

Humberto Ávila

TEORIA DOS PRINCÍPIOS

*da definição
à aplicação dos princípios jurídicos*

*21ª edição,
revista, atualizada e ampliada*

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A ideia deste trabalho deve-se à repercussão que a publicação de artigos sobre os princípios jurídicos obteve no meio jurídico.¹ A essa somou-se uma outra razão: o constante relevo que a distinção entre *princípios* e *regras* vem ganhando nos debates doutrinários e jurisprudenciais.

Os estudos de direito público, especialmente de direito constitucional, lograram avanços significativos no que se refere à interpretação e à aplicação das normas constitucionais. Hoje, mais do que ontem, importa reconstruir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico*. Importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico. Trata-se, em especial e paradoxalmente, da efetividade de elementos chamados de fundamentais – os princípios jurídicos. Nesse quadro, algumas questões causam perplexidade.

A primeira delas é a própria distinção entre princípios e regras. De um lado, as distinções que separam os princípios das regras em virtude da estrutura e dos modos de aplicação e de colisão entendem como *necessárias* qualidades que são meramente *contingentes* nas referidas espécies normativas. Ainda mais, essas distinções exaltam a importância dos princípios – o que termina por apear a função das regras. De ou-

1. Humberto Bergmann Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *MDA* 215/151-179, e “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, *RTDP* 24/159-180.

tro lado, tais distinções têm atribuído aos princípios a condição de normas que, por serem relacionadas a valores que demandam apreciações subjetivas do aplicador, não são capazes de investigação intersubjetivamente controlável. Como resultado disso, a imprescindível descoberta dos comportamentos a serem adotados para a concretização dos princípios cede lugar a uma investigação circunscrita à mera proclamação, por vezes desesperada e inconsequente, de sua importância. Os princípios são reverenciados como *bases* ou *pilares* do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los.

A segunda questão que provoca a tonicidade é a falta da desejável clareza conceitual na manipulação das espécies normativas. Isso ocorre não apenas porque várias categorias, a rigor diferentes, são utilizadas como sinônimas – como é o caso da referência indiscriminada a *princípios*, aqui e acolá baralhados com *regras*, *axiomas*, *postulados*, *ideias*, *medidas*, *máximas* e *critérios* –, senão também porque vários postulados, como se verá, distintos, são manipulados como se exigissem do intérprete o mesmo exame, como é o caso da alusão acrítica à *proporcionalidade*, não poucas vezes confundida com *justa proporção*, com *dever de razoabilidade*, com *proibição de excesso*, com *relação de equivalência*, com *exigência de ponderação*, com *dever de concordância prática* ou, mesmo, com a própria *proporcionalidade em sentido estrito*.

A terceira questão que causa perplexidade é a classificação das normas em regras ou princípios, como se isso fosse suficiente, por si só, para resolver todos os problemas de interpretação e aplicação do Direito. De um lado, ignoram-se os problemas relativos a essa própria classificação. Basta apontar, em caráter meramente exemplificativo, a possibilidade de que a partir de um único dispositivo normativo sejam reconstruídas diferentes normas, sem que isso implique dizer que um dispositivo possa ser manipulado pelo intérprete para servir de base para o estabelecimento de uma regra ou um princípio para a mesma situação e sob o mesmo aspecto, a depender do seu interesse no caso concreto. De outro lado, a homogeneidade conceitual mínima é utilizada para esconder a heterogeneidade eficaz das normas, sejam elas regras ou princípios. Agrupam-se as normas em duas espécies e ignoram-se as diferenças existentes intraespécies. No entanto, justamente porque as normas, sejam elas regras ou princípios, não exercem a mesma função, não se situam no mesmo nível e não têm a mesma eficácia, não se pode tratá-las de modo uniforme, desconsiderando essas diferenças relevantes.

NORMAS DE PRIMEIRO GRAU: PRINCÍPIOS E REGRAS

2.1 Distinções preliminares: 2.1.1 Texto e norma – 2.1.2 Descrição, construção e reconstrução. 2.2 Panorama da evolução da distinção entre princípios e regras. 2.3 Critérios de distinção entre princípios e regras: 2.3.1 Critério do “caráter hipotético-condicional”: 2.3.1.1 Conteúdo – 2.3.1.2 Análise crítica – 2.3.2 Critério do “modo final de aplicação”: 2.3.2.1 Conteúdo – 2.3.2.2 Análise crítica – 2.3.3 Critério do “conflito normativo”: 2.3.3.1 Conteúdo – 2.3.3.2 Análise crítica. 2.4 Proposta de dissociação entre princípios e regras: 2.4.1 Fundamentos: 2.4.1.1 Dissociação justificante – 2.4.1.2 Dissociação abstrata – 2.4.1.3 Dissociação heurística – 2.4.1.4 Dissociação em alternativas inclusivas – 2.4.2 Critérios de dissociação: 2.4.2.1 Critério da natureza do comportamento prescrito – 2.4.2.2 Critério da natureza da justificação exigida – 2.4.2.3 Critério da medida de contribuição para a decisão – 2.4.2.4 Quadro esquemático – 2.4.3 Proposta conceitual das regras e dos princípios – 2.4.4 Análise do uso inconsistente da distinção fraca entre regras e princípios – 2.4.5 Análise do uso inconsistente da distinção forte entre regras e princípios – 2.4.6 Diretrizes para a análise dos princípios: 2.4.6.1 Especificação dos fins ao máximo: quanto menos específico for o fim, menos controlável será sua realização – 2.4.6.2 Pesquisa de casos paradigmáticos que possam iniciar esse processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários à sua realização – 2.4.6.3 Exame, nesses casos, das similaridades capazes de possibilitar a constituição de grupos de casos que girem em torno da solução de um mesmo problema central – 2.4.6.4 Verificação da existência de critérios capazes de possibilitar a delimitação de quais são os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e de quais são os comportamentos considerados necessários à sua realização – 2.4.6.5 Realização do percurso inverso: descobertos o estado de coisas e os comportamentos necessários à sua promoção, torna-se necessária a verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise – 2.4.7 Exemplo do princípio da moralidade – 2.4.8 Eficácia dos princípios: 2.4.8.1 Eficácia interna: 2.4.8.1.1 Conteúdo – 2.4.8.1.2 Eficácia interna direta – 2.4.8.1.3 Eficácia interna indireta – 2.4.8.2 Eficácia externa: 2.4.8.2.1 Conteúdo –

2.4.8.2.2 Eficácia externa objetiva – 2.4.8.2.3 Eficácia externa subjetiva – 2.4.9 Eficácia das regras: 2.4.9.1 Eficácia interna: 2.4.9.1.1 Eficácia interna direta – 2.4.9.1.2 Eficácia interna indireta – 2.4.9.2 Eficácia externa: 2.4.9.2.1 Eficácia seletiva – 2.4.9.2.2 Eficácia argumentativa – 2.4.9.3 Superabilidade das regras: 2.4.9.3.1 Justificativa da obediência a regras – 2.4.9.3.2 Condições de superabilidade. 2.5 O convívio entre princípios e regras. 2.6 A força normativa dos princípios. 2.7 A distinção condicionada entre princípios e regras.

2.1 Distinções preliminares

2.1.1 Texto e norma

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos reconstruídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.¹ O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem direta e suficientemente os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico.

Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.

Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se reconstrói mais de uma norma. Bom exemplo é o exame do enunciado prescritivo que exige lei para a instituição ou aumento de tributos, a partir do qual pode-se chegar ao princípio da legalidade, ao princípio da tipicidade, à proibição de regulamentos independentes e à proibição de delegação normativa. Outro exemplo ilustrativo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: o Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade da-

1. Riccardo Guastini, *Teoria e Dogmatica delle Fonti*, p. 16, e *Dalle Fonti alle Norme*, pp. 20 e ss.

queles que são incompatíveis com a Constituição Federal. O dispositivo fica mantido, mas as normas reconstruídas a partir dele, e que são incompatíveis com a Constituição Federal, são declaradas nulas. Então há dispositivos a partir dos quais se pode reconstruir mais de uma norma.

Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é reconstruída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, pode haver mais de um dispositivo e ser reconstruída uma só norma.

E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro.

2.1.2 *Descrição, construção e reconstrução*

Essas considerações que apontam para a desvinculação entre o texto e seus sentidos também conduzem à conclusão de que a função da Ciência do Direito não pode ser considerada como mera descrição do significado, quer na perspectiva da comunicação de uma informação ou conhecimento a respeito de um texto, quer naquela da intenção do seu autor.

De um lado, a compreensão do significado como o conteúdo conceitual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto.² A questão nuclear disso tudo está no fato de

2. Riccardo Guastini, “Interprétation et description de normes”, in Paul Amselek (org.), *Interprétation et Droit*, pp. 97-98.

2.4.2.4 Quadro esquemático

	Princípios	Regras
Dever imediato	Promoção de um estado ideal de coisas	Adoção da conduta descrita
Dever mediato	Adoção da conduta necessária	Manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores
Justificação	Correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas	Correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato
Pretensão de decidibilidade	Concorrência e parcialidade	Exclusividade e abarcância

2.4.3 Proposta conceitual das regras e dos princípios

A essa altura, pode-se concluir, apresentando um conceito de regras e um de princípios.

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

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é ideia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um *conteúdo* como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma *função diretiva* (*richtungsgebende Funktion*) para a determinação da conduta. Objeto do fim é o conteúdo desejado. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação

NORMAS DE SEGUNDO GRAU: POSTULADOS NORMATIVOS

3.1 Introdução. 3.2 Postulados hermenêuticos: 3.2.1 Considerações gerais – 3.2.2 Postulado da Coerência: 3.2.2.1 Da hierarquia à coerência – 3.2.2.2 Coerência substancial – 3.2.2.2.1 Fundamentação por suporte – 3.2.2.2.2 Fundamentação por justificação recíproca – 3.3 Postulados normativos aplicativos. 3.4 Análise do uso inconsistente de normas e metanormas: 3.4.1 Consequências. 3.5 Diretrizes para a análise dos postulados normativos aplicativos: 3.5.1 Necessidade de levantamento de casos cuja solução tenha sido tomada com base em algum postulado normativo – 3.5.2 Análise da fundamentação das decisões para verificação dos elementos ordenados e da forma como foram relacionados entre si – 3.5.3 Investigação das normas que foram objeto de aplicação e dos fundamentos utilizados para a escolha de determinada aplicação – 3.5.4 Realização do percurso inverso: descoberta a estrutura exigida na aplicação do postulado, verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base nele. 3.6 Espécies de postulados: 3.6.1 Considerações gerais – 3.6.2 Postulados inespecíficos: 3.6.2.1 Ponderação – 3.6.2.2 Concordância prática – 3.6.2.3 Proibição de excesso – 3.6.3 Postulados específicos: 3.6.3.1 Igualdade – 3.6.3.2 Razoabilidade: 3.6.3.2.1 Generalidades – 3.6.3.2.2 Tipologia – 3.6.3.3 Proporcionalidade: 3.6.3.3.1 Considerações gerais – 3.6.3.3.2 Aplicabilidade – 3.6.3.3.3 Exames inerentes à proporcionalidade – 3.6.3.3.4 Intensidade do controle dos outros Poderes pelo Poder Judiciário. 3.7 Análise da falta de diferenciação entre os postulados.

3.1 Introdução

A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de *postulados*.¹ Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em ge-

1. Rudolf Eisler, *Kant-Lexikon*, p. 427.

ral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta.

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo).

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

Os postulados não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional. Se as regras forem definidas como normas que descrevem um comportamento a ser observado (ou reservam parcela de poder, instituem procedimentos ou estabelecem definições, sempre sendo cumpridos por meio de comportamentos), devendo ser cumpridas de modo integral e, no caso de conflito, podendo ser excluídas do ordenamento jurídico se houver uma outra regra anti-

nômica, os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção. Se os princípios forem definidos como normas que estabelecem um dever-ser ideal, que podem ser cumpridas em vários graus e, no caso de conflito, podem ter uma dimensão de peso maior ou menor, os postulados não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis.

Seja qual for a denominação preferida, os postulados funcionam de forma diferente relativamente a outras normas do ordenamento jurídico. Esta razão é suficiente para tratá-los de forma separada. Sua função e seu conteúdo serão melhor evidenciados. Embora a sua denominação seja secundária, a exigência científica de compatibilidade sintática não abona a sua denominação como princípio, se o autor define princípio como normas imediatamente finalísticas, como normas de otimização a serem realizadas em vários graus segundo as possibilidades fáticas e normativas ou como normas fundamentais com elevado grau de abstração e generalidade. Nessas hipóteses, o problema não é de nomenclatura, é de inconsistência científica. Especialmente porque os postulados não são normas imediatamente finalísticas, mas metódicas; não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade; e não são normas com elevado grau de abstração e generalidade, mas normas que fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do Direito.

3.2 Postulados hermenêuticos

3.2.1 Considerações gerais

No âmbito do Direito, há postulados hermenêuticos, cuja utilização é necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, podendo funcionar, é claro, para suportar essa ou aquela alternativa de aplicação normativa. Dentre os mais importantes está o *postulado da unidade do ordenamento jurídico*, a exigir do intérprete o relacionamen-

CONCLUSÕES

4.1 A dissociação entre as espécies normativas, sobre ser havida como hipótese de trabalho para o processo aplicativo, pode ser laborada em razão do seu significado frontal. Nesse sentido, o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado).

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

4.3 Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

4.4 As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.