

# Maleabilidade deontológica? Uma crítica à teoria dos princípios de Humberto Ávila

**Renato de Abreu Barcelos**

Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Público pela PUC Minas. Mestrando em Direito na PUC Minas, área de concentração “Direito Público”, linha de pesquisa “Estado, Constituição e Sociedade no paradigma do Estado Democrático de Direito”. Pesquisador adjunto no Núcleo Jurídico de Políticas Públicas (Nujup) da PUC Minas.

**Resumo:** Os princípios jurídicos lograram, nas últimas décadas, um papel de grande importância no ordenamento jurídico, pautando cada vez mais a práxis jurídica nacional. Entre as concepções que concedem relevante destaque aos princípios jurídicos está a Teoria dos Princípios de Humberto Ávila, para quem os princípios seriam manifestações jurídico-axiológicas, na medida em que buscariam promover um estado ideal de coisas. No entanto, a associação entre princípio e valor, ainda que de modo indireto, é perigosa e temerária, uma vez que enfraquece o caráter deontológico do Direito. Assim, o objetivo do presente artigo é refletir sobre a associação entre princípio e valor encontrada na Teoria dos Princípios de Humberto Ávila.

**Palavras-chave:** Princípio. Valor. Deontologia.

## 1 INTRODUÇÃO

Durante largo lapso histórico, os princípios foram relegados a uma posição de somenos importância no ordenamento jurídico; este seria composto, essencialmente, por regras. Aos princípios restavam funções normativas indiretas, como, por exemplo, a função integrativa de lacunas existentes no sistema jurídico ou mesmo o papel de vetores interpretativos. Acusava-se o positivismo jurídico clássico de tolher as capacidades normativas dos princípios.

Todavia, a partir da década de 70, mormente em razão dos seminais trabalhos acadêmicos de Dworkin, os princípios surgiram renovados no vocabulário jurídico: tais espécies normativas lograram indubitável normatividade direta. E, ao obterem normatividade direta, a força persuasória dos princípios expandiu-se, a ponto de o ordenamento jurídico ser indicado como um sistema principiologicamente estruturado. Inaugurava-se, pelas mãos do chamado pós-positivismo, a era da principialização do Direito.

Essa era da principialização, no entanto, foi levada a uma preeminência excessiva: princípios dos mais esdrúxulos perfis e das mais remotas — e impensáveis — origens foram sacados pelos operadores jurídicos,

seja na práxis jurídica, seja no plano dogmático. Os princípios foram levados a sério demais<sup>1</sup>, com o entendimento de que todos os problemas do ordenamento jurídico poderiam ser solucionados por essa renascida espécie normativa.

Entre essas concepções que levam os princípios a sério demais está a **Teoria dos Princípios** do proponente gaúcho Humberto Bergmann Ávila. Para Ávila, os princípios seriam manifestações jurídico-axiológicas que buscam promover um estado ideal de coisas — um estado “bom”, portanto —, não indicando o caminho para se chegar ao decantado estado. Os princípios teriam, então, para Ávila, um caráter deôntico-teleológico.

Pode-se dizer, à vista dessas rápidas considerações, que Ávila concebe os princípios como normas repositórias de conteúdos axiológicos. Mas isso é totalmente problemático, porquanto normas não podem, jamais, ser confundidas com valores; confundir normas com valores é comprometer a estrutura deontológica que indubitavelmente caracteriza o Direito enquanto sistema governado por um código binário que não admite gradações: o lícito/ilícito.

Com efeito, o objetivo do presente artigo é refletir sobre a associação entre princípio e valor encontrada na **Teoria dos Princípios** de Humberto Ávila. Com o fito de demonstrar quão perigosa é tal associação, serão utilizados os conceitos já estabilizados da Teoria Geral do Direito e, subsidiariamente, aportes advindos do procedimentalismo discursivo de Habermas<sup>2</sup>.

Para tanto, o presente artigo encontra-se assim estruturado: (i) inicialmente, serão analisadas as duas visões epistemológicas que atualmente travam uma disputa no Direito, o positivismo jurídico includente e o positivismo jurídico excludente; feito isso, explicitar-se-á em qual dessas visões pode ser enquadrada a **Teoria dos Princípios** de Humberto Ávila; (ii) em seguida, será apresentada a concepção de princípio desenvolvida por Ávila, os princípios como manifestações jurídico-axiológicas, o que exigirá uma longa análise; (iii) ato contínuo, serão apresentadas as críticas que devem ser endereçadas à associação entre princípio e valor operada por Ávila, principalmente em razão do enfraquecimento deontológico que essa associação estimula; (iv) finalmente, serão recolhidas, em compartimento próprio, as considerações finais do presente estudo.

Não se nega a contribuição de Ávila para o desenvolvimento da noção de princípio: a sua proposta é, inclusive, extremamente inovadora e cientificamente embasada, estando amplamente comprometida com os novos ares oriundos da reviravolta linguístico-pragmática da filosofia atual. Mas não se pode compactuar com a ligação entre princípio e valor, na medida em que o Direito não pode se despir de seus parâmetros deontológicos.

## 2 NOTAS SOBRE UMA DISPUTA EPISTEMOLÓGICA: POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUDENTE E POSITIVISMO JURÍDICO INCLUDENTE

Antes de adentrar a Teoria dos Princípios, de Humberto Ávila, é necessário, ainda que rapidamente, fazer menção a duas visões epistemológicas<sup>3</sup> que atualmente disputam o perfil operacional do direito: o

<sup>1</sup> Válido é o lembrete de Carlos Ari Sundfeld: “Um sistema jurídico não é mau nem bom pelo fato de, em seus processos, princípios serem usados com muita frequência. O problema não está neles, mas na comodidade que podem oferecer para os expertos e para os preguiçosos” (SUNDFELD, 2012, p. 70).

<sup>2</sup> Interessante observar que, juridicamente, o procedimentalismo crítico-deliberativo de Habermas lastreia-se no chamado ‘positivismo jurídico includente’; não obstante, o projeto habermasiano tem plena consciência de que a deontologia do Direito não pode ser corroída por uma axiologia conteudística.

<sup>3</sup> Sinteticamente: “Positivismo jurídico exclusivo (PJE): abordagem no âmbito do positivismo jurídico *strictu sensu*, afirmando que a moral não pode ser utilizada em nenhuma hipótese como critério de identificação do direito positivo (reconhecimento de sua validade e realização de sua interpretação). Algo é juridicamente válido quando (e porque) corresponde a fatos sociais que podem lhe conceder essa validade, nunca adquirindo os mandamentos morais relevância jurídica. Positivismo jurídico inclusivo (PJI): abordagem no âmbito do positivismo jurídico *stricto sensu*, afirmando que pode existir sistemas jurídicos que adotam critérios morais para o reconhecimento da juridicidade, incorporando a moral

positivismo jurídico excludente e o positivismo jurídico includente<sup>4</sup>. Para fins deste estudo, dois critérios nortearão a dissociação entre os inclusivistas e os exclusivistas: a relação direito e moral e a interpretação jurídica. Afinal de contas, é importante descobrir em qual dessas visões epistemológicas encontra-se a **Teoria dos Princípios** de Ávila.

## 2.1 Positivismo jurídico excludente

O positivismo jurídico excludente ou exclusivo identifica-se epistemologicamente com o positivismo jurídico moderno, que propõe uma rígida dissociação entre direito e moral e uma interpretação jurídica calcada substancialmente nas amarras sintáticas do texto normativo emanado da autoridade juridicamente competente<sup>5</sup>. Como observa Heleno Taveira Torres, o positivismo jurídico excludente é um positivismo jurídico “[...] forte ou pleno (*exclusive legal positivism* ou *hard positivism*), que se caracteriza por não admitir abertura para preceitos morais na interpretação das regras ou princípios” (TORRES, 2011, p. 56, grifo do autor).

Nesse sentido, há uma dissociação inequívoca entre moral e direito, significando um fechamento do direito aos valores sociais que permeiam empiricamente a realidade social. O justo não importa ao direito, mas o direito importa ao justo<sup>6</sup>.

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando [...] se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo [...] (KELSEN, 2003, p. 71).

Não se pode dizer que o direito, por não ter fundamento na moral, é ilegítimo: a legitimidade do direito, no positivismo jurídico excludente, assenta-se na forma por que ele foi criado<sup>7</sup>. Assim, a real e inequívoca correspondência da norma aos valores sociais é pressuposta pelo próprio procedimento de feitura normativa, em que o legal, por si só, é legítimo.

Se o direito não depende da moral para ser válido, a interpretação jurídica, no positivismo jurídico excludente<sup>8</sup>, não pode ter a pretensão de conceder legitimidade à norma. O que está posto, positivado, não pode ser subvertido pela interpretação. Nega-se, portanto, o papel criador da interpretação jurídica: a criação da norma depende de um procedimento que autorize alguém a engendrar-la como ato de vontade da autoridade competente — a vontade do intérprete não pode menosprezar a vontade da autoridade competente para a confecção da norma<sup>9</sup>, de modo que a sintaxe lógico-linguística condiciona toda a

---

no direito em vigor. Nesses casos, a validade e a interpretação do direito positivo podem depender do valor moral de certa norma ou proposta interpretativa” (DIMOULIS, 2006, p. 276).

<sup>4</sup> Tradicionalmente, o positivismo jurídico includente é designado de pós-positivismo. No entanto, acredita-se que este rótulo é inadequado, na medida em que não ocorre uma ruptura abissal com um dos pontos básicos do positivismo jurídico clássico: a criação do texto normativo por uma autoridade juridicamente competente para tanto, mediante a forma procedimental dada pela ordem jurídica. Diz Kelsen: “um comando é obrigatório não porque o indivíduo que comanda possui uma superioridade real de poder, mas porque está ‘autorizado’ ou ‘investido do poder’ apenas se uma ordem normativa, a qual se pressupõe que seja obrigatória, lhe confere tal capacidade, a competência para emitir comandos obrigatórios” (KELSEN, 1995, p. 37). Ou seja: ao menos em Estados democráticos, o legislador ainda tem seu lugar.

<sup>5</sup> O positivismo jurídico excludente “[...] acentua que, como uma questão de necessidade conceitual, as determinações do direito nunca podem estar em função de considerações morais” (DUARTE, 2010, p. 42).

<sup>6</sup> “Então é à justiça que incumbe dar, dizer o direito. Não será, assim, o direito o próprio objeto da justiça?” (MATA-MACHADO, 1981, p. 31).

<sup>7</sup> “Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada [...]” (KELSEN, 2003, p. 221).

<sup>8</sup> Ora, o “positivo”, em termos filosóficos que se remetem a Auguste Comte, confunde-se com o “dado”.

<sup>9</sup> “O positivismo jurídico põe um limite intransponível à atividade interpretativa: a interpretação é geralmente **textual** e, em certas circunstâncias (quando ocorrer integrar a lei), pode ser extratextual; mas nunca será **antitextual**, isto é, nunca se colocará contra a vontade que o legislador expressou na lei” (BOBBIO, 2006, p. 214, grifo do autor).

interpretação. Da interpretação somente pode resultar, portanto, uma enunciação propositiva<sup>10</sup>, e não o próprio direito:

A Ciência do Direito contém proposições que são enunciados **sobre** normas jurídicas. Ela expõe normas jurídicas, descreve normas jurídicas. Essas proposições não são propriamente normas, mas enunciados sobre normas. Como Ciência, a Ciência do Direito apenas pode conhecer e descrever normas a ela **dadas**, e não estabelecer normas, e não prescrever alguma coisa (KELSEN, 1986, p. 195, grifo do autor).

Enfim, para o positivismo jurídico excludente, a interpretação não é uma abertura do direito à moral; ela é, tão somente, uma proposição descritiva da própria norma. Por conseguinte, a norma não pode ser legitimada moralmente, porquanto esta legitimação é pressuposta no procedimento de criação da norma, conduzido pela autoridade juridicamente competente.

## 2.2 Positivismo jurídico includente

Por sua vez, o positivismo jurídico includente acolhe a moral como fator de legitimação do próprio ordenamento jurídico<sup>11</sup>. Os elementos morais, nessa medida, podem ser identificados tanto na interpretação quanto na validade do sistema jurídico. Em comum, há a abertura do direito para a moral, de modo que permita uma correlação entre o direito e as aspirações sociais.

Ou seja, a inclusão da moral no ordenamento poderá ser considerada como estrutural e inerente à validade do próprio sistema ou simples critério de interpretação das normas [...], mediante o encontro entre o positivismo e conteúdos da moral no âmbito de validade ou da interpretação jurídica, que podem vir sob o mesmo ou diferente critério de legitimação do direito positivo, de tal modo que princípios da moral possam ser **incorporados** à interpretação e aplicação de normas jurídicas (TORRES, 2011, p. 58, grifo do autor).

O que é legal, por si só, não é mais legítimo: a participação de conteúdos morais asseguraria a correspondência entre vontade dos destinatários e vontade da autoridade competente para erigir a norma. O direito deveria estar em estrita sintonia com os valores<sup>12</sup> que permeiam o ambiente social.

Aliás, a própria noção de norma, tendo-se por perspectiva o positivismo jurídico excludente, é modificada. Se no positivismo jurídico excludente pode-se afirmar, de modo geral, que o texto, a sintaxe, é a própria norma, isso não acontece no positivismo jurídico includente: a norma torna-se resultado da interpretação dos signos linguísticos plasmados pela autoridade competente para ditar o direito. A norma, portanto, é resultado da interpretação.

No século XIX, a teoria do direito [...] construiu um modelo de interpretação do direito que se pode denominar, semioticamente, 'sintático-semântico'. Com essa adjetivação, pretendo referir-me a uma concepção que enfatiza as conexões sintáticas entre termos, expressões ou enunciados normativo-jurídicos, pressupondo a univocidade (semântica) deles. [...] Na segunda metade do século XX, a teoria do direito caminhou no sentido de considerar a interpretação do direito sobretudo como um problema de determinação semântica do significado de textos jurídicos, condicionada pragmaticamente. Pode-se falar aqui de um modelo 'semântico-pragmático'. As operações sintáticas serviriam à delimitação estrutural dos contornos lógico-sistemáticos

<sup>10</sup> Para Bobbio, a questão pode ser assim resumida: a proposição prescritiva não pode ser resultado da proposição expressiva/descriptiva (BOBBIO, 2008, p. 87).

<sup>11</sup> No positivismo jurídico includente "[...] é conceitualmente possível, mas não necessário, que determinações do direito possam estar em função de considerações morais" (DUARTE, 2010, p. 42).

<sup>12</sup> Filosoficamente, veja-se: "Eu possuo um vocabulário de valores. [...] Caracterizar desejos ou inclinações como mais valorosos, mais nobres, ou mais plenos do que outros é considerá-los nos termos do tipo de qualidade de vida que eles expressam e sustentam. Eu evito atitudes covardes porque quero ser uma pessoa corajosa e honrosa. [...] Motivações e desejos não apenas importam em virtude de nos atrair para preferências, mas também em função do tipo de vida e do tipo de sujeito que, especificamente, esses desejos integram" (TAYLOR, 2007, p. 18-20).

da interpretação. Porém, a tônica do processo hermenêutico recairia na busca do sentido normativo de textos jurídicos em contextos históricos específicos (NEVES, 2008, p. 196-199).

A guinada pragmática representa a entronização das peculiaridades do caso concreto como fator decisivo para a construção da norma; o direito nasce do caso concreto, e não do texto — conjunto de signos linguísticos sintaticamente organizados<sup>13</sup>. A norma surge da interpretação jurídica de um intérprete imbuído de valores morais frente às especificidades de um caso concreto. Interpretar é, portanto, atribuir sentidos, consoante uma bagagem histórico-axiológica.

### 2.2.1 A Teoria dos Princípios de Ávila como positivismo jurídico includente

Indubitavelmente, a **Teoria dos Princípios**, formulada por Humberto Ávila, insere-se no campo do positivismo jurídico includente, ou seja, a norma é fruto da interpretação do intérprete no caso concreto, conforme os valores morais existentes num dado contexto histórico. Veja-se:

*Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos 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. 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 (ÁVILA, 2005, p. 22, grifo do autor).*

Assim, bem ao gosto do positivismo jurídico includente, Ávila afirma (i) que a interpretação não é uma proposição meramente descritiva, mas sim constitutiva de inteligibilidade de um texto<sup>14</sup>; (ii) que existem conteúdos mínimos de significação — a sintaxe — que o intérprete não pode menoscar<sup>15</sup>; (iii) que a atividade do intérprete é de um reconstrutor<sup>16</sup>.

Por fim, Ávila assevera a relação entre direito e valor:

*Enfim, é justamente porque as normas construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de **conexões axiológicas** que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. [...]. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com **os fins e valores** entremostrados na linguagem constitucional (ÁVILA, 2005, p. 26, grifo nosso).*

<sup>13</sup> Sintaxe, semântica e pragmática dão origem a três níveis de investigação do Direito, conforme a excelente síntese de Marcelo Campos Galuppo: “As chamadas **Teorias Analíticas do Direito**, que envolvem a questão sintática [relação signo-signo], elegem como tema central de sua pesquisa a **validade** das normas jurídicas, entendida como a relação entre normas jurídicas (como, por exemplo, o modelo kelseniano), que são, ao fim e ao cabo, signos linguísticos. As chamadas **Teorias Hermenêuticas do Direito**, que envolvem a questão semântica [relação signo-significado], elegem como tema central de sua pesquisa o **sentido** das normas jurídicas, entendido como relação entre a norma e seu significado. Finalmente, as chamadas **Teorias Pragmáticas do Direito**, que envolvem a questão pragmática [relação signo-falante], elegem como tema central de sua pesquisa a **força do direito**, entendida como o poder do direito de obrigar a conduta humana e, portanto, a questão do seu fundamento de legitimidade” (GALUPPO, 2002, p. 109, grifo do autor).

<sup>14</sup> “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” (ÁVILA, 2005, p. 23).

<sup>15</sup> “Afirmer que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimo incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem” (ÁVILA, 2005, p. 24).

<sup>16</sup> “[...] a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados **núcleos de sentidos**, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual” (ÁVILA, 2005, p. 25, grifo do autor).

Fica demonstrada, de modo cabal, a filiação da **Teoria dos Princípios**, de Humberto Ávila, ao positivismo jurídico incluyente. O próximo passo é analisar a própria concepção de princípio engendrada por Ávila, ressaltando as mencionadas conexões axiológicas.

### 3 OS PRINCÍPIOS COMO MANIFESTAÇÕES JURÍDICO-AXIOLÓGICAS NA CONCEPÇÃO DE ÁVILA

Antes de apresentar a concepção teórica de princípio — e, por arrastamento, de regra — de Humberto Ávila, é de suma importância apresentar seus pontos de partida, consistentes na análise das historicamente consolidadas distinções fortes e fracas (*i*) e nos critérios de dissociação que essas distinções ensejam e as respectivas críticas que Ávila endereça a esses critérios (*ii*).

#### 3.1 Distinções fortes e fracas

Com o propósito de fornecer uma particular acepção de princípio, Humberto Ávila parte, inicialmente, da evolução histórica da concepção de princípio, esteando-se nos trabalhos de Josef Esser, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Os três primeiros autores realizam, segundo Ávila, uma distinção fraca de princípios, na medida em que a diferença entre regras e princípios é uma diferença qualitativa, principalmente de grau: para saber se determinada norma é uma regra ou um princípio, é necessário ter em mente o que é uma regra e o que é um princípio, numa autêntica ontologização dessas premissas normativas. Vale dizer, a análise para a diferenciação entre regra e princípio é conjunta. Isso posto, segundo ÁVILA (2005, p. 27), o princípio, para Esser, é um fundamento normativo para tomada de decisão; para Larenz, o princípio é um fundamento normativo para a interpretação e aplicação do Direito, o que oportuniza o descobrimento da regra que solucionará o caso concreto; já para Canaris, os princípios têm uma inequívoca faceta axiológica (o que não ocorre com as regras) e o conteúdo de sentido seria determinado pela consideração conjunta de todo o ordenamento jurídico, por meio de um processo dialético (o que não é necessário com relação às regras).

Dworkin e Alexy, noutro giro, fazem distinções fortes, na medida em que a diferenciação entre regra e princípio se dá pela estruturação lógica da respectiva espécie normativa: a diferença não surge do cotejo, mas sim da apreensão dos peculiares conteúdos normativos albergados pelas regras e pelos princípios; é desnecessária, portanto, uma análise conjunta para saber se a espécie normativa enfrentada é uma regra ou um princípio.

Assim é que, para Dworkin<sup>17</sup>:

A diferença entre princípios 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. [...] Mas não é assim que funciona com os princípios [...]. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração

<sup>17</sup> “Para ele [Dworkin] as regras são aplicadas ao modo tudo-ou-nada (all-or-nothing), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativamente maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade” (ÁVILA, 2005, p. 28).

exata e o julgamento que determina um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é (DWORKIN, 2007, p. 39-43).

Já para Alexy<sup>18</sup>:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os **princípios** são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, **mandamentos de otimização**, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as **regras** são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2008, p. 90-91, grifo do autor).

A par dessas distinções fracas e fortes, Ávila extrai critérios de distinção entre regras e princípios, apresentados a seguir.

### 3.2 Critérios para distinção entre regras e princípios — críticas

Com base nas distinções fortes e fracas, anteriormente apresentadas, Ávila logra os seguintes critérios de distinção entre regras e princípios: critério do “caráter hipotético-condicional”, critério do “modo final de aplicação” e critério do “conflito normativo”.

#### 3.2.1 Critério do caráter hipotético-condicional

Pelo critério do caráter hipotético-condicional, lastreado fundamentalmente nos trabalhos de Esser e de Larenz, as regras seriam aplicadas ao modelo do “se, então”, tendo, destarte, uma hipótese e uma consequência que contribuiriam, proficuamente, para a decisão; já os princípios careceriam dessa estruturação hipotético-condicional, a saber, eles não teriam uma hipótese e uma consequência determinadas, de modo que os princípios serviriam para o descobrimento da regra de decisão do contexto fático<sup>19</sup>.

Não obstante, Ávila discorda de tal critério, essencialmente por duas razões. Primeira: o fato de um dispositivo legislado ter, à primeira vista, uma estruturação hipotético-condicional não significa que na aplicação fática desse dispositivo vai se ter uma regra. O primeiro passo — a estruturação sintática do dispositivo legislado consoante uma regra — é diferente do último passo — dependente do contexto fático de aplicação. Ou seja: o que no abstrato (primeiro passo) pode ser uma regra, no concreto (último passo) pode ser um princípio<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> “Para ele [Alexy] os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. [...] nesse caso, a solução [de colisões] não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. [...] [Já as regras] são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão será a contradição solucionada seja pela introdução de uma exceção à regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas” (ÁVILA, 2005, p. 29-30).

<sup>19</sup> “[...] os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo **caráter hipotético-condicional**, pois [...] as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo **se, então**; os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto” (ÁVILA, 2005, p. 31, grifo do autor).

<sup>20</sup> “Com efeito, embora seja correta a afirmação de que os princípios indicam um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção ulterior da regra, essa distinção não fornece fundamentos que indiquem o que significa dar um **primeiro passo** para encontrar a regra. Assim enunciado, esse critério de distinção ainda contribui para que o aplicador compreenda a regra como, desde já, fornecendo o **último passo** para a descoberta do conteúdo normativo. Isso, no entanto, não é verdadeiro, na medida em que o conteúdo normativo de qualquer norma — quer regra, quer princípio — depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação. Assim, o **último passo** não é dado pelo dispositivo nem pelo significado preliminar da norma, mas pela decisão interpretativa [...]” (ÁVILA, 2005, p. 32, grifo do autor).

Segunda: princípios também podem ser reformulados linguisticamente, para obter uma estruturação hipotético-condicional<sup>21</sup>. Logo, tal critério não teria o condão de atender a uma dissociação cientificamente corroborante entre regras e princípios.

### 3.2.2 Critério do modo final de aplicação

Por este critério, baseado nos ensinamentos de Dworkin e Alexy, os princípios seriam aplicados mais ou menos, enquanto que as regras seriam aplicadas ao modelo do tudo ou nada (ÁVILA, 2005, p. 35).

Contudo, segundo Ávila, esse critério é desmentido pela realidade de aplicação fática. Em relação às regras, também elas podem ser aplicadas mais ou menos, ou seja, esse modelo de aplicação não é exclusivo dos princípios:

Inicialmente é preciso demonstrar que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de *conexões axiológicas* que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar (ÁVILA, 2005, p. 36, grifo nosso).

Assim é que Ávila dá dois exemplos de que as regras também podem ser mais ou menos aplicadas: (i) primeiro, a hipótese da regra pode ser preenchida mas, no caso concreto, a consequência pode não ser implementada, devido às peculiaridades do caso concreto, em que razões substanciais, não previstas pelo legislador, acabam por emergir; nesse caso, segundo Ávila, o ônus argumentativo é maior<sup>22</sup>; (ii) noutro giro, a hipótese de uma regra sequer existe, mas mesmo assim a consequência é implementada, como no caso das regras analógicas (ÁVILA, 2005, p. 40-42).

Por outro lado, princípios também são aplicados ao modelo tudo ou nada; o que é aplicado mais ou menos é o estado ideal de coisas que os princípios visam a promover.

Isso significa [...] que não são os princípios que são aplicados de forma gradual, **mais ou menos**, mas é o estado de coisas que pode ser mais ou menos aproximado, dependendo da conduta adotada como meio. Mesmo nessa hipótese, porém, o princípio é ou não aplicado: ou o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas é adotado, ou não é adotado. Por isso, defender que os princípios sejam aplicados de forma gradual é baralhar a norma com os aspectos exteriores, necessários à sua aplicação (ÁVILA, 2005, p. 42, grifo do autor).

<sup>21</sup> Exemplo: “O dispositivo constitucional segundo o qual se houver instituição ou aumento de tributo, **então** a instituição ou aumento deve ser veiculado por lei, é aplicado como **regra** se o aplicador, visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entendê-lo como mera exigência de lei em sentido formal para a validade da criação ou aumento de tributos; da mesma forma, pode ser aplicado como **princípio** se o aplicador, desvinculando-se do comportamento a ser seguido no processo legislativo, focar o aspecto teleológico, e concretizá-lo como instrumento de realização do valor **liberdade** para permitir o planejamento tributário e para proibir a tributação por meio de analogia, e como meio de realização do valor **segurança**, para garantir a previsibilidade pela determinação legal dos elementos da obrigação tributária e proibir a edição de regulamentos que ultrapassem os limites legalmente traçados” (ÁVILA, 2005, p. 33-34, grifo do autor). Note: Ávila disse duas vezes, nessa colação, a palavra **valor**.

<sup>22</sup> Exemplo: “A legislação tributária federal estabelecia que o ingresso no programa de pagamento simplificado de tributos federais implicava a proibição de importação de produtos estrangeiros. **Se** fosse feita importação, **então** a empresa seria excluída do programa de pagamento simplificado. Uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte para efeito de pagar conjuntamente os tributos federais, foi excluída desse mecanismo por ter infringido a condição legal de não efetuar a importação de produtos estrangeiros. De fato, a empresa efetuou uma importação. A importação, porém, foi de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Recorrendo da decisão, a exclusão foi anulada por violar a razoabilidade, na medida em que uma **interpretação dentro do razoável** indica que a interpretação deve ser feita ‘em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei’. Nesse caso, a regra segundo a qual é proibida a importação para a permanência no regime tributário especial incidiu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (exclusão do regime tributário especial), porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justificava (estímulo da produção nacional por pequenas empresas). Dito de outro modo: segundo a decisão, o estímulo à produção nacional não deixaria de ser promovido pela mera importação de alguns pés de sofás” (ÁVILA, 2005, p. 38, grifo do autor).



Logo, princípios podem ser aplicados ao modelo tudo ou nada, e regras podem ser aplicadas ao modelo mais ou menos, o que, segundo Ávila, demonstraria a insuficiência desse critério para distinguir regras e princípios.

### 3.2.3 Critério do conflito normativo

Sinteticamente, o critério do conflito normativo estabelece que as regras se distinguem dos princípios pela seguinte razão: um conflito entre regras é solucionado pela decretação de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma cláusula de exceção; ao passo que o conflito entre princípios é solucionado pela ponderação, ficando inatacável a validade dos princípios (ÁVILA, 2005, p. 42-43).

Em relação às regras, constata-se, segundo Ávila, o seguinte: (i) regras também podem ser ponderadas, na medida em que a ponderação não é privativa dos princípios, mas sim das normas. Ou seja, regras podem ser ponderadas no caso concreto, sem nenhuma decretação de invalidade<sup>23</sup>; (ii) não só as regras, em si, podem ser ponderadas, mas também as próprias razões que dão suporte normativo para as regras. Ou seja, o sentido preliminar de uma regra, dado por uma específica razão, pode ser suplantado por outras razões, o que é constatável na relação entre regras e exceções<sup>24</sup>; (iii) as regras também podem ser ponderadas no caso de hipóteses normativas semanticamente abertas, como Estado de direito, certeza do direito e democracia; (iv) regras possuem, também, em virtude dessa possibilidade de ponderação, uma dimensão de peso ou importância (ÁVILA, 2005, p. 43-50). Sobre o item iv, é importante salientar:

A **dimensão axiológica** não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos **valores e fins** que elas visam resguardar (ÁVILA, 2005, p. 50-51, grifo nosso).

Em relação aos princípios, Ávila afirma que eles não possuem uma dimensão de peso ou importância. Essa dimensão está nas razões e fins<sup>25</sup> que dão suporte ao princípio, sendo atribuída ao princípio no caso concreto

<sup>23</sup> Exemplo: “[...] uma regra proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei 9.494/1997). Essa regra **proíbe** ao juiz determinar, por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver. Outra regra, porém, determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos (art. 1º da Lei estadual 9.908/1993). Essa regra **obriga** a que o juiz determine, inclusive por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver. Embora essas regras instituíam comportamentos contraditórios, uma determinando o que a outra proíbe, elas ultrapassam o conflito abstrato **mantendo sua validade**. Não é absolutamente necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a uma delas. Não há exigência de colocar uma regra dentro e outra fora do ordenamento jurídico. O que ocorre é um conflito concreto entre as regras, de tal sorte que o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa a preservar: ou prevalece a finalidade de preservar a vida do cidadão, ou se sobrepõe a finalidade de garantir a intangibilidade da destinação já dada pelo Poder Público às suas receitas. Independentemente da solução a ser dada — cuja análise é ora impertinente —, trata-se de um conflito concreto entre regras, cuja solução, sobre não estar no nível da validade, e sim no plano da aplicação, depende de uma ponderação entre as finalidades que estão em jogo” (ÁVILA, 2005, p. 45, grifo do autor).

<sup>24</sup> “Por exemplo, a legislação de um Município, ao instituir regras de trânsito, estabelece que a velocidade máxima no perímetro urbano é de 60 km/h. Se algum veículo for fotografado, por mecanismos de medição eletrônica, trafegando acima dessa velocidade, será obrigado a pagar uma multa. A mencionada norma, dentro da tipologia aqui analisada, seria uma regra, e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta que independe de ponderação de razões a favor e contra sua utilização: se o veículo ultrapassar a velocidade-limite e se a regra for válida, a penalidade deve ser imposta. Mesmo assim, o Departamento de Trânsito pode deixar de impor a multa para os motoristas, especialmente de táxi, que comprovem, mediante a apresentação de boletim de ocorrência, que no momento da infração estavam acima da velocidade permitida porque conduziam passageiro gravemente ferido para o hospital. Nesse caso, embora tenha sido concretizada a hipótese normativa, o aplicador recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). As outras razões, consideradas superiores à própria razão para cumprir a regra, constituem fundamento para seu não-cumprimento. Isso significa, para o que se está agora a examinar, que o modo de aplicação da regra, portanto, não está totalmente condicionado pela descrição do comportamento, mas que depende do sopesamento de circunstâncias e de argumentos” (ÁVILA, 2005, p. 46, grifo do autor).

<sup>25</sup> Ávila (2005, p. 52) fornece um exemplo, extremamente longo para ser aqui colacionado, em que o **valor** previsibilidade, manifestado no princípio da anterioridade, foi menoscabado através de uma dissociação entre publicação e distribuição, não previsto no citado princípio, o que demonstraria, segundo Ávila, a tese de que a dimensão de peso ou importância não está na norma, mas no caso concreto e no aplicador.

pelo intérprete, em consonância com a sua bagagem histórico-axiológica<sup>26</sup>. Ademais, não é sempre que os princípios se colidem; isso é uma hipótese contingente, mas não necessária (ÁVILA, 2005, p. 51-54). Para finalizar esse ponto, “[...] a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas **resultado de juízo valorativo do aplicador**” (ÁVILA, 2005, p. 51, grifo do autor).

Dessa forma, o modo de solucionar o conflito não seria apto a permitir uma dissociação fundamentada entre regras e princípios.

### 3.3 A dissociação entre regras e princípios operada por Ávila

Vistos os critérios tradicionalmente apresentados para a dissociação entre princípios e regras, e apresentadas as críticas postas por Ávila a tais critérios, é o momento de apresentar a concepção do proponente gaúcho sobre o que são princípios. Para entender a concepção de princípio proposta por Ávila, é necessário verificar como ele opera a distinção entre regras e princípios. Nesse sentido, a proposta de Ávila seria inovadora<sup>27</sup> porquanto lastreada na heurística<sup>28</sup> e em uma dissociação em alternativas inclusivas<sup>29</sup>. De qualquer modo, são critérios, elaborados por Ávila, para distinguir regras de princípios: critério da natureza do comportamento prescrito; critério da natureza da justificação exigida; critério da medida de contribuição para a decisão.

#### 3.3.1 Critério da natureza do comportamento prescrito

Por este critério, as regras teriam um caráter deontico-deontológico, na medida em que trariam modais deonticos que indicariam como devem ser realizados; ao passo que os princípios teriam um caráter deontico-teleológico<sup>30</sup>, na medida em que também trariam modais deonticos, mas não como realizá-los. Enfim:

Enquanto **as regras são normas imediatamente descritivas**, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, **os princípios são normas imediatamente finalísticas**, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que [a] característica dianteira das regras é a previsão do comportamento (ÁVILA, 2005, p. 63, grifo do autor).

Logo, as regras são enfocadas no elemento descritivo; os princípios, no elemento finalístico.

<sup>26</sup> “A **conexão entre norma e valor** que preliminarmente lhe é sobrejacente não depende da norma enquanto tal ou de características diretamente encontráveis no dispositivo a partir do qual ela é construída, como estrutura hipotética. Essa conexão depende tanto das razões utilizadas pelo aplicador em relação à norma que aplica, quanto das circunstâncias avaliadas no próprio processo de aplicação. Enfim, a dimensão de peso não é relativa à norma, mas relativa ao aplicador e ao caso” (ÁVILA, 2005, p. 53, grifo nosso).

<sup>27</sup> Um dos aspectos de inovação recai sobre a proposta de existência dos postulados normativos, metanormas que auxiliariam a aplicação das normas, noção bastante questionável, saliente-se.

<sup>28</sup> “[...] as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e do seu significado usual. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes de tudo, construídas pelo próprio intérprete. [A distinção entre regras e princípios] se transforma numa distinção que privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como **modelo ou hipótese provisória** de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos” (ÁVILA, 2005, p. 60, grifo do autor).

<sup>29</sup> Isso significa que, de um mesmo dispositivo, é possível ora extrair uma regra, um princípio ou mesmo um postulado normativo, o que variará consoante as peculiaridades do caso concreto e as conexões realizadas pelo intérprete. “A proposta aqui defendida diferencia-se das demais porque admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo” (ÁVILA, 2005, p. 60).

<sup>30</sup> Por que não dizer, então, deontico-axiológicos?

### 3.3.2 Critério da natureza da justificação exigida

Segundo esse critério, a interpretação e a aplicação das regras ocorrem com uma correlação: a construção conceitual do fato deve relacionar-se com a construção conceitual da norma e com a finalidade que lhe dá suporte. Caso isso ocorra, justifica-se a existência da regra (ÁVILA, 2005, p. 65). No caso dos princípios, a correlação é mais simples: o comportamento adotado deve relacionar-se com a finalidade que se busca promover, justificando a existência do princípio (ÁVILA, 2005, p. 65).

Se a norma é construída no caso concreto pelo intérprete, via interpretação de um dispositivo, este deve ter condições para justificar se, naquele caso, há uma regra ou um princípio. Esse critério estabelece, destarte, condições para a justificação, o que é, de certo modo, contraditório, uma vez que o intérprete deveria estar livre para apresentar as argumentações que sustentariam haver, no caso concreto, uma regra ou um princípio.

Em razão das considerações precedentes, pode-se afirmar, também, que as regras assumem caráter **retrospectivo** (*past-regarding*), na medida em que descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador; ao contrário dos princípios, que possuem caráter **prospectivo** (*future-regarding*), já que determinam um estado de coisas a ser construído (ÁVILA, 2005, p. 67, grifo do autor).

Enfim, o comentado critério fixa as condições argumentativas que o intérprete deve apresentar com o fito de sustentar a criação interpretativa de uma regra ou de um princípio.

### 3.3.3 Critério da medida de contribuição para a decisão

Por este critério final, os princípios seriam normas primariamente complementares e parciais; eles indicariam o estado de coisas ideal a ser promovido, mas não o modo para fazê-lo. A decisão, portanto, encontra-se ainda difusa, necessitando de outras complementações normativas; a pretensão dos princípios é, pois, de complementaridade (ÁVILA, 2005, p. 68-69). Já as regras seriam normas preliminarmente decisivas e abarcantes; elas indicariam a decisão a ser adotada para o caso específico; a pretensão das regras é, portanto, terminativa (ÁVILA, 2005, p. 68-69).

## 3.4 Os conceitos de princípio e regra fornecidos por Ávila

De posse dos mencionados critérios distintivos, Ávila então apresenta os conceitos de regras e princípios, conceitos esses bastante complexos na horizontalidade sintática, a seguir.

Nesse sentido, regras são:

[...] normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (ÁVILA, 2005, p. 70).

Já 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 (ÁVILA, 2005, p. 70).

### 3.4.1 Os princípios como manifestações jurídico-axiológicas na Teoria de Humberto Ávila

Fato que não se pode desprezar é a constante ligação, presente na **Teoria dos Princípios** de Ávila, entre princípio e valor. Tal associação, contudo, é velada, um tanto quanto implícita, mas amplamente perceptível.

O primeiro ponto a se destacar é que a norma — e, por conseguinte, o princípio — é construída no caso concreto pelo intérprete, à luz de sua bagagem histórico-axiológica. Ou seja, a idiosincrasia do intérprete é determinante para a confecção da norma; ora, o intérprete é um ser jogado no mundo, detendo um olhar específico para as coisas, o que reflete a sua própria maneira de ver o mundo, consoante seus padrões valorativos. Logo, seria compreensível que os valores do intérprete influenciassem a construção da norma no caso concreto.

Nesse diapasão, os princípios, ao se paramentarem com normas eminentemente finalísticas, acabam se interligando com os valores. O estado ideal de coisas a ser promovido pelos princípios termina por desvelar algo que é, essencialmente, bom, algo desejável. O próprio Ávila assume essa concepção:

Os princípios remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados. Costuma-se afirmar que os valores dependem de uma avaliação eminentemente subjetiva. Envolve um problema de **gosto** (*matter of taste*). Alguns sujeitos aceitam um valor que outros rejeitam. Uns qualificam como prioritário um valor que outros reputam supérfluo. Enfim, os valores, porque dependem de apreciação subjetiva, seriam ateoréticos, sem valor de verdade, sem significação objetiva. [...]. Mas disso [...] não decorrem nem a impossibilidade de encontrar comportamentos que sejam obrigatórios em decorrência da positivação de valores, nem a incapacidade de distinguir entre a aplicação racional e a utilização irracional desses valores (ÁVILA, 2005, p. 56, grifo do autor).

Prossegue Ávila:

De outro lado, pode-se investigar os princípios de maneira a privilegiar o exame da sua estrutura, especialmente para nela encontrar um procedimento racional de fundamentação que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização de valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar sua aplicação mediante reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais. Nessa hipótese prioriza-se o caráter justificado dos princípios e seu uso racionalmente controlado. A questão crucial deixa de ser a verificação de valores em jogo, para se constituir na legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente esses mesmos valores (ÁVILA, 2005, p. 56).

Vê-se, portanto, que a associação entre princípio e valor, na teoria de Ávila, é inequívoca. Destarte, à luz dessas considerações, fica fácil vislumbrar, tendo-se por perspectiva a Teoria dos Princípios de Ávila, a conexão entre valor e princípio: princípios não seriam valores, mas manifestações jurídico-positivadas desses valores.

Logo se vê que os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios relacionam-se a valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigação de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento (ÁVILA, 2005, p. 72).

Hesitação: eis a postura de Ávila. Ao longo de toda a sua **Teoria dos Princípios**, Ávila abriu o Direito à axiologia<sup>31</sup>. Se por um lado **associa** os princípios aos valores, por outro rechaça que princípios **são** valores. Todavia, tanto uma concepção (princípios estão ligados a valores) quanto a outra (princípios são valores) caem no mesmo fosso, bastante problemático por sinal. A distância entre uma concepção e outra não é tão longa como possa parecer. Ao revés: as duas diferenciações conceptuais acabam por confundir valor e norma, valor e princípio. Portanto, é claro que Ávila agrega conteúdos axiológicos aos princípios, cujo

<sup>31</sup> A ponto de permitir a ponderação de regras.

instrumento principal é o próprio intérprete: **a norma seria um vazio deontológico a ser preenchido pelo sopro axiológico do intérprete**<sup>32</sup>. E isso é bastante contestável — e perigoso.

#### 4 A PERIGOSA ASSOCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIO E VALOR NA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE HUMBERTO ÁVILA

A **Teoria dos Princípios**, de Humberto Ávila, conforme sobejamente demonstrado, empreende uma associação entre uma espécie normativa — o princípio — e valor. O princípio seria uma manifestação jurídico-axiológica a ser manejada pelo intérprete diante do caso concreto. No dizer do próprio Ávila (2005, p. 63), os princípios possuiriam um caráter deôntico-teleológico, na medida em que estabelecem modais deônticos cujo modo de implementação não é fornecido pela estrutura normativa — eles somente indicariam fins, valores a serem prestigiados. Ou seja, o intérprete, pela sua bagagem histórico-axiológica deveria, por si só, estabelecer o modo pelo qual esses fins seriam concretizados.

É bem verdade que Ávila não afirma serem os princípios uma manifestação genuína dos valores, mas estes estão impregnados nos princípios. Ávila tem absoluta consciência de que os princípios não podem ser confundidos com os valores, mas assegura a impregnação axiológica que haveria nos princípios. Nesse sentido, os princípios deixam de ser posituação dos valores, porquanto estes ainda remanescem na estrutura normativa do princípio.

Apesar dessa manobra, a associação entre princípio e valor ainda persiste. E tal associação é extremamente problemática, principalmente na ciência<sup>33</sup> do direito. Isso porque a norma não pode, de modo algum — seja de modo direto (“princípios são valores”), seja de modo indireto (“princípios são manifestações jurídico-axiológicas”) — pelo menos no estrito plano jurídico, ser associada a valor.

Como bem salienta Habermas (2010, p. 316-317): (i) normas são deontológicas; valores, teleológicos; (ii) as normas obrigam igualmente a todos; os valores não; (iii) normas têm pretensão de validade binária; valores, pretensão de uma gradual atratividade; (iv) as normas indicam o que é bom para todos; os valores, o que é bom para nós (ou para mim); (v) normas não podem ser contraditórias; valores sim.

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira (HABERMAS, 2010, p. 317).

Admitir que o princípio é uma manifestação jurídico-axiológica, como quer Ávila, é implodir a estruturação deontológica da norma. A norma aponta algo a ser cumprido, seja uma obrigação, seja uma permissão, seja uma proibição. Esses modais deônticos não podem ser associados aos valores, porque isso representaria uma **maleabilidade deontológica**. Ora, se o intérprete, diante de determinado caso concreto, enxergar um

<sup>32</sup> Ilustrando bem tal assertiva: “O Poder Judiciário pode *desprezar os limites textuais* ou *restringir o sentido usual* de um dispositivo. Pode fazer dissociações de significado até então desconhecidas. A **conexão entre norma e valor que preliminarmente lhe é sobrejacente não depende da norma enquanto tal ou de características diretamente encontráveis no dispositivo** a partir do qual ela é construída, com estrutura hipotética” (ÁVILA, 2005, p. 53, grifo nosso).

<sup>33</sup> “Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua **avaliatividade**, isto é, na distinção entre **juízos de fato e juízos de valor** e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízos: o *juízo de fato* representa uma **tomada de conhecimento da realidade**, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma **tomada de posição frente à realidade**, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de **influir** sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas” (BOBBIO, 2006, p. 135, grifo do autor).

princípio positivado como menos valoroso, poderia ele escantear esse princípio, por não corresponder a sua idiossincrasia axiológica. “Não cumpro esse princípio porque ele é contrário à minha visão de mundo!” Princípio, como norma jurídica, não pode depender da suscetibilidade axiológica do intérprete; ele deve, simplesmente, ser cumprido pelo menos em conformidade com a sintaxe normativa<sup>34</sup>. Se o princípio tem um elemento axiológico, ele poderia, inclusive, ser mais ou menos cumprido<sup>35</sup>.

Logo, vislumbrar um princípio jurídico como uma manifestação jurídico-axiológica é prestigiar uma maleabilidade deontológica cabalmente incompatível com o sistema do direito. Dizer que uma norma tem um toque axiológico, pelo menos como norma, é enfraquecer todo o direito enquanto algo que deve ser cumprido.

Se um fato foi positivado pelo órgão competente, significa que ele adquiriu feições jurígenas<sup>36</sup>, devendo ser cumprido na realidade social. Todavia, se tal norma positivada desagradar à sociedade, principalmente em seus aspectos morais, deve ser retirada do ordenamento jurídico de modo sistêmico, e não de forma interpretativa. A vontade do intérprete não pode solapar a vontade da autoridade competente, sobretudo se esta for o Legislativo como órgão constitucional com competência para criar normas, em harmonia, em tese, com uma vontade geral da sociedade. O intérprete não pode ser um legislador concorrente<sup>37</sup>.

Dizer que o direito é avalorativo não significa, contudo, dizer que ele é antivalorativo. É que o dever-ser objetivo é intrínseco ao direito; o dever-ser subjetivo é intrínseco à pessoa. Expõe Kelsen:

O valor em sentido subjetivo, ou seja, o valor que consiste na relação de um objeto com o desejo ou vontade de uma pessoa, distingue-se do valor em sentido objetivo — ou seja, do valor que consiste na relação de uma conduta com uma norma objetivamente válida — ainda na medida em que aquele pode ter diferentes graduações, pois o desejo ou vontade do homem é suscetível a diferentes graus de intensidade, ao passo que a graduação do valor no sentido objetivo não é possível, visto uma conduta somente poder ser conforme ou não ser conforme a uma norma objetivamente válida, contrariá-la ou não a contrariar — mas não ser-lhe conforme ou contrariá-la em maior ou menor grau (KELSEN, 2003, p. 22).

Enfim, a ideia de o princípio ser uma manifestação jurídico-axiológica, como quer Ávila, e não somente uma manifestação jurídica, enfraquece o caráter deontológico do direito, caracterizando-se como uma teratológica maleabilidade do dever-ser normativo.

Uma última reflexão deve ser feita. Se o princípio é fruto da interpretação, e se essa interpretação é condicionada pelos valores do intérprete, como conciliar os vários constructos interpretativos em um mundo em que a homogeneidade axiológica não mais tem lugar? É cediço que o descentramento das visões de mundo é a tônica da modernidade tardia. Ora, enxergar o princípio como uma manifestação

<sup>34</sup> Isso significa que a norma pode ser ressignificada no caso concreto, até mesmo com o auxílio de pré-compreensões do intérprete; mas não significa mudar totalmente o sentido da norma em razão de um capricho axiológico do intérprete.

<sup>35</sup> Ilustrativamente, confira-se: “[...] quando os direitos humanos são constitucionalmente assegurados, segundo um procedimento democrático deliberativo, tornam-se normas legítimas de caráter obrigatório e não podem ser vistos, como desejam os comunitários, enquanto valores que, ao contrário das normas, estabelecem relações de preferência” (CITTADINO, 2000, p. 176); “[...] princípios têm caráter deontológico, submetendo-se ao código binário do ‘sim/não’, lícito/ilícito e não uma escala de valores” (CRUZ, 2004, p. 243).

<sup>36</sup> “Certos conteúdos teleológicos entram no direito; porém o direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da **primazia** estrita conferida a pontos de vista normativos” (HABERMAS, 2010, p. 318, grifo do autor).

<sup>37</sup> “Sem dúvida, a ‘moralização do direito’ pela criação de regras jurídicas justas em substituição das injustas, é obra meritória e indispensável para o aperfeiçoamento do homem e da sociedade. Entretanto, esta ação moralizadora cabe exclusivamente ao Órgão Legislativo [...]. Em síntese, se diante de uma regra jurídica injusta, o Órgão Executivo ou o Órgão Judiciário intenta a sua moralização ou humanização mediante uma ‘interpretação’ que, moldando-a e adaptando-a ao caso concreto, afaste ou reduza a injustiça de sua eficácia (efeitos) jurídica; então, o que se está fazendo, na verdade, é subordinar a regra jurídica à regra moral, esquecendo-se que a regra jurídica foi e é a única solução que o homem encontrou para reger uma sociedade formada por indivíduos que obedecem as mais diversas, e até contraditórias, regras morais” (BECKER, 1972, p. 81-82).

jurídico-axiológica é de um autoritarismo<sup>38</sup> sem tamanho, afinal de contas os valores são extremamente subjetivos, podendo, muitas vezes, não encontrar guarida no outro. Em outras palavras, o valor traduzido num princípio para um intérprete pode fazer sentido; para outro, não<sup>39</sup>. A norma axiologicamente construída pelo intérprete representaria, nesse diapasão, uma ontologia totalizante, que somente poderia ser remediada pela deontologia normativa.

Em síntese, a associação entre princípio e valor, operada por Ávila na sua **Teoria dos Princípios**, é perigosa porque (i) flexibiliza o caráter deontológico do direito, criando o mais ou menos devido; (ii) pode oportunizar uma ontologia totalizante<sup>40</sup>, na medida em que os valores, no mundo hodierno, carecem de homogeneização.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste estudo foi analisar a concepção de princípio proposta por Humberto Ávila na sua **Teoria dos Princípios**. Feita a análise, passa-se para as principais ilações advindas deste trabalho.

Inicialmente, cabe assinalar que a **Teoria dos Princípios** de Ávila insere-se na visão jurídico-epistemológica do positivismo jurídico includente ou inclusivista, na medida em que, para Ávila, (i) a interpretação é a força criadora da própria norma, não se confundido com o texto normativo; (ii) a relação entre direito e moral é revista, porquanto o primeiro acaba por depender da segunda durante a construção normativa por parte do intérprete, o que significa dizer: o direito nasce de uma bagagem histórico-axiológica portada pelo intérprete.

Isso posto, Ávila procede, entre as concepções historicamente consolidadas sobre os princípios, a uma separação entre distinções fracas (em que o princípio se distinguiria da regra de modo qualitativo-conjuntivo) e distinções fortes (em que o princípio se distinguiria da regra de modo lógico-disjuntivo). No primeiro caso encontram-se Esser, Larenz e Canaris; no segundo, Alexy e Dworkin.

Com lastro nessas distinções fortes e fracas, Ávila extrai os seguintes critérios para se dissociar regras e princípios: (i) o critério hipotético-condicional, pelo qual as regras teriam uma hipótese e uma consequência delimitadas, ao passo que os princípios não — eles simplesmente apontariam a direção para se encontrar a regra que solucionaria o caso concreto; (ii) o critério do modo final de aplicação, pelo qual as regras seriam aplicadas ao modelo tudo ou nada, e os princípios aplicados ao modelo do mais ou menos; (iii) o critério do conflito normativo, pelo qual as colisões entre regras seriam solucionadas pela decretação de invalidade de uma das regras ou pela criação de uma cláusula de exceção entre elas; ao passo que o conflito normativo entre princípios seria solucionado pela ponderação, não adentrando, portanto, o terreno da validade.

<sup>38</sup> Pontua Marcelo Neves: “Uma opção mais acentuada por princípios ou por regras não tem nenhuma relação com o binômio ‘democracia/autocracia’ ou ‘constitucionalismo/autoritarismo’. Especialmente quando vinculamos os princípios a modelos axiológicos, teleológicos ou morais. A experiência histórica é contundente a esse respeito. Durante o nacional-socialismo, foram precisamente os juristas que proclamaram a importância de princípios orientados por valores ou teleologias, especialmente nos termos da tradição hegeliana, que pontificaram nas cátedras (por exemplo, o festejado Karl-Larenz). [...] Evidentemente, para o ‘Führer’, um modelo com ênfase em regras constitucionais e legais seria praticamente desastroso. Uma teoria de princípios referentes ao desenvolvimento do povo alemão na ‘história universal’ como ‘realização do espírito geral’ ou ‘aprofundamento do espírito do mundo em si’ (Hegel) apresentava-se muito mais adequada aos ‘fins’ do nazismo” (NEVES, 2012, p. 1).

<sup>39</sup> “Também no plano das controvérsias morais, é só muito raramente que de fato se pode chegar a um comum acordo. Segundo ensina a experiência, é bastante freqüente que até mesmo questões de justiça claramente definidas mantenham seu caráter controverso, sobretudo em uma sociedade constituída de maneira heterogênea” (HABERMAS, 2002, p. 313).

<sup>40</sup> A maleabilidade deontológica dos princípios conforme a axiologia predominante pode levar o Judiciário a se transformar num superego de uma sociedade órfã, conforme aduz Ingeborg Maus: “Desde a discussão metodológica da época [o nazismo] até os dias de hoje mantêm-se a perspectiva pela qual cabe à ciência do direito e à práxis jurisdicional a tarefa de gestar a unidade por meio do método jurídico, tendo em vista o caos introduzido pela produção jurídica da sociedade e a indiferenciação e inconsistência internas do direito legislado. Sob a fórmula da ‘unidade do direito’ e da ‘unidade da Constituição’ — as quais não seriam a mera soma das normas de direito isoladas, mas o produto da sistemática jurídica de valores — avulta o projeto da Justiça de dissolver os antagonismos de interesses que jazem sob a imagem real do direito legal. Nessa função controladora da Justiça reconhece-se um simbolismo que remete à integração de mecanismos sublimadores” (MAUS, 2000, p. 196).

Ávila critica esses critérios: (i) o critério hipotético-condicional seria insuficiente para distinguir regras e princípios porque (a) um dispositivo legislado de forma que contenha um caráter hipotético-fundamental não levaria, necessariamente, durante a aplicação, a uma regra; (b) igualmente os princípios também não levariam, por serem reformulados linguisticamente para ostentarem um caráter hipotético-condicional. (ii) o critério do modo final de aplicação também não seria suficiente para distinguir regras e princípios, uma vez que as regras podem ser mais ou menos aplicadas, e os princípios podem ser aplicados ao modelo tudo ou nada. (iii) o critério do conflito normativo, igualmente, não suporta a distinção entre regras e princípios, uma vez que as regras podem também ser ponderadas, e a dimensão de peso não está nos princípios, mas sim é dada pelo intérprete.

Considerando-se a insuficiência desses critérios, Ávila apresenta os critérios que, a seu ver, seriam adequados para distinguir regras de princípios. O primeiro critério é o da natureza do comportamento prescrito, pelo qual as regras seriam deontico-deontológicas (imediatamente descritivas), ao passo que os princípios seriam deontico-teleológicos (imediatamente finalísticos). O segundo critério é o da natureza da justificação exigida, pelo qual as regras são consideradas como tal na medida em que há uma correlação entre construção conceitual dos fatos, construção conceitual das normas e a finalidade que dá suporte à regra; já os princípios seriam justificados enquanto tal quando a conduta estabelecida contemplasse o estado ideal de coisas a ser promovido. O último critério é o da medida da contribuição da decisão, em que as regras seriam normas preliminarmente decisivas e abarcantes; os princípios, por seu turno, seriam normas primariamente complementares e preliminarmente parciais. Desses critérios, então, resultou os conceitos de regras e princípios.

Nesse ponto é que se chega à ilação de que os princípios, para Ávila, seriam manifestações jurídico-axiológicas ou, conforme a formulação do próprio gaúcho: princípios teriam um caráter deontico-teleológico. Assim, os princípios seriam normas construídas, no caso concreto, em conformidade com a bagagem histórico-axiológica do intérprete; ademais, os princípios buscariam promover um estado ideal de coisas (teoricamente “bom”), ou seja, os princípios seriam instrumentalmente manuseados para se alcançar fins. Portanto, Ávila acaba por associar, ainda que elípticamente, princípio a valor.

Todavia, conforme exposto — e essa é a tese principal desta composição científica —, a associação entre princípio e valor é bastante problemática e perigosa. Princípios não podem ser associados a valores porque valores não se confundem com normas: (i) normas são deontológicas; valores, teleológicos; (ii) normas são objetivas (valem para todos); valores, subjetivos (são atrativos para mim ou para nós); (iii) normas não podem se contradizer; valores, sim.

Destarte, ao associar princípio a valor, Ávila acaba por tolerar uma maleabilidade deontológica que não se sustenta num sistema jurídico caracterizado por comunicações binárias (lícito/ilícito): se o intérprete pode construir a norma no caso concreto, conforme conexões axiológicas manipuladas por ele próprio, este poderia, ao se deparar com um princípio que não encontra guarida na sua idiosincrasia axiológica, simplesmente ignorá-lo ou graduá-lo conforme seus apetites axiológicos; a deontologia, portanto, desmorona-se. Se um fato positivado é contrário à moral dominante na sociedade, deve a norma que o contempla ser retirada do ordenamento jurídico de modo intrassistêmico, e não pelo próprio intérprete.

Ademais, dizer que o princípio é uma manifestação jurídico-axiológica é menoscabar as várias cosmovisões axiológicas existentes na sociedade atual, extremamente heterogênea. Por conseguinte, uma norma construída axiologicamente por um intérprete pode fazer sentido para uns, mas não para outros. E isso permitiria uma ontologia axiológica totalizante, que somente poderia ser remediada através da deontologia jurídica. Enfim, fica comprovado o quanto é temerário associar, ainda que de modo indireto, princípio a valor.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 127 p.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. 621 p.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. 239 p.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2008. 192 p.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 246 p.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 475 p.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. 302 p.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. 244 p.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568 p.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 232 p.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. 390 p.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. 1, 354 p.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. 509 p.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. 433 p.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 427 p.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Vega, 1981. 349 p.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-203, nov. 2000.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: Estado Democrático de Direito a partir e além do pensamento de Luhmann e Habermas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 354 p.

NEVES, Marcelo. *O abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-abuso-de-principios-no-supremo-tribunal-federal#.UI1h98\\_RhCl.facebook](http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-abuso-de-principios-no-supremo-tribunal-federal#.UI1h98_RhCl.facebook)>. Acesso em: 28 nov. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. 192 p.

TAYLOR, Charles. O que é agência humana? Tradução de Roberto Torres e Fabrício Maciel. In: MATTOS, Patrícia; SOUZA, Jessé (Orgs.). *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007. p. 7-54.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 748 p.

**Abstract:** Legal principles have achieved, in recent decades, a major role in the legal system, increasingly guiding the national legal praxis. Among the concepts that give prominence to the legal principles are the Theory of Principles of Humberto Ávila. Thus, for Humberto Ávila, legal principles would be axiological-manifestations, in that aim to promote an ideal state of affairs. However, the association between principle and value, albeit indirect, is dangerous and foolhardy, since it weakens the legal deontological. The objective of this paper is to discuss the association between principle and value found in the Theory of Principles of Humberto Ávila.

**Keywords:** Principle. Value. Deontology.

**Data de recebimento:** 18 jun. 2013

**Data de aceite para a publicação:** 28 jun. 2013