior ao dela. Como já assinalado, o conceito de legitimidade material de uma intervenção corresponde ao de proporcionalidade em sentido amplo, definido pelo exame de proporcionalidade. Cumpre, então, esclarecer no que consiste tal exame. A isto se dedica a próxima seção.

3.2.1 O exame de proporcionalidade

Há, entre a estrutura de um princípio e o exame de proporcionalidade, compreendido em sentido amplo, uma relação estreita. A extensão em que os princípios devem ser realizados, como visto, é determinada tanto pelas possibilidades fáticas quanto pelas possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades fáticas diz respeito à adequação e à necessidade de uma medida de intervenção no âmbito de proteção de um princípio e, dessa maneira, corresponde a pelo menos duas sub-regras da proporcionalidade em sentido amplo. Já o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelas regras e pelos princípios que se opõem à realização do princípio fomentado pela medida de intervenção. Dele pode ser deduzida a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, também ela uma sub-regra da proporcionalidade em sentido amplo. A definição dos princípios como mandamentos de otimização, portanto, implica logicamente o exame de proporcionalidade, com suas regras parciais ou sub-regras.²⁰

A definição dos princípios como mandamentos de otimização, por sua vez, pressupõe o exame de proporcionalidade.²¹ Isso porque, como já ressaltado, a proporcionalidade traduz o dever de realização do conteúdo de um princípio na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas de determinado caso concreto. As sub-regras da adequação e da necessidade expressam o dever de otimização do conteúdo normativo de um princípio em relação às possibilidades fáticas, enquanto a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito

normativos y decisiones *contra legem*: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. **Doxa**, Alicante, n. 33, p. 104, 2010.

²⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-120, 588. Cf., acerca do caráter de regra da proporcionalidade, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 24-27, abr. 2002; BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 597.

²¹ Cf. ALEXY, 2008, op. cit., p. 116, 588.

o expressa em relação às possibilidades jurídicas.²² A aplicação das regras parciais da proporcionalidade, dessa maneira, importa necessariamente a satisfação do dever de otimização, contido na definição dos princípios. Daí ser possível afirmar que os princípios se aplicam sempre por proporcionalidade.

Em suma, há uma relação de implicação recíproca entre a proporcionalidade em sentido amplo e um mandamento de otimização.²³ A existência dessa relação de implicação recíproca entre a proporcionalidade e a estrutura das normas classificadas como princípios permite formular a seguinte conclusão: sempre que um princípio é aplicado, a proporcionalidade é aplicada, e, inversamente, sempre que a proporcionalidade é aplicada, um princípio é aplicado.²⁴

O exame de proporcionalidade pode ter por objeto uma medida de intervenção real ou uma medida de intervenção hipotética. Uma medida de intervenção real expressa a solução de um caso concreto resolvido por meio da aplicação de um princípio. Os princípios, como será visto, são razões para regras. Sempre que um princípio é aplicado, uma regra é criada.²⁵ Diante disso, pode-se dizer que toda medida de intervenção real corresponde a uma regra, válida ou não. Uma medida de intervenção hipotética, por sua vez, expressa uma possível solução de um caso concreto que deve ser resolvido por meio da aplicação de um princípio. Trata-se, portanto, de uma regra potencial, ou seja, de uma medida de intervenção que, embora não exista como regra, pode se tornar uma, se for adotada pelo tomador de decisão como solução para um caso concreto.

O exame de proporcionalidade, quando tem por objeto uma medida de intervenção real, desempenha a função de parâmetro de avaliação da validade jurídica de uma regra.²⁶ A análise da proporcionalidade de uma medida de intervenção real ocorre sempre *a posteriori*, em relação ao momento da solução do caso concreto da qual essa medida resulta. Dessa maneira, sempre que se examina a proporcionalidade de uma regra, o que se investiga é se, por ocasião da solução

²² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 588, 593.

²³ Cf., nesse sentido, *Ibid.*, p. 116, 588; BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 49-50; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 44, abr. 2002. Cf., em sentido contrário à existência de uma relação de pressuposição recíproca entre a proporcionalidade e a estrutura de um princípio, LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **Otimização de princípios, separação dos poderes e segurança jurídica: o conflito entre regra e princípio**. 2012. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 97.

²⁴ “[...] sempre que se aplica o princípio da proporcionalidade, se aplicam correlativamente normas que têm o caráter de princípios.” (BOROWSKI, *op. cit.*, p. 128, tradução nossa).

²⁵ Cf. seção 4.2.1.

²⁶ Cf., para um exemplo de análise da proporcionalidade de uma regra, seção 4.2.3.

de determinado caso concreto, a proporcionalidade foi aplicada (corretamente) ou não. Se tiver sido, a regra será proporcional em sentido amplo ou materialmente legítima;²⁷ em caso contrário, será desproporcional em sentido amplo ou materialmente ilegítima, e deverá ser declarada inválida.²⁸

Mas, quando tem por objeto uma medida de intervenção hipotética, o exame de proporcionalidade desempenha a função de forma de aplicação dos princípios. Examinar a proporcionalidade de uma medida, como será analisado abaixo, é o mesmo que verificar se ela é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Se um caso deve ser solucionado por meio da aplicação de um princípio, então é porque, a esse caso, não é aplicável nenhuma regra (ou medida de intervenção real). A medida cuja proporcionalidade se deve examinar, assim, é a que figura como uma possível solução para o caso. É, em outras palavras, uma medida de intervenção hipotética.

As medidas de intervenção hipotéticas, da mesma forma que as medidas de intervenção reais, podem ser proporcionais ou desproporcionais em sentido amplo. O exame de proporcionalidade, no desempenho da função de forma de aplicação dos princípios, visa justamente a selecionar as medidas de intervenção hipotéticas que são proporcionais em sentido amplo. Isso ocorre da seguinte maneira: se uma medida hipotética, após o exame de sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é considerada proporcional, então pode ser adotada como solução para o caso concreto e, assim, ser convertida numa medida de intervenção real; mas, se tal medida é considerada desproporcional, então deve ser rejeitada, e outras medidas hipotéticas devem ser testadas, até que uma, proporcional em sentido amplo, possa ser adotada. Nesse sentido, toda regra declarada inválida por ser desproporcional em sentido amplo ou materialmente ilegítima pode ser entendida como uma medida de intervenção real cuja proporcionalidade não foi examinada (corretamente) no momento em que foi criada – isto é, quando ainda era uma medida de intervenção hipotética.

²⁷ Por isso, como já ressaltado, toda restrição ao suporte fático de um princípio corresponde a uma norma jurídica válida cuja estrutura é a de uma regra.

²⁸ Neste trabalho, como se percebe, adota-se a premissa de que aplicar o exame de proporcionalidade a um caso concreto e examinar a proporcionalidade de uma regra ou medida de intervenção real são coisas distintas. Ora, a regra da proporcionalidade, como toda norma jurídica, só se aplica a casos concretos. O exame da proporcionalidade de uma medida de intervenção real, porém, é sempre abstrato, isto é, ocorre independentemente da existência de um caso concreto. Dessa maneira, um órgão – dotado da competência de controlar a validade das normas jurídicas –, quando analisa a proporcionalidade de uma regra, não aplica a proporcionalidade nem cria outra medida de intervenção. O que ele faz, na verdade, é verificar se um caso concreto foi solucionado (corretamente) por meio da aplicação da proporcionalidade ou não. Só depois de constatar que uma regra é desproporcional e de declarar a invalidade jurídica dessa norma é que ele aplica, se tiver competência para isso e houver um caso concreto para ser solucionado, a proporcionalidade, dando nova solução ao caso concreto, ou seja, criando uma nova medida de intervenção.

A aplicação da proporcionalidade pressupõe a aplicação de suas sub-regras de forma sucessiva e escalonada.²⁹ Isso significa que, em primeiro lugar, deve ser aplicado o teste da adequação; em segundo lugar, se for o caso, o da necessidade; e, em terceiro lugar, se for o caso, o da proporcionalidade em sentido estrito. A importância dessa ordem, como se verá abaixo, deriva do fato de que essas sub-regras guardam, entre si, uma relação de prejudicialidade, de modo que, por razões de eficiência decisória, nem sempre todas elas deverão ser aplicadas.³⁰

O teste da adequação consiste em verificar se uma medida é idônea para fomentar um fim legítimo.³¹ Se a medida adotada não guarda nenhum tipo de relação com a realização do fim buscado, é inidônea e deve ser considerada ilegítima. Mas, se a medida contribui para a realização do fim de alguma maneira, é adequada e deve ser submetida ao teste da necessidade.³²

O teste da necessidade comporta duas regras parciais.³³ A primeira é a da igual adequação da medida alternativa. Essa regra exige seja verificada a existência de medidas alternativas que sejam no mínimo tão adequadas quanto a medida adotada para o fomento do fim perseguido. A segunda é a da medida alternativa menos desvantajosa para o princípio cujo âmbito de proteção é afetado pela medida adotada. Essa regra, por sua vez, exige seja investigada a existência de medidas alternativas que, em comparação com a medida adotada, intervenham em menor intensidade no âmbito de proteção de determinado princípio. Combinadas entre si, tais regras implicam a declaração de ilegitimidade da medida adotada se

²⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 597.

³⁰ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 34, abr. 2002.

³¹ Um fim é legítimo quando não está explícita ou implicitamente proibido pela ordem jurídica, em caráter definitivo. Cf. BERNAL PULIDO, op. cit., p. 696-706. Cf., em sentido semelhante, CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009. p. 85-87. Toda medida possui dois fins: um imediato, que se refere ao estado de coisas fomentado, e um mediato, relativo ao princípio que protege o fim imediato. Cf., no ponto, BERNAL PULIDO, op. cit., p. 719.

³² Uma medida é adequada sob a condição exclusiva de que fomente seu fim. Outras variáveis – como, por exemplo, a extensão em que a medida fomenta o fim, ou a maneira ou o grau de certeza com que o faz – não devem ser levadas em consideração para se determinar a idoneidade de uma medida. Cf., para uma defesa dessa versão débil do teste da adequação, CLÉRICO, op. cit., p. 59-64; BERNAL PULIDO, op. cit., p. 726-729; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições, eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 170; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 187-189.

³³ Nesse sentido, Laura Clérico, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, afirma que o teste da necessidade – por ela denominado teste da medida alternativa menos desvantajosa – compreende dois subtestes: o da (pelo menos) igual adequação técnica da medida alternativa e o da medida alternativa menos desvantajosa em sentido estrito. Cf. CLÉRICO, op. cit., p. 103.

houver uma medida alternativa que seja, ao mesmo tempo, pelo menos igualmente adequada para fomentar o fim buscado e menos desvantajosa para o princípio afetado.³⁴

Se, e apenas se, a medida de intervenção for considerada necessária, deverá ser analisada quanto à proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, que corresponde à terceira e última sub-regra da proporcionalidade em sentido amplo. A ponderação define do grau de satisfação de princípios colidentes, tendo em vista o dever de que eles sejam realizados numa medida ótima, de acordo com o peso de cada um.³⁵ Sua aplicação pressupõe um sopesamento entre, de um lado, o princípio que proíbe, em caráter *prima facie*, a medida – isto é, o princípio por ela afetado –, e, de outro, o princípio que a fundamenta – isto é, o princípio por ela fomentado. Uma medida é proporcional em sentido estrito, dessa maneira, se o peso do princípio P_1 , por ela fomentado, é maior do que o do princípio colidente P_2 , cujo âmbito de proteção ela pretende restringir.³⁶

³⁴ “Uma medida estatal não é necessária se sua finalidade também puder ser alcançada por outro meio pelo menos igualmente eficaz, e que por sua vez não restrinja o direito fundamental afetado ou o restrinja com uma intensidade menor.” (BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 130, tradução nossa).

³⁵ A ponderação traduz a ideia de que os princípios são mensuráveis e comparáveis e, por isso, podem ter não apenas diferentes pesos abstratos, mas também diferentes pesos concretos. Por consequência, quando dois princípios entram em colisão, deve ser satisfeito aquele que, no caso concreto, possui o maior peso relativo. Cf., acerca da discussão sobre a comensurabilidade e a comparabilidade dos princípios, SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing and rational decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 31, n. 2, p. 273-301, Mar. 2011; GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. 2011. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 35-41.

³⁶ A estrutura da ponderação é ilustrada pela lei do sopesamento, cujo enunciado é o seguinte: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 167). O enunciado da lei do sopesamento permite concluir que a ponderação é composta, basicamente, de três juízos: dois isolados – que dizem respeito ao exame do grau de não realização de um princípio e à análise da importância da realização do outro, que a ele se opõe – e um comparativo – que pressupõe os anteriores e consiste em verificar se a importância da satisfação de um princípio justifica o grau de não realização do outro. Cf., nesse sentido, *Ibid.*, p. 594. A ponderação, ou sopesamento, é objeto de críticas as mais diversas no âmbito da teoria do direito. Tais críticas são especialmente intensas na Alemanha, país no qual se desenvolveu originariamente a chamada jurisprudência dos valores. Friedrich Müller, por exemplo, critica o Tribunal Constitucional alemão, o qual, a partir do caso Luth, teria difundido o argumento de que, subjacente aos direitos fundamentais, há uma “ordem objetiva de valores” conformando todos os ramos do direito. Segundo Müller, a definição de uma “ordem hierárquica de valores”, por meio de ponderações de bens ou princípios, não satisfaz a exigência do Estado de Direito de que as decisões judiciais sejam fundamentadas de modo objetivo e claro. Pelo contrário: as categorias dos “valores”, do “sistema de valores” e da “valoração” ensejariam a produção de decisões vagas e discricionárias, já que, no fundo, concederiam ampla liberdade ao intérprete para motivá-las de acordo com suas preferências ideológicas. Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 16-20. Jürgen Habermas também critica a ideia de sopesamento de princípios. Para Habermas, as normas jurídicas, levadas a sério em sua dimensão deontológica, ou são válidas ou são inválidas, não podendo contradizer umas às outras. Habermas rejeita, assim, a definição dos princípios como mandamentos de otimização – a qual, segundo ele, importa a substituição do código binário típico do Direito, baseado na distinção válido/inválido, por uma racionalidade gradualista, que aceita a realização de sopesamentos entre valores orientados por um fim. Nesse sentido, ele rechaça especialmente o modelo teórico de Alexy, que, ao conferir às normas de direitos fundamentais um sentido teleológico, equipara a lógica de aplicação dos princípios jurídicos à dos valores. Nos termos da concepção habermasiana, normas jurídicas válidas não podem disputar a primazia no caso concreto,

Em suma, uma intervenção no âmbito de proteção de um princípio só será materialmente legítima se for, ao mesmo tempo, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. A inadequação, a desnecessidade ou a desproporcionalidade em sentido estrito de uma medida já é suficiente para que ela seja considerada desproporcional em sentido amplo e, por conseguinte, inválida.

3.2.2 A invalidade das regras

Se uma regra representa uma medida de intervenção desproporcional em sentido amplo no âmbito de proteção de um princípio, então é proibida por ele. Isso porque, nessa condição, a regra não restringe o princípio, e sim o vulnera.³⁷ Da vulneração de um princípio resulta sempre a produção, em caráter definitivo, da consequência jurídica por ele prescrita e, por conseguinte, a invalidade jurídica, total ou parcial, da medida de intervenção. Diante disso, é possível afirmar que, em toda situação em que uma regra conflita com um princípio de igual ou superior hierarquia, este, se vulnerado por aquela, a supera, pois implica a invalidade jurídica dela.

porque isso macula a consistência do sistema normativo. Além disso, de acordo com Habermas, não há nenhum critério racional capaz de ditar a prevalência de um princípio sobre outro para a solução de um problema. O sopesamento de princípios ou valores seria, desse modo, um procedimento irracional, um método do qual resultariam juízos irrefletidos e arbitrários. Mas, mais do que isso, ele seria também um procedimento perigoso, já que, por meio dele, direitos individuais poderiam ficar desprotegidos em face de interesses coletivos, sendo restringidos, caso a caso, em favor da realização destes. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1. p. 315-322. Para uma análise crítica das objeções de Habermas à teoria dos princípios e, especificamente, ao sopesamento, cf. ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, Jun. 2003; SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 219-221.

³⁷ Cf., acerca da distinção entre os conceitos de intervenção, restrição e vulneração no âmbito da teoria dos princípios, BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 691-692.

4 A DERROTABILIDADE

4.1 A noção de derrotabilidade

A “falseabilidade” de uma generalização não se confunde com a sua “derrotabilidade”. A primeira, estudada abaixo, designa a capacidade de uma generalização de ser falseada por um caso particular. Refere-se, nesse sentido, a um problema de sobreinclusão das generalizações.¹ Já a derrotabilidade denomina a capacidade de uma generalização de incorporar exceções. Diz respeito, como deverá ficar claro, a um problema de formalização dos argumentos dedutivos.

4.1.1 A falseabilidade das generalizações

Os agentes, cotidianamente, inferem conclusões a partir de generalizações. O conteúdo de toda generalização é uma relação de causalidade ou de implicação entre duas proposições. Tal relação de implicação pode ser justificada empiricamente ou não. Conforme Frederick Schauer, as generalizações que não têm uma base científica ou estatística sólida podem ser chamadas de espúrias, enquanto as generalizações que a têm podem ser chamadas de não espúrias.²

As generalizações não espúrias, normalmente, são não universais, isto é, descrevem uma relação de implicação que, considerando-se todos os casos que a elas se subsumem, não é verdadeira. Há, basicamente, duas variedades de generalizações não universais. Uma se refere às generalizações que só podem ser definidas como verdadeiras tendo em vista casos típicos ou majoritários.³ Suponha-se, por exemplo, que a maioria dos brasileiros seja hospitaleira: a generalização “brasileiros são hospitaleiros”, embora não seja espúria, não é universal, uma vez que apenas a maioria dos brasileiros é hospitaleira. A outra variedade diz respeito às generalizações que só podem ser definidas como verdadeiras tendo em vista casos atípicos ou

¹ A sobreinclusão diz respeito ao problema da aplicabilidade das generalizações a casos particulares nos quais elas não são verdadeiras. A generalização “brasileiros são hospitaleiros”, por exemplo, é sobreinclusiva, uma vez que há brasileiros que não são hospitaleiros, ou seja, há casos particulares nos quais a relação de implicação por ela descrita – “para qualquer indivíduo existente no universo, se tal indivíduo é brasileiro, então ele é hospitaleiro” – é falsa. Cf., acerca do caráter sobreinclusivo (e subinclusivo) das generalizações prescritivas – isto é, das regras jurídicas –, SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 31-37. Cf., neste trabalho, seção 4.2.3.

² Id. **Profiles, probabilities, and stereotypes**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. p. 7.

³ Cf. *Ibid.*, p. 9.

minoritários.⁴ Considere-se, por exemplo, a generalização “cães da raça *pit bull* são agressivos”: desde que haja indícios estatisticamente justificáveis de que cães dessa raça são mais agressivos do que cães de outras raças, tal generalização pode ser classificada como não espúria; contudo, ela não é universal, pois, provavelmente, nem mesmo a maioria dos cães da raça *pit bull* é agressiva.

Nem todas as generalizações não espúrias são não universais; algumas são universais, pois descrevem uma relação de implicação que, considerando-se todos os casos que a elas se subsumem, é verdadeira. Uma generalização pode ser considerada universal por razões de definição ou por razões empíricas.⁵ A generalização “triângulos têm três lados”, por exemplo, é universal por razões de definição: é verdade que todos os triângulos têm três lados, uma vez que, se uma figura geométrica tiver um número de lados diferente de três, não poderá ser chamada de triângulo. Já a generalização “planetas extrassolares não são habitáveis”, por exemplo, é universal por razões empíricas: se é verdade que todos os planetas extrassolares não são habitáveis, não é porque faça parte da definição de planeta extrassolar a característica de ser inabitável, e sim porque, até o momento, não se conhece nenhum planeta extrassolar que não tenha essa característica.

À diferença das generalizações que são universais por razões de definição, as generalizações que são universais por razões empíricas não o são necessariamente. Isso porque, derivando a universalidade de tais generalizações de uma conclusão empírica, isto é, de uma percepção atual do mundo atual, elas podem se tornar não universais, na hipótese de essa percepção ou de algo desse mundo se modificar.⁶ É possível, por exemplo, que a generalização “planetas extrassolares não são habitáveis” se torne não universal, em razão da descoberta de um planeta habitável não pertencente ao sistema solar.

A falseabilidade consiste na possibilidade de que uma generalização se torne falsa quando submetida a prova.⁷ Como se percebe, tanto as generalizações não universais quanto as universais por razões empíricas são falseáveis: ambas podem ser submetidas a prova e, assim, ser refutadas por casos falseadores ou “recalcitrantes” – atuais ou conhecidos, no caso das

⁴ Cf. SCHAUER, Frederick. **Profiles, probabilities, and stereotypes**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. p. 9-12.

⁵ Cf. *Ibid.*, p. 7-8.

⁶ *Id.* **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. New York: Oxford University Press, 2002. p. 35.

⁷ A ideia de falseabilidade, na forma como proposta como Popper, é critério de distinção entre os sistemas empíricos (ou científicos) e os metafísicos. Falseáveis, segundo Popper, são todos os enunciados empíricos, ou seja, são todos os enunciados que admitem refutação pela experiência. Cf. POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hegenberg e de Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1974. p. 27-50.

primeiras, e futuros ou desconhecidos, no caso das segundas.⁸ A esse ponto se voltará mais adiante, quando se estudar a possibilidade de que as regras se tornem desproporcionais em concreto.⁹

4.1.2 A derrotabilidade das generalizações

Um argumento é um conjunto de proposições, em que uma delas é chamada de conclusão e as demais são chamadas de premissas. Conforme a lógica clássica ou padrão, é possível que um argumento dedutivo seja válido ainda que tenha premissas falsas e uma conclusão falsa, ou tenha uma premissa falsa e uma conclusão verdadeira. Além disso, é possível que um argumento dedutivo tenha premissas verdadeiras e uma conclusão verdadeira e, mesmo assim, seja inválido. Mas, se um argumento dedutivo é formado exclusivamente por proposições verdadeiras, sendo sua conclusão verdadeira em todos os casos em que todas as suas premissas são verdadeiras, então só é possível que esse argumento seja válido. Disso decorre que, se as premissas de um argumento dedutivo válido são verdadeiras, sua conclusão não pode ser falsa.¹⁰

Tanto as premissas quanto a conclusão de um argumento expressam uma informação, que corresponde ao significado dessas proposições. A conclusão de um argumento dedutivo válido meramente enuncia de modo explícito ou reformula a informação contida nas premissas desse argumento.¹¹ Em outras palavras, se um argumento dedutivo é válido, então não há nenhuma informação contida em sua conclusão que já não esteja contida em suas premissas.¹²

Nesse sentido, a adição de nova informação às premissas de um argumento válido, ou a adição de novas premissas a um argumento válido, tão somente aumenta a quantidade de

⁸ Cf., acerca da noção de casos – ou experiências – recalcitrantes, SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 39.

⁹ Cf. seção 4.2.3.

¹⁰ Cf., acerca dos conceitos de validade e de verdade lógicas, COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1974. p. 38-40.

¹¹ SALMON, Wesley C. **Lógica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e de Octanny Silveira da Mota. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973. p. 30. Para uma refutação dessa ideia, cf. HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e de Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Ed. UNESP, 2002. p. 38-39.

¹² A ideia segundo a qual as premissas de um argumento válido contêm toda a informação expressa pela conclusão desse argumento é explicada por Jaap C. Hage por meio de sua “metáfora do contêiner”. De acordo com Hage, as premissas de um argumento, tomadas em conjunto, formam um contêiner cheio de informação. Para que um argumento seja válido, assim, toda a informação expressa por sua conclusão deve estar dentro desse contêiner. Cf. HAGE, Jaap C. **Reasoning with rules: an essay on legal reasoning and its underlying logic**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997. p. 3, 246.

informação contida nas premissas desse argumento, não o tornando inválido.¹³ Ou seja: se uma conclusão C pode ser validamente inferida de um conjunto de premissas P_1 , então C também pode ser validamente inferida de um conjunto de premissas P_2 , resultante do acréscimo de premissas ou de informação a P_1 .¹⁴

A adição de premissas a um argumento dedutivo, portanto, não altera o valor de verdade de suas premissas originais. Isso significa que, se as premissas originais de um argumento são verdadeiras, a adição, a elas, de nova informação não as torna falsas. Conseqüentemente, a adição de informação às premissas de um argumento válido não altera o valor de verdade de sua conclusão. Isso significa que, se as premissas originais de um argumento válido são verdadeiras, a adição, a elas, de nova informação não torna falsa a conclusão desse argumento.¹⁵

As generalizações, na medida em que descrevem uma relação de causalidade ou de implicação entre duas proposições, podem ser formalizadas mediante uma proposição condicional ou hipotética – se p , então q . As generalizações não universais e as universais por razões empíricas, como visto, são falseáveis, isto é, podem ser refutadas por uma informação adicional, referente às circunstâncias de um caso recalcitrante. Assim, no que concerne a essas generalizações, a ideia segundo a qual nova informação não pode tornar falsa a conclusão de um argumento válido composto de premissas verdadeiras é problemática. Considere-se, por exemplo, o seguinte caso. Um agente tem de decidir se uma ave, denominada Tweety, voa ou não. Imagine-se então que esse agente, ignorando o fato de que Tweety é um pinguim, decida que ele voa, com base na generalização “aves voam”, estatisticamente justificável. Tal decisão deve ser mantida após a obtenção, por esse agente, da informação de que Tweety é um pinguim?

Por razões didáticas, o caso de Tweety pode ser decomposto em dois silogismos hipotéticos mistos.¹⁶ O primeiro é o formado pela generalização não espúria “aves voam”, pelo caso “Tweety é uma ave” e pela conclusão “Tweety voa”. Conforme a linguagem da lógica de predicados, é possível formalizar esse argumento da seguinte maneira (sendo x uma variável

¹³ Cf. HAGE, Jaap C. **Reasoning with rules: an essay on legal reasoning and its underlying logic**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997. p. 4.

¹⁴ Essa ideia expressa o caráter monotônico da lógica clássica. Cf. SARTOR, Giovanni. Defeasibility in legal reasoning. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (Ed.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 113-114.

¹⁵ Cf. HAGE, loc. cit.

¹⁶ Silogismo é um argumento dedutivo em que uma conclusão é inferida de duas premissas, uma maior e outra menor. Os silogismos hipotéticos mistos são aqueles em que a premissa menor é uma proposição categórica e a premissa maior é uma proposição condicional ou hipotética – isto é, composta de uma proposição antecedente e de uma proposição conseqüente. Nos silogismos hipotéticos mistos que apresentam a forma válida *modus ponens*, a proposição antecedente da proposição condicional é afirmada pela premissa menor (categórica), enquanto a proposição conseqüente é afirmada pela conclusão. Cf. COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1974. p. 214-216.

individual, A e F constantes de predicados que simbolizam, respectivamente, as propriedades de ser uma ave e de voar e t uma constante individual que simboliza Tweety):

- (1) $\forall x(Ax \rightarrow Fx)$
- (2) At
- (3) Ft (1), (2), M. P.¹⁷

O segundo silogismo é o formado pela generalização não espúria “pinguins não voam”, pelo caso “Tweety é um pinguim” e pela conclusão “Tweety não voa”. Esse argumento, por sua vez, pode ser formalizado assim (sendo P uma constante de predicado que simboliza a propriedade de ser um pinguim):

- (1) $\forall x(Px \rightarrow \neg Fx)$
- (2) Pt
- (3) $\neg Ft$ (1), (2), M. P.

A conclusão do segundo argumento silogístico é, como se vê, a negação da conclusão do primeiro. Da conjunção das premissas de ambos os argumentos, assim, resulta uma conclusão formada por duas proposições antagônicas: “Tweety voa” e “Tweety não voa”. Numa formalização:

- (1) $\forall x(Ax \rightarrow Fx) \wedge (Px \rightarrow \neg Fx)$
- (2) $At \wedge Pt$
- (3) $Ft \wedge \neg Ft$ (1), (2), M. P.

Tal conclusão, evidentemente, não pode ser aceita. É necessário que, dentre as proposições “Tweety voa” (Ft) e “Tweety não voa” ($\neg Ft$), uma seja escolhida. Dada a informação adicional de que Tweety é um pinguim, pode-se cogitar da adoção da conclusão de que Tweety não voa. A rejeição, porém, da conclusão de que Tweety voa contraria a ideia segundo a qual uma conclusão, inferida de forma válida na ausência de determinada informação, não pode abandonada em favor da adoção de outra conclusão, inferida de forma válida na presença dessa informação. Em outras palavras, a substituição da conclusão do

¹⁷ A sigla M. P. significa “*modus ponens*” e, no argumento em questão, indica que a conclusão (3) é validamente deduzida das premissas (1) e (2) por essa regra de inferência.

primeiro silogismo pela conclusão do segundo silogismo, embora intuitivamente aceitável, importa, na perspectiva da lógica clássica ou monotônica, um problema relacionado à formalização do raciocínio.¹⁸

Uma possível solução para esse problema consiste na revisão da premissa maior do silogismo acima ($\forall x(Ax \rightarrow Fx) \wedge (Px \rightarrow \neg Fx)$), de maneira que as proposições condicionais que a compõem sejam combinadas entre si.¹⁹ Subjacente a essa solução está a ideia de que a generalização não espúria “aves voam”, se representada por meio da fórmula “todas as aves voam” ($\forall x(Ax \rightarrow Fx)$), é falsa ou incorreta, dado o fato de que Tweety, sendo um pinguim e, portanto, uma ave, não é capaz de voar. Por isso, tal generalização deve ser reformulada, mediante a introdução, nela, da exceção “pinguins não voam”, que descreve, para uma generalidade de casos, a relação de implicação existente no caso recalcitrante “Tweety é um pinguim”. Isso porque, se se utiliza a fórmula “todas as aves que não sejam pinguins voam” ($\forall x(Ax \wedge \neg Px) \rightarrow Fx$) ou a fórmula “todas as aves que sejam pinguins não voam” ($\forall x(Ax \wedge Px) \rightarrow \neg Fx$) como premissa maior de um argumento dedutivo em cuja premissa menor figura o caso “Tweety é uma ave e é um pinguim”, torna-se possível adotar a conclusão “Tweety não voa” sem desconsiderar o caráter monotônico da lógica clássica. Ou seja:

- (1) $\forall x(Ax \wedge Px) \rightarrow \neg Fx$
- (2) $At \wedge Pt$
- (3) $\neg Ft$ (1), (2), M. P.

Como se percebe, a reformulação de uma generalização para que, nela, seja introduzida uma exceção permite que a conclusão decorrente da subsunção de um caso recalcitrante a essa generalização seja trocada pela conclusão decorrente da subsunção do mesmo caso a tal exceção, isto é, a outra generalização. Assim, metaforicamente, pode-se dizer que a adição de uma exceção a uma generalização leva sempre à “derrota” dessa generalização para outra generalização.

Tanto a noção de derrota quanto a de derrotabilidade pressupõem o falseamento de uma generalização por um caso particular. Porém, não se confundem. A primeira se refere à situação

¹⁸ Cf. BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía*, Ciudad de México, n. 13, p. 92, oct. 2000.

¹⁹ Cf. BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 62-68, jan./jun. 2011. Outra possível solução consiste na adoção, para a representação do raciocínio, de um modelo lógico não monotônico. Para um estudo sobre lógica não monotônica no âmbito da inteligência artificial, cf., por exemplo, POLLOCK, John L. Defeasible reasoning. *Cognitive Science*, Norwood, v. 11, p. 481-518, Oct. 1987.

de efetiva criação, para uma generalização, de uma exceção. Já a segunda consiste na possibilidade de que uma generalização seja excepcionada. Nesses termos, pode-se dizer que, enquanto a derrota de uma generalização existe em ato, a derrotabilidade existe em potência.²⁰ Em outras palavras, enquanto a derrota de uma generalização é contingente, a derrotabilidade dela é necessária. Disso decorre a possibilidade de haver uma generalização derrotável – isto é, sujeita a ser excepcionada,²¹ em virtude do surgimento de um caso recalitrante – não derrotada – ou seja, não excepcionada.

4.2 Regras e derrotabilidade

A noção de derrotabilidade, no âmbito do direito, é empregada para se referir a problemas os mais diversos. É possível falar, por exemplo, em derrotabilidade dos conceitos jurídicos, derrotabilidade da argumentação jurídica, derrotabilidade de pretensões jurídicas (ou derrotabilidade processual) e derrotabilidade das normas jurídicas.²² Apesar da relação que possa haver entre os diferentes tipos de derrotabilidade no direito, esta seção visa a estudar um conceito estrito de derrotabilidade normativa: o de derrotabilidade das regras. Tal conceito, como se verá, será o ponto de partida para a discussão sobre a possibilidade de que colisões entre regras e princípios, qualificados como mandamentos definitivos e mandamentos de otimização, respectivamente, sejam resolvidas por meio da realização destes em vez da realização daquelas.

²⁰ Cf., acerca dos conceitos de ato e de potência, ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969. p. 190-205.

²¹ Generalização derrotável é toda aquela sujeita a exceções, não enumeráveis exaustivamente de antemão. As generalizações, quando derrotáveis, podem ser representadas por meio de proposições condicionais ou hipotéticas – “se p , então q ” – que expressam não a ideia de que a proposição antecedente p é condição suficiente para a proposição consequente q , mas a ideia de que p , apenas se acompanhada de um conjunto de pressupostos, é condição suficiente para q . Assim, advindo uma circunstância r que falseia algum desses pressupostos, q pode não se seguir. Cf. ALCHOURRÓN, Carlos E. On law and logic. **Ratio Juris**, Oxford, v. 9, n. 4, p. 340, Dec. 1996. As generalizações derrotáveis, portanto, podem ser formalizadas mediante condicionais que não obedecem ao seguinte esquema de inferência: de “se q , então p ” decorre que “se p e r , então q ”. Cf. *Ibid.*, p. 341. Em outras palavras, elas podem ser formalizadas de maneira que não satisfaçam à chamada “regra do reforço do antecedente”, segundo a qual, se uma proposição, antecedente, implica outra proposição, consequente, essa relação de implicação deve ser mantida mesmo quando se adicionam novas proposições à antecedente. Cf. NAVARRO, Pablo; RODRÍGUEZ, Jorge. Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. **Isonomía**, Ciudad de México, n. 13, p. 62, oct. 2000.

²² Para uma análise dos diferentes sentidos atribuídos ao conceito de derrotabilidade jurídica, cf. CHIASSONI, Pierluigi. Defeasibility and legal indeterminacy. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (Ed.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 160-181; RODRÍGUEZ, Jorge L.; SUCAR, Germán. Las trampas de la derrotabilidad: niveles de análisis de la indeterminación del derecho. **Doxa**, Alicante, v. 2, n. 21, p. 403-420, 1998.

4.2.1 Princípios como razões para regras

Os princípios são fundamentos ou razões para regras.²³ Isso significa que da aplicação de um princípio a um caso concreto – seja como uma razão *prima facie*, seja como uma razão definitiva – sempre resulta a criação de uma regra, que expressa e universaliza a solução desse caso particular, tornando-a aplicável a casos cujas possibilidades fáticas e jurídicas sejam iguais.²⁴

Os princípios são, usualmente, razões *prima facie*. Um princípio será uma razão *prima facie*, como visto, quando colidir com uma norma – princípio ou regra.²⁵ Conforme a já mencionada lei de colisão, “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.²⁶ Como as colisões entre princípios só podem ser solucionadas por meio da fixação de uma relação de precedência condicionada entre eles, pode-se dizer que, todas as vezes que houver uma colisão entre princípios – e, por conseguinte, todas as vezes que um princípio for aplicado como uma razão *prima facie* –, haverá, nos termos da lei de colisão, a criação de uma regra.²⁷

Mas os princípios também podem ser razões definitivas. Um princípio será uma razão definitiva quando as possibilidades jurídicas do caso concreto forem ideais, ou seja, quando não colidir nem com um princípio nem com uma regra. Um princípio que se comporta como uma razão definitiva deve ser aplicado diretamente ao caso, por subsunção, pois não pode ser objeto de um sopesamento. Além disso, deve ser aplicado como um mandamento de maximização, isto é, em toda a sua extensão, já que não pode ser restringido. As regras, como visto, só podem ser aplicadas por subsunção e ser realizadas em toda sua extensão. Diante disso, é possível afirmar que a decisão que determina a aplicação de um princípio como uma razão definitiva corresponde a uma norma que tem a estrutura de uma regra. Consequentemente, é possível

²³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 107-108.

²⁴ A ideia de que de todo caso solucionado por meio da aplicação de um princípio é possível extrair uma regra satisfaz a máxima da “universalizabilidade”, que corresponde a uma das regras básicas do discurso prático geral e pode ser formulada assim: “Todo orador precisa afirmar apenas aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso que esteja disposto a afirmar nos mesmos termos para todo caso que se assemelhe ao caso dado em todos os aspectos relevantes.” (Id. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 188).

²⁵ Cf., acerca da natureza das razões fornecidas pelos princípios para a solução de casos concretos, seção 2.2.2.

²⁶ ALEXY, 2008, op. cit., p. 99.

²⁷ Cf., sobre a possibilidade de se formular os resultados das colisões entre princípios como regras, CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009. p. 180-182.

afirmar que da aplicação de um princípio como uma razão definitiva também resulta a criação de uma regra, cujo suporte fático são as condições de tal caso e cuja consequência jurídica é a prescrita por esse princípio.

Foi visto anteriormente que a proporcionalidade é a forma pela qual os princípios são aplicados. Os princípios só podem ser aplicados por proporcionalidade, isto é, segundo as sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Na medida em que a aplicação de um princípio implica necessariamente a criação de uma regra, pode-se dizer o seguinte: todas as vezes que um princípio for aplicado, o exame de proporcionalidade deverá ser aplicado e, como desdobramento disso, uma regra, proporcional em sentido amplo, deverá ser criada.

4.2.2 A proporcionalidade em abstrato: regras como generalizações

As regras podem ser concretas ou gerais-abstratas.²⁸ As regras concretas expressam a solução de um caso concreto específico. Correspondem, tipicamente, a decisões do Poder Judiciário – uma sentença judicial, por exemplo – e são o resultado, principalmente, de colisões entre princípios concretas. Já as regras gerais-abstratas expressam a solução de um número indeterminado de casos, ou de um conjunto de casos. Dizem respeito, tipicamente, a decisões do Poder Legislativo – uma lei, por exemplo – e são o produto, principalmente, de colisões entre princípios abstratas.²⁹

Tanto as regras concretas quanto as gerais-abstratas devem ser proporcionais em sentido amplo para que sejam materialmente legítimas e possam ser válidas. Isso não significa, porém, que estas e aquelas devam ser proporcionais da mesma maneira. Uma regra concreta expressa a solução de um caso específico. Será materialmente legítima, assim, na medida em que for “proporcional em concreto”, isto é, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito à luz das circunstâncias de um caso particular. Mas uma regra geral-abstrata expressa a solução de uma generalidade de casos. Será materialmente legítima, então, na medida em que for

²⁸ Alexy chama as regras concretas de “juízos concretos de dever-ser” e de “regras individuais”. Já as regras gerais-abstratas são também chamadas, por ele, de “regras universais”. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87-88 (nota de rodapé n. 11), 107.

²⁹ Cf., acerca dos conceitos de colisão entre princípios concretas e de colisão entre princípios abstratas, seção 2.2.3. O emprego do advérbio “principalmente”, aqui, se justifica pelo fato de que as regras são o resultado não apenas de colisões entre princípios – isto é, de casos nos quais os princípios são razões *prima facie* –, mas também de casos nos quais os princípios são razões definitivas. Nesse sentido, as regras concretas e as regras gerais-abstratas, embora quase sempre decorram, respectivamente, de colisões entre princípios concretas e de colisões entre princípios abstratas, também podem resultar da aplicação de um princípio que, no caso concreto, se apresenta como uma razão definitiva.

“proporcional em abstrato”, ou seja, adequada em determinado número de casos, necessária em determinado número deles e proporcional em sentido estrito em determinado número deles.

Portanto, diferentemente das regras concretas, as regras gerais-abstratas, para que sejam proporcionais, devem ser “adequadas em abstrato”, “necessárias em abstrato” e “proporcionais em sentido estrito em abstrato”. Mas, uma regra tem de ser adequada em quantos casos, para que seja adequada em abstrato? E necessária, para que seja necessária em abstrato? E proporcional em sentido estrito, para que seja proporcional em sentido estrito em abstrato? Para cada uma dessas questões, é possível imaginar, pelo menos em teoria, três respostas básicas. Em outras palavras, é possível entender que uma regra só será adequada em abstrato se for adequada (a) em todos os casos que a ela se subsumem; (b) na maioria deles, pelo menos; ou (c) em alguns casos relevantes, pelo menos, mesmo que correspondam à minoria dos casos que a ela se subsumem.³⁰ De modo análogo, é possível entender que uma regra só será necessária em abstrato se for necessária (a) em todos os casos que a ela se subsumem; (b) na maioria deles, pelo menos; ou (c) em alguns casos relevantes, pelo menos, mesmo que minoritários.³¹ Por fim, é possível entender que uma regra só será proporcional em sentido estrito em abstrato se for proporcional em sentido estrito (a) em todos os casos que a ela se subsumem; (b) na maioria deles, pelo menos; ou (c) em alguns casos relevantes, pelo menos, mesmo que minoritários.³²

Qualquer que seja a interpretação dada aos testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, o certo é que a proporcionalidade de uma regra geral-

³⁰ A esse respeito, Humberto Ávila, como “hipótese provisória de trabalho”, afirma o seguinte: “[...] nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos – por exemplo, quando edita atos normativos – a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 190). Assim, segundo Ávila, para que uma regra geral-abstrata seja adequada, deve-se exigir que ela seja adequada não em todos os casos, mas na maioria deles. Laura Clérico parece adotar posição semelhante, quando afirma que “[...] o meio é adequado quando contribui para a realização do fim de forma abstrata. Em princípio, não se exige o alcance efetivo do fim em cada caso individual.” (CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009. p. 65, tradução nossa).

³¹ No que se refere à avaliação da existência de uma medida alternativa menos desvantajosa para o princípio afetado, tanto Laura Clérico quanto Carlos Bernal Pulido sustentam que uma medida geral-abstrata será necessária se for menos gravosa do que a medida alternativa “em média”, isto é, na maioria dos casos particulares. Para Clérico, “No que diz respeito a medidas estatais gerais não teria o legislador (ou, se for o caso, o administrador) nenhuma outra solução que uma ‘global’ [...]. Se se encontra um meio alternativo, resta o meio estabelecido como o menos gravoso quando este é, em comparação com o alternativo, ‘em média’ o menos lesivo.” (CLÉRICO, op. cit., p. 129, tradução nossa). Já, para Bernal Pulido, “[...] o meio mais benigno será aquele que em média, ou seja, em uma generalização de casos possíveis, na maioria dos casos ou em um caso normal, afete com menor intensidade o direito fundamental.” (BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 756, tradução nossa).

³² Cf., sobre a chamada “ponderação geral”, isto é, sobre o sopesamento que leva em consideração a maior parte dos casos que se subsumem a uma regra geral-abstrata para examinar sua proporcionalidade em sentido estrito, CLÉRICO, op. cit., p. 208.

abstrata deve sempre poder ser justificada por certo número de casos individuais. Uma regra geral-abstrata cuja adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito não é confirmada estatisticamente deve ser declarada inválida, pois é desproporcional em sentido amplo.

Como já assinalado, é possível chamar as generalizações que têm uma base científica ou estatística sólida de não espúrias, e as generalizações que não a têm de espúrias. Se determinada quantidade de casos é suficiente para corroborar o conteúdo de uma generalização, então ela é não espúria; em caso contrário, ela é espúria. Nesse sentido, as regras proporcionais em abstrato – isto é, as regras cuja proporcionalidade está sujeita a uma confirmação por certo número de casos particulares – podem ser classificadas como generalizações não espúrias, enquanto as regras desproporcionais em abstrato – ou seja, as regras cuja proporcionalidade em sentido amplo não é justificável estatisticamente – podem ser classificadas como generalizações espúrias.

4.2.3 A desproporcionalidade em concreto: o problema da sobreinclusão

Uma regra, para que seja considerada proporcional em abstrato, tem de expressar uma solução ótima para um conjunto de casos. Uma regra proporcional em abstrato, porém, não necessariamente expressa uma solução ótima para todos eles. Como assinalado acima, os testes do exame de proporcionalidade, no que diz respeito ao número de casos exigido para que uma regra possa ser definida como materialmente legítima, comportam três interpretações, das quais uma é mais rigorosa do que as outras. As versões menos rigorosas dos testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito não condicionam a proporcionalidade em abstrato de uma regra à sua proporcionalidade em todos os casos individuais. De acordo com tais versões, é suficiente, para que uma regra seja classificada como proporcional, que ela seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito em alguns casos – majoritários ou minoritários. Mas, se isso é assim, então é possível que uma regra, proporcional em abstrato, não seja proporcional à luz das circunstâncias de um caso particular. Ou seja: é possível que ela expresse uma solução ótima para uma generalidade de casos, mas não o expresse para alguns casos, ou para um caso específico.

Portanto, é possível que uma regra, definida como proporcional em abstrato pelas versões menos rigorosas dos testes da proporcionalidade, não seja proporcional em cada um dos casos que a ela se subsumem. Em outras palavras, é possível que ela se revele, em alguns casos que preenchem seu suporte fático, desproporcional em concreto. Uma regra que se torna

desproporcional em concreto pode ser chamada de “sobreinclusiva”, pois inclui em seu suporte fático até mesmo casos particulares nos quais se mostra inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Nesse sentido, todas as regras classificadas como proporcionais em abstrato de acordo com as versões menos rigorosas dos testes da proporcionalidade estão sujeitas a, em alguma ocasião, ser chamadas de sobreinclusivas, dada a possibilidade de que se tornem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais em sentido estrito à luz das circunstâncias de um caso particular. Esse ponto pode ser mais bem compreendido com o auxílio de alguns exemplos. A seguir, analisam-se três casos hipotéticos de sobreinclusão de uma mesma regra.

Imagine-se uma regra cujo enunciado seja o seguinte: “É proibido o consumo de produtos derivados do tabaco em ambientes coletivos fechados”.³³ Examine-se a adequação dessa regra. O teste da adequação importa investigar a existência de uma relação entre um meio e um fim legítimo. Se a medida adotada fomentar, em algum grau, a realização do fim, será adequada; em caso contrário – isto é, se a medida não fomentar minimamente o fim –, não o será. É possível considerar que a regra aqui utilizada como exemplo é adequada? Parece evidente que sim, uma vez que a medida adotada é claramente idônea para fomentar o fim legítimo por ela buscado – a proteção da saúde contra os malefícios decorrentes do “fumo passivo”, isto é, da exposição à fumaça do tabaco. Suponha-se, no entanto, a existência de um tipo específico de produto derivado do tabaco cujo consumo gera uma fumaça que, comprovadamente, não causa nenhum mal à saúde de quem a respira.³⁴ Proibir o consumo desse produto derivado do tabaco em ambientes coletivos fechados é uma medida adequada? A resposta é negativa, uma vez que, nessa situação específica, a medida não promove, em nenhum grau, o fim legítimo de reduzir os danos causados à saúde pelo fumo passivo. Diante disso, é possível dizer que a regra é adequada em abstrato, mas é inadequada em concreto. Ou seja: ela é sobreinclusiva, pois é aplicável a pelo menos um caso no qual se mostra inadequada e, por conseguinte, desproporcional.

³³ Essa regra, embora hipotética, é semelhante à que consta do art. 2º da lei n. 9.294/96, com a redação que a ele foi dada pela lei n. 12.546/2011. Nos termos dessa regra, “É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público.” (BRASIL. Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jul. 1996. p. 13074. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19294.htm>. Acesso em: 06 jul. 2017).

³⁴ Esse caso é meramente hipotético. A questão de saber se um produto derivado do tabaco pode, de fato, produzir uma fumaça não tóxica não será analisada aqui. Para o propósito desta análise – que é o de facilitar a compreensão do ponto abordado (o problema da sobreinclusão das regras) –, isso não é necessário.

Investigue-se, agora, a necessidade da regra. O teste da necessidade implica uma comparação entre a medida adotada e as medidas alternativas eventualmente existentes. A medida adotada será necessária se não houver nenhuma medida alternativa que seja, ao mesmo tempo, pelo menos igualmente adequada para fomentar o fim buscado e menos desvantajosa para o princípio afetado. A proibição do consumo de produtos derivados do tabaco em ambientes coletivos fechados é uma medida necessária? Responder a essa questão demanda uma pesquisa sobre medidas alternativas – sua existência e seu grau de eficiência – que, considerando-se os limites e os propósitos desta análise, não pode ser feita aqui. A despeito disso, é possível afirmar que a medida parece ser necessária. Isso porque, mesmo que possa haver medidas alternativas menos desvantajosas para os princípios afetados pela medida adotada, é difícil imaginar a existência de uma medida alternativa que seja pelo menos tão adequada quanto ela para promover o fim buscado. Por exemplo, permitir, em ambientes coletivos fechados, o consumo de produtos derivados do tabaco apenas no interior dos chamados “fumódromos” – áreas reservadas para fumantes – é uma medida alternativa que, embora possa afetar em menor intensidade alguns princípios – e, entre eles, especialmente o princípio da liberdade individual (dos fumantes) –, não é tão eficiente quanto a medida adotada. E isso, entre outras razões, porque os fumódromos não impedem, completamente, a exposição do ambiente à fumaça do tabaco.³⁵ Feitas essas considerações, imagine-se haver, em determinado ambiente coletivo fechado, um fumódromo que seja, por uma característica especial sua, comprovadamente capaz de evitar a contaminação do ambiente pela fumaça do tabaco.³⁶ Nesse cenário, é possível afirmar que a medida é desnecessária em concreto, a despeito de ser necessária em abstrato. Em outras palavras, ela é sobreinclusiva, pois inclui em seu suporte fático pelo menos um caso particular no qual é desnecessária e, por conseguinte, desproporcional em sentido amplo.

Analise-se, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito da regra. O teste da proporcionalidade em sentido estrito importa um sopesamento entre o princípio fomentado pela medida e o princípio em cujo âmbito de proteção ela intervém. Uma medida será proporcional

³⁵ “Não há nível seguro de exposição à fumaça de tabaco, e conceitos como o de valor tolerável de toxicidade do tabagismo passivo devem ser rejeitados, pois contradizem evidências científicas [...]. Ventilação, filtragem do ar e uso de áreas reservadas para fumantes (dotadas ou não de sistemas de ventilação separados) têm se mostrado repetidamente ineficientes, e há evidências conclusivas, ou de qualquer maneira científicas, de que medidas técnicas não protegem contra a exposição à fumaça do tabaco.” (WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Framework Convention on Tobacco Control**. Geneva: WHO, 2013. p. 20. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80510/1/9789241505185_eng.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017, tradução nossa).

³⁶ Esse caso, assim como o anterior, é meramente hipotético. Tendo em vista o propósito desta análise, não há necessidade de se discutir, neste trabalho, a questão de saber se fumódromos podem, de fato, impedir a poluição do ambiente pela fumaça do tabaco.

em sentido estrito se o peso do princípio que a fundamenta for maior do que o do princípio que a ela se opõe. A proibição do consumo de produtos derivados do tabaco em ambientes coletivos fechados é uma medida proporcional em sentido estrito? Responder a essa questão pressupõe: num primeiro passo, definir o peso dos princípios por ela fomentados – como, por exemplo, o princípio que assegura o direito à saúde –; num segundo passo, definir o peso dos princípios por ela afetados – como, por exemplo, os princípios que protegem a liberdade individual (dos fumantes) e a livre iniciativa –; e, num terceiro passo, examinar se o peso dos princípios fomentados por essa medida é maior, igual ou menor do que o peso dos princípios por ela afetados. Apesar dos limites da presente análise, parece ser possível afirmar que a medida é proporcional em sentido estrito. Isso porque, embora o grau de não realização dos princípios por ela afetados não seja pequeno, a importância da realização do princípio que protege o direito à saúde também não é pequena, dada a gravidade dos danos causados à saúde pelo fumo passivo. Dito isso, imagine-se que um ambiente coletivo fechado se destine à realização de determinado culto religioso. Mais do que isso, imagine-se que o consumo de produtos derivados do tabaco seja parte importante dos rituais desse culto.³⁷ Nesse caso, a medida é proporcional em sentido estrito? É possível dizer que não, considerando-se o peso que, nessa situação específica, terá o princípio que assegura a liberdade religiosa. Consequentemente, é possível dizer que a regra é sobreinclusiva, pois, a despeito de ser proporcional em sentido estrito em inúmeros casos, é desproporcional em sentido estrito – e em sentido amplo – nesse caso particular.

A falseabilidade, como já mencionado, consiste na possibilidade de que uma generalização seja refutada quando submetida a prova. Falseável é toda generalização cujo conteúdo está sujeito a ser refutado pela experiência, isto é, por casos recalcitrantes. Como visto, as regras classificadas como proporcionais em abstrato pelas versões menos rigorosas dos testes do exame de proporcionalidade estão sujeitas a se tornar sobreinclusivas ou desproporcionais em casos particulares. Diante disso, pode-se dizer que elas caracterizam generalizações falseáveis, já que podem se tornar falsas – ou sobreinclusivas – em virtude de casos recalcitrantes.

³⁷ A esse respeito, o Decreto n. 8.262/2014, que regulamenta a já mencionada lei n. 9.294/96, exclui, da proibição de consumo de produtos fumígenos em ambientes coletivos fechados, públicos ou privados, “[...] os locais de cultos religiosos de cujos rituais o uso do produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, faça parte.” (BRASIL. Decreto n. 8.262, de 31 de maio de 2014. Altera o Decreto n. 2.018, de 1º de outubro de 1996, que regulamenta a Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 02 jun. 2014. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8262.htm>. Acesso em: 06 jul. 2017).

Recapitulando, tanto as generalizações não universais quanto as universais por razões empíricas são falseáveis. A diferença entre tais generalizações reside no fato de que, enquanto estas ainda não foram falseadas quando submetidas a prova, aquelas já o foram. Em outras palavras, enquanto os casos que falseiam as generalizações não universais são atuais ou conhecidos, os que falseiam as generalizações universais por razões empíricas são futuros ou desconhecidos.

Nesse sentido, as regras definidas como proporcionais em abstrato pelas versões menos rigorosas dos testes da proporcionalidade podem ser divididas em duas categorias: as atualmente sobreinclusivas e as potencialmente sobreinclusivas. As regras atualmente sobreinclusivas são as que já se tornaram desproporcionais em algum caso concreto. Podem ser classificadas, dessa maneira, como generalizações não universais. Por exemplo, um produto derivado do tabaco cujo consumo gera uma fumaça não tóxica torna inadequada a regra que proíbe o consumo de produtos derivados do tabaco em ambientes coletivos fechados. Assim, se esse produto derivado do tabaco realmente existir, a regra será sobreinclusiva, pois haverá pelo menos um caso concreto, entre os que a ela se subsumem, no qual será inadequada e, por conseguinte, desproporcional em sentido amplo.

Já as regras potencialmente sobreinclusivas são as que ainda não se tornaram desproporcionais em nenhum caso concreto. Podem ser definidas, então, como generalizações universais por razões empíricas. As generalizações desse tipo, diferentemente das generalizações universais por razões de definição, são universais sempre de modo contingente. A razão é simples e já foi exposta anteriormente: a conclusão de que uma generalização é universal por razões empíricas se baseia numa percepção atual do mundo atual. Mas essa percepção, ao longo do tempo, pode se modificar, e uma generalização que antes era considerada universal pode deixar de sê-lo. Além disso, o próprio mundo empírico pode se modificar, falseando o conteúdo dessa generalização. Sendo assim, nada garante que uma generalização que hoje é considerada universal por razões empíricas o será amanhã. Ou seja: sempre é possível que um caso recalcitrante, outrora ignorado ou inexistente, surja e torne uma generalização até então definida como universal por razões empíricas equivalente àquelas que, de antemão, são classificadas como não universais.³⁸ Dessa maneira, uma regra que atualmente

³⁸ Como afirma Schauer, “Em parte porque os seres humanos são falíveis, em parte porque possuem um conhecimento imperfeito de um futuro em transformação, em parte porque o mundo mesmo é variável, as regras que se baseiam numa relação empírica entre generalização e justificação restam vulneráveis diante de descobrimentos ou fatos futuros que falseiam o que previamente era considerado uma verdade universal ou exclusiva. Portanto, até mesmo as regras que atualmente parecem não ser nem sub nem sobreinclusivas em relação às suas justificações subjacentes poderão o ser no futuro” (SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules:**

é proporcional tendo em vista todos os casos abrangidos por seu suporte fático pode se tornar sobreinclusiva futuramente, dada a possibilidade, sempre existente, do surgimento de um caso particular que a torna desproporcional. Para exemplificar, considere-se novamente a regra que proíbe o consumo de produtos derivados do tabaco em ambientes coletivos fechados: se tal norma não se mostrou inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito em nenhum dos casos que já preencheram seu suporte fático, então, em relação a tais casos, não é sobreinclusiva. Apesar disso, ela é potencialmente sobreinclusiva, dada a possibilidade ineliminável de que um caso individual, atualmente desconhecido ou inexistente, surja e a torne desproporcional em concreto.

Portanto, quando não são atualmente sobreinclusivas, as regras definidas como proporcionais em abstrato pelas versões menos rigorosas dos testes da proporcionalidade são potencialmente sobreinclusivas. Mesmo quando o suporte fático de uma regra caracteriza uma generalização universal, um caso recalcitrante pode surgir, tornando-a não universal ou sobreinclusiva.³⁹ Mas a sobreinclusão, atual ou potencial, não é uma propriedade exclusiva das regras definidas como proporcionais em abstrato pelas versões menos rigorosas dos testes do exame de proporcionalidade. Também as regras definidas como proporcionais em abstrato pela versão mais rigorosa dos testes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito podem se tornar desproporcionais em casos que a elas se subsumem e, assim, se revelar sobreinclusivas.

A versão mais rigorosa dos testes do exame de proporcionalidade, como visto, condiciona a proporcionalidade em abstrato de uma regra à sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito em todos os casos particulares. Isso significa que, segundo tal interpretação das sub-regras da proporcionalidade, uma regra só poderá ser considerada proporcional em abstrato se, à época de sua criação, caracterizar uma generalização universal por razões empíricas. Como assinalado acima, as generalizações universais por razões empíricas são falseáveis, dada a possibilidade, sempre existente, de que sejam infirmadas por casos particulares. Mas, se isso é assim, então uma regra, não sobreinclusiva no momento de sua criação, pode se revelar sobreinclusiva após esse momento, em virtude do surgimento de um caso recalcitrante. Ou seja: uma regra, definida como proporcional em abstrato de acordo com a versão mais rigorosa dos testes do exame de proporcionalidade, pode – à semelhança das

a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. New York: Oxford University Press, 2002. p. 35, tradução nossa).

³⁹ STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. p. 154.

regras definidas como proporcionais em abstrato de acordo com as versões menos rigorosas de tais testes – se tornar desproporcional num caso concreto. Suponha-se, por exemplo, que, no momento da criação de uma regra que proíbe o consumo de produtos derivados do tabaco em ambientes coletivos fechados, não houvesse nenhum caso de inadequação, de desnecessidade ou de desproporcionalidade em sentido estrito dela, mas, após a criação dessa norma, tivesse tido início a fabricação de um tipo de produto derivado do tabaco cujo consumo gera uma fumaça não prejudicial à saúde de quem a respira. Nesse cenário, pode-se dizer que tal regra, embora não fosse sobreinclusiva à época de sua criação, se tornou sobreinclusiva, em razão da superveniência de um caso em que é inadequada. Assim, apesar de ser proporcional em abstrato conforme a interpretação mais rigorosa dos testes da proporcionalidade, ela é tão sobreinclusiva quanto quaisquer outras cujos casos de inadequação, de desnecessidade ou de desproporcionalidade em sentido estrito são conhecidos desde o momento em que são criadas.

Concluindo, as regras proporcionais em abstrato – seja as assim definidas de acordo com as versões mais rigorosas dos testes da proporcionalidade, seja as assim definidas segundo a versão menos rigorosa de tais testes – são sempre ou atualmente sobreinclusivas ou potencialmente sobreinclusivas.⁴⁰ A indesejabilidade da consequência jurídica prevista por uma regra para um caso individual decorre do fato de ela ter se tornado inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito nesse caso. Na medida em que todas as regras proporcionais em abstrato podem se revelar desproporcionais em concreto ou “infelizes”, todas elas estão sujeitas a, em alguma ocasião, prescrever uma solução subótima para um caso concreto.

4.2.4 A derrotabilidade das regras

No suporte fático de uma norma estão descritas as condições materiais que, uma vez satisfeitas, ensejam, desde que essa norma seja válida, a produção de uma consequência jurídica – definitiva, no caso das regras, ou *prima facie*, no caso dos princípios. Sempre que o suporte fático de uma norma válida é preenchido, uma consequência jurídica é produzida. Há, portanto, uma relação de implicação entre o suporte fático de uma norma e a consequência jurídica por ela prevista. Essa relação de implicação permite representar as normas jurídicas por meio de

⁴⁰ Nesse sentido, Schauer afirma que as regras são sempre ou atualmente sobreinclusivas ou potencialmente sobreinclusivas em relação às suas justificações substantivas subjacentes. Cf. SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 34.

condicionais, ou seja, por meio de proposições que têm a seguinte estrutura: “se p , então q ” (em que p é uma proposição antecedente que simboliza o suporte fático de uma norma e q é uma proposição consequente que simboliza a consequência jurídica prescrita por essa norma).⁴¹

Se as normas jurídicas podem ser formalizadas mediante proposições condicionais, então o chamado “silogismo jurídico” – isto é, o argumento que resulta da subsunção de um caso concreto a uma norma jurídica – pode ser classificado como um silogismo hipotético misto. Um silogismo hipotético misto é uma espécie de argumento dedutivo em que uma conclusão é inferida de duas premissas: uma maior, e condicional, e outra menor, e categórica. Nos silogismos jurídicos, a conclusão corresponde a uma consequência jurídica, enquanto as premissas maior e menor correspondem, respectivamente, a uma norma jurídica e a um caso concreto.

Um silogismo jurídico é válido se, da subsunção de um caso concreto a uma norma, decorre a consequência jurídica prescrita por essa norma para tal caso. Ou seja: se o caso concreto afirma o suporte fático da norma, e a consequência jurídica deduzida afirma a consequência jurídica prevista por essa norma para tal caso, então o silogismo jurídico é válido.⁴²

No âmbito da lógica clássica ou monotônica, como mencionado, vale a regra segundo a qual a conclusão de um argumento dedutivo válido não pode deixar de ser adotada em virtude da adição, a suas premissas originais, de nova informação ou de novas premissas. No que diz respeito a um silogismo jurídico, tal regra implica o dever de adoção ou realização, pelo tomador de decisão, da consequência jurídica deduzida da subsunção de um caso concreto à norma que a prescreve.

A derrotabilidade, como visto, consiste na possibilidade de se excepcionar uma generalização, falseada por uma informação adicional – isto é, por um caso recalcitrante. A derrotabilidade se refere, portanto, a uma propriedade das generalizações falseadas. Ora, uma regra jurídica é falseada quando se torna inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito num caso concreto. Por consequência, pode-se dizer que uma regra caracterizará uma generalização derrotável sempre que se revelar sobreinclusiva ou desproporcional em concreto.⁴³

⁴¹ Cf., nesse sentido, MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 85 (grifo do autor): “Todas as normas jurídicas podem ser formuladas como frases com a estrutura *Se p, então q*, com a estipulação de que, sempre que ocorrerem certos fatos operativos, uma determinada consequência jurídica há de se seguir”.

⁴² Silogismo jurídico válido, assim, é aquele que está na forma *modus ponens*.

⁴³ Na medida em que todas as regras são atual ou potencialmente sobreinclusivas, todas elas são atual ou potencialmente derrotáveis.

Derrotáveis, assim, são as regras infelizes, ou seja, são as regras que expressam uma solução subótima para casos aos quais são aplicáveis. Dizer que uma regra expressa uma solução subótima para um caso equivale a dizer que a aplicação dessa regra leva a um resultado inferior ao que seria produzido se, no lugar dela, pudesse ser aplicado o exame de proporcionalidade. A proporcionalidade, como já ressaltado em diversas partes deste trabalho, constitui a forma de aplicação dos princípios. Como os princípios são razões ou fundamentos para regras, é possível afirmar o seguinte: sempre que um princípio for aplicado a um caso por proporcionalidade, uma regra, proporcional em sentido amplo – isto é, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito –, será criada. Assim, dizer que uma regra expressa uma solução subótima para um caso também equivale a dizer que a aplicação dessa regra leva a um resultado inferior ao que seria produzido se ela não existisse, ou seja, se tal caso pudesse ser solucionado por meio da aplicação de um princípio por proporcionalidade e, por conseguinte, por meio da criação de uma regra proporcional em sentido amplo.

Uma generalização é derrotada sempre que, para ela, é criada uma exceção. Quando um agente cria uma exceção para uma generalização, o faz visando a substituir uma conclusão, por ele deduzida na ausência de certa informação, por outra conclusão, que só pôde ser por ele deduzida depois da obtenção dessa informação. Reformular uma generalização para que, nela, seja introduzida uma exceção é, dessa maneira, um artifício cujo emprego permite contornar o dever, decorrente do caráter monotônico da lógica clássica, de adotar uma conclusão que se revelou falsa ou indesejada.

Nesse sentido, as regras serão derrotadas sempre que um tomador de decisão criar, para elas, uma exceção, com o objetivo de evitar a realização da consequência jurídica indesejada por elas prescrita para determinado caso. A derrotabilidade das regras, então, pode ser definida como a possibilidade de que uma regra, desproporcional sob as circunstâncias de um caso concreto, seja excepcionada, de maneira que o resultado subótimo, por ela prescrita para esse caso, não seja produzido.⁴⁴

A exceção criada para uma regra derrotada é sempre outra regra, decorrente da aplicação da proporcionalidade a um caso concreto específico. É, em outras palavras, uma regra

⁴⁴ Cf., nesse sentido, SCHAUER, Frederick. Is defeasibility an essential property of law? In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (Ed.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 77-81. A possibilidade de que regras jurídicas sejam excepcionadas por razões de otimização, justiça ou equidade também está presente, por exemplo, no conceito de “derrotabilidade implícita”, de Neil MacCormick (Cf. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e de Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 313-316), e no de “derrotabilismo”, de Richard Tur (Cf. TUR, Richard H. S. **Defeasibilism**. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 21, n. 2, p. 355-368, Sum. 2001).

proporcional em concreto. Para ilustrar esse ponto, recorra-se novamente à regra hipotética que proíbe o consumo de produtos derivados do tabaco em ambientes coletivos fechados. Um órgão julgador tem de decidir se um indivíduo – João – pode ou não consumir um produto derivado do tabaco – um cigarro – num ambiente coletivo fechado – um restaurante. Como há uma regra geral-abstrata que proíbe o consumo de (quaisquer) produtos derivados do tabaco em ambientes coletivos fechados, a conclusão que se pode inferir é a de que João está proibido de consumir o cigarro no restaurante. O argumento que contém essa conclusão pode ser representado da seguinte maneira (sendo x uma variável individual, P e C constantes de predicados que simbolizam, respectivamente, as propriedades de ser um produto derivado do tabaco e de ser consumido num ambiente coletivo fechado, F o operador deôntico de proibição e a uma constante individual que simboliza o cigarro em questão):

- (1) $\forall x(Px \rightarrow FCx)$
- (2) Pa
- (3) FCa (1), (2), M. P.

Imagine-se, porém, que o cigarro em questão produza, quando consumido, uma fumaça não prejudicial à saúde de quem a respira. Nesse caso, como já analisado, a regra se torna inadequada e, por conseguinte, desproporcional em concreto. Isso significa que, se tal norma for aplicada, será produzido um resultado subótimo. Para evitar esse resultado subótimo, a proporcionalidade teria de ser aplicada no lugar dessa regra sobreinclusiva. Sempre que se aplica a proporcionalidade a um caso concreto, cria-se uma regra, proporcional em sentido amplo, que expressa uma solução ótima para esse caso. Dessa maneira, se a proporcionalidade fosse aplicada ao caso ora analisado, seria criada uma regra (concreta), proporcional em concreto, cujo conteúdo seria a não proibição, em ambientes coletivos fechados, de produtos derivados do tabaco capazes de produzir uma fumaça não tóxica. Nessa hipótese, então, seria possível deduzir a conclusão de que João não está proibido de consumir o cigarro no restaurante. Esse raciocínio pode ser representado assim (sendo N uma constante de predicado que simboliza a propriedade de ser um produto derivado de tabaco cuja queima produz uma fumaça não tóxica):

- (1) $\forall x(Nx \rightarrow \neg FCx)$
- (2) Na
- (3) $\neg FCa$ (1), (2), M. P.

Como essa regra proporcional em concreto é uma exceção à regra que proíbe o consumo de produtos derivados do tabaco em ambientes coletivos fechados, da conjunção das premissas dos dois silogismos acima resulta um argumento cuja conclusão são duas consequências jurídicas antagônicas: João está proibido e João não está proibido de consumir o cigarro no restaurante. Em linguagem formal:

- (1) $\forall x(Px \rightarrow FCx) \wedge (Nx \rightarrow \neg FCx)$
- (2) $Pa \wedge Na$
- (3) $FCa \wedge \neg FCa$ (1), (2), M. P.

A regra que proíbe o consumo de produtos derivados do tabaco em ambientes coletivos fechados será derrotada se, de fato, a proporcionalidade for aplicada ao caso. Ou seja: ela será derrotada se a sua aplicação ao caso for impedida por uma regra proporcional em concreto, criada pelo tomador de decisão. Os casos de derrota de uma generalização geram, inevitavelmente, um problema de formalização do raciocínio. Uma possível solução para esse problema, no âmbito da lógica monotônica, consiste na reformulação da generalização derrotada, de maneira que a informação contida na generalização que a derrota (ou excepciona) seja a ela adicionada. Se, por exemplo, a premissa maior e condicional do silogismo acima for revista, para o fim de adicionar uma exceção à regra sobreinclusiva em questão, será possível adotar, no lugar da conclusão de que João está proibido de consumir o cigarro no restaurante (FCa), a conclusão de que João não está proibido de consumir o cigarro no restaurante ($\neg FCa$), sem que o caráter monotônico da lógica clássica seja desrespeitado. Numa formalização:

- (1) $\forall x(Px \wedge Nx) \rightarrow \neg FCx$
- (2) $Pa \wedge Na$
- (3) $\neg FCa$ (1), (2), M. P.

Como se percebe, a reformulação de uma regra para a adição, a seu suporte fático, de uma exceção permite que a consequência jurídica por ela prescrita para o caso concreto, indesejada, seja substituída pela consequência jurídica, desejada, prescrita pela exceção, isto é, por uma regra proporcional em concreto. Adicionar uma exceção ao suporte fático de uma regra, assim, é um expediente cujo emprego permite solucionar o problema lógico decorrente

da não aplicação, a um caso concreto, de uma regra válida e a ele aplicável.⁴⁵ Resta saber, no entanto, se esse expediente é compatível com o caráter definitivo das regras e, por conseguinte, com a distinção estrutural entre regras e princípios. Esse ponto será objeto de discussão no próximo capítulo.

4.3 Delimitando o conceito de derrotabilidade das regras

A derrotabilidade das regras, na forma como definida neste trabalho – ou seja, como a possibilidade de que, para o fim de se evitar a produção de um resultado indesejado, seja criada uma exceção para uma regra que, no caso concreto, se mostra inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito –, embora tenha pontos em comum com as figuras da textura aberta no âmbito do direito e da invalidade jurídica parcial, com elas não se confunde, como analisado abaixo.

4.3.1 Derrotabilidade e textura aberta

Herbert Hart foi o primeiro autor a associar, no âmbito da filosofia do direito, o problema da vaguidade das normas jurídicas ao fenômeno da textura aberta da linguagem.⁴⁶ Há, de acordo com Hart, dois tipos de casos: os claros, também chamados de fáceis, e os de penumbra, também chamados de difíceis.⁴⁷

⁴⁵ As normas jurídicas derrotáveis podem ser formalizadas por meio de proposições condicionais que não cumprem a chamada regra do reforço do antecedente. Cf., nesse sentido, ALCHOURRÓN, Carlos E. Condicionality and the representation of the legal norms. In: _____; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 271 (tradução nossa): “[...] a condição que a formalização das normas de obrigação condicional *prima facie* deve cumprir consiste na não satisfação da lei do reforço do antecedente.” A formalização das normas derrotáveis também pressupõe a não satisfação da regra do *modus ponens*. Nesse sentido, cf., por exemplo, Ibid., p. 272-273. Em sentido contrário, cf., por exemplo, MARANHÃO, Juliano. Defeasibility, contributory conditionals, and refinement of legal systems. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (Ed.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 59. Da impossibilidade de que as normas derrotáveis sejam formalizadas de maneira que satisfaçam a regra do reforço do antecedente decorre, segundo alguns autores, a necessidade de que, em substituição à lógica clássica, seja adotada uma lógica de caráter não monotônico, desenvolvida especificamente para representar a argumentação jurídica. Entre tais autores, cf., por exemplo, BROŽEK, Bartosz. **Defeasibility of legal reasoning**. Kraków: Zakamycze, 2004. p. 207-209. Cf., para uma análise sobre a utilidade e os limites da lógica não monotônica como modelo de representação da argumentação jurídica, PECZENIK, Aleksander. Jumps and logic in the law: what can one expect from logical models of legal argumentation? **Artificial Intelligence and Law**, Dordrecht, v. 4, p. 297-329, Sept. 1996.

⁴⁶ Cf. STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 2. O conceito de textura aberta, desenvolvido por Hart, foi originariamente concebido por Friedrich Waismann. Cf. WAISMANN, Friedrich. Verifiability. In: FLEW, A. G. N. (Ed.). **Logic and language**. Oxford: Basil Blackwell, 1951.

⁴⁷ “Todas as regras envolvem o reconhecimento ou a classificação de casos particulares como exemplos de termos gerais e, considerando tudo aquilo que nós aceitamos chamar uma regra, é possível distinguir casos centrais

Nos casos claros, não há dúvida sobre a aplicabilidade dos termos de um enunciado normativo. Um caso claro, na medida em que está situado no núcleo de significado das expressões gerais contidas no texto de uma regra, não exige, para que seja solucionado, a realização de uma escolha por parte do aplicador do direito. Sempre que há um caso fácil, há uma regra que lhe é aplicável de modo razoavelmente incontroverso. A tarefa de solucionar tal caso, assim, se resume à dedução e adoção da consequência jurídica prescrita por essa regra.⁴⁸

Se os casos claros preenchem nitidamente o suporte fático de uma regra, os casos de penumbra ou difíceis se caracterizam por uma incerteza acerca da aplicabilidade de uma regra. Os casos difíceis estão situados nas fronteiras do significado de um termo classificatório geral. Neles, a linguagem das regras oferece mais de uma resposta para o mesmo problema, guiando o aplicador do direito de um modo incerto. Por isso, de acordo com Hart, só podem ser solucionados por uma decisão que, mesmo quando não é arbitrária ou irracional, é sempre discricionária e criativa, pois resulta de uma escolha dentre as alternativas abertas por uma regra.⁴⁹

À semelhança do que ocorre com os casos recalcitrantes, o surgimento de casos de penumbra nunca pode ser completamente evitado. Sempre é possível que um caso concreto, não previsto no momento da criação de determinada regra, venha a se situar na “penumbra de dúvida” do significado de alguns dos termos empregados em seu enunciado.⁵⁰ Isso porque os termos gerais que compõem os enunciados normativos têm, necessariamente, uma textura aberta, proveniente da própria natureza da linguagem ordinária.⁵¹ Nesse sentido, as normas jurídicas, em razão dos limites da linguagem, são sempre potencialmente vagas, independentemente da forma com que são redigidas ou de seu conteúdo. Até mesmo a mais precisa das regras pode, no caso concreto, suscitar problemas de interpretação e se tornar vaga.

A textura aberta ou vaguidade potencial, no âmbito do direito, expressa a possibilidade de que haja um desacordo sobre a aplicabilidade de uma regra a um caso concreto – a qual, por

nítidos em que se aplica certamente e outros em que há razões, tanto para afirmar, como para negar que se aplique. Nada pode eliminar essa dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida, quando nos empenhamos em colocar situações concretas sob as regras gerais.” (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 134). Cf., acerca das noções de casos claros e de penumbra, STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 123-125.

⁴⁸ Cf. HART, 2007, op. cit., p. 139.

⁴⁹ Cf. Ibid., p. 140, 335-336.

⁵⁰ STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. p. 114.

⁵¹ “Em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer.” (HART, 2007, op. cit., p. 139).

isso, pode não ser a ele aplicada. Não se confunde, como se percebe, com o conceito de derrotabilidade normativa adotado neste trabalho, que designa a possibilidade de não aplicação de uma regra infeliz ou sobreinclusiva a determinado caso, embora seja válida e certamente a ele aplicável.⁵²

O problema da vaguidade no direito, quando resulta da manifestação do fenômeno da textura aberta da linguagem, pressupõe o surgimento de casos de penumbra, isto é, de casos particulares que só podem ser resolvidos de forma discricionária, pois não se enquadram, com clareza, nos contornos linguísticos de nenhuma regra válida. Já o problema da derrotabilidade jurídica pressupõe o surgimento de casos recalcitrantes, ou seja, de casos concretos que, embora preencham o suporte fático de regras válidas, podem não ser por elas solucionados, em virtude da importância de que resultados subótimos, decorrentes da aplicação dessas normas a tais casos, não sejam produzidos.⁵³

Em suma, enquanto a vaguidade potencial diz respeito ao problema de indeterminação semântica inerente às palavras utilizadas na descrição dos pressupostos materiais que, uma vez preenchidos, ensejam a produção da consequência jurídica prescrita por uma norma, a derrotabilidade tem a ver com o problema da indesejabilidade dessa consequência jurídica, quando satisfeitos os pressupostos materiais para a sua produção.⁵⁴

4.3.2 Derrotabilidade e invalidade jurídica parcial

As regras jurídicas podem ser total ou parcialmente inválidas. A declaração de invalidade jurídica parcial de uma regra, como já mencionado, equivale à instituição de uma cláusula de exceção em seu suporte fático.⁵⁵ Ora, quando uma regra é derrotada, uma cláusula

⁵² Cf., nesse sentido, SCHAUER, Frederick. On the supposed defeasibility of legal rules. In: FREEMAN, M. D. A. (Ed.). **Current legal problems 1998: legal theory at the end of the millennium**. Oxford: Oxford University Press, 1998. v. 51. p. 235-236.

⁵³ Brian Bix, embora visualize diferenças entre, de um lado, a derrotabilidade jurídica e, de outro, a textura aberta, na forma como definida por Hart, considera que a ambas subjaz o mesmo problema: a atribuição de competência discricionária aos órgãos julgadores para decidir casos concretos. Cf., no ponto, BIX, Brian H. Defeasibility and open texture. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (Ed.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 200.

⁵⁴ Nesse sentido, Struchiner se refere à textura aberta e à derrotabilidade, respectivamente, como um problema semântico e como um problema pragmático. Cf. STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. p. 98, 137. Em sentido semelhante, Riccardo Guastini afirma ser a textura aberta “[...] uma propriedade objetiva e ineliminável de todos os predicados na linguagem natural. Diferentemente, a derrotabilidade – ou melhor, a derrota – das normas é o resultado de uma operação interpretativa.” Cf. GUASTINI, Riccardo. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. **Doxa**, Alicante, n. 31, p. 153, 2008.

⁵⁵ Cf. seção 2.2.3.

de exceção também é introduzida em seu suporte fático. As exceções derivadas da derrota de uma regra, no entanto, são diferentes das que resultam de uma declaração de invalidade jurídica parcial.

As exceções contidas nas regras parcialmente inválidas podem ser enumeradas, de forma completa, previamente à decisão de um caso concreto, já que derivam de outras normas jurídicas – regras ou princípios – que com elas se incompatibilizam abstratamente. Expressam, em outras palavras, a solução de um conflito normativo em sentido estrito entre a regra excepcionada e outra norma jurídica, de hierarquia igual ou superior à dela. Como os conflitos normativos em sentido estrito são resolvidos no plano da validade jurídica, isto é, independentemente das circunstâncias de um caso concreto, as exceções introduzidas no suporte fático das regras declaradas parcialmente inválidas caracterizam, sempre, regras gerais-abstratas.

Já as exceções introduzidas no suporte fático das regras derrotadas não são suscetíveis de uma enumeração prévia completa, uma vez que resultam da decisão de casos recalcitrantes.⁵⁶ Como será visto no próximo capítulo, tais exceções expressam a solução de uma colisão entre a regra excepcionada e um princípio, de hierarquia igual ou superior à dela. Na medida em que as colisões são solucionadas no plano da aplicação, tendo em vista as circunstâncias de um caso específico, as exceções instituídas no suporte fático das regras derrotadas correspondem, sempre, a regras concretas.

⁵⁶ Cf., nesse sentido, BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 60-61, jan./jun. 2011.

5 O CARÁTER DEFINITIVO DAS REGRAS

5.1 Regras derrotáveis como razões *prima facie*

As regras, como mandamentos definitivos, deverão ser aplicadas sempre que forem válidas e aplicáveis. Uma regra proporcional em abstrato é uma medida de intervenção materialmente legítima. Será válida, assim, se também caracterizar uma medida de intervenção formalmente legítima. As regras proporcionais em abstrato, como assinalado acima, podem se tornar sobreinclusivas ou desproporcionais em concreto. Evidentemente, uma regra, para que se torne desproporcional sob as circunstâncias de um caso concreto, tem de ser aplicável a tal caso. Portanto, uma regra, sempre que se mostrar desproporcional em determinado caso concreto, será a ele aplicável, e só não deverá ser a ele aplicada se for ilegítima do ponto de vista formal.

Mas, uma regra, quando é derrotada, não é aplicada a um caso que a ela se subsume, apesar de ser proporcional em abstrato. Uma regra será derrotável, como visto, quando se revelar inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito num caso concreto. E será derrotada sempre que, em seu suporte fático, for instituída uma cláusula de exceção, ou seja, sempre que sua aplicação for impedida por outra regra, criada pelo tomador de decisão. A derrota de uma regra, assim, traduz a não aplicação dessa norma a um caso concreto, embora seja válida – ou, quando menos, proporcional em abstrato – e a ele aplicável.

Sempre que uma regra é derrotada, é criada, para ela, uma exceção. Tal exceção expressa a solução de um caso concreto específico e, portanto, corresponde a uma regra concreta. Os princípios, como já ressaltado, fundamentam regras. Isso significa que da aplicação de um princípio a um caso concreto resulta necessariamente uma regra (concreta ou geral-abstrata), que expressa a solução desse caso. Diante disso, é possível afirmar o seguinte: todas as vezes que uma regra for derrotada, será criada uma regra concreta “derrotadora”, decorrente da aplicação de um princípio.

Se os casos de derrota de uma regra são aqueles nos quais um princípio é aplicado no lugar da regra derrotada, então tais casos podem ser reconstruídos como colisões entre uma regra e um princípio que são solucionadas não por meio da aplicação daquela, mas por meio da aplicação deste.¹ As colisões são uma espécie de conflito normativo que pressupõe a validade

¹ Nesse sentido, cf., por exemplo, BUSTAMANTE, Thomas. Conflictos normativos y decisiones *contra legem*: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. *Doxa*, Alicante, n. 33, p. 105, 2010.

jurídica de todas as normas conflitantes. Apenas entre normas jurídicas válidas pode haver uma colisão. Como assinalado acima, as regras proporcionais em abstrato só não serão válidas se forem ilegítimas do ponto de vista formal. Em face disso, é possível dizer que os casos de derrota de uma regra são aqueles nos quais a aplicação de uma regra cede lugar à aplicação de um princípio colidente, isto é, do princípio de cuja aplicação resulta a exceção ou regra derrotadora.

FIGURA 2 – Tipos de conflitos normativos e formas de solucioná-los

| Tipo | Espécie | Forma de solução |
|-----------------------------------|---------------------------------------|---|
| Conflito entre regras | Conflito normativo em sentido estrito | Declaração de invalidade de uma das regras |
| Conflito entre princípios | Conflito normativo em sentido estrito | Declaração de invalidade de um dos princípios |
| | Colisão | Aplicação de um dos princípios |
| Conflito ente regras e princípios | Conflito normativo em sentido estrito | Declaração de invalidade da regra (situada num patamar hierárquico igual ou inferior ao do princípio) |
| | | Declaração de invalidade do princípio (situado num patamar hierárquico inferior ao da regra) |
| | Colisão | Aplicação da regra |
| | | Aplicação do princípio (= derrota da regra) |

Fonte: Elaborado por Renan Lucas Dutra Urban.

A derrota das regras, portanto, representa uma forma de solução das colisões entre regras e princípios que destoa da forma típica de solução desse tipo de conflito normativo, consistente na aplicação da regra em detrimento do princípio colidente, isto é, do princípio cujo âmbito de proteção é por ela restringido. Contemplando a possibilidade de que uma regra seja superada

por um princípio colidente, a figura 3, acima, resume – à luz do que foi estudado nos Capítulos 2 e 3 – os diversos tipos de conflitos normativos e as diferentes formas de solucionar cada um deles.

A esse respeito, Alexy admite expressamente a possibilidade de que uma regra, válida e aplicável a um caso concreto, não seja a ele aplicada, em virtude da importância da realização de um princípio colidente. De acordo com Alexy, as regras comportam exceções que não são, nem mesmo em teoria, enumeráveis exaustivamente de antemão, pois decorrem de princípios colidentes.² Nos termos de sua concepção, nunca é possível ter certeza de que, por ocasião da solução de um caso concreto, não será necessária a instituição, no suporte fático de uma regra, de uma cláusula de exceção, produto da aplicação de um princípio que colide com essa regra.³

Para Alexy, portanto, não apenas os princípios, mas também as regras podem representar razões *prima facie*.⁴ Uma norma será uma razão *prima facie* quando sua aplicação puder ser impedida por uma norma colidente. Os princípios, como visto, são, normalmente, razões *prima facie*.⁵ Isso porque eles são mandamentos de otimização, isto é, são normas que exigem a realização de algo na maior medida possível em relação não apenas às possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas. Ora, o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelas regras e pelos princípios colidentes. A própria definição de princípios como mandamentos de otimização, portanto, pressupõe a ideia de que a realização e, por conseguinte, a aplicação de um princípio pode ser impedida por uma norma – regra ou princípio – colidente. Aliás, na medida em que os princípios se caracterizam por ter um suporte fático amplo, é de observar que eles não só podem ser razões *prima facie*, como também frequentemente o são.

Mas a característica de ser uma razão *prima facie* não é exclusiva dos princípios, já que, como afirma Alexy, as regras também podem fornecer razões desse tipo para a solução de um caso concreto. Uma regra será uma razão *prima facie* quando for derrotável, ou seja, quando sua aplicação puder ser impedida por um princípio colidente. Em termos equivalentes, pode-se dizer que uma regra será uma razão *prima facie* quando estiver sujeita a ser excepcionada por um princípio que colide com essa regra.

Contudo, a afirmação de que as regras, em determinadas situações, representam razões que podem ser superadas por razões antagônicas, sustentadas por princípios colidentes, é

² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104.

³ Ibid.

⁴ Cf. Ibid., p. 106.

⁵ Cf. seção 2.2.2.

problemática. As regras, segundo a teoria dos princípios, são mandamentos definitivos: exigem seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, pois, diferentemente dos princípios, que “[...] não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”,⁶ as regras contêm “[...] uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.”⁷ Ou seja: à diferença dos princípios, que contêm um dever-ser *prima facie* ou ideal, suscetível de ser realizado em diversos graus diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, as regras contêm um dever-ser real ou definitivo, o qual só pode ser satisfeito ou não satisfeito, conforme tais normas tenham validade e aplicabilidade ou não.⁸

Quando se afirma, porém, que as regras podem ser derrotadas e representar razões *prima facie*, aceita-se a conclusão de que a aplicação de uma regra a um caso que preenche seu suporte fático pode dar lugar à aplicação de um princípio que com ela colide, isto é, de um princípio cujo suporte fático é por ela restringido. Ou seja: aceita-se a ideia de que as regras nem sempre se aplicam na forma “tudo ou nada” – elemento central, por exemplo, da distinção qualitativa entre regras e princípios proposta por Ronald Dworkin.⁹

Diante disso, a ideia segundo a qual as regras, quando desproporcionais em concreto ou sobreinclusivas, estão sujeitas a exceções não enumeráveis exaustivamente de antemão, derivadas de princípios colidentes, não parece ser compatível com o caráter definitivo das regras e, por consequência, com a distinção estrutural entre essas normas e os princípios. Em outras palavras, tal ideia parece conduzir à conclusão de que entre regras e princípios não há uma distinção lógica ou qualitativa – pelo menos não nos moldes propostos por Alexy –, uma vez que, se as regras não necessariamente devem ser aplicadas quando válidas e aplicáveis, então

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104.

⁷ Ibid.

⁸ Cf. seção 2.2.1.

⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” A possibilidade de que regras entre em conflito com princípios, e sejam por eles superadas, é apontada, por diversos autores, como um obstáculo ao reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios, tal como proposta por Dworkin. Entre tais autores, cf., por exemplo, HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 321-325; RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 81, n. 5, p. 823-854, Apr. 1972. Nesse sentido, Bayón afirma ser a derrotabilidade um “cavalo de Troia”, ou seja, um argumento que, se aceito, arruína o modelo de regras e princípios concebido por Dworkin. Cf., no ponto, BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. **La normatividad del derecho: deber jurídico e razones para la acción**. 1991. 608 f. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1991. p. 481.

elas têm o mesmo o caráter *prima facie* dos princípios, ou simplesmente não existem como normas jurídicas. Essa, contudo, não é uma conclusão obrigatória, como será discutido na sequência.

5.2 A força normativa das regras: princípios formais e seu peso

Para esclarecer por que a derrota das regras não implica, necessariamente, uma indistinção entre elas e os princípios, é preciso recorrer a uma categoria de normas que, até este ponto do trabalho, ainda não foi mencionada: a dos princípios formais. A diferença entre princípios materiais ou substantivos e princípios formais ou procedimentais é relativamente simples. Enquanto os princípios materiais correspondem às razões que fundamentam o conteúdo de uma norma, os princípios formais correspondem às razões que fundamentam o exercício de uma competência.¹⁰ Como afirma Alexy, os princípios formais, diferentemente dos princípios materiais, expressam questões de competência.¹¹ Um sujeito de direito é titular de uma competência quando tem a capacidade de, por meio determinadas ações, alterar situações jurídicas.¹² Sempre que uma situação jurídica é modificada, criada ou extinta por meio de uma ação institucional, uma competência é exercida.¹³ Quando posições jurídicas são alteradas por meio de uma ação institucional, há a criação de normas concretas ou gerais-abstratas, cuja validade depende dessa ação.¹⁴ Ou seja: as normas jurídicas, para que sejam válidas, devem resultar do exercício de uma competência. Em face disso, pode-se dizer que os princípios formais correspondem às razões que fundamentam o dever de que uma norma válida seja obedecida, independentemente de seu conteúdo, isto é, apenas pelo fato de ser o produto do exercício de uma competência.¹⁵

¹⁰ Schauer chama as razões correspondentes aos princípios materiais de “justificações substantivas”, e as razões correspondentes aos princípios formais de “justificações para a geração de regras”. Cf. SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life.** New York: Oxford University Press, 2002. p. 93-94.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 331. No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva afirma que os princípios formais são “razões para competências”. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2008. p. 150.

¹² Cf., sobre o conceito de competência, ALEXY, 2008, op. cit., p. 236-244.

¹³ Nos termos de Alexy, “Um problema central do conceito de competência é [...] o de responder à questão sobre como diferenciar as ações que são o exercício de uma competência das ações que, ainda que alterem situações jurídicas, não constituem o exercício de uma competência. A resposta é: ações que constituem o exercício de uma competência são *ações institucionais*. Ações institucionais são ações que podem ser realizadas não somente em razão de capacidades naturais; elas pressupõem a existência de regras que lhes são constitutivas.” (Ibid., p. 239, grifo do autor).

¹⁴ Ibid., p. 236.

¹⁵ Nesse sentido, a respeito dos princípios formais, Virgílio Afonso da Silva observa que “A característica fundamental desses princípios é [...] o fato de que eles fornecem razões para obediência a uma norma,

Princípios materiais e formais têm em comum a estrutura de mandamentos de otimização (ou mandamentos para ser otimizados). Isso significa que a definição de princípios como normas que exigem a realização de algo na maior medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas se aplica tanto aos princípios materiais quanto aos princípios formais.¹⁶ A diferença entre tais espécies de princípios reside no objeto da otimização. Ou seja: aquilo que deve ser otimizado em função de um princípio material é diferente daquilo que deve ser otimizado em função de um princípio formal.¹⁷ Os princípios materiais definem conteúdos – como a vida, a dignidade humana, a liberdade de expressão etc. Tais conteúdos corresponde àquilo que, em função desses princípios, deve ser realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.¹⁸ Os princípios formais, no entanto, não prescrevem conteúdos, antes prescrevem quem deve definir conteúdos.¹⁹ O que deve ser otimizado em função de princípios formais, então, são as decisões jurídicas tomadas no exercício de uma competência, qualquer que seja o fundamento delas.²⁰ Daí a possibilidade de se definir princípios formais como “[...] normas que ordenam que as decisões tomadas por determinadas autoridades ou com a utilização de determinados procedimentos sejam respeitadas na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.”²¹

Nesse sentido, pode-se dizer que, enquanto os princípios materiais são normas de conduta, os princípios formais são normas de validade.²² Os princípios materiais são normas de conduta porque qualificam ações, estabelecendo obrigações, direitos a algo e liberdades.²³ Exemplos de princípios materiais são os direitos fundamentais à propriedade e à saúde. O direito à propriedade pode ser considerado um direito a ações negativas – ou um direito de defesa –, uma vez que exige uma abstenção por parte do Estado e dos indivíduos, em geral, para que seja satisfeito. Já o direito à saúde pode ser definido como um direito a ações positivas

independente do conteúdo dessa última.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 148).

¹⁶ ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 12, n. 3, p. 515, Jul. 2014.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Cf. Id. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 615-616.

¹⁹ Cf. Ibid., p. 615.

²⁰ Cf. Id., 2014, op. cit., p. 516.

²¹ LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **Otimização de princípios, separação dos poderes e segurança jurídica: o conflito entre regra e princípio**. 2012. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 106.

²² “Princípios formais são princípios que não são normas de conduta, mas *normas de validade*.” (SILVA, 2008, op. cit., p. 148, grifo do autor).

²³ Cf., sobre as normas de conduta, ALEXY, 2008, op. cit., p. 240.

– ou um direito a prestações –, na medida em que sua realização está condicionada à execução de certas atividades materiais pelos Poderes Públicos.²⁴ A despeito dessa diferença de objeto, tanto o direito à propriedade quanto o direito à saúde configuram princípios materiais, pois caracterizam condutas – um fazer ou um não fazer – como *prima facie* obrigatórias, proibidas ou permitidas. Os princípios formais, por sua vez, são normas de validade porque, em vez de definir uma ação como obrigatória, proibida ou permitida, fundamentam a possibilidade de que o titular de uma competência o faça. Exemplo de princípio formal é o da autonomia privada, que oferece razões em favor da possibilidade de que um indivíduo modifique, crie ou extinga uma situação jurídica, mediante um ato de vontade entre particulares – um contrato, por exemplo.²⁵

5.2.1 O princípio formal da competência decisória do legislador

Nas sociedades democráticas, um dos princípios formais de maior destaque e relevância é o da competência decisória do legislador democraticamente legitimado.²⁶ Esse princípio, na medida em que exige que as decisões mais relevantes para uma comunidade sejam tomadas pelas instâncias político-majoritárias, dotadas de legitimidade democrática,²⁷ desempenha a importante função de garantir uma liberdade de ação aos órgãos normativos, possibilitando que eles exerçam, dentro de determinados limites, a atividade de conformação do direito, mesmo diante de eventuais discordâncias dos órgãos incumbidos de fiscalizar tal atividade.²⁸ Além disso, por veicular a ideia de que as decisões legislativas devem ser respeitadas na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas,²⁹ tal princípio cumpre ainda a função – especialmente interessante aos propósitos deste trabalho – de sustentar a autoridade

²⁴ Cf., acerca da divisão dos direitos a algo em direitos a ações negativas e direitos a ações positivas, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 193-203.

²⁵ Para uma caracterização da autonomia privada como um princípio formal, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 149-150.

²⁶ O termo “legislador”, aqui, é genérico, abrangendo todos os órgãos e entidades dos Poderes Executivo e Legislativo responsáveis pela elaboração do direito.

²⁷ ALEXY, 2008, op. cit., p. 615.

²⁸ Cf. SILVA, 2008, op. cit., p. 149. Cf., também, ALEXY, 2008, op. cit., p. 611-627; SILVA, Virgílio Afonso da. Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes. In: SIECKMANN, Jan-R. (Ed.). **La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 247-259.

²⁹ SILVA, 2008, op. cit., p. 148-149.

das regras, exigindo que elas sejam respeitadas não porque são justas ou materialmente boas, mas porque representam decisões tomadas pelo legislador democraticamente legitimado.³⁰

Como afirma Humberto Ávila, “[...] as regras possuem uma *eficácia preliminarmente decisiva*, na medida em que pretendem oferecer uma solução provisória para determinado conflito de interesses já detectado pelo Poder Legislativo.”³¹ Exatamente porque as regras veiculam as soluções dadas pelo Poder Legislativo – ou por outra instância normativa, democraticamente legitimada – a conflitos de interesses, é que o princípio formal da competência decisória do legislador fundamenta a obediência a essas normas, fornecendo razões para que elas sejam realizadas e aplicadas sempre que aplicáveis. Desse modo, pode-se dizer que tal princípio confere força normativa ou capacidade de resistência às regras, pois oferece razões para a aplicação dessas normas até mesmo a casos nos quais elas se revelam desproporcionais em concreto.³²

Se o princípio formal da competência decisória do legislador tem a estrutura de um mandamento de otimização, então a capacidade de resistência de uma regra à sua superação por um princípio colidente pode ser maior ou menor, conforme o peso desse princípio formal sob as circunstâncias de um caso concreto. Ou seja: a força normativa de uma regra será tanto maior quanto maior for o peso do princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. O peso desse princípio formal corresponde à importância de se preservar a competência decisória do órgão que editou a regra.³³ Vários fatores influem na definição da importância de se preservar a competência decisória de determinado órgão normativo. Tais fatores dizem respeito não apenas às características institucionais (reais) do órgão normativo que elaborou a regra, mas também à matéria disciplinada por essa norma e às características institucionais (reais) do órgão – judicial, geralmente – responsável pela decisão do caso concreto.³⁴

³⁰ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 149.

³¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 110 (grifo do autor).

³² Cf., acerca da ideia de força normativa ou de capacidade de resistência das regras, SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. New York: Oxford University Press, 2002. p. 112-118.

³³ LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **Otimização de princípios, separação dos poderes e segurança jurídica**: o conflito entre regra e princípio. 2012. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 128.

³⁴ *Ibid.*, p. 131-133. A participação (real) dos grupos afetados no processo decisório, a permeabilidade (real) das instituições aos interesses populares e a possibilidade (real) de acompanhamento e controle do processo decisório são, segundo Rafael Bellem de Lima, alguns dos aspectos institucionais e procedimentais, referentes à atuação tanto dos órgãos normativos quanto dos órgãos judiciais, que devem ser analisados para a definição do peso do princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Cf., no ponto, *Ibid.*, p. 132. Cf., sobre a necessidade de que, para a definição da intensidade do controle judicial de decisões

É importante observar, além disso, que a aplicação de regras a casos concretos, e não de princípios colidentes, além de evitar uma concentração de competência decisória em órgãos desprovidos de legitimidade democrática, como os pertencentes ao Poder Judiciário, tende a promover segurança jurídica e eficiência decisória, entre outros valores caros ao Estado Democrático de Direito.³⁵ Tais valores, estudados na sequência, também expressam princípios formais, pois funcionam como razões para a aplicação das regras independentemente do conteúdo delas.

5.2.2 O princípio formal da segurança jurídica

A aplicação das regras tende a promover, em maior medida do que a aplicação dos princípios, segurança jurídica.³⁶ A promoção da segurança jurídica pressupõe a realização, principalmente, de dois ideais, relacionados entre si: a previsibilidade e a confiança na aplicação do direito.³⁷ A previsibilidade se refere ao estado de coisas no qual os indivíduos têm a capacidade de identificar possíveis respostas para um problema jurídico e, por conseguinte, de dizer como provavelmente os órgãos responsáveis pela aplicação do direito resolverão esse problema.³⁸ Já a confiança designa o estado de coisas no qual os indivíduos têm razões para acreditar que alguma das possíveis soluções por eles identificadas para um problema jurídico será de fato adotada pelos tomadores de decisão.

administrativas, seja feita uma análise institucional comparativa concreta, de maneira que sejam levadas em consideração as características institucionais reais tanto do órgão administrativo controlado quanto do órgão judicial controlador, JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros, 2016. p. 249-272.

³⁵ Nesse sentido, cf., por exemplo, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 122: “[...] as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade.”

³⁶ Como afirma Alexy, “Do ponto de vista da vinculação ao texto constitucional, da segurança jurídica e da previsibilidade, um modelo puro de regras é, sem dúvida, a alternativa mais atraente.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 123).

³⁷ Cf. SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life.** New York: Oxford University Press, 2002. p. 142.

³⁸ O ideal de previsibilidade, nesse sentido, corresponde ao ideal de calculabilidade, na forma como definido por Humberto Ávila. Cf. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.** São Paulo: Malheiros, 2011. p. 269 (grifo do autor): “[...] a *calculabilidade* significa um estado de coisas em que os cidadãos têm, em grande medida, a capacidade de, aproximadamente, antecipar e medir o espectro reduzido e pouco variado de critérios e de estruturas argumentativas definidoras de consequências atribuíveis, heterônoma e coativamente ou autônoma e espontaneamente, a atos, próprios e alheios, ou a fatos, ocorridos ou passíveis de ocorrerem, controversos ou incontroversos, e o espectro razoável de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada, por meio da anterioridade e da continuidade das modificações e da força vinculante das suas normas, gerais e individuais.”

Duas razões justificam a afirmação de que as regras tendem a aumentar o grau de segurança na aplicação do direito. A primeira decorre do fato de que as decisões baseadas em princípios estão, geralmente, sujeitas a um maior grau de variação admissível do que as decisões baseadas em regras.³⁹ Ou seja: a aplicação dos princípios, em comparação com a aplicação das regras, tende a gerar, para um mesmo problema jurídico, uma maior diversidade de respostas corretas. Como a variabilidade de resultados implica a diminuição da capacidade dos indivíduos de antecipar o conteúdo das decisões,⁴⁰ pode-se dizer que o recurso ao nível dos princípios acarreta mais custos para a previsibilidade e para a segurança jurídica do que o recurso ao nível das regras.

A aplicação dos princípios tende a ampliar o espectro de decisões corretas porque, normalmente, confere aos tomadores de decisão um maior grau de liberdade na definição da solução dos problemas jurídicos. Para elucidar essa questão, é preciso salientar que o exame de proporcionalidade, embora não seja um procedimento decisório irracional ou completamente subjetivo,⁴¹ pode conduzir a diferentes respostas para um mesmo problema jurídico, todas elas igualmente corretas ou admissíveis. Não há uma incompatibilidade entre a ideia de otimização ou de proporcionalidade, na forma como concebida por Alexy, e a tese da existência de mais de uma decisão correta para um caso concreto.⁴² Tendo em vista cada uma das variáveis que devem ser levadas em consideração pelos tomadores de decisão para a aplicação da proporcionalidade, é possível – e, mais do que isso, provável – que, para um mesmo problema, haja uma pluralidade

³⁹ Cf., sobre o problema da variabilidade das decisões baseadas na proporcionalidade – e, por consequência, em princípios –, SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. **Law & Ethics of Human Rights**, Berlin, v. 4, p. 40-45, 2010.

⁴⁰ Cf., nesse sentido, Id. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 143-144; ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 588: “Considerando que a calculabilidade, como elemento parcial da segurança jurídica, é instrumento para que o indivíduo seja capaz de planejar e de conceber o seu futuro, aumentando o seu âmbito de livre ação, o espectro de consequências normativas atribuíveis a atos ou a fatos não pode ser muito amplo, as alternativas não podem ser muito discrepantes entre si e o espectro de tempo dentro do qual haverá uma confirmação da consequência aplicável também não pode ser muito extenso. Isso porque se existirem incalculáveis consequências, muito diferentes entre si, o indivíduo não tem como, com autonomia e com liberdade, fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro. É que, havendo alternativas muito disparatadas entre si, ocorrendo qualquer uma delas haverá não apenas surpresa, mas surpresa intensa.”

⁴¹ Cf., acerca da capacidade da ponderação de fundamentar juízos racionais, SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011; SCHAUER, 2010, op. cit.

⁴² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 164, 571-573, 594; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 121 (grifo do autor): “O que o conceito de mandamento de otimização impõe é o que se pode chamar de idéia regulativa, ou seja, uma idéia que sirva para *guiar a argumentação em um determinado sentido*. Várias podem ser as respostas que satisfaçam as exigências da otimização. Quanto maior for o número de variáveis – e de direitos – envolvidos em um caso concreto, maior tenderá a ser a quantidade de respostas que satisfaçam o critério da otimização.”

de soluções corretas.⁴³ Entre o “âmbito proibido”, formado pelas soluções que não podem ser adotadas, e o “âmbito obrigatório”, relativo às soluções que devem ser adotadas, quase sempre há o “âmbito facultado”, que diz respeito às soluções que podem ser adotadas. O âmbito composto das alternativas de decisão facultadas corresponde ao espaço dentro do qual os tomadores de decisão têm discricionariedade para, com base em princípios, resolver os problemas que lhes são submetidos.⁴⁴ Segundo Alexy, há duas espécies de discricionariedade: a estrutural, que decorre da própria estrutura de mandamentos de otimização dos princípios, e a epistêmica ou cognitiva, relacionada aos limites – de ordem empírica e normativa – que afetam a capacidade dos tomadores de decisão para conhecer o que tais normas definem como obrigatório, proibido ou permitido.⁴⁵ Não é necessário aprofundar, aqui, o estudo de tais espécies de discricionariedade.⁴⁶ Neste ponto, interessa apenas ressaltar que os casos concretos que envolvem a aplicação de princípios são normalmente resolvidos de maneira discricionária, isto é, mediante a adoção de uma entre as alternativas de decisão que atendem ao critério da otimização e, por conseguinte, da proporcionalidade.

Mesmo quando se considera a possibilidade de que os casos nos quais regras são aplicadas também sejam resolvidos de forma discricionária, a diversidade de decisões corretas para cada caso gerada pela aplicação dessas normas tende a ser menor do que a gerada pela aplicação dos princípios, por duas razões. A primeira é a de que a discricionariedade associada às regras decorre, sobretudo, de uma dificuldade de interpretação de termos classificatórios gerais contidos num enunciado normativo – dificuldade esta da qual não estão imunes os princípios. A segunda é a de que, no fim desse processo interpretativo, as regras já estão prontas para ser aplicadas, ao passo que os princípios só poderão ser aplicados após um processo de otimização, o qual, como salientado, nem sempre conduz a um resultado único e inequívoco.

A medida de satisfação das regras está contida nelas mesmas e, por consequência, preexiste aos casos concretos. É possível afirmar, assim, que a aplicação das regras está condicionada, basicamente, apenas à interpretação dos termos classificatórios gerais contidos no enunciado delas e à verificação da subsunção de um caso concreto ao produto dessa

⁴³ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes. In: SIECKMANN, Jan-R. (Ed.). **La teoría principialista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 250.

⁴⁴ Cf., nesse sentido, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 582.

⁴⁵ Cf. *Ibid.*, p. 582-583.

⁴⁶ Cf., sobre a discricionariedade de tipo estrutural e a de tipo epistêmico, *Ibid.*, p. 584-627.

interpretação.⁴⁷ Já a medida de satisfação dos princípios depende das possibilidades fáticas e jurídicas e, por conseguinte, não pode ser determinada de forma prévia aos casos concretos. Os princípios, à semelhança das regras, são passíveis de interpretação. Mas, à diferença das regras, os princípios também são passíveis de restrição, pois contêm um dever-ser que tem de ser otimizado em relação às possibilidades fáticas e jurídicas.⁴⁸ A aplicação dos princípios, portanto, exige a análise de um número de variáveis que, com frequência, é maior do que o que deve ser levado em consideração para a aplicação das regras. Consequentemente, pode-se dizer que o recurso a princípios tende a ampliar o campo de decisões corretas, tornando a aplicação do direito menos previsível.

A segunda razão que justifica a afirmação de que as regras trazem mais segurança jurídica do que os princípios remete ao problema da falibilidade dos órgãos julgadores. Como será visto na próxima seção, a aplicação dos princípios, justamente porque pressupõe a análise de um número de fatores que, em geral, é maior do que o que deve ser examinado para a aplicação das regras, tende a elevar a probabilidade de que os órgãos julgadores profiram decisões equivocadas. Na medida em que o aumento da probabilidade de erro diminui a capacidade dos indivíduos de confiar nos órgãos julgadores,⁴⁹ pode-se dizer que o recurso ao nível dos princípios tende a tornar a aplicação do direito não apenas menos racional, mas também menos confiável.

Se as regras tendem a tornar a aplicação do direito mais previsível e confiável, então é natural que a segurança jurídica forneça razões para a aplicação dessas normas, aumentando a capacidade de resistência delas diante de princípios colidentes. A segurança jurídica, nesse sentido, pode ser classificada como um princípio formal, cujo peso ou importância constitui um dos fatores que determinam o grau de vinculação dos tomadores de decisão a uma regra.

O peso do princípio formal da segurança jurídica corresponde à maior ou menor aptidão de uma regra para promover previsibilidade e confiança. Quanto maior for o grau em que uma

⁴⁷ Cf. LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **Otimização de princípios, separação dos poderes e segurança jurídica**: o conflito entre regra e princípio. 2012. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 60-61.

⁴⁸ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 617, 2003: “[...] tanto as regras, quanto os princípios pressupõem uma interpretação prévia. Isso não significa, contudo, que ambos tenham a mesma estrutura. Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica é já subsumível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los. Assim, ‘ser passível ou carente de interpretação’ é uma característica de textos que expressam tanto regras quanto princípios. Mas ‘ser passível ou carente de sopesamento’ é característica exclusiva dos princípios.”

⁴⁹ Cf. SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. New York: Oxford University Press, 2002. p. 144-145.

regra realiza os ideais da previsibilidade e da confiança, maior será o peso do princípio formal da segurança jurídica. O grau em que uma regra promove esses ideais é determinado por duas variáveis. A primeira delas diz respeito ao grau de clareza da regra. Quanto mais clara ou menos vaga for uma regra, menor será o grau de variação admissível das decisões que nela se baseiam, e maior será o grau em que ela promoverá o ideal da previsibilidade na aplicação do direito. Além disso, quanto mais clara for uma regra, menor será a probabilidade de que os tomadores de decisão se equivoquem quando a aplicam, e maior será o grau em que ela promoverá o ideal da confiança. A segunda variável se refere ao grau de simplicidade da regra. Quanto mais simples for uma regra, isto é, quanto menor for o número de fatores que ela exige sejam incluídos no cálculo decisório, menor será a probabilidade de que os órgãos julgadores cometam erros ao aplicá-la, e maior será o grau em que essa norma promoverá o ideal da confiança.⁵⁰ Feitas essas considerações, é possível enunciar a seguinte conclusão: quanto mais clara e simples for uma regra, maior será o grau em que ela promoverá os ideais da previsibilidade e da confiança na aplicação do direito, e maior será o peso ou importância do princípio formal da segurança jurídica.

5.2.3 O princípio formal da eficiência

A derrota de uma regra tende a afetar não apenas a segurança jurídica, mas também a eficiência decisória, já que geralmente aumenta os custos associados à tomada de decisão. O termo “custos”, aqui, remete aos limites dos aplicadores do direito para formular respostas apropriadas para problemas jurídicos em contextos reais de tomada de decisão.⁵¹ Abrange, dessa maneira, tanto os “custos de erro”, relacionados ao número e à gravidade dos equívocos cometidos pelos órgãos julgadores, quanto os “custos de decisão”, concernentes aos recursos

⁵⁰ Em sentido semelhante, cf. SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. New York: Oxford University Press, 2002. p. 144-145 (tradução nossa, grifo do autor): “Compare ‘é proibida a entrada de veículos no parque’ com ‘o parque está fechado para veículos cuja maior dimensão de perímetro horizontal, quando somada à maior dimensão de perímetro vertical, excede o menor de (a) sessenta e oito pés e seis polegadas e (b) a maior dimensão de perímetro horizontal, somada à maior dimensão de perímetro vertical, da média do maior automóvel para passageiros fabricado nos Estados Unidos pelas três maiores montadoras de veículos no ano precedente’. A segunda regra não tem mais variação inerente do que a regra ‘é proibida a entrada de veículos no parque’; ela, de fato, tem menos, na medida em que possui um menor campo de casos de penumbra em torno de um núcleo não controvertido. No entanto, parece claro que a segunda regra aumenta a probabilidade de *erro computacional* por parte de uma série esperada de tomadores de decisão, e quando a probabilidade de erro de um tomador de decisão aumenta, a capacidade de um destinatário racional de prever essas decisões diminui proporcionalmente.”

⁵¹ Cf., acerca das limitações – extrínsecas, intrínsecas e institucionais – que afetam a argumentação jurídica, ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 41-43, jan./jun. 2011.

escassos – como tempo, dinheiro e esforço mental – que tais órgãos têm de investir para a solução de um caso concreto.⁵²

Os princípios, em geral, promovem menos eficiência decisória do que as regras porque só podem ser aplicados mediante a consideração, pelos órgãos responsáveis pela aplicação do direito, de um conjunto amplo de fatores. O recurso ao nível dos princípios tende a tornar a solução dos casos concretos mais complexa, pois exige que os tomadores de decisão levem em conta variáveis que, para a aplicação das regras, não precisam ser consideradas.⁵³ Os elementos que devem ser analisados para a aplicação dos princípios são determinados, sobretudo, pelas condições fáticas e jurídicas do caso concreto, as quais definem o grau ótimo em que tais normas devem ser realizadas. Como ressaltado em outras partes deste trabalho, o âmbito das possibilidades fáticas corresponde aos testes adequação e da necessidade do exame de proporcionalidade, enquanto o âmbito das possibilidades jurídicas corresponde ao teste proporcionalidade em sentido estrito. Pode-se dizer, então, que os princípios tendem a tornar o processo de tomada de decisão menos eficiente na medida em que só podem ser adequadamente aplicados por meio da regra da proporcionalidade, a qual impõe aos tomadores de decisão o dever de consideração de um espectro amplo e geralmente complexo de fatores, referente às circunstâncias de cada caso concreto.

Nesse sentido, a afirmação de que a aplicação dos princípios tende a prejudicar a eficiência decisória se baseia, principalmente, na ideia de que os ônus de fundamentação veiculados pelo exame de proporcionalidade elevam os custos associados à tomada de decisão, dados os limites – sobretudo de tempo e de conhecimento – que, em maior ou menor medida, afetam os órgãos julgadores. Tendo em vista as exigências epistêmicas vinculadas às sub-regras do exame de proporcionalidade, é possível falar numa hiper-racionalidade desse método de aplicação do direito, cuja operacionalização “[...] exige uma série de informações de difícil obtenção e o respectivo processamento desses dados.”⁵⁴ Como a superação dessas exigências

⁵² Cf. SUNSTEIN, Cass R. Must formalism be defended empirically? **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 66, n. 3, p. 647, Sum. 1999. Cf., também, SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second order decisions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, n. 57, p. 13-16, 1998.

⁵³ Como aponta Schauer, “[...] regras truncam o conjunto de considerações disponíveis para o tomador de decisão. Regras se colocam no caminho. Elas excluem a consideração de fatores que um tomador de decisão não limitado por essas regras levaria em conta.” (SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 97, n. 4, p. 536-537, Mar. 1988, tradução nossa).

⁵⁴ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 58, p. 197, out./dez. 2014. Cf., nesse sentido, SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 218: “O problema com a ‘fórmula da ponderação’ está menos na sua inaptidão para modelar adequadamente o ‘balanceamento’ de princípios tal como levado a efeito por juízes e tribunais e mais no que ela pressupõe quanto à obtenção dos

epistêmicas redundam em sérias dificuldades para juízes “de carne e osso”, isto é, sujeitos a diversas limitações em ambientes reais de tomada de decisão, o preço a pagar pela aplicação dos princípios – e, por conseguinte, da proporcionalidade – é, geralmente, a ampliação do número de respostas incorretas para os problemas jurídicos e o aumento do consumo de recursos escassos, os quais poderiam ser utilizados na resolução de outros problemas jurídicos ou na consecução de outras tarefas.

Quando os órgãos julgadores aplicam princípios a casos que preenchem o suporte fático de regras válidas com o objetivo de evitar a obtenção de resultados subótimos, que seriam produzidos caso estas últimas fossem aplicadas, é possível que eles não profiram as melhores decisões. Isso porque, livres para decidir com base em todos os fatores que, segundo a proporcionalidade, são relevantes para a solução de problemas jurídicos, [...] com frequência os tomadores de decisão usam essa liberdade imprudentemente, empregando os fatores que *poderiam* produzir o melhor resultado para produzir, em vez disso, um resultado inferior.”⁵⁵ Além disso, na medida em que as regras, em geral, “[...] evitam os cálculos, a angústia e as despesas que de outra maneira seriam necessárias, liberando assim tempo, dinheiro e espaço mental para empreendimentos mais valiosos”,⁵⁶ é possível que o recurso a princípios, e não a regras colidentes, para a solução de determinado caso concreto redunde em decisões de menor qualidade no futuro, já que o dispêndio de recursos para solução desse caso, decorrente da aplicação da proporcionalidade, implica a redução da quantidade de recursos disponível para a solução de outros casos.

Embora o teste da proporcionalidade em sentido estrito imponha pesados deveres de fundamentação aos tomadores de decisão, é em função das exigências epistêmicas criadas pelos testes da adequação e da necessidade que os custos associados à tomada de decisão baseada em princípios tendem a se tornar mais altos. A razão é simples: para verificar a idoneidade técnica de uma medida para fomentar um fim legítimo (teste da adequação) e para avaliar a existência de uma medida alternativa cujo grau de idoneidade técnica seja igual ou superior ao da medida adotada (teste da igual adequação da medida alternativa, que corresponde a uma das regras parciais do teste da necessidade), os órgãos julgadores, muitas vezes, têm de recorrer a informações técnicas específicas, cuja obtenção e processamento exigem o domínio de

dados necessários para que possa ser efetivamente aplicada. O problema, noutras palavras, não está no lado dos resultados nem na definição ‘da regra de transformação’ que a fórmula exprime, mas em como assegurar o acesso aos valores concretos das variáveis relevantes que servem de dados para efetuar os cálculos da maneira especificada na fórmula.”

⁵⁵ SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. New York: Oxford University Press, 2002. p. 150 (tradução nossa, grifo do autor).

⁵⁶ *Ibid.*, p. 147 (tradução nossa).

conhecimentos científicos não triviais. Mas a interdisciplinaridade na aplicação do direito, decorrente da consulta ao conhecimento científico para fundamentar decisões jurídicas, é problemática, por dois motivos. O primeiro está relacionado ao caráter aberto, hipotético e disputável de todo conhecimento científico.⁵⁷ Os juízes, quando se baseiam em argumentos extrajurídicos para decidir casos concretos, usualmente se tornam árbitros de disputas entre teorias ou métodos científicos, o que pode gerar decisões irracionais tanto do ponto de vista da ciência quanto do direito.⁵⁸ O segundo motivo está ligado à capacidade dos órgãos julgadores de lidar com questões técnicas complexas. Os membros do Poder Judiciário, em geral, não têm o treinamento e o conhecimento especializado necessários para apreciar tais questões. À vista das condições epistêmicas sob as quais juízes e tribunais normalmente atuam, é provável que o ônus de decidir questões técnicas aumente, de maneira significativa, não apenas a quantidade de erros nas decisões, mas também o consumo de recursos escassos na busca das informações necessárias para que as decisões sejam tomadas. É certo que o recurso a ferramentas de obtenção de informações – como as perícias técnicas e as audiências públicas, por exemplo – pode auxiliar os órgãos julgadores a proferir melhores decisões, na medida em que, geralmente, facilita a compreensão das questões técnicas que subjazem aos problemas jurídicos. Tais ferramentas de obtenção de informações, no entanto, ainda que reduzam os custos de erro, tendem a elevar os custos decisórios, dados o tempo e os recursos financeiros que têm de ser gastos para a utilização delas.

Em suma, os princípios tendem a tornar os procedimentos de tomada de decisão mais dispendiosos, em virtude dos ônus de fundamentação criados pelas sub-regras do exame de proporcionalidade – e, especialmente, pelas sub-regras da adequação e da necessidade, que exigem a otimização do conteúdo dessas normas relativamente às possibilidades fáticas. Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios, como mandamentos de otimização, são menos aptos do que as regras para resolver não apenas problemas de coordenação e de perícia,⁵⁹ mas também problemas de eficiência. Em outras palavras, a aplicação dos princípios tende a produzir menos eficiência decisória do que a aplicação das regras.⁶⁰

⁵⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. **Interdisciplinaridade e adjudicação**: caminhos e descaminhos da ciência do direito. Rio de Janeiro, 2009. p. 5. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2174>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

⁵⁸ Cf. *Ibid.*, p. 12-13.

⁵⁹ Os problemas de coordenação se referem aos custos decorrentes de uma incerteza ou discordância sobre os direitos e deveres dos indivíduos em determinada comunidade. Já os problemas de perícia dizem respeito aos custos resultantes da possibilidade de que os tomadores de decisão cometam erros, sobretudo quando analisam questões técnicas. Cf. ALEXANDER, Larry. “With me, It's all er nuthin’”: formalism in law and morality. **University of Chicago Law Review**, Chicago, n. 66, p. 531-536, 1999.

⁶⁰ Cf., acerca da aptidão das regras para resolver problemas de coordenação, perícia e eficiência, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo:

Se as regras, em geral, importam a diminuição dos custos associados à tomada de decisão, então, à semelhança do que ocorre com a segurança jurídica, é natural que a eficiência forneça razões para a aplicação dessas normas, elevando a carga argumentativa necessária para que elas sejam derrotadas. A eficiência na aplicação do direito, dessa maneira, pode ser entendida como um princípio formal, cuja função é aumentar a capacidade de resistência das regras diante de princípios colidentes.

O peso do princípio formal da eficiência está condicionado, fundamentalmente, a duas variáveis. A primeira delas diz respeito à maior ou menor medida em que uma regra promove eficiência na aplicação do direito. A aptidão das regras para fomentar eficiência decisória varia conforme os graus de clareza e de simplicidade dessas normas. Uma regra, quando é clara – isto é, quando os termos gerais contidos em seu texto se dotam de um elevado grau de determinação semântica – e simples – ou seja, quando sua aplicação exige a análise de um número reduzido de fatores –, tende a diminuir as chances de erro e a quantidade de recursos que tem de ser empregados para a tomada de decisão.⁶¹ Sendo assim, é possível dizer que, quanto maiores forem os graus de clareza e de simplicidade de uma regra, maior será o grau em que tal norma promoverá o princípio formal da eficiência decisória, e maior será o peso desse princípio.

A segunda variável da qual depende o peso do princípio formal da eficiência decisória tem a ver com as habilidades e as limitações concretas de juízes e tribunais para solucionar casos concretos com base em princípios e, conseqüentemente, na proporcionalidade. A ideia de que os membros do Poder Judiciário, em geral, não dispõem dos recursos necessários para lidar com as complexas questões subjacentes ao exame de proporcionalidade é um argumento

Malheiros, 2012. p. 122: “[...] a falta de regras provocaria uma grande falta de coordenação entre as pessoas, cada qual sustentando ser seu ponto de vista pessoal o prevalecente. A ausência de soluções, ainda que elas pudessem ser modificadas por razões extraordinárias, provocaria custos excessivos, pois haveria necessidade de solucionar cada caso individualmente, com uma autoridade específica e uma fundamentação particular. Ainda, inexistindo regras, os cidadãos sentir-se-iam legitimados a criar soluções mesmo em áreas para as quais é necessário um conhecimento técnico especializado, o que colocaria em risco a segurança das pessoas e a eficiência das decisões.”

⁶¹ Cf., nesse sentido, ALEXANDER, Larry. “With me, It’s all er nuthin’”: formalism in law and morality. *University of Chicago Law Review*, Chicago, n. 66, p. 545, 1999 (tradução nossa): “A generalidade e a determinação permitem que as regras resolvam questões e controvérsias morais. Evidentemente, para cumprir sua função moral, as regras devem não apenas resolver questões morais, mas também resolvê-las de modo eficiente o bastante para que os ganhos morais de coordenação não sejam ultrapassados pelo aumento dos custos de tomada de decisão. Uma regra que produz coordenação, em que a falta de coordenação apresenta custos morais modestos, mas que exige de cada pessoa a realização de milhares de cálculos demorados e, portanto, dispendiosos, seria uma regra indesejável, apesar de sua capacidade de resolver questões morais controversas. (Por exemplo, ‘dirija a cinquenta e cinco quando a temperatura estiver acima de 33 graus Fahrenheit, e o céu estiver ensolarado ou parcialmente nublado, e não tiver chovido há vinte e quatro horas; em caso contrário, dirija a quarenta e cinco.’)”

empírico e, portanto, falseável.⁶² Para afirmar que a aplicação das sub-regras da proporcionalidade torna os custos de erro e de decisão mais altos – ou significativamente mais altos –, é necessário avaliar as condições epistêmicas sob as quais um órgão julgador específico realmente atua. É possível, por exemplo, que um juiz domine os conhecimentos técnicos e científicos necessários para analisar a adequação e a necessidade de uma medida e, por conseguinte, seja capaz de recorrer a princípios para resolver determinado tipo de problema sem elevar, consideravelmente, os custos de erro e de decisão. Nesse sentido, pode-se dizer que a força do argumento segundo o qual uma regra é mais apta do que um princípio para incrementar a eficiência decisória é contextual ou contingente, pois está condicionada não apenas às características dessas normas, mas também às características de cada ambiente de tomada de decisão. Em outras palavras, é possível afirmar que, quanto maior for a capacidade concreta de um órgão julgador de, com base em princípios, formular respostas apropriadas para problemas jurídicos, menor será o peso do princípio formal da eficiência decisória no ambiente dentro do qual esse órgão atua.

5.3 A derrotabilidade das regras e a distinção estrutural

Com base na ideia de princípios formais, é possível sustentar que a derrotabilidade das regras, em vez de solapar a distinção estrutural entre essas normas e os princípios, a explica ou reforça. Alguns princípios formais, como assinalado, conferem força normativa às regras, aumentando o grau de resistência delas diante de princípios colidentes. Isso significa que tais princípios elevam a carga de argumentação que deve ser superada pelos órgãos julgadores para decidir, com base em princípios, casos concretos que podem ser resolvidos por meio da aplicação de regras válidas.⁶³ Tal carga argumentativa pode ser mais ou menos exigente,

⁶² A tese de que o modelo formalista – ou baseado em regras – de tomada de decisão gera menores custos de erro e de decisão deve ser justificada em termos empíricos e consequencialistas, conforme a teoria do *second best*. Cf., nesse sentido, SUNSTEIN, Cass R. Must formalism be defended empirically? **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 66, n. 3, p. 636-670, Sum. 1999; SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 152-153; ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 203-211. Para uma defesa, em bases consequencialistas, de uma estratégia formalista de tomada de decisão, cf. VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 4-6. Cf., sobre a teoria do *second best*, SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, Worcester, v. 101, p. 914-915, Feb. 2003.

⁶³ Como observa Thomas Bustamante, “[...] estabelece-se uma carga de argumentação especial para quem quer defender a não aplicação de uma regra a uma situação coberta por seu suporte fático, pois sempre haverá princípios formais (ou, como é possível chamá-los, princípios institucionais) que jogam a favor da manutenção das consequências da regra estabelecida pelo legislador.” (BUSTAMANTE, Thomas. *Conflictos normativos y*

conforme o peso dos princípios formais num caso concreto. Seja como for, ela existe e tem de ser enfrentada, o que permite afirmar que é sempre mais difícil superar regras do que superar princípios.⁶⁴

Para que um princípio seja superado, basta que as possibilidades fáticas e jurídicas impeçam sua aplicação a um caso concreto. Assim, simplificada, pode-se dizer que “Um princípio cede lugar quando, em determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico.”⁶⁵ Já, para que uma regra seja superada, é necessário, em primeiro lugar, que tal norma se mostre, sob as circunstâncias de um caso concreto, desproporcional ou sobreinclusiva; e, em segundo lugar, que sejam superados princípios formais, ou seja, “[...] princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida.”⁶⁶

Tanto as regras quanto os princípios, portanto, podem representar razões *prima facie*, isto é, podem ser superados por princípios colidentes. Isso não implica, porém, uma indistinção entre tais espécies de normas, uma vez que a resistência oferecida pelas regras à superação é diferente da oferecida pelos princípios. Ou seja: enquanto as regras se caracterizam por ter uma capacidade de resistência alta, já que só podem ser superadas mediante a análise, no caso concreto, dos fatores institucionais e procedimentais relacionados a princípios formais, os princípios se caracterizam por ter uma capacidade de resistência baixa, pois sua superação não pressupõe tal tipo de análise.⁶⁷

A força das regras, como normas mais resistentes à superação do que os princípios, decorre do caráter de mandamento definitivo delas. As regras, em geral, promovem valores considerados fundamentais em Estados Democráticos de Direito – como alocação de

decisiones *contra legem*: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. **Doxa**, Alicante, n. 33, p. 96, 2010, tradução nossa).

⁶⁴ Cf., nesse sentido, LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **Otimização de princípios, separação dos poderes e segurança jurídica**: o conflito entre regra e princípio. 2012. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 73: “Regras tendem a estabilizar as expectativas dos seus destinatários com relação ao que é devido, fomentando a segurança jurídica, e a preservar a competência decisória de agentes estatais que, muitas vezes, são mais representativos ou tecnicamente mais capacitados para decidir sobre a melhor forma de concretizar os princípios constitucionais do que os órgãos judiciais que aplicam o direito ao caso concreto. Para que essas finalidades possam ser alcançadas, as regras devem ter precedência *prima facie* sobre os princípios, ou seja, a sua resistência à superação por meio de decisão judiciais individuais deve ser superior à das normas que devem ser realizadas na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.”

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Cf., nesse sentido, *Ibid.*; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 112.

competência decisória, segurança jurídica e eficiência na solução de casos concretos – exatamente porque definem o que é devido em caráter definitivo. Se as regras tivessem a estrutura não de mandamentos definitivos, mas de mandamentos *prima facie*, não haveria princípios formais a sustentar a autoridade dessas normas, uma vez que a aplicação delas não promoveria, em algum grau ou num grau significativo, os valores correspondentes a tais princípios formais.

Como observa Alexy, “[...] quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios.”⁶⁸ Isso é assim porque, além de resolver problemas relativos à definição da intensidade da realização de princípios materiais no caso concreto, a aplicação das regras – qualquer que seja o conteúdo delas – se presta a resolver outros problemas, como os que dizem respeito à definição de quem deve ter a competência de solucionar esse caso. Daí ser possível afirmar, com Rafael Bellem de Lima, que “é justamente para proteger as decisões adicionais tomadas com a positivação de uma regra [...] que a teoria dos princípios atribui validade definitiva às regras, estabelecendo que essas normas, sempre que válidas, devem ser aplicadas de forma estrita [...]”.⁶⁹

Em suma, as regras apresentam uma maior capacidade de resistência à superação por princípios colidentes porque são dotadas de um caráter definitivo e, por isso, tendem a promover, em maior medida do que eles, certos princípios formais, como os da competência decisória do legislador democraticamente legitimado, da segurança jurídica e da eficiência decisória. Nesse sentido, pode-se dizer que a diferença entre regras e princípios quanto à capacidade de resistência à superação apenas reflete a diferença existente entre tais normas quanto à estrutura lógica. Ou seja: a capacidade de resistência das regras é superior à dos princípios porque estes são mandamentos de otimização e, aquelas, mandamentos definitivos.

Diante disso, cabe fazer uma ressalva à tese, defendida por Alexy, segundo a qual a possibilidade de que as regras sejam derrotadas implica o reconhecimento de que tais normas também possuem um caráter *prima facie*, o qual pode ser mais ou menos forte, conforme o peso atribuído aos princípios formais que prescrevem a obediência a elas.⁷⁰ Como assinalado acima, alguns princípios formais exigem a obediência às regras porque, normalmente, são promovidos com mais intensidade quando elas são aplicadas do que quando princípios materiais são

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 582-583.

⁶⁹ LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **Otimização de princípios, separação dos poderes e segurança jurídica: o conflito entre regra e princípio**. 2012. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 59.

⁷⁰ Cf. ALEXY, 2008, op. cit., p. 103-106.

aplicados. E isso é assim porque as regras, à diferença dos princípios materiais, são mandamentos definitivos e, portanto, definem o que é obrigatório, proibido ou permitido em caráter definitivo. Se as regras tivessem um caráter *prima facie*, tal como os princípios, sua realização não seria exigida por princípios formais, e elas não ofereceriam nenhuma resistência à superação por princípios colidentes – o que implicaria o fim da existência das regras como normas jurídicas e, conseqüentemente, a inexistência de uma distinção estrutural entre regras e princípios. Portanto, ao contrário do que sustenta Alexy, pode-se dizer que as regras, como normas jurídicas que existem de fato, têm sempre um mesmo caráter definitivo. O que, na verdade, tem um caráter *prima facie*, quando tais normas se mostram derrotáveis ou desproporcionais em concreto, são as razões por elas fornecidas para a solução de um caso concreto. E o que é suscetível de graduação, conforme o peso dos princípios formais, é a força normativa das regras – é, em outras palavras, a capacidade delas de resistir à sua superação por princípios colidentes.

A possibilidade de que uma regra continue sendo uma regra mesmo quando derrotável evidencia a inconsistência do argumento – levantado principalmente por autores que sustentam não haver, nos moldes propostos por Alexy, uma distinção qualitativa entre regras e princípios – segundo o qual as regras, na medida em que estão sujeitas a exceções não enumeráveis exaustivamente de antemão, derivadas de princípios colidentes, têm, à semelhança dos princípios, uma dimensão de peso e, por isso, também são capazes de ser ponderadas ou sopesadas.⁷¹ Como ressaltado, uma regra derrotável se caracteriza como um mandamento definitivo quando oferece alguma resistência à sua superação, elevando a carga argumentativa necessária para que um princípio colidente seja aplicado no seu lugar. Se as regras derrotáveis que se opõem à sua derrota mantêm seu caráter de regras, então não há falar numa dimensão de peso dessas normas, ou na possibilidade de que elas se submetam a um sopesamento. É possível que a ponderação – como sub-regra do exame de proporcionalidade – tenha, de fato, de ser aplicada para a solução de casos nos quais regras, proporcionais em abstrato, se revelam sobreinclusivas ou desproporcionais em concreto – os quais, como visto, configuram colisões

⁷¹ Entre os autores que sustentam essa posição, cf., por exemplo, 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. **Derechos sociales y ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. p. 345-352; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 57-65; NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 77-82; BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 201-220. Para Marcelo Neves, as regras derrotáveis são suscetíveis de ponderação com princípios colidentes e, por isso, correspondem a uma categoria de híbridos normativos, a das “regras que são como princípios”. Cf., no ponto, NEVES, op. cit., p. 105-106.

entre regras e princípios. É importante observar, no entanto, que essa ponderação, quando realizada, envolverá não a regra derrotável, e sim os princípios materiais e formais em jogo. Em outras palavras, ela envolverá, exclusivamente, as normas – dotadas da estrutura de mandamentos de otimização – que fornecem, de um lado, razões favoráveis à aplicação da regra derrotável e, de outro, razões favoráveis à superação dela.⁷²

Como se percebe, as regras só deixarão de ser regras, quando derrotáveis, se não opuserem nenhuma resistência à sua superação, ou seja, se forem supérfluas. As regras serão supérfluas quando os órgãos julgadores não enfrentarem os ônus argumentativos impostos pelos princípios formais que exigem a aplicação delas, como os da competência decisória do legislador democraticamente legitimado, da segurança jurídica e da eficiência decisória. Uma regra cuja aplicação a um caso concreto é afastada sem que os princípios formais que sustentam sua autoridade sejam levados em consideração não configura uma regra mandatória genuína, mas uma sugestão ou um guia preditivo, cuja existência nada acrescenta ao cálculo decisório.⁷³

Nesse sentido, pode-se dizer que a existência das regras depende sobretudo da forma como elas são tratadas pelos aplicadores do direito.⁷⁴ Para que uma regra exista, é necessário que ela seja levada a sério pelos órgãos julgadores, especialmente quando sua aplicação gera resultados infelizes. Como afirma Schauer, uma regra, cuja aplicação a determinado caso produz os mesmos resultados que poderiam ser obtidos por meio da aplicação direta de sua justificativa substantiva – isto é, da proporcionalidade –, não desperta especial interesse como objeto de estudo. Regras se tornam interessantes quando prescrevem resultados subótimos,⁷⁵ ou seja, quando se mostram sobreinclusivas ou desproporcionais num caso concreto. Uma regra proporcional em abstrato, mas desproporcional em concreto, caracterizará uma regra genuína, e não uma regra supérflua, se for opaca em relação às razões fornecidas pelos princípios materiais que a fundamentam.⁷⁶ Ou seja: ela existirá como regra jurídica se for entrincheirada

⁷² Cf., em sentido semelhante, SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições, eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 58.

⁷³ Cf. SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 97, n. 4, p. 535, Mar. 1988. Cf., sobre a noção de regras mandatórias, Id. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. New York: Oxford University Press, 2002. p. 3-6.

⁷⁴ Cf., a esse respeito, Id. Is defeasibility an essential property of law? In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (Ed.). **The logic of legal requirements**: essays on defeasibility. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 85-88.

⁷⁵ Cf. Id., 1988, op. cit., p. 537.

⁷⁶ Sobre a ideia de regras opacas, cf. ALEXANDER, Larry. “With me, It's all er nuthin'”: formalism in law and morality. **University of Chicago Law Review**, Chicago, n. 66, p. 531, 1999 (tradução nossa): “Por formalismo, quero dizer aderência à prescrição de uma norma sem considerar as razões de fundo às quais a norma se prestou a servir (mesmo quando a prescrição da norma é falha para servir a esses motivos de fundo num caso particular). Um formalista olha para a forma da prescrição que está contida numa regra autoritativa em vez de olhar para o fim ou para fins substantivos que ela se prestou a alcançar. Uma norma é formalista quando é opaca no sentido de que agimos sem considerar os objetivos substantivos que a ela subjazem.”

ou capaz de fornecer, por si mesma, uma razão para a solução de um problema jurídico.⁷⁷ Em caso contrário – ou seja, se ela for incapaz de gerar uma razão independente para a solução de um problema jurídico, por ser totalmente transparente às razões sustentadas pelos princípios materiais subjacentes –, tal regra não fará nenhuma diferença na tomada de decisão, já que sua aplicação cederá lugar à aplicação de um princípio colidente todas as vezes que se mostrar inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito à luz das circunstâncias de um caso concreto.

Afirmar que as regras, para que existam como regras, devem ser opacas ou entrincheiradas não é o mesmo que dizer que tais normas devem ter uma capacidade de resistência absoluta.⁷⁸ É possível que uma regra, desproporcional num caso concreto, seja derrotada e siga sendo uma regra, desde que os aspectos institucionais e procedimentais, referentes aos princípios formais que atuam em favor dela, não sejam ignorados por ocasião da tomada de decisão. De qualquer maneira, as regras jurídicas devem sempre possuir alguma força normativa ou capacidade de resistência, o que quer dizer que elas não podem ser derrotadas sempre que derrotáveis. Se o suporte fático de uma regra for maleável a ponto de ser reformulado em todas as ocasiões em que ela se tornar desproporcional em concreto, tal norma não exercerá nenhuma pressão no mundo e, portanto, não terá a natureza de uma regra mandatória.

Concluindo, a existência das regras está condicionada não apenas às propriedades lógicas que permitem distingui-las, no plano teórico, dos princípios, mas também à forma como elas são tratadas pelos órgãos responsáveis pela aplicação do direito.⁷⁹ Para que as regras existam como regras jurídicas, é necessário que os tomadores de decisão optem por considerá-las razões independentes para a solução de casos concretos. Apenas quando as regras são tratadas como elementos dotados de autoridade, capazes de fundamentar a solução de casos mesmo quando se revelam sobreinclusivas ou desproporcionais em concreto, é que elas passam a existir como uma classe de normas jurídicas que é distinta, do ponto de vista da estrutura lógica, da dos princípios.

⁷⁷ Cf., nesse sentido, SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 97, n. 4, p. 537, Mar. 1988. Cf., acerca da noção de regras como generalizações entrincheiradas, Id. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 47-52.

⁷⁸ Cf. STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. p. 156.

⁷⁹ Como observa Noel Struchiner, “[...] a regra é uma relação entre um predicado factual e as suas justificações subjacentes (ou a totalidade de razões relevantes para a decisão). Mas toda regra é uma relação em um sentido ainda mais profundo. A relação entre o predicado factual e a justificação depende de uma relação prévia: a relação entre os responsáveis pela tomada de decisão e o texto da regra.” (STRUCHINER, 2005, op. cit., p. 158).

6 CONCLUSÃO

No Capítulo 2 da dissertação, as estruturas de regras e de princípios foram comparadas com base em três critérios ou aspectos tradicionais: o conteúdo ou dever-ser, a forma de aplicação e a forma de solução dos conflitos normativos. Tais critérios esclarecem pontos significativos da distinção entre regras e princípios, mas não são os únicos a fazê-lo. Há outros critérios, menos conhecidos, que também iluminam a distinção estrutural. Entre eles, o da capacidade de resistência à superação por princípios colidentes.

Regras têm uma capacidade de resistência alta à superação por princípios colidentes; princípios, uma capacidade baixa. Essa diferença entre regras e princípios se traduz na dificuldade de superação dos ônus argumentativos impostos aos tomadores de decisão. A carga argumentativa criada para a superação de uma regra é maior do que a criada para a superação de um princípio. Para que um princípio possa ser superado, é suficiente que as possibilidades fáticas e jurídicas impeçam sua aplicação a um caso concreto. Mas, para que uma regra possa ser superada, é necessário, em primeiro lugar, que tal norma se revele desproporcional num caso concreto; e, em segundo lugar, que sejam superados os princípios formais que atuam em seu favor.

Os princípios formais que atuam em favor das regras elevam os ônus argumentativos que têm de ser enfrentados para que elas sejam derrotadas. Tais princípios entrincheiram as regras, tornando-as menos vulneráveis diante de casos recalcitrantes, independentemente do conteúdo substantivo delas. A existência de princípios formais implica a existência de regras mandatórias genuínas, isto é, de regras capazes de exercer alguma pressão no mundo, mesmo quando sua aplicação leva à produção de resultados infelizes. Sem a proteção oferecida pelos princípios formais, as regras seriam derrotadas sempre que derrotáveis, o que implicaria o fim da existência delas como regras jurídicas.

Uma regra será derrotável, como estudado no Capítulo 4, quando se revelar desproporcional em concreto, isto é, inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito sob as circunstâncias de um caso particular. E será derrotada sempre que, em seu suporte fático, for instituída uma cláusula de exceção, ou seja, sempre que sua aplicação for impedida por outra regra, criada pelo tomador de decisão. A derrota de uma regra, assim, traduz a não aplicação dessa norma a um caso concreto, embora seja válida – ou, quando menos, proporcional em abstrato – e a ele aplicável.

Os princípios são razões para regras. Isso significa que, da aplicação de um princípio a um caso concreto – seja como uma razão *prima facie*, seja como uma razão definitiva – resulta

necessariamente a criação de uma regra (geral-abstrata ou concreta), que expressa a solução desse caso. As exceções introduzidas no suporte fático das regras derrotadas, assim, também podem ser entendidas como o resultado da aplicação de princípios. Consequentemente, os casos de derrota de uma regra podem ser reconstruídos como colisões entre tal norma e um princípio que são solucionadas não da forma típica, estudada no Capítulo 3 – isto é, por meio da aplicação da regra, que restringe o suporte fático do princípio –, mas por meio da aplicação do princípio, ou, em termos equivalentes, da exceção dele derivada.

Como visto no capítulo anterior, a maior resistência das regras à superação por princípios colidentes é um desdobramento da distinção estrutural. Os princípios formais só conferem força normativa às regras porque a aplicação delas tende a promover a realização desses princípios em maior medida do que a aplicação dos princípios materiais. E isso é assim porque as regras, à diferença dos princípios, definem o que é juridicamente obrigatório, proibido ou permitido em caráter definitivo.

Os princípios contêm um dever-ser ideal ou *prima facie*, uma vez que não dispõem da extensão de seu conteúdo em relação às condições fáticas e jurídicas do caso concreto. A medida em que um princípio deve ser satisfeito é sempre determinada externamente, pelos âmbitos das possibilidades fáticas e jurídicas. O caso das regras, no entanto, é diferente. As regras veiculam determinações no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas. Elas trazem, em si mesmas, a medida em que devem ser satisfeitas. Aquilo que é devido em função de uma regra é sempre definido de antemão, isto é, previamente aos casos concretos. Embora estejam sujeitas a exceções derivadas de princípios colidentes, as regras expressam a pretensão de que aquilo que elas prescrevem seja simétrico àquilo que é, de fato, realizado. As regras contêm, em outras palavras, um dever-ser real ou definitivo, uma vez que exigem seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, nem mais, nem menos. Isso significa que as regras, quando válidas e aplicáveis, devem ser aplicadas de maneira que seu conteúdo normativo – isto é, aquilo que elas estabelecem como juridicamente obrigatório, permitido ou proibido – seja realizado na sua totalidade.

As regras, justamente porque definem, em caráter definitivo, o que é devido, realizam, quando aplicadas, objetivos ou valores fundamentais em Estados Democráticos de Direito, como alocação de competência decisória, segurança jurídica e eficiência decisória. Se elas tivessem a estrutura não de mandamentos definitivos, mas de mandamentos *prima facie* ou de otimização, não haveria princípios formais a sustentar a autoridade das regras, uma vez que a aplicação delas não promoveria, em algum grau ou num grau significativo, os valores correspondentes a tais princípios. Isso explica por que os princípios formais da competência

decisória do legislador democraticamente legitimado, da segurança jurídica e da eficiência, entre outros, oferecem razões para a aplicação das regras, mas não para a aplicação dos princípios substantivos ou materiais.

A distinta capacidade de resistência de regras e de princípios, dessa maneira, apenas reflete a diferença qualitativa existente entre tais espécies de normas. Regras têm uma capacidade de resistência alta porque são mandamentos definitivos, e princípios têm uma capacidade de resistência baixa porque são mandamentos de otimização. Mas, se isso é assim, então a ideia de derrotabilidade não necessariamente importa uma indistinção entre regras e princípios. Pelo contrário, a derrotabilidade das regras, na medida em que aponta para a maior capacidade de resistência dessas normas à superação por princípios colidentes, elucida a distinção estrutural.

Tanto regras quanto princípios podem fornecer razões *prima facie* para a solução de casos concretos. Isso, no entanto, não afeta a distinção estrutural. Da mesma maneira que princípios podem representar razões definitivas sem que se transformem em regras ou deixem de existir como princípios, regras podem representar razões *prima facie* sem que se transformem em princípios ou deixem de existir como regras. O que é decisivo para a distinção entre regras e princípios não é a natureza das razões por eles fornecidas para a solução de um caso concreto, mas a estrutura normativa.

É possível que uma regra, desproporcional num caso concreto, seja derrotada e, mesmo assim, tenha seu caráter definitivo preservado. Quando os órgãos julgadores levam em consideração os fatores institucionais e procedimentais relativos a princípios formais, as ocasiões de derrota das regras não implicam a perda do caráter definitivo dessas normas, ou a aquisição, por elas, de um caráter *prima facie*. Uma regra, quando derrotável, continua sendo uma regra quando oferece alguma resistência à sua superação por um princípio colidente; e, desde que essa resistência seja levada a sério pelos tomadores de decisão, uma regra, quando derrotada, continua sendo uma regra, a despeito da introdução, em seu suporte fático, de uma exceção, derivada do princípio colidente.

Portanto, a existência das regras – e da distinção estrutural – depende da forma como tais normas são tratadas pelos órgãos julgadores. A derrotabilidade das regras não solapa a distinção estrutural, a menos que elas sejam tratadas não como regras genuínas, mas como regras supérfluas, incapazes de oferecer, por si mesmas, razões para a solução de casos concretos. Quando, ao contrário, regras apresentam alguma força normativa, acrescentando ao cálculo decisório razões que são relativamente independentes das razões fornecidas pelos princípios materiais aplicáveis ao caso, a distinção estrutural se mantém intacta, a despeito da

possibilidade de que, ocasionalmente, colisões entre regras e princípios sejam solucionadas por meio da aplicação destes em detrimento daquelas.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: _____.; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki (Coord.). **La normatividad del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALCHOURRÓN, Carlos E. Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas. In: _____.; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. On law and logic. **Ratio Juris**, Oxford, v. 9, n. 4, p. 331-348, Dec. 1996.

ALEXANDER, Larry. “With me, It's all er nuthin’”: formalism in law and morality. **University of Chicago Law Review**, Chicago, n. 66, p. 530-565, 1999.

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, Oxford, v. 13, n. 3, p. 294-304, Sept. 2000.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. Constitutional rights, balancing, and rationality. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, Jun. 2003.

_____. On balancing and subsumption: a structural comparison. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-449, Dec. 2003.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Two or three? In: BOROWSKI, Martin (Ed.). **On the nature of legal principles: Proceedings of the Special Workshop “The Principles Theory” held at the 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)**, Kraków, 2007. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010.

_____. Formal principles: some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 12, n. 3, p. 511-524, Jul. 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____.; _____. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. **Isonomía**, Ciudad de México, n. 13, p. 87-117, oct. 2000.

BAYÓN MOHINO, Juan Carlos. **La normatividad del derecho**: deber jurídico e razones para la acción. 1991. 608 f. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1991.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BIX, Brian H. Defeasibility and open texture. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (Ed.). **The logic of legal requirements**: essays on defeasibility. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jul. 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19294.htm>. Acesso em: 06 jul. 2017.

_____. Decreto n. 8.262, de 31 de maio de 2014. Altera o Decreto n. 2.018, de 1º de outubro de 1996, que regulamenta a Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 02 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8262.htm>. Acesso em: 06 jul. 2017.

BROŹEK, Bartosz. **Defeasibility of legal reasoning**. Kraków: Zakamycze, 2004.

BUSTAMANTE, Thomas. Conflictos normativos y decisiones *contra legem*: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios. **Doxa**, Alicante, n. 33, p. 79-108, 2010.

CHIASSONI, Pierluigi. Defeasibility and legal indeterminacy. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (Ed.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1974.

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

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

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. **Derechos sociales y ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. 2011. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GUASTINI, Riccardo. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. **Doxa**, Alicante, n. 31, p. 143-155, 2008.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari e de Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Ed. UNESP, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

HAGE, Jaap C. **Reasoning with rules: an essay on legal reasoning and its underlying logic**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, London, v. 49, p. 171-194, 1949.

_____. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A & C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **Otimização de princípios, separação dos poderes e segurança jurídica**: o conflito entre regra e princípio. 2012. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e de Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARANHÃO, Juliano. Defeasibility, contributory conditionals, and refinement of legal systems. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (Ed.). **The logic of legal requirements**: essays on defeasibility. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NAVARRO, Pablo; RODRÍGUEZ, Jorge. Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. **Isonomía**, Ciudad de México, n. 13, p. 61-85, oct. 2000.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

PECZENIK, Aleksander. Jumps and logic in the law: what can one expect from logical models of legal argumentation? **Artificial Intelligence and Law**, Dordrecht, v. 4, p. 297-329, Sept. 1996.

PEREIRA, Bruno Ramos. **O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal**: análise dos votos do ministro Gilmar Mendes. 2009. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

POLLOCK, John L. Defeasible reasoning. **Cognitive Science**, Norwood, v. 11, p. 481-518, Oct. 1987.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leônidas Hegenberg e de Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1974.

RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 81, n. 5, p. 823-854, Apr. 1972.

_____. **Practical reason and norms**. New York: Oxford University Press, 1999.

RODRÍGUEZ, Jorge L.; SUCAR, Germán. Las trampas de la derrotabilidad: niveles de análisis de la indeterminación del derecho. **Doxa**, Alicante, v. 2, n. 21, p. 403-420, 1998.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Tradução de Genaro R. Carrió. 4. ed. Buenos Aires: Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1977.

ROSS, William David. **The right and the good**. New York: Oxford University Press, 2002.

SALMON, Wesley C. **Lógica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e de Octanny Silveira da Mota. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

SARTOR, Giovanni. Defeasibility in legal reasoning. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (Ed.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 97, n. 4, p. 509-548, Mar. 1988.

_____. On the supposed defeasibility of legal rules. In: FREEMAN, M. D. A. (Ed.). **Current legal problems 1998: legal theory at the end of the millennium**. Oxford: Oxford University Press, 1998. v. 51.

_____. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. **Profiles, probabilities, and stereotypes**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

_____. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. **Law & Ethics of Human Rights**, Berlin, v. 4, p. 34-45, 2010.

_____. Is defeasibility an essential property of law? In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (Ed.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Interdisciplinaridade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência do direito**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2174>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

SIECKMANN, Jan-R. **El modelo de los principios del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, 2003.

_____. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____.; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições, eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing and rational decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 31, n. 2, p. 273-301, Mar. 2011.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes. In: SIECKMANN, Jan-R. (Ed.). **La teoría principialista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011.

_____. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 96-118, jan./abr. 2016.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem**: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. 2005. 191 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second order decisions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, n. 57, p. 1-43, 1998.

_____. Must formalism be defended empirically? **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 66, n. 3, p. 636-670, Sum. 1999.

_____.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, Worcester, v. 101, p. 885-951, Feb. 2003.

TUR, Richard H. S. Defeasibilism. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 21, n. 2, p. 355-368, Sum. 2001.

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

WAISMANN, Friedrich. Verifiability. In: FLEW, A. G. N. (Ed.). **Logic and language**. Oxford: Basil Blackwell, 1951.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Framework Convention on Tobacco Control**. Geneva: WHO, 2013. Disponível em:
<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80510/1/9789241505185_eng.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.