

PRINCÍPIOS/REGRAS, ABERTURA/FECHAMENTO: INTERPRETAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE DIFERENÇAS E PARADOXOS

PRINCIPLES/RULES, OPENESS/CLOSURE: CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND ARGUMENTATION AMONG DIFFERENCES AND PARADOXES

Lucas Fucci Amato¹

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

RESUMO: A obra resenhada trata de uma redescritção da diferença entre princípios e regras constitucionais, com uma proposta de hermenêutica e argumentação juridicamente consistentes e socialmente adequadas. Por meio de uma apropriação original da teoria dos sistemas sociais de Luhmann, Marcelo Neves sustenta o papel estruturante dos princípios, ao proporcionarem a abertura do direito a demandas ainda não suficientemente tratadas pelo sistema jurídico; de outro lado, critica o formalismo de uma prática fundada somente em regras, mas as acolhe como indispensáveis para o processo de tomada de decisão no direito.

Palavras-chave: Princípios e regras. Princípios constitucionais. Interpretação constitucional. Teoria dos sistemas sociais.

ABSTRACT: *The commented book aims at redescribing of the difference between constitutional principles and rules, and at proposing a legal hermeneutics and argumentation legally consistent and socially fit. Through an original use of Luhmann's theory of social systems, Marcelo Neves sustains the structuring role of principles, when they move to the openness of law to demands not yet sufficiently processed by the legal system; by the other side, he criticizes the formalism of a practice founded only on rules, but visualizes them as indispensable to the decision-making process in law.*

Keywords: *Principles and rules. Constitutional principles. Constitutional interpretation. Social systems theory.*

A obra de teoria do direito e da constituição apresentada por Marcelo Neves (atualmente professor titular de direito público da Universidade de Brasília) procura avançar em uma temática amplamente difundida no debate jurídico contemporâneo, em especial na reflexão e prática jurídica brasileiras. A contribuição do autor abrange quatro movimentos: a crítica aos critérios tradicionais de conceituação dos princípios; a análise dos modelos hegemônicos de diferenciação das regras e princípios jurídicos (especialmente constitucionais); a observação da recepção prática e teórica destes modelos no Brasil; e, sobretudo, a proposição de um novo construto conceitual que reconstrua tal diferença. Os quatro capítulos do livro dão conta dessa empreitada, sob a regência da metáfora do título: nela, em lugar do juiz Hércules, proposto por Dworkin como ideal regulativo de órgão decisório filosoficamente adequado, Neves representa a tendência expansiva dos princípios (tal qual as cabeças da Hidra mitológica) e o esforço heroico das regras na determinação jurídica das situações sociais e na delimitação das decisões tomadas no âmbito do direito, mediante procedimentos argumentativos e interpretativos – para as regras, reserva-se a referência a Hércules, em sua missão de improvável sucesso de ceifar a Hidra, sempre regeneradora de sua policefalia. Mas o ideal de juiz apresentado por Neves não será Hércules, como veremos.

O primeiro passo do autor, no capítulo inicial, é delinear brevemente uma teoria da interpretação jurídica que dê conta de seu problema de pesquisa; nela, central é o reconhecimento da “dupla contingência”, entre o produtor do texto normativo e o construtor da norma (intérprete/ aplicador), a qual envolve institucionalmente o processo hermenêutico, mas evita que quaisquer desses dois polos possam ignorar-se ou pretender monopolizar a criação do sentido jurídico-normativo. Afinal, afirma Neves

¹ Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo, “Largo São Francisco” (FDUSP). Endereço do CV: <http://lattes.cnpq.br/7721471179237026>

(2013, p. 5): “A questão dos princípios e regras situa-se no plano da norma (do significado), entre os planos do texto normativo (significante) e do fato jurídico (referente)”. O segundo passo é afastar critérios clássicos invocados para a distinção entre princípios e regras, notadamente na teoria geral do direito – lembre-se que o próprio Hart (2007, p. 321-5), estopim da teorização principiológica de Dworkin, rejeitou esta ao defender a diferença apenas de grau entre princípios e regras (grau de generalidade, de referência a valores, de determinação do resultado). Neves diferencia a questão da imprecisão semântica (ambiguidade conotativa e vagueza denotativa) da questão da discricionariedade – “o oferecimento, na própria norma, de alternativas para o órgão encarregado da concretização” (NEVES, 2013, p. 14). Não se pode atribuir às regras menor grau de imprecisão ou de abertura à discricionariedade; de outro lado, tais questões não se confundem com as limitações jurídicas e fáticas que os princípios possam encontrar para sua concretização. Quanto à generalidade (sujeitos da norma) e abstração (abrangência da classe de condutas normadas), Neves (2013, p. 25) afirma apenas a tendência dos princípios à generalidade (bem como à imprecisão), mas rejeita tal critério, dado que é eventual, não necessário. Ainda, a pretensa maior referência a fins e valores por parte dos princípios é afastada em todas as suas possíveis acepções – quantos aos fins, no sentido da metafísica aristotélica, do idealismo hegeliano e da racionalidade com respeito a fins weberiana; quanto aos valores, no sentido weberiano de crença, no habermasiano de preferência ou no luhmanniano, de referentes mais abstratos de conexão de expectativas. As *policies*, sim, é que poderiam ser anotadas como incorporação de uma programação finalística, ao estabelecem coordenações “meio-fim”; há tanto princípios quanto regras que incorporam tal racionalidade em alguma medida, assim como há princípios não finalísticos (como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade).

O capítulo 2, dedicado aos modelos hegemônicos na diferenciação entre princípios e regras, começa por situar-lhes a emergência no contexto das mudanças na filosofia moral e na filosofia política normativa, que marcaram uma aproximação à teoria do direito a partir dos anos de 1960 e 70, como representado pelas afinidades da teoria da justiça de Rawls com a teoria do direito como integridade de Dworkin, bem como pela teoria do direito e da democracia de Habermas. Neves enfrenta, então o modelo de Dworkin, construído em resposta ao positivismo hartiano, especialmente às teses hartianas (1) da “textura aberta da linguagem” – com a implicação da assunção da possibilidade de discricionariedade na interpretação/ aplicação tanto das regras primárias (de conduta) quanto das regras secundárias (de alteração, julgamento e reconhecimento) – e (2) da regra de reconhecimento como regra social, como critério socialmente compartilhados pelas autoridades do sistema jurídico, que fecharia tal sistema como uma união de regras primárias e secundárias, ilidindo a validade jurídica imediata dos preceitos morais. Lembre-se que, se a solução kelseniana do fechamento do ordenamento jurídico é diversa (fundada no transcendentalismo da razão pura kantiana), a teoria da interpretação de Kelsen encontra paralelos com a elaboração de Hart, notadamente quando nega expressamente a possibilidade de uma única resposta correta, apontando a decisão como um ato de vontade, de escolha de uma dentre as possíveis propostas de sentido da norma circunscritas pela “moldura”, construída, esta sim, por um processo mental de cognição (KELSEN, 2006, p. 387-97). Pois a teoria de Dworkin afirma que a interpretação não abandona o órgão decisório a um passo da decisão, mas conduz coerentemente a ela – a resposta correta é aquela que apresenta o direito à sua melhor luz, integrando os princípios da moralidade comunitária pressupostos pela institucionalidade jurídica em uma teia coerente de valores – ambição que Dworkin (2006, p. 168) assume como literalmente platônica. O papel dos princípios

está justamente em afirmar o direito como departamento da moral, evitando o vácuo de padrões dotados de autoridade a guiar a decisão do juiz. Para Neves, o que ocorre é uma diferente operacionalidade dos princípios, em relação às regras, quanto à seleção, estabilização e estruturação das expectativas normativas; mas, assim como fizera com relação à pretensão consensualista do modelo normativo de Habermas (NEVES, 2008, pp. 123-36), Neves (2013, pp. 59-60) critica o fato de Dworkin reconhecer a moralidade concorrente no plano fático, mas orientar a interpretação jurídica pela referência a uma intencionalidade e a uma moralidade comunitária que, em um ou outro grau de abstração, encontre o compartilhamento de valores – aí o projeto platônico, “comunitário” e antissociológico de Dworkin colide frontalmente com o reconhecimento do dissenso da sociedade moderna, estruturada em termos mundiais e refletida nas esferas públicas de múltiplos sistemas.

Já Alexy reconstrói o modelo de Dworkin em diálogo com uma experiência jurídica específica: a jurisprudência do Tribunal Constitucional federal alemão dominante nos anos 70; aí vislumbra a estrutura tipicamente principiológica das normas de direitos fundamentais. Alexy não adota a distinção dworkiniana entre princípios (em sentido estrito) e *policies*, os primeiros como padrões reclamados por exigência da moralidade (de justiça, de equidade) e as segundas como direcionamentos a melhorias sociais, econômicas, políticas. Para Alexy, a tese de que as regras ou são aplicáveis totalmente ou não são aplicáveis em absoluto, como defendera Dworkin, não se sustenta, pois as exceções à regra não são enumeráveis nem mesmo em teoria. Em um conflito entre regras, é preciso reconhecer exceção ou invalidade de modo que reste apenas uma cumprível. Se Dworkin afirmava a “dimensão de peso ou importância” dos princípios, capaz de calibrar o grau de incidência de cada princípio em colisão em dado caso, Alexy os define como “mandamentos de otimização”, de realização *prima facie* na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas; tal medida é definida pela máxima da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – ou sopesamento). Como resultado da ponderação, constrói-se uma regra, esta sim razão definitiva e suficiente para um juízo concreto, isto é, fundamento imediato de uma norma de decisão. Uma das críticas ao modelo de Alexy é a de que “a relação entre regra-regra e regra-exceção sempre pode comportar uma dimensão de peso, até mesmo para que se determine qual é a exceção” (NEVES, 2013, p. 80). De outro lado, ao postular pela otimização ideal dos princípios, tal modelo desconsideraria os “pontos cegos” dessa otimização: em uma sociedade complexa, na qual o sistema jurídico precisa reconstruir internamente a complexidade e pluralidade de seu entorno, a otimização é um reducionismo – afinal, uma perspectiva econômica concorre com outras; a economia concorre com as pretensões culturais, imperativos políticos, necessidades sanitárias, “ótimos” educacionais; os valores não são compartilhados abrangente e coerentemente; não há um ponto de observação privilegiado e a legitimidade constitucional depende desse reconhecimento.

O capítulo 3, que apresenta o modelo de diferenciação entre princípios e regras proposto por Neves (2013), é o que mais incisivamente reclama do leitor a remissão ao modelo de Estado democrático de direito desenhado por Neves (2008), em diálogo polêmico com Luhmann e Habermas. Lembre-se que a função do direito em Luhmann (1983, p. 109-23) é a “generalização congruente de expectativas normativas”. Neves aponta os princípios como estímulos à abertura do sistema jurídico ao seu ambiente social (e natural) e como incentivos à estruturação argumentativa de problemas de alta complexidade – leva adiante, portanto, a sugestão de Luhmann (2001, p. 47-57) da argumentação como discurso de flexibilização e abertura do sistema jurídico, motor de sua própria construção. No plano linguístico, por serem formuláveis

como normas, tanto princípios quanto regras podem ser relatados com antecedente e consequente; precisamente, para Neves (2013, p. 98-101), a distinção entre princípios e regras não decorre da formulação dos dispositivos normativos ou das normas, nem de sua aplicação rotineira, mas apenas ocorre no nível da argumentação, da problematização e controvérsia quanto ao sentido, validade e condições de cumprimento da norma. Se retomarmos seu modelo de Estado democrático de direito (NEVES, 2008, p. 123-213), vislumbraremos os princípios como tipo estrutural argumentativo-jurídico (especialmente constitucional) facilitador da implementação de complexidade e adequação do direito e da constituição diante da variedade de valores, interesses, pretensões morais e expectativas normativas atípicas. “Os princípios constitucionais são artefatos normativos que servem precisamente para absorver o dissenso e, paradoxalmente, possibilitar-lhe e estimular-lhe a emergência sob as condições de um sistema jurídico complexo” (NEVES, 2013, p. 97-8). Os princípios são, assim, o primeiro filtro jurídico estruturador da complexidade desestruturada de um ambiente em que se apresenta uma névoa de interesses, pretensões morais e valorativas, ideologias e mesmo doutrinas. Mas a solução de um caso apenas se estrutura definitivamente, em termos de consistência e fechamento operacional do sistema jurídico, quando balizada por regras – ao menos por aquelas construídas pelo julgador, senão também pelas disposições legislativas ou administrativas do tipo regra incidentes no processo decisório. As regras estruturam condicionalmente as expectativas normativas, possibilitando a certeza do direito e sua produção institucionalmente processada (no limite, a decisão judicial e seu cumprimento).

A positivação do direito teria levado, no plano da dinâmica jurídica, à diferença lei/constituição e, no plano da estática, à diferença princípio/regra, ambas conducentes à autofundamentação (constitucional) do direito. A construção dos princípios jurídicos, especialmente constitucionais, é a solução autopoiética, diante do esfacelamento de uma moral abrangente pré-moderna da qual se os pudesse deduzir. A tensão e complementaridade circular entre princípios e regras, enquanto estruturas de flexibilização e de adensamento do sistema jurídico, respectivamente, enseja a mobilização de uma capacidade de julgamento que sempre arrisca, de um lado, a segurança das expectativas e, de outro, a variabilidade e complexificação de um direito que coevolui em contato com a sociedade, embora mantendo suas temporalidades geralmente contrastantes. Fiel à possibilidade de construção de uma teoria do direito e da constituição a partir do paradigma dos sistemas sociais autopoiéticos, Neves empreende nesta obra o exercício de transição e observação mútua dos pontos de vista do jurista e do sociólogo. De um lado, acena à tradição do positivismo lógico-formal, incrustado no ponto de vista interno do direito como um ordenamento autorreferente; de outro, subverte tal tradição de inspiração kelseniana, ao reconhecer a operatividade jurídica para além das regras, na precisa teorização sobre o caráter estruturante dos princípios em uma argumentação mais “substantiva”, que facilita a reprodução da complexidade do direito e da complexidade da sociedade no direito. Afinal, “princípios são mecanismos reflexivos em relação às regras. Eles podem servir ao balizamento, à construção, ao desenvolvimento, à fortificação ou ao enfraquecimento, à restrição ou ampliação de conteúdo das regras” (NEVES, 2013, p. 131). O que Neves elabora é uma transição cuidadosa dos pontos de vista sobre o sistema jurídico, capaz de refinar a autodescrição do direito como testemunho de que a abertura social adequada deste sistema é a contraparte de sua consistência estrutural, inclusive no plano da reflexão teórica.

Finalmente, o quarto capítulo trata de uma crítica à recepção e ao desenvolvimento do principiologismo na doutrina e na jurisprudência constitucionais

brasileiras. O autor trata de desmistificar quaisquer vínculos simplistas entre argumentações substantivas baseadas em princípios e democracia e entre formalismo e autocracia; pelo contrário, levanta exemplos da invocação principiológica a serviço de ditaduras. Ainda, remonta a argumentação principiológica aos pais do constitucionalismo brasileiro, como Pimenta Bueno e Rui Barbosa, fixando posteriormente observações críticas sobre a teoria e a prática principiológica no constitucionalismo nacional contemporâneo. O autor identifica então, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exemplos de uma ponderação *ad hoc*, construída sem critérios e sem fornecer diretrizes para casos futuros; além do foco do sopesamento em efeitos de curto prazo, a inconsistência da jurisprudência que faz mero apelo retórico a princípios tende a abrir espaço para a intrusão e a acolhida de particularismos – conforme a conveniência (das relações, do poder, do dinheiro, da amizade), decide-se em certo ou noutro sentido. Retomando a metáfora do título, o sobrinho de Hércules, Iolau, é quem o ajuda a vencer a Hidra, cauterizando suas cabeças cortadas de forma a impedir que se regenerem. O juiz apresentado como ideal regulativo por Neves é, então, Iolau, que busca o paradoxo da complementaridade entre regras e princípios, sem prender-se ao formalismo socialmente míope e sem deixar-se esvaír pela ponderação acriteriosa de valores sem mediação constitucional, ou sem o resguardo do pluralismo da esfera pública.

Neves parte de uma original apropriação da associação paradoxal que o paradigma luhmanniano propõe, no sistema jurídico e em suas operações individualmente consideradas, entre a abertura ao ambiente e o fechamento operacional do sistema. Este paradoxo, denotado pela autopoiese, é também o ajuste fino mas sempre instável que a justiça representa, em termos luhmannianos, diante do direito. O que Neves propõe, assim, é um modelo de entendimento da argumentação e interpretação constitucional baseada em princípios e regras em que tais práticas sejam capazes de implementar a justiça do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, MA: Harvard University, 2006.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUHMANN, Niklas. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. **Droit et Société**, Paris, vol. 47, pp. 15-73, 2001.

_____. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

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

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.