

A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais

Rodrigo Telles de Souza

Procurador da República; mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Resumo: O artigo trata da distinção entre regras e princípios e da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. Não há uma diferença precisa e claramente definida entre regras e princípios como espécies normativas. Regras e princípios estão em permanente relacionamento recíproco. Princípios podem excepcionar princípios, princípios podem excepcionar regras, regras podem excepcionar princípios, e regras podem excepcionar regras. Ademais, não se pode confundir texto normativo com norma; a segunda é o resultado da interpretação do primeiro. A caracterização de uma norma como regra ou princípio, portanto, somente pode ocorrer depois da atividade interpretativa. Toda norma, seja ela qualificada como regra ou princípio, está sujeita a exceções que não podem ser enumeradas previamente de forma exaustiva, podendo, pois, ser superada ou derrotada de acordo com o caso concreto e a argumentação desenvolvida. Os direitos fundamentais, previstos em normas constitucionais que têm a natureza de regras ou de princípios, não são absolutos, podendo ser relativizados em face da necessidade de consideração de outros direitos fundamentais ou de interesses públicos constitucionalmente protegidos. As normas de direitos fundamentais podem ser excepcionadas ou constituir fundamento para excepcionar outras normas constitucionais, sendo em relação a elas mais nítida a aplicação da ideia de derrotabilidade de normas jurídicas. A admissão da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, contudo, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela desses direitos. Uma norma de direito fundamental somente pode ser superada mediante argumentação racional baseada em rigorosa fundamentação. Como a derrotabilidade de normas de direitos fundamentais relaciona-se estreitamente com a colisão ou a restrição de tais direitos, a superação desses padrões normativos deve ser

racionalmente informada pelo princípio da proporcionalidade e seus elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Palavras-chave: Normas. Regras. Princípios. Direitos fundamentais. Derrotabilidade.

Abstract: The article is about the distinction between rules and principles and the defeasibility of fundamental rights norms. There is not a clear and precise difference between rules and principles as norm species. Rules and principles are in a continue and mutual relationship. Principles can except principles, principles can except rules, rules can except principles and rules can except rules. And besides, there is not identity between normative text and norm; the second is the result of the interpretation of the first. The characterization of a norm as a rule or a principle only can be made after the interpretative activity. Every norm, qualified as rule or principle, is subject to exceptions that can not be previously and completely enunciated, what gives rise to its overcoming or defeasibility according to the case and the argumentation. Fundamental rights, referred in constitutional norms that have the nature of rules or principles, are not absolute; they might be relativized due to the necessity of consideration of other fundamental rights or public interests constitutionally protected. The fundamental rights norms might be excepted or represent base to except other constitutional norms. In respect to them is more evident the idea of defeasibility of norms. The defeasibility of fundamental rights norms, however, must not weak the protection of these rights. A fundamental right norm only can be defeated by a rational argumentation based on rigorous reasons. Because the defeasibility of fundamental rights norms is related to the colision and restriction of these rights, the defease of this normative standards must be rationally informed by the proportionality principle and its constitutive elements: adequacy, necessity and proportionality in strict sense.

Keywords: Norms. Rules. Principles. Fundamental rights. Defeasibility.

Sumário: 1 Introdução. 2 A distinção entre regras e princípios. 3 A derrotabilidade das normas jurídicas. 4 A derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. 5 Conclusões.

1 Introdução

A consideração das regras e dos princípios como duas distintas espécies de normas é uma característica da denominada teoria pós-positivista, que se apresenta atualmente como uma síntese resultante da contraposição entre o jusnaturalismo e o positivismo clássico. O jusnaturalismo preconiza a existência de um direito ideal, fundado na natureza divina ou humana, formado por princípios, considerados como pautas axiológicas de justiça, a determinar ou orientar a elaboração do direito posto. O positivismo clássico, rejeitando a ideia de direito natural, prega que somente pode reputar-se existente o direito posto, notadamente o emanado do Estado, integrado por regras, normas com estrutura formada por uma hipótese de fato e uma consequência jurídica; os princípios seriam, no máximo, padrões normativos subsidiários, que desempenham função meramente interpretativa ou integrativa de lacunas.

O pós-positivismo predica que o direito posto é formado por normas fechadas, estruturadas por uma hipótese de fato e uma consequência jurídica, denominadas de regras, bem como por normas abertas, consistentes na simples enunciação prescritiva de um valor, designadas como princípios. Por meio dos princípios, notadamente os previstos nas constituições, o direito positivo abre-se a exigências de justiça, aproximando-se do direito natural. Willis Santiago Guerra Filho (2009, p. 62-63) afirma que a Teoria do Direito contemporânea, “em uma fase ‘pós-positivista’, com a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo”, distingue normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deôntica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da sua consequência jurídica, daquelas que são princípios, as quais não descrevem situações jurídicas, mas prescrevem valores, que assim adquirem validade jurídica objetiva, ou seja, positividade.

Por outro lado, no estado atual do Direito Constitucional, os direitos fundamentais revestem-se de importância significativa, podendo ser considerados como o núcleo dos ordenamentos jurídicos. A propósito, Paulo Bonavides (1998, p. 537) ressalta que, com a decadência do positivismo, “o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna”, referindo-se à separação de Poderes e à distribuição de competências, transportou-se “para a parte substantiva, de fundo e de conteúdo”, que se relaciona aos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, pretende-se tratar da distinção entre regras e princípios, correlacionando-a com a chamada derrotabilidade das normas de direitos fundamentais¹. Objetiva-se demonstrar que, a rigor, não há diferença nítida e precisa entre regras e princípios como espécies normativas. Almeja-se evidenciar que isso pode ser constatado, em especial, quanto às normas de direitos fundamentais, as quais, comumente, sujeitam-se à possibilidade de derrota ou superação diante de casos concretos, na medida em que não há direitos fundamentais absolutos.

O tratamento do tema se justifica em face da sua pertinência com a concretização dos direitos fundamentais. A discussão e o aprimoramento da interpretação e da aplicação das normas de direitos fundamentais, sob o prisma da distinção entre regras e princípios, assume considerável relevância no atual estado do Direito Constitucional, assinalado pelo pós-positivismo.

1 Normas derrotáveis são normas que estão sujeitas a exceções implícitas que não podem ser enumeradas previamente de forma exaustiva. O termo derrotabilidade constitui uma tentativa de tradução literal da palavra inglesa *defeasibility*. Outras alternativas para a expressão em português do conceito em referência têm sido propostas, sem maior aceitação, tais como superabilidade, refutabilidade ou aptidão para cancelamento.

O artigo se divide em três partes. Na primeira, analisa-se a distinção entre regras e princípios. Na segunda, cuida-se da chamada derrotabilidade das normas em geral. Na terceira, versa-se especificamente sobre a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais.

A elaboração do trabalho fundamenta-se em uma pesquisa bibliográfica, tendo-se consultado livros de doutrina e repositórios de jurisprudência. Empregou-se o método dedutivo, com a utilização de conceitos da Teoria do Direito e da Teoria do Direito Constitucional, bem como o método indutivo, com a consideração de situações particulares em que o assunto foi tratado.

2 A distinção entre regras e princípios

Há basicamente três teorias sobre a distinção entre regras e princípios como espécies normativas². Cuida-se da tese da distinção fraca, da tese da distinção forte e da tese da correspondência ou conformidade.

A tese da distinção fraca afirma que a diferença entre regras e princípios é apenas de grau. Os princípios seriam normas mais gerais, abstratas e importantes que as regras (RAZ, 2010, p. 49). Além disso, os princípios distinguem-se das regras por desempenharem apenas a função de fundamento normativo para a tomada de decisão; os princípios não seriam normas suscetíveis de aplicação direta, indi-

2 Parcela considerável da doutrina espanhola considera como espécies normativas, além das regras e dos princípios, os valores. Os valores distinguem-se dos princípios basicamente por serem normas com maior grau de abstração (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 292-301). Na verdade, os valores fazem parte do conteúdo das normas, sejam estas regras (hipóteses de fato *valorado*) ou princípios (enunciações prescritivas de *valores*). Nessa perspectiva, Glauco Barreira Magalhães Filho (2006, p. 61-71) faz considerações elucidativas sobre a estrutura da norma, procurando conciliar a distinção entre regras e princípios como espécies normativas com a teoria que atribui à norma jurídica a natureza de um juízo disjuntivo.

cando somente a direção em que está situada a regra a ser aplicada (LARENZ, 2001, p. 35).

A tese da distinção forte entre regras e princípios foi formulada por Ronald Dworkin e por Robert Alexy. Dworkin estabelece uma diferença lógica ou qualitativa entre as espécies normativas. Para ele, as regras são aplicadas ao modo “tudo ou nada”; se a hipótese de incidência de uma regra for preenchida, a consequência normativa deve ser aceita. No caso de conflito entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Já os princípios não determinam absolutamente uma consequência normativa, somente contendo fundamentos que devem ser conjugados com os fundamentos de outros princípios na aplicação ao caso concreto. Os princípios, ao contrário das regras, têm uma dimensão de peso, de modo que, em caso de colisão, o princípio de peso relativo maior sobrepõe-se ao outro, sem que nenhum perca a validade (DWORKIN, 2000, p. 35-46). Alexy elaborou uma teoria dos princípios mais precisa. Para ele, os princípios são uma espécie de norma jurídica por meio da qual se estabelecem mandamentos de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios preveem obrigações *prima facie*. Em caso de colisão entre princípios, deve ser efetuada uma ponderação que resulte no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Já as regras são determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, estabelecendo consequências normativas de forma direta, as quais devem ser aplicadas caso se configure sua hipótese de incidência. As regras preveem obrigações definitivas. Em situação de conflito entre regras, a antinomia é solucionada mediante a introdução de uma exceção a uma das normas ou por meio da decretação da invalidade de uma delas (ALEXY, 2008, p. 85-120).

Sintetizando as posições de Dworkin e Alexy, pode-se estabelecer uma diferença forte entre regras e princípios com base na estrutura normativa (enfoque estrutural), bem como no modo final

de aplicação e no relacionamento normativo (enfoque funcional). As regras são hipóteses de fato valorado, caracterizando-se como normas que têm como estrutura uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica, prevendo um direito ou uma obrigação definitiva. Os princípios constituem a enunciação prescritiva de um valor, prevendo direitos ou obrigações *prima facie*. As regras são aplicadas por subsunção, ao modo “tudo ou nada”: ocorrida a hipótese de incidência, tem-se obrigatoriamente a consequência jurídica; caso contrário, não. Os princípios caracterizam-se como mandamentos de otimização, aplicáveis, mediante ponderação, em vários graus, ao modo “mais ou menos”, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Os conflitos entre regras são considerados como antinomias e solucionados mediante a declaração de invalidade de uma das normas ou a criação de uma exceção a uma delas; para resolvê-los, são aplicados o critério hierárquico, o critério cronológico e o critério da especialidade. Quanto aos princípios, não se fala em antinomia; a colisão entre eles é resolvida mediante harmonização dos preceitos em cotejo, não havendo invalidade, ocorrendo apenas um sopesamento, por meio do estabelecimento de relações de precedência condicionada³.

A tese da correspondência ou conformidade surgiu a partir de críticas dirigidas às teorias relacionadas à distinção forte entre regras e princípios, propondo-se a eliminar ou pelo menos relativizar a

3 Embora haja pontos em comum entre as concepções de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, existem relevantes aspectos que as diferenciam. Dworkin, por exemplo, aponta como espécie normativa, além das regras (formadas por condições às quais se imputam consequências) e dos princípios (exigências de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade), as diretrizes (*policies*), padrões normativos que estabeleceriam objetivos políticos, econômicos ou sociais, os quais não poderiam ser invocados como fundamento para restrição a direitos individuais, considerados como trunfos contra a maioria (DWORKIN, 2000, p. 36). Já Alexy indica como tipos de normas apenas as regras e os princípios, considerando que estes podem prever fins coletivos, de cunho político, econômico ou social, sendo admissível que, com base neles, haja restrições a direitos individuais (ALEXY, 2008, p. 114-116).

diferença entre essas espécies normativas. Aulis Aarnio (1997) afirma que, do ponto de vista linguístico, não há diferença entre regras e princípios. A precisão não é encontrada apenas nas regras; a indeterminação não é característica exclusiva dos princípios. Poderia ser feita uma escala normativa formada por quatro partes, demarcadas por limites fluidos, a saber: a) regras propriamente ditas; b) regras que são ou que atuam como princípios; c) princípios que são ou que atuam como regras; d) princípios propriamente ditos. Ademais, o caráter deontológico das regras e dos princípios seria similar. Em situações de conflito, tanto regras como princípios podem ceder diante de regras ou princípios opostos, sem que tenham de ser declarados inválidos. Além disso, tanto regras como princípios podem ser considerados razões para justificar uma decisão; as regras, embora forneçam razões definitivas, também podem fornecer razões *prima facie*; os princípios, do mesmo modo, não fornecem apenas razões *prima facie*, mas também definitivas (AARNIO, 1997, p. 17-35). Klaus Günther (2004) procura refutar a divisão entre regras e princípios em categorias definidas e inconciliáveis afirmando que o modo de aplicação de uma norma não está vinculado à sua estrutura; depende, ao contrário, das circunstâncias especiais de uma determinada situação concreta, na qual todos os envolvidos comunicam-se a respeito das razões para a ação fornecidas pelas normas. Para ele, não há uma diferença estrutural entre regras e princípios; a distinção depende das “condições da conversação”, consistindo mais em tratar uma norma como regra, se for aplicada sem considerar os sinais característicos desiguais da situação, ou como princípio, se for aplicada mediante o exame de todas as circunstâncias, fáticas ou jurídicas, em determinada situação (GÜNTHER, 2004, p. 305-322).

Os questionamentos feitos em relação à tese da distinção forte entre regras e princípios conduziram a uma tendência de relativização

da diferença entre as espécies normativas em questão⁴. A distinção forte baseia-se no pressuposto de que todas as exceções a uma regra podem ser conhecidas de antemão, o que faria com que sua hipótese de incidência fosse certa e determinada previamente, levando à aplicação da norma por simples subsunção. Nisso, a regra diferenciar-se-ia do princípio, norma aberta e indeterminada, aplicável por ponderação. No entanto, tal concepção não corresponde à realidade. As regras devem ser interpretadas mediante a consideração das demais normas do ordenamento jurídico. Regras e princípios estão em permanente relacionamento recíproco. Os princípios podem constituir exceções às regras. Como os princípios são formulados, em geral, de forma aberta e indeterminada, não há como enumerar possíveis exceções à sua aplicação e, do mesmo modo, prever exaustivamente as exceções que os princípios possam trazer às regras. A construção de uma norma completa é praticamente inconcebível. Regras e princípios devem ser considerados em sua contínua interação. As regras do ordenamento jurídico possuem infinitas possibilidades de exceção, justamente com base nos princípios. Por isso, parece insustentável uma separação rígida entre regras e princípios⁵.

4 Diversos autores relativizam a distinção entre regras e princípios, como Luis Prieto Sanchís (1992, p. 45-46). Para fundamentar sua posição, o autor refere-se à possibilidade de conflito entre princípios em que, tal como ocorre com as regras, um exclua totalmente o outro, bem como à admissibilidade de aplicação de regras mediante ponderação, que não seria técnica exclusiva da concretização dos princípios.

5 O problema da interação entre regras e princípios torna-se mais complexo no atual contexto da sociedade mundial, no qual se relacionam ordens jurídicas locais extra-estatais, estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais, como afirma a teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves (2009, p. 275): “Da desconexão inicial entre ordens presas em suas respectivas identidades, o transconstitucionalismo viabiliza a articulação recíproca de regras e princípios em face do caso. Nessa perspectiva, o desenvolvimento de um método do transconstitucionalismo abre a possibilidade de construção de uma racionalidade transversal na relação entre princípios e regras de ordens jurídicas distintas. Isso implica que se considerem três níveis de relações entre princípios e regras de ordens jurídicas diversas, cada um desses níveis entrelaçado circularmente com os outros: princípio-princípio, regra-regra, princípio-regra (havendo mais de duas ordens envolvidas, a situação torna-

De resto, sabe-se que a norma não se confunde com o texto normativo; ela é o resultado da interpretação do texto normativo⁶. Um mesmo dispositivo, portanto, pode ser interpretado como regra ou como princípio, dependendo do caso e da argumentação desenvolvida. Humberto Ávila (2006) aduz que, por isso, não é correto afirmar que um dispositivo constitucional contém ou é um princípio ou regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado de determinada maneira, deve ser considerado como um princípio ou como uma regra. Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores correlatos, ele pode interpretar como regra ou princípio qualquer disposição normativa. A propósito, o autor explica: “Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da

-se ainda mais rica em possibilidades de entrelaçamentos). A compreensão dessas múltiplas interfaces pode oferecer novas luzes inclusive sobre a teoria da relação entre princípios e regras”.

A distinção entre texto e norma leva a que se considere como tecnicamente mais adequado falar em derrotabilidade de textos normativos, e não de normas jurídicas. De fato, na concretização do direito, quando se levam em conta exceções não previstas no texto normativo, este é que resta superado, surgindo a norma jurídica apenas no caso concreto, já integrada pela exceção. A metódica estruturante de Friedrich Müller (2000, p. 51-70) é elucidativa acerca da distinção entre texto e norma, especificando e aprofundando diferenças entre programa normativo (texto), âmbito normativo (parcela da realidade a que se refere o texto), norma jurídica, de caráter geral (resultante da interação entre programa e âmbito normativo), e norma de decisão, de caráter específico (aplicada ao caso concreto).

- 6 A distinção entre texto e norma leva a que se considere como tecnicamente mais adequado falar em derrotabilidade de textos normativos, e não de normas jurídicas. De fato, na concretização do direito, quando se levam em conta exceções não previstas no texto normativo, este é que resta superado, surgindo a norma jurídica apenas no caso concreto, já integrada pela exceção. A metódica estruturante de Friedrich Müller (2000, p. 51-70) é elucidativa acerca da distinção entre texto e norma, especificando e aprofundando diferenças entre programa normativo (texto), âmbito normativo (parcela da realidade a que se refere o texto), norma jurídica, de caráter geral (resultante da interação entre programa e âmbito normativo), e norma de decisão, de caráter específico (aplicada ao caso concreto).

finalidade que entende deva ser alcançada” (ÁVILA, 2006, p. 41-42). Tal particularidade evidencia o caráter relativo da distinção entre as duas espécies normativas.

Baseado nessas considerações, André Rufino do Vale (2009) formula uma “distinção dúctil”, maleável ou flexível, entre regras e princípios, identificando uma zona de certeza e uma zona de penumbra na diferença entre tais espécies normativas. A esse respeito, ele afirma:

As normas que desde o aspecto estrutural padecem de um alto grau de generalidade ou vaguidade, ou seja, os princípios que se situam no extremo da escala, tenderão a entrar em colisão numa dimensão de peso e exigirão, ainda que não necessariamente, uma aplicação por meio de ponderação, na qual a ideia de mandato de otimização poderá ser muito útil. A zona de certeza, portanto, pode proporcionar a antecipação do tipo de colisão e do modo de aplicação de uma norma. Na zona de penumbra, no entanto, a indeterminação quanto ao grau de especificidade ou generalidade, precisão ou vaguidade da norma fará com que o tipo de colisão e o modo de aplicação, isto é, se como regra ou como princípio, apenas sejam revelados após o confronto com outras normas e/ou com os fatos determinantes do caso concreto (VALE, 2009, p. 115).

Em seguida, o mesmo autor aduz que definir se uma norma constitui uma regra ou um princípio é questão de interpretação, muitas vezes “manipulada pelo intérprete com o intuito de atribuir à norma certos efeitos práticos (independentes de sua estrutura) que incentivarão mecanismos diferenciados de argumentação úteis para a solução do caso concreto”. E conclui: “Dessa forma, estabelece-se um vínculo dúctil entre a estrutura da norma e sua função na interpretação e na argumentação jurídica. Esse vínculo torna-se possível por meio da ideia de derrotabilidade (*defeasibility*) das normas” (VALE, 2009, p. 115).

3 A derrotabilidade das normas jurídicas

Diversos autores que tratam do tema apontam a origem da ideia de derrotabilidade das normas jurídicas em artigo de Herbert Hart publicado em 1948⁷ (PRAKKEN; SARTOR, 2004, p. 118-139; BAYÓN, 2003, p. 157-208). Na concepção hartiana, a derrotabilidade deriva da impossibilidade do estabelecimento de uma lista de condições necessárias e suficientes para a aplicação do Direito. Somente seria viável relacionar as exigências normais ou típicas para a incidência das normas jurídicas considerando-se sempre presente uma cláusula que conteria exceções insuscetíveis de serem antecipadas, as quais, caso ocorressem, derrotariam o padrão normativo geral. Os pressupostos para aplicação do Direito seriam apenas ordinariamente necessários e presumidamente suficientes.

Mais recentemente, a noção de derrotabilidade de normas jurídicas encontrou, na distinção entre lógica monotônica e lógica não monotônica, uma justificação teórica consistente. Fora da área jurídica, no Departamento de Ciência da Computação da Universidade de Colúmbia Britânica, em Vancouver, Canadá, e na Universidade de Stanford, na Califórnia, Estados Unidos da América, os professores Raymond Reiter e John McCarthy, em 1980, realizaram pesquisas com o objetivo de, no âmbito da inteligência artificial, desenvolver sistemas lógicos que possibilitassem a formação de linguagens de programação computacional com características próximas da forma de raciocínio humano⁸. Eles criaram, de forma inovadora, os

7 O artigo em questão é o seguinte: HART, Herbert L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, London, Harrison & Sons, v. 49, p. 171-194, 1948.

8 Raymond Reiter formulou a chamada lógica das exceções (*default logic*), na qual o problema da não monotonicidade é tratado por meio da introdução de novas regras de inferência designadas como exceções. Para obter a não monotonicidade, a lógica de exceções estende a lógica clássica por meio de novas regras de inferência. A lógica de exceções trata a não monotonicidade como a capacidade de inferir con-

chamados sistemas não monotônicos. A lógica clássica, silogística, é considerada monotônica porque deduz de um conjunto de premissas um conjunto de conclusões e, quando se adicionam novas premissas ao conjunto inicial, o mesmo conjunto de conclusões já deduzido continua valendo. A lógica não monotônica se distingue da lógica clássica, silogística, porque nela se deduz uma conclusão de um conjunto inicial de premissas, mas, caso seja adicionada uma nova premissa ao conjunto inicial, a conclusão já deduzida não continua valendo necessariamente, podendo-se deduzir uma nova conclusão; a premissa adicional pode derrotar a conclusão original e proporcionar uma nova conclusão. O raciocínio jurídico, por se tratar de um raciocínio humano, é exemplo típico de utilização da lógica não monotônica, uma vez que constantemente lida com regras gerais sujeitas a exceções, de acordo com o conjunto de premissas trabalhado. Assim, nos anos 1990, passou-se a mencionar com maior frequência a ideia de derrotabilidade na Teoria do Direito.

Como já ressaltado, as normas que integram o ordenamento jurídico, seja regras, seja princípios, formam um sistema único no qual se apresentam em constante interação. Dependendo do caso concreto e da argumentação desenvolvida, princípios podem excepcionar princípios, princípios podem excepcionar regras, regras podem excepcionar princípios, e regras podem excepcionar regras. Para que isso ocorra, basta que, em uma situação concreta, seja possível a aplicação de mais de uma norma. Vale dizer: é suficiente que não exista

clusões provisórias na ausência de informações contrárias. No entanto, em aplicações que utilizam a hipótese de mundo fechado, a não monotonicidade é utilizada no sentido de minimizar a extensão de um determinado predicado, caso não se saiba o valor de verdade de um predicado para determinados argumentos. Para tais situações John McCarthy concebeu a ideia de *circunscrição*, considerada como expressão de alguma noção probabilística ou de um caso padrão. As circunscrições são conjecturas que podem ser usadas umas para gerar exceções a outras (GRUPO DE SISTEMAS INTELIGENTES. Disponível em: <<http://www.din.uem.br/~ia/intelige/raciocinio2/RacNaoMonotHistorico.html>>).

apenas uma premissa (princípio ou regra), a ela adicionando-se outra (princípio ou regra), ensejando a aplicação da lógica não monotônica e a superação de normas jurídicas.

Quando se cuida da derrotabilidade de normas jurídicas, cumpre distinguir os chamados casos fáceis dos designados casos difíceis. Nos casos fáceis, caracterizados por sua simplicidade, geralmente existe apenas uma norma clara para disciplinar uma situação bem definida. O intérprete e aplicador do Direito utiliza, então, uma argumentação baseada em uma justificação interna ou justificação de primeira ordem para, a partir de uma premissa normativa e de uma premissa fática, chegar dedutivamente a uma conclusão jurídica. Nos casos difíceis, caracterizados por sua complexidade, normalmente não existe norma clara ou há mais de uma norma para disciplinar uma situação de contornos imprecisos. O intérprete e aplicador do Direito tem de utilizar, então, uma argumentação baseada em uma justificação externa ou justificação de segunda ordem, vendo-se na contingência de analisar a própria escolha das premissas normativas e fáticas a serem usadas para chegar, mediante ponderação ou sopesamento de bens, valores ou interesses, a uma conclusão jurídica. As normas jurídicas são derrotadas, nos chamados casos difíceis, por meio de argumentação baseada em justificação externa ou de segunda ordem⁹.

Fernando Andreoni Vasconcelos (2010) salienta que “as normas jurídicas não serão sempre derrotadas, mas podem ser, ao menos em tese, consideradas derrotáveis. Em outros termos, a norma jurídica é necessariamente derrotável, porém, contingentemente derrotada”. Adiante, destaca que essa compreensão “afigura-se mais realista e razoável, porque reconhece a falibilidade de todas as normas jurí-

9 As expressões “justificação interna” e “justificação externa” são de Jerzy Wróblewski (apud ATIENZA, 2002, p. 51-55). As expressões “justificação de primeira ordem” e “justificação de segunda ordem” são de Neil MacCormick (2006, p. 47).

dicas, fugindo da utopia que seria propor a inderrotabilidade de todas as normas”, além de escapar do subjetivismo que seria apontar somente um conjunto de normas derrotáveis. Em seguida, na linha das considerações feitas no presente trabalho, o autor afirma:

Situação muito discutida no estudo da derrotabilidade consiste naquilo que se pode chamar de paradoxo da exceção principiológica implícita. Segundo este paradoxo, se não é possível definir *a priori* os casos gerais em que um princípio se sobrepõe a outro, e considerando que os princípios podem excepcionar as normas jurídicas, logo, não se pode antecipar quais as exceções implícitas (principiológicas) podem afetar o campo de aplicação de qualquer norma (VASCONCELLOS, 2010, p. 77).

Essa perspectiva leva à inexorável conclusão no sentido da derrotabilidade de todas as normas, tanto regras como princípios. A questão da possibilidade de superação das normas jurídicas apresenta especial relevância no âmbito dos direitos fundamentais.

4 A derrotabilidade das normas de direitos fundamentais

De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 47), “a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se com base na fundamentalidade formal”, o que significa que um direito é fundamental se, e somente se, for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional. Normas de direitos fundamentais, portanto, são as normas constitucionais que preveem tais direitos, verdadeiras emanações da dignidade da pessoa humana.

A partir da distinção entre regras e princípios, os catálogos de direitos fundamentais podem ser considerados de três formas distintas. De acordo com o chamado modelo puro de regras, todos os direitos fundamentais são tutelados por meio de normas que apresentam a natureza de regras, aplicáveis de modo absoluto e incondi-

cional, sem recurso a ponderação ou sopesamento. De acordo com o chamado modelo puro de princípios, todos os direitos fundamentais são tutelados por normas que apresentam a natureza de princípios, aplicáveis por ponderação ou sopesamento, em detrimento da vinculação e da normatividade do texto constitucional. De acordo com o chamado modelo de regras e princípios ou modelo da teoria dos princípios, os direitos fundamentais são tutelados por normas que apresentam natureza de regras e por normas que apresentam natureza de princípios, conciliando-se a taxatividade das regras e a flexibilidade dos princípios (ALEXY, 2008, p. 135-143).

A Constituição brasileira de 1988 prevê um conjunto de direitos fundamentais tutelados tanto por regras como por princípios¹⁰. Conforme Jane Reis Gonçalves Pereira (2006), o modelo de regras e princípios ou o modelo da teoria dos princípios é o mais adequado para orientar a interpretação do sistema de direitos fundamentais estatuído na Constituição de 1988. A esse respeito, a autora afirma: “Em nosso ordenamento, observa-se que a positivação dos direitos seguiu um modelo híbrido que compreende princípios e regras, porquanto os dispositivos de direito fundamental ostentam densidades variadas” (PEREIRA, 2006, p. 126).

No entanto, seja tutelados por meio de regras, seja tutelados por meio de princípios, tem-se como ideia assente que os direitos fundamentais não são absolutos¹¹. Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 246)

10 A relativização da distinção entre regras e princípios, de acordo com a tese da correspondência ou conformidade exposta, torna pouco relevante a identificação do sistema de direitos fundamentais de uma constituição como um modelo puro de regras, um modelo puro de princípios ou um modelo de regras e princípios.

11 Alguns direitos têm sido reputados como absolutos: “O direito a não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos podem ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada” (BOBBIO, 2004, p. 61). Todavia, quanto à tortura, principalmente depois de alguns atentados terroristas,

ressalta que “todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis”. Eles podem ser relativizados em atenção a outros direitos fundamentais ou a interesses públicos constitucionalmente protegidos. A propósito, o Supremo Tribunal Federal já proclamou:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa –, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros¹².

Exatamente a relatividade dos direitos fundamentais faz com que as normas que os tutelem possam ser derrotadas. O caráter não absoluto dos direitos fundamentais evidencia, em especial, que as normas que os protegem são informadas pela ideia de derrotabilidade. Diante de um caso concreto, em face da argumentação desenvolvida, uma norma que tutela determinado direito fundamental

surgiram discussões sobre sua admissibilidade ou não em certas hipóteses (PEREIRA, 2006, p. 132). Com relação ao trabalho forçado, algumas normas internacionais admitem a imposição de serviços a indivíduos, particularmente em relações especiais de sujeição, como nos casos dos condenados criminalmente e das pessoas que prestam serviço militar (art. 8º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; art. 4º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; art. 6º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; art. 2º da Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho).

12 STF, Pleno, MS n. 23.452/RJ, rel. min. Celso de Mello, j. em 16.9.1999, DJU de 12 maio 2000, p. 20.

pode ser superada em razão da necessidade de aplicação de uma norma que protege outro direito fundamental ou de uma norma constitucional que consagra um interesse público.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podem ser colhidos vários casos em que uma norma de direito fundamental foi excepcionada, tendo sido alvo de superação ou derrota. Em determinada situação, afastou-se a aplicação da norma do inciso XII do art. 5º da Constituição, que protege a inviolabilidade das correspondências:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/1984, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas¹³.

Em outra hipótese, deixou-se de aplicar a norma do inciso IV do art. 5º do Texto Constitucional, que veda o anonimato, proclamando-se o seguinte: “Legitimidade e validade do processo que se originou de investigações baseadas, no primeiro momento, de ‘denúncia anônima’ dando conta de possíveis práticas ilícitas relacionadas ao tráfico de substância entorpecente”¹⁴. Em diversos casos, tem-se superado a norma do inciso X do art. 5º da Constituição, a qual tutela a privacidade, para decretar o afastamento do segredo de dados pessoais: “O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade

13 STF, Primeira Turma, HC n. 70.814, rel. min. Celso de Mello, j. em 1º.3.1994, RTJ 176/1136.

14 STF, Segunda Turma, RHC n. 86.082, rel. min. Ellen Gracie, j. em 5.8.2008, DJE de 21 ago. 2008.

protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça”¹⁵.

Mostra-se importante ressaltar, ainda, que, em razão da força expansiva dos direitos fundamentais, as normas que os protegem são também invocadas como fundamento para excepcionar, superar ou derrotar outras normas constitucionais. Com efeito, em certo caso, não se aplicou a norma que disciplina o pagamento sequencial de obrigações pecuniárias pelo Poder Público mediante precatórios, prevista no art. 100 da Constituição, em consideração à necessidade de proteção do direito fundamental à saúde de determinada pessoa, ressaltando-se que a “ordem de bloqueio de verbas públicas, para pagamento de precatório, fundada no quadro de saúde do interessado, não viola a autoridade do acórdão prolatado na ADI n. 1.662”¹⁶. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.662, o Supremo Tribunal Federal havia decidido, em conformidade com o art. 100 da Constituição, que o sequestro de verbas públicas somente poderia ocorrer em caso de quebra na ordem cronológica de pagamento de precatórios¹⁷.

15 STF, Segunda Turma, AI n. 655.298, rel. min. Eros Grau, j. em 4.9.2007, *DJE* de 27 set. 2007.

16 STF, Pleno, Rcl n. 3.982, rel. min. Joaquim Barbosa, j. em 19.11.2007, RTJ 204/238.

17 Não se pode afirmar, contudo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota a tese da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais ou das normas constitucionais em geral. Realmente, existem casos em que se rejeitou a possibilidade de relativização de determinado direito fundamental e consequentemente de superação da norma respectiva. Isso ocorreu, por exemplo, em relação à regra ou ao princípio da vedação das provas ilícitas, previsto no inciso LVI do art. 5º da Constituição: “Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinção quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação” (STF, Primeira Turma, HC n. 80.949, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. em 30.10.2001, RTJ 180/1001). Até

A admissão da ideia da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, contudo, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela desses direitos. Uma norma de direito fundamental somente pode ser superada ou excepcionada, conforme já ressaltado, mediante argumentação racional baseada em rigorosa justificação externa ou de segunda ordem. A propósito, Luís Roberto Barroso (2007, p. 203-249) salienta que, nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável, faz-se necessária uma maior exigência de fundamentação:

Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador –; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

A derrotabilidade de normas de direitos fundamentais relaciona-se estreitamente com a colisão ou a restrição de tais direitos. Por isso, a superação de normas de direitos fundamentais deve ser racionalmente informada pelo princípio da proporcionalidade e seus elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

mesmo certas normas infraconstitucionais têm sido consideradas absolutas, portanto não derrotáveis ou excepcionáveis, pelo Supremo Tribunal Federal, como ocorre em relação à regra de presunção de violência no crime de estupro contra menor: “Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o art. 224, alínea *a*, do Código Penal é absoluta” (STF, Segunda Turma, HC n. 101.456, rel. min. Eros Grau, j. em 9.3.2010, *DJE* de 29 abr. 2010).

Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa¹⁸.

5 Conclusões

Não há uma distinção precisa e claramente definida entre regras e princípios como espécies normativas. Regras e princípios estão em permanente relacionamento recíproco. Princípios podem excepcionar princípios, princípios podem excepcionar regras, regras podem excepcionar princípios, e regras podem excepcionar regras. Ademais, não se pode confundir texto normativo com norma; a segunda é o resultado da interpretação do primeiro. A caracterização de uma norma como regra ou princípio, portanto, somente pode ocorrer depois da atividade interpretativa. Por isso, a diferença entre as espécies normativas se dilui.

Toda norma, seja ela qualificada como regra ou princípio, está sujeita a exceções que não podem ser enumeradas previamente de forma exaustiva, podendo, pois, ser superada ou derrotada de acordo com o caso concreto e a argumentação desenvolvida. A distinção entre texto e norma leva a que se considere como tecnicamente mais adequado falar em derrotabilidade de textos normativos, e não de normas jurídicas. De fato, na concretização do direito, quando se levam em conta exceções não previstas no texto normativo, este é que resta superado, surgindo a norma jurídica apenas no caso con-

18 STF, Segunda Turma, HC n. 93.250, rel. min. Ellen Gracie, j. em 10.6.2008, *DJE* de 26 jun. 2008.

creto, já integrada pela exceção. No entanto, a expressão derrotabilidade de normas tem sido empregada de forma mais difundida.

Os direitos fundamentais, previstos em normas constitucionais que têm a natureza de regras ou de princípios, não são absolutos, podendo ser relativizados em face da necessidade de consideração de outros direitos fundamentais ou de interesses públicos constitucionalmente protegidos. Isso revela que as normas que tutelam direitos fundamentais, seja regras, seja princípios, estão em permanente interação entre si e com as demais normas constitucionais.

As regras e os princípios de direitos fundamentais, portanto, estão sujeitos a ser excepcionados por outras regras e outros princípios de direitos fundamentais ou por outras regras e outros princípios constitucionais, bem como a excepcionar outras regras e outros princípios de direitos fundamentais ou outras regras e outros princípios constitucionais. As normas de direitos fundamentais podem ser excepcionadas ou constituir fundamento para excepcionar outras normas constitucionais, sendo em relação a elas mais nítida a aplicação da ideia de derrotabilidade de normas jurídicas.

A admissão da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, contudo, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela desses direitos. Uma norma de direito fundamental somente pode ser superada mediante argumentação racional baseada em rigorosa fundamentação.

A derrotabilidade de normas de direitos fundamentais relaciona-se estreitamente com a colisão ou a restrição de tais direitos. Assim, a superação de normas de direitos fundamentais deve ser racionalmente informada pelo princípio da proporcionalidade e seus elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Referências

AARNIO, Aulis. Las reglas en serio. In: AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto; UUSITALO, Jyrki (Comp.). *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 19-31.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação judicial*. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-249.

BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales; el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 157-208.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GRUPO DE SISTEMAS INTELIGENTES. Desenvolvido pelo Departamento de Informática da Universidade Estadual de Maringá. Apresenta informações sobre inteligência artificial. Disponível em: <<http://www.din.uem.br/~ia/intelige/raciocinio2/RacNaoMonotHistorico.html>>. Acesso em: 2 abr. 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: SRS, 2009.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HART, Herbert L. A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, London, Harrison & Sons, v. 49, p. 171-194, 1948.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 2001.

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

MAGALHÃES FILHO, Glaucio Barreira. *A essência do direito*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris*, v. 17, p. 118-139, 2004.

RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

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

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.