

Recensão

Marcelo Neves, entre hidra e héracles – Princípios
e regras constitucionais, São Paulo, 2012

Recension

Marcelo Neves, entre hidra e héracles – princípios
e regras constitucionais, São Paulo, 2012

JORGE SILVA SAMPAIO

VOL. 2 Nº 1 MARÇO 2015

WWW.E-PUBLICA.PT

RECENSÃO

MARCELO NEVES, ENTRE HIDRA E HÉRCULES – PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS, SÃO PAULO, 2012

RECENSION

MARCELO NEVES, ENTRE HIDRA E HÉRCULES – PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS, SÃO PAULO, 2012

JORGE SILVA SAMPAIO^{1/2}

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
jorgesilvasampaio@fd.ul.pt

Palavras-chave: princípios; regras; Marcelo Neves; casos difíceis; proporcionalidade

Keywords: principles; rules; Marcelo Neves; hard cases; proportionality

O Autor: MARCELO NEVES é Professor Titular de Direito Público da Universidade de Brasília, desde 2011, sendo já conhecido do público português pela sua vasta e importante obra, de entre a qual cabe salientar a *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis* (1988), *Verfassung und Positivität des Rechts in der Falls Brasilien* (1992), *A Constituição Simbólica* (1ª ed., 1994; 2ª ed., 2007; ed. em alemão, 1998), *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. O Estado Democrático de Direito a Partir e Além de Luhmann e Habermas* (1ª ed., 2006; 2ª ed., 2008), e *Transconstitucionalismo* (2009), além de abundantes artigos, em especial em língua portuguesa e alemã.

Sinopse Da Obra E Comentário: *Entre Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais* é o título da tese que MARCELO NEVES apresentou para o concurso de Professor Titular de Direito Público da Faculdade de Direito de Brasília, e defendeu, com êxito, em 15 de Março de 2011. Não obstante, a ideia de escrever esta monografia apareceu muito antes, quando o autor, em 2003, ao retornar ao Brasil, se deparou com uma ampla recepção (quase sem limites), tanto pela doutrina como pela jurisprudência, “do debate em torno de princípios e regras, ponderação e otimização”. Em sua opinião, salvo algumas exceções, estava-se a importar acriticamente “construções teóricas e dogmáticas, sem o crivo seletivo de uma recepção jurídico-constitucionalmente apropriada”, o que se traduzia, em grande medida, na “banalização de modelos principiológicos, desenvolvidos consistentemente no âmbito de experiências jurídicas bem diversas [da brasileira]”. Mais concretamente, notou que “a invocação aos princípios (morais

1. Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; investigador associado do Centro de Investigação de Direito Público; jorgesilvasampaio@fd.ul.pt.

2. Agradeço ao MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO pelos comentários e sugestões efectuados ao presente texto.

e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da (...) prática jurídica e constitucional [brasileiras]”, e que “a retórica principialista servia ao afastamento das regras claras e «completas», para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas”.

3. O título da obra em análise — *Entre Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais* — é uma metáfora mitológica, que recorre à narrativa referente ao segundo trabalho de Hércules, entre os doze realizados a serviço do seu primo Euristeu, rei de Micenas, em que aquele teve de enfrentar a Hidra de Lerna. Com esta metáfora, MARCELO NEVES procurou inverter a perspectiva dominante sobre princípios e regras, em que o “juiz-Hércules” consegue identificar os princípios adequados para a solução de cada caso — chegando, assim, à “única resposta correta” ou, no mínimo, à “melhor decisão possível” —, aparecendo, de modo diverso, os princípios como Hidra e as regras como Hércules.

O sentido desta metáfora foi assim sintetizado pelo autor numa entrevista recente: “ao contrário dos autores que procuram ver nos princípios o fechamento da cadeia argumentativa, o caráter hercúleo, discorro que o caráter hercúleo está nas regras, pois ela fecha a cadeia argumentativa. Os princípios servem para enriquecê-la, para abri-la e principalmente para abrir o direito em um campo mais amplo do social, para a verdadeira adequação social do direito. [N]esse sentido, a relação entre princípios e regras é uma relação produtiva que leva ao processamento permanente do paradoxo da justiça no qual implica a conexão entre consistência jurídica e adequação social do direito. Como superar este paradoxo é exatamente, em cada caso, com a articulação com princípios e regras. Daí porque eu coloco o juiz Iolau como o verdadeiro juiz. (...) [Pois é este que] articula os princípios e regras. Assim como na mitologia, Iolau que é o sobrinho de Hércules, ajuda-o a cauterizar as feridas da Hidra, depois do corte de suas cabeças por Hércules e, dessa maneira, a cauterização impediu a regeneração das cabeças da Hidra (...). O processo de aplicação do direito é um pouco isso: o juiz articula-se, é provocado pela Hidra dos princípios, mas ele precisa se libertar dele para encontrar a regra que vai solucionar o caso. Então, sem a provocação da Hidra, também, ele não realiza seu trabalho bem porque iria ficar sem o enfrentamento da complexidade”³.

De acordo com o autor, “na sociedade complexa de hoje, os princípios estimulam a expressão do dissenso em torno de questões jurídicas e, ao mesmo tempo, servem à legitimação procedimental mediante a absorção do dissenso”, razão pela qual se afiguram essenciais para a resolução de problemas jurídicos. Isto não significa, porém, que as regras de nada relevem no que toca à solução de muitos problemas jurídicos. Com efeito, “enquanto os princípios abrem o processo de concretização jurídica, (...) as regras tendem a fechá-lo, absorvendo a incerteza que caracteriza o início do procedimento de aplicação normativa” (pp. xviii-xix). De outro prisma, MARCELO NEVES relembra que as regras, apesar da sua relevância simplificadora que permite resolver muitos casos, se mostram inadequadas ou, pelo menos, insuficientes para a resolução dos chamados “casos difíceis” (*hard cases*), dotados de uma maior complexidade. No fundo, aponta para a in-

3. Cfr. entrevista in *Crítica Constitucional*, 11 de abril de 2013, disponível em <http://www.criticaconstitucional.com/entrevista-marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules/>, último acesso em 6.01.2015.

existência de uma “hierarquia linear” entre ambas as figuras, por serem ambas importantes: se, por um lado, os princípios permitem enfrentar e estruturar “a alta complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico (valores, representações morais, ideologias, modelos de eficiência etc.)”, por outro, “as regras jurídicas reduzem selectivamente a complexidade já estruturável por força dos princípios, convertendo-a em complexidade juridicamente estruturada, apta a viabilizar a solução do caso”. Enfim, paradoxalmente, “as regras dependem do balizamento ou construção a partir de princípios”, ao passo que “estes só ganham significado prático se encontram correspondência em regras que lhes deem densidade e relevância para a solução do caso”. Em síntese, aquilo que importa na relação entre princípios e regras é “superar (ou «desparadoxizar»), em cada caso concreto, no plano argumentativo, o paradoxo entre consistência jurídica e adequação social, que, em termos gerais, constitui o paradoxo da justiça como «fórmula de contingência do sistema jurídico»” (pp. xix-xx).

4. Identificado o problema que subjaz ao tema desenvolvido no livro, o autor começa por descrever genericamente, no Capítulo I, os modelos “clássicos” de distinção entre princípios e regras jurídicas — como o grau de imprecisão, discricionariedade e generalidade, e a referência a fins e valores —, e, em seguida, no Capítulo II, passa ainda em revista os dois modelos e respectivas críticas, influenciados pela filosofia moral, de distinção entre princípios e regras propugnados por RONALD DWORKIN — “tudo-ou-nada *versus* dimensão de peso” — e ROBERT ALEXY — “razões definitivas *versus* mandamentos de otimização” —, que ainda hoje dominam o pensamento jurídico contemporâneo.

5. Seguidamente, após analisar os modelos *dworkineano* e *alexiano* e algumas das críticas que lhes são apontadas, MARCELO NEVES almeja, no Capítulo III da obra aqui em análise, um “outro modelo de diferença entre princípios e regras constitucionais”.

5.1. Neste quadro, o autor, procurando situar o problema assim como os seus contornos conceptuais, começa por explicitar que a distinção entre princípios e regras não se queda pelas normas que é possível encontrar em cada disposição constitucional ou mesmo expressamente no texto constitucional — o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade seriam exemplos disso mesmo (pp. 90-91). Neste âmbito, e a respeito da inferência lógica de princípios do texto constitucional como um todo pelo intérprete-aplicador, MARCELO NEVES realça que este processo não pode ser arbitrário; ou seja, os princípios “construídos” no processo de concretização do texto constitucional e respectiva enunciação de normas “devem ser, no mínimo, compatíveis com a conexão de disposições constitucionais”.

O autor considera que a questão de saber se o carácter da classificação entre princípio e regra como categorias de normas se trata de uma demarcação frágil (quantitativa) ou forte (qualitativa) tem sido colocada em termos inadequados. Na sua opinião, a diferença entre princípios e regras deve ser construída mediante dois conceitos de conteúdo, não propriamente como uma “*forma-de-dois-lados*”, mas como “conceitos típico-ideal nos termos da tradição weberiana” (p. 101). Estes “tipos ideais” servem como esquemas de interpretação da realidade social

“com ênfase unilateral em determinados elementos mais relevantes do conhecimento que se pretende obter”. No plano normativo, eles servem, especialmente, na qualidade de meio de “ordenação selectiva de disposições e enunciados normativos”, à luz da lei e demais fontes de direito, da jurisprudência, doutrina, etc. (p. 103). Ou seja, ainda que, por exemplo, a “textualização constitucional” nos possa ajudar a perceber que tipo de norma está em causa, à partida, não é possível definir, de antemão, qual padrão constitui um princípio ou uma regra, o que irá “depende do modo mediante o qual a norma será incorporada do ponto de vista funcional-estrutural no processo argumentativo” (pp. 103-104). Acresce a isto que, tal como “tipos ideais como categorias gnosiológicas”, estes conceitos normativos não estão imunes à “contaminação recíproca” entre si: é por isso que se pode falar em “híbridos”, enquanto “normas que se encontram em uma situação intermediária entre princípios e regras” (p. 104). Para MARCELO NEVES, os “postulados normativos aplicativos” podem ser princípios, regras ou híbridos, consoante sejam ou não “regras imediatamente finalísticas”: (i) se não forem razões definitivas para uma norma de decisão de questões jurídicas, devem ser tratadas como princípios; (ii) se forem normas susceptíveis de actuar como razão definitiva de questões jurídicas, trata-se de regras; (iii) se não for possível enquadrá-las em nenhuma destas categorias, são os híbridos (pp. 108-109).

O autor avança como exemplo o *princípio da proporcionalidade*, que se trataria de “uma condição de possibilidade do funcionamento efectivo e consistente de uma ordem de regras e princípios, assim como, especialmente, de um ordenamento de direito fundamentais”. No fundo, este princípio apresenta uma dupla face: por um lado, é uma “condição de possibilidade de funcionamento da própria Constituição; e, por outro lado, afigura-se como uma verdadeira norma, na medida em que é também concebido como um “dever dos encarregados da interpretação-aplicação normativa” (“determina-se a obediência ao critério da proporcionalidade mediante *reentry*: o que é condição de possibilidade da ordem passa a ser norma da própria ordem”) (pp. 109-110).

No que toca a saber se a proporcionalidade é um princípio ou uma regra, MARCELO NEVES considera que os critérios da adequação e da necessidade podem ser vistos como regras, uma vez que se apresentam como razões definitivas para que se decida se a medida de restrição a direitos fundamentais é adequada e necessária ao fim que dispõe a realizar; já a proporcionalidade em sentido estrito, que inclui o mandamento da ponderação, seria um “híbrido”: estruturalmente é uma regra, isto é, “um critério ou uma razão definitiva para a solução do caso»; ao passo que funcionalmente é um princípio, uma vez que “atua no nível reflexivo do sistema jurídico, articulado com os princípios que pretende sopesar” (pp. 110-111).

Em conclusão, como vivemos num contexto social hipercomplexo, o autor afirma que a Constituição é composta não apenas por regras, como ainda por princípios, e não obstante ambas as categorias apresentarem vantagens e desvantagens, são as duas necessárias (pp. 115 ss e 130 ss.). Mais: tal como a relação entre Constituição e lei, do ponto de vista da dinâmica jurídica, importa uma relação circular e não uma hierarquia linear, “a diferença entre princípios e regras constitucionais, do ponto de vista da estática jurídica, envolve uma relação de pressuposição recíproca” (p. 120).

5.2. Seguidamente, MARCELO NEVES aborda as técnicas de aplicação de princípios. Em concreto, na sua opinião, embora existam outras técnicas “que possibilitam a aplicação consistente de princípios constitucionais”, “a exigência de ponderação é, *tout court*, inafastável” (p. 141). Em face da existência de um amplo dissenso estrutural que implica várias leituras dos princípios, “a ponderação é, nesses termos, uma das técnicas constitucionais de absorção do dissenso e, simultaneamente, de sua viabilização e promoção” (pp. 142-143). Não há dúvidas de que “a Constituição do Estado democrático de direito envolve uma articulação complexa e dinâmica entre princípios e regras” e que “[a] ponderação de princípios colidentes é uma das técnicas de argumentação e interpretação constitucional, permitindo a comparação de diferentes perspectivas da Constituição e dos direitos fundamentais”. Porém, o autor releva, neste âmbito, a “concorrência e [a] incomensurabilidade dos modos de argumentação em torno de princípios, relacionadas tanto à dupla contingência concernente a grupos e pessoas envolvidas no processo de concretização constitucional quanto à heterogeneidade de perspectivas de princípios desenvolvidas pelos sistemas funcionais diferenciados”, o que fica ainda mais complexo “quando se consideram as perspectivas de outras ordens jurídicas envolvidas simultaneamente na solução de problemas constitucionais comuns”. Em virtude do exposto, o “modelo de ponderação otimizante” seria “pouco adequado” para resolver aqueles casos constitucionais que envolvem a colisão de princípios.

5.3. O Capítulo III da obra termina com um dos aspectos mais interessantes do livro em análise: a ideia de que podem verificar-se “*conflitos intraprincípios*”. Concretamente, o autor começa por afirmar que, contrariamente às teses dominantes acerca da matéria dos princípios, as leituras de cada princípio (como a dignidade humana, a liberdade geral ou a igualdade) “podem ser as mais diversas e os modelos argumentativos entre si incomensuráveis, do que resulta a possibilidade de colisões intraprincípios” (p. 160).

Em face da existência de colisões intraprincípios, devido à existência de perspectivas diversas do mesmo princípio pelos envolvidos na contenda constitucional, a sua resolução reclama por uma “*ponderação intraprincípios*”. O fundamental nesta sede “é que, *prima facie* (ou seja, antes de qualquer ponderação com princípios colidentes), todo direito fundado em um princípio, quando afirmado por uma parte, sempre estará intrinsecamente limitado pelo mesmo direito afirmado por outra, sendo irrelevante tratar-se ou não de «direito negativo»: o direito geral de liberdade de um em relação ao mesmo direito do outro; a dignidade humana de um em relação à do outro; o direito geral à igualdade de um em relação ao do outro” (p. 162). Enfim, esta questão releva das várias esferas de comunicação em que a sociedade se pode dividir: com efeito, em face da proleiformidade da sociedade moderna, em que abundam as leituras sobre a mesma realidade, “os princípios variam conforme a esfera de comunicação em que se aplicam”. Neste quadro, princípios como os referentes ao direito geral de liberdade, ao direito geral de igualdade, à dignidade humana, à liberdade religiosa, ao direito à educação, entre outros, podem ser lidos de inúmeras formas consoante a esfera social em que o problema constitucional venha a surgir (pp. 162-163). E é justamente a complexidade destes conceitos que acarreta as colisões intraprincípios.

O grande problema que aqui se ergue prende-se com o modo de resolução destes conflitos. É que, na opinião de MARCELO NEVES, não existindo princípios colidentes, não parece ser possível falar aqui de uma ponderação otimizante. Teríamos, então, uma “maximização”, que nunca escaparia à tendência para “a precedência de uma determinada compreensão do princípio em detrimento de outras”. Adicionalmente, caberia, de igual modo, determinar “como evitar o perigo de hipertrofia de uma determinada leitura do respectivo princípio em detrimento das outras” (fenómeno que, como menciona o autor, se verifica igualmente no âmbito do transconstitucionalismo — basta pensar no direito fundamental à vida, cujas respectivas compreensões de protecção podem variar consoante a ordem jurídica em causa) (p. 165).

Tendo por base o exposto, esta colisão intraprincípios não parece ser “susceptível de ser resolvida adequadamente a partir de uma superinstância monológica (sujeito-juiz racional) ou dialógica (discurso orientado para o consenso)”. De um prisma, a resolução desta colisão pelo juiz mediante uma ponderação otimizante é “subcomplexa” em face de questões provenientes de uma “sociedade supercomplexa”. De igual modo, sabendo da inevitável “interpenetração estrutural e a interferência operativa entre direito e política», a “repolitização legislativa” destas questões, num modelo de Constituição como moldura, também “não parece ser adequada”. Pese embora esta realidade, admite o autor que o simples afastamento da ponderação também não é solução, o que “estimularia posições jurídicas antitéticas e prejudicaria a limitação jurídica do poder»; além disso, é a “adequação social do direito” que torna imprescindível a “ponderação comparativa entre as diversas perspectivas de um mesmo princípio constitucional”. Por seu turno, a solução também não reside no “simples retorno” a um modelo de regras: por um lado, esse “modelo, ao superestimar a consistência, tenderia a reprimir certas controvérsias fundamentais em torno da Constituição e, assim, a excluir, peremptória e definitivamente, certas compreensões constitucionais relevantes na esfera pública”; por outro, ele parte de uma “crença ilusória” de que as regras garantem sempre certeza jurídica, quando estas, na verdade, “também envolvem incertezas e, no limite, podem produzir inseguranças” (pp. 168-169). À luz do que fica dito, o “desafio decisivo que se apresenta ao órgão de interpretação-aplicação constitucional nos casos de colisões intraprincípios, da mesma maneira do que na colisão interprincípios, é de como reorientar as expectativas normativas dos envolvidos direta e indiretamente na respectiva controvérsia”, o que também implica “uma rearticulação dos princípios à luz de regras (legislativas e construídas como precedentes jurisprudenciais)”. Todavia, “não nos iludamos: toda essa tarefa implica uma absorção seletiva e excludente em face do dissenso estrutural em torno do significado da Constituição e de seus princípios e regras” (pp. 169-170).

6. Em resumo, MARCELO NEVES chama a atenção para o facto de, dentro dos seus limites, também os juízes e tribunais constitucionais (em sentido amplo) estarem obrigados a “reagir aos perigos da desdiferenciação (politização, economicismo, fundamentalismo religioso, cientificismo, corporativismo, moralismo, domínio da mídia, etc.) e da negação da dupla contingência (a eliminação de *alter* por *ego* ou vice-versa) no processo de concretização constitucional”. Tal tarefa envolve a necessidade de “enfrentar permanentemente o paradoxo da relação entre con-

sistência jurídica, associada primariamente à argumentação formal com base em regras, e adequação social do direito, vinculada primariamente à argumentação substantiva com base em princípios” (p. 170).

Por fim, no Capítulo IV, MARCELO NEVES aborda o tema do “uso e abuso de princípios” pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Em concreto, o autor começa por mostrar a existência de uma criticável tendência de absolutização de princípios em detrimento de princípios mais específicos e de regras, bem como uma “compulsão ponderadora”, que vai muito além daquelas situações de aplicação judicial da Constituição em que “a necessidade de ponderar, especialmente entre princípios é inafastável” (pp. 171 ss. e p. 194). Porém, uma “ponderação sem limites” leva a uma “judicialização da política” e a uma “politização do direito» tão intensas que pode pôr em causa o “jogo político entre governo e oposição, assim como a relação circular de legitimação entre povo, público, administração (em sentido amplo) e política” (pp. 194-195). Sintetizando, a invocação retórica dos princípios e o recurso compulsivo à ponderação como nova panaceia para os problemas constitucionais brasileiros é não apenas simplificador, como pode, encapotadamente, satisfazer “interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade” e, logo, levar “à erosão continuada da força normativa da Constituição”. Para o autor, mais importante que o debate (muitas vezes, estéril) sobre a diferença entre princípios e regras, é “a construção de uma teoria das normas constitucionais que sirva a uma concretização juridicamente consistente e socialmente adequada dos respectivos princípios, regras e híbridos normativos no contexto brasileiro” (p. 196).

Em seguida, refere-se à “prática jurídico-constitucional confusa” no que toca à aplicação de princípios e à ponderação entre eles (pp. 196 ss.). Basicamente, verifica-se na jurisprudência constitucional brasileira um recurso quase sem limites aos princípios constitucionais e à ponderação, mesmo em situações que poderiam ser resolvidas através de estratégias interpretativas mais objectivas. Nota-se, pois, no manuseamento desses princípios (como a proporcionalidade) e do mecanismo da ponderação, além de falta de clareza na fundamentação aduzida, um problema persistente ligado ao facto de a decisão e os argumentos utilizados para fundamentar tais estratégias tenderem a limitar-se ao caso concreto, sem oferecerem critérios para a redução do “valor surpresa” das decisões de futuros casos com pressupostos semelhantes (pp. 198-199). Se a adequação das decisões jurisdicionais ao caso concreto é essencial, tal maleabilidade pode também colocar em causa a força normativa da Constituição, uma vez que, “em situações hiperpolitizadas, pode servir à acomodação da Constituição a interesses concretos do eventual detentor do poder ou, também, da respectiva oposição” (pp. 199-200). E é diante deste quadro que MARCELO NEVES se socorre da distinção, recentemente efectuada por BERNSTORFF⁴, entre o “estilo de argumentação orientado pela ponderação” e o “estilo de argumentação categorial ou independente da ponderação”. No fundo, de acordo com o autor alemão, entre os dois polos referidos existe “um contínuo de formas argumentativas”; é possível, a título ilustrativo, distinguir “entre a ponderação *ad hoc* como forma extrema do estilo de argumen-

4. Cfr. JOCHEN VON BERNSTORFF, *Kerngehalte im Grund- und Menschenrechtsschutz: Eine vergleichende Studie zur Einschränkung nationaler und völkerrechtlicher Freiheitsgarantien*, Heidelberg: Habilitationsschrift, 2010.

tação orientada pela ponderação, de um lado, e as formas da ponderação determinante de critérios e da ponderação definitiva, também utilizáveis, ao menos potencialmente, no estilo categórico”. Em adição, para este autor, “[a] diferença entre ponderação *ad hoc* e ponderação definitiva reside no grau em que critérios para outros casos são gerados pelos processos de ponderação”. E é precisamente “por ser muito presa ao caso concreto (...), [que se torna] sempre facilmente contestável a adoção dos argumentos decorrentes da ponderação *ad hoc* em outros casos muito semelhantes”. Em face disto, BERNSTORFF conclui, com base em vários casos judiciais, “que quanto mais a ponderação [se restrinja] à consideração de particularidades do caso — ponderação *ad hoc* —, tanto menor será a possibilidade de fundamentos para a introdução de formas de argumentação que sirvam à proteção do «núcleo» dos direitos humanos e fundamentais” (pp. 200-201). Para MARCELO NEVES, estas considerações são muito relevantes para o caso brasileiro, em que a jurisprudência recorre à ponderação *ad hoc*, que, quando utilizada de uma forma demasiado maleável e tecnicamente imprecisa, actua “como um estimulante de um «casuísmo» descomprometido com a força normativa da constituição e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico” — este tipo de ponderação “concentra-se nos efeitos de curto prazo ou imediatos, «negligenciando os de longo prazo»” (p. 201). Depois, o autor menciona vários casos da jurisprudência constitucional brasileira em que se recorreu desnecessariamente aos princípios e à metodologia da ponderação *ad hoc*, casos em que a ponderação definitiva poderia ter tido resultados superiores.

7. Sumarizando tudo o que foi defendendo, MARCELO NEVES termina a obra com um regresso à metáfora que abre a obra e faz uma observação final sobre o “juiz Iolau”, figura que ajudou a resolver a contenda mitológica entre Hércules e Hidra, e que se trataria de “um juiz capaz de desparadoxizar o enlace circular entre princípios e regras nos diversos casos constitucionais de maior complexidade”. O “juiz Iolau” distingue-se do “juiz Hidra” na medida em que, por um lado, “não se subordina, desorientadamente, ao poder dos princípios de se regenerarem incontrolavelmente em cada situação concreta, na forma policéfala em que se apresentam”; e, por outro, “[n]ão regenera, a cada caso, um novo princípio, para encobrir a sua atuação em favor de interesses particularistas”. Em adição, o “juiz Iolau” também não se confunde com o “juiz Hércules”, por não se prender “rigidamente a regras — não pretendendo, pois, um “regresso ao formalismo” de um modelo de regras, que “é uma solução subcomplexa para as controvérsias constitucionais mais problemáticas” —, impedindo que o direito responda adequadamente a demandas complexas da sociedade”. Não obstante isto, o “juiz Iolau” admite, em certos casos, a necessidade de recorrer à ponderação, ainda que sem dela abusar, pois também sabe das limitações de modelos como o de “sopesamento otimizador”. Admite, contudo, uma “ponderação comparativa”, em que se considerem todas as perspectivas envolvidas nas referências a princípios, a partir tanto dos sistemas sociais quanto de pessoas e dos grupos. Acresce a isto que está consciente da necessidade de afastar a ponderação *ad hoc*, por esta levar ao “aumento da insegurança jurídica”, uma vez que não permite a construção de critérios para a solução de futuros casos juridicamente semelhantes. E é por isto que se orienta por uma técnica de “ponderação mitigada”, “por um modelo de sopesamento definitivo, que servirá para orientar a solução de futuros casos”

(pp. 221-222).

Finalmente, considerando que também a justiça é um “paradoxo”, na medida em que implica sempre “uma busca permanente do equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social das decisões jurídicas”, o “juiz Iolau”, embora procure “superar” o paradoxo da justiça em cada caso constitucional controverso, não tem a “pretensão hercúlea” de o eliminar definitivamente. Procura, sim, “um equilíbrio entre os princípios e as regras constitucionais, para assegurar a consistência jurídico-conceitual e adequação social do direito”. Ele sabe da “instabilidade” e “contingência” desse equilíbrio, “[m]as procura fixar critérios definitórios para reduzir o «valor-surpresa» de futuras decisões”, colocando-se sempre como um “observador da sociedade como um todo”, mesmo que sabendo da sua parcialidade, e, nesse sentido, afastando tanto a absolutização de um modelo de regras como de um modelo de princípios (pp. 226-227).

8. Efectuado este breve excuro sobre os aspectos principais da obra de MARCELO NEVES ora em análise, cumpre agora discorrer umas sumárias considerações sobre esta excelente monografia.

8.1. Primeiramente, importa salientar que o autor chama a atenção para o deslumbamento da doutrina e da jurisprudência brasileiras pelos princípios constitucionais e pelas técnicas de ponderação — crítica que pode facilmente ser estendida ao prisma europeu —, muitas vezes esquecendo todos os problemas por eles levantados, e que, mais recentemente, tem vindo a fomentar uma acalorada discussão entre os defensores de modelos de princípios e da técnica da ponderação e aqueles que propugnam o regresso a modelos formalistas de regras e à técnica da subsunção⁵. Não obstante o que se mencionou, o autor, embora reconheça e realce os inúmeros problemas que o recurso aos princípios e às técnicas de “sopesamento otimizador” para a resolução de problemas jurídicos implica — em concreto, o autor enfatiza a concorrência e a incomensurabilidade dos modos de

5. Neste contexto, embora VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA também critique o “sincretismo metodológico” da doutrina brasileira, que, a seu ver, importaria para o panorama brasileiro, em especial da Alemanha e quase sempre de forma acrítica, princípios como a proporcionalidade ou a razoabilidade, fórmulas de ponderação, e/ou métodos de interpretação constitucional [cfr., por exemplo, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, V. 798, 2002, pp. 23 ss.; Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, V. 1, 2003, pp. 607 ss.; Interpretação constitucional e sincretismo metodológico, in VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (Org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo, 2005, pp. 115 ss.]; MARCELO NEVES acaba por também o criticar de forma veemente, uma vez que as críticas daquele autor apresentariam “um quê de simplificação e fica[riam] enredadas nas próprias deficiências” criticadas, porque a crítica às teses transpostas não teria o cuidado de aferir da bondade das soluções originais, porque o autor referido não teria o devido cuidado no tratamento de autores que não fazem parte do seu estrito universo teórico (como MÜLLER e ALEXY), ou ainda porque muitas das objecções feitas a alguns autores brasileiros poderiam ser reconduzidas àquele autor (cfr. pp. 182 ss.). No que concerne a estas críticas, em certa medida, ambas têm razão de ser e podem ser transpostas, por exemplo, para o panorama nacional: umas vezes, e não são poucas, são importados acriticamente conceitos sem aferir da sua “compatibilidade” com o ordenamento jurídico português (veja-se o caso do germanófilo *princípio do não retrocesso social*); outras vezes, são importadas fórmulas, em especial, pela sua novidade, sem se discutir convenientemente a valia de tais fórmulas (veja-se o caso da fórmula do *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais).

argumentação em torno de princípios, relacionadas com a dupla contingência concernente aos inúmeros envolvidos no processo de concretização constitucional, e com a heterogeneidade de perspectivas de princípios desenvolvidas pelos sistemas funcionais diferenciados, que saem ainda mais complexas no contexto do *transconstitucionalismo*⁶ —, não envereda pelas teses mais extremas que propõem o recurso a modelos de regras e a abolição da técnica da ponderação. E isto acontece em consequência, por um lado, das virtualidades dos princípios enunciadas por MARCELO NEVES — que, “por implicarem certa distância do caso a decidir e uma relação mais flexível entre o antecedente e o consequente, são mais adequados a enfrentar a diversidade de expectativas normativas que circulam na sociedade” (pp. 115 ss.); e, por outro lado, em razão da inevitabilidade da ponderação a este nível, provocada pelo amplo dissenso estrutural que implica várias leituras dos princípios (pp. 142-143).

Além disso, o autor considera que a questão de saber se o carácter da classificação entre princípio e regra se trata de uma demarcação frágil ou forte tem sido colocada em termos inadequados, encontrando “normas híbridas” que reúnem características de ambas as categorias. Resta, por fim, saber até que ponto esta brutal discussão, que se fixa na determinação de um critério que permita distinguir entre princípios e regras, é assim tão relevante e, aliás, se a própria distinção é possível⁷. É exactamente neste âmbito que o autor procura encontrar um equilíbrio entre regras e princípios, no que à sua utilização concerne. Claro está que embora se partilhe desta ideia, não podemos fugir à realidade constitucional: a maioria dos problemas existentes a nível constitucional implica o recurso a princípios, pelo que não é certo que, na prática, um verdadeiro equilíbrio na utilização destas categorias seja possível.

Relacionado com o que se disse, importa ter presente que a realidade constitucional — impregnada de princípios — acarreta para os juízes e tribunais constitucionais, no processo de concretização do texto constitucional, um especial cuidado para não se embrenharem na “desdiferenciação” (politização, economicismo, corporativismo, ou moralismo) e para terem sempre presente o problema da “dupla contingência”. É que os intérpretes da constituição encontram-se numa espécie de encruzilhada permanente: por um lado, a necessidade de consistência jurídica obriga-os a recorrer à argumentação formal com base em regras; por outro, a necessidade de adequação social do direito deixa-os vinculados à argumentação substantiva com base em princípios. Claro está que não podemos deixar aqui de salientar que, e este aspecto não é totalmente claro na obra em análise, não é fácil escapar à linguagem dos princípios quando nos encontramos em pleno terreno constitucional — com efeito, salvo casos muito excepcionais, a maioria das normas constitucionais jusfundamentais são dotadas de uma enorme indeterminação *semântica* e de *conteúdo*⁸. Na melhor das hipóteses, resta, pois, aos juízes criarem regras a partir da utilização de princípios em vários casos

6. Sobre este assunto, do mesmo autor, cfr. MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009.

7. Recentemente, defendendo a impossibilidade de distinção entre regras e princípios, cfr. BARTOSZ BROZEK, *Legal Rules and Principles: A Theory Revisited*, *i-Lex*, Novembro 2012, número 17.

8. No que concerne aos direitos sociais, cfr. JORGE SILVA SAMPAIO, *O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais*, Coimbra, 2015, pp. 214 ss. e 301 ss.

semelhantes.

O que se acaba de referir explica e justifica, parcialmente, a “compulsão ponderadora” identificada por MARCELO NEVES. Ainda assim, as maiores críticas que talvez possam ser feitas neste contexto residem, de um lado, no facto de os juízes e tribunais nem sempre fundamentarem de forma suficiente e coerente as suas decisões — aspecto que é a este nível decisivo —, e, de outro, o que vai de encontro a uma das ideias centrais da presente obra, no facto de, não poucas vezes, os juízes e os tribunais não estabilizarem suficiente e coerentemente as suas metodologias. O recurso a uma ponderação tipológica, que à frente se fará referência, poderá ser uma das formas de obstar a estas críticas. A outra, a nosso ver, reside em simplesmente aceitar que a *argumentação jurídica* — no caso, entendida igualmente como a *justificação judicial* — tem nestes campos um papel não apenas essencial como decisivo, e que implica que os juízes sejam obrigados a um esforço argumentativo adicional, que possa ser, de uma forma aceitável, intersubjectivamente partilhado pela comunidade jurídico-política.

8.2. Um segundo aspecto que cabe aqui destacar respeita à interessante ideia de que se verificam *conflitos intradimensionais de princípios*. Desde logo, a ideia de que os princípios podem envolver várias leituras é extremamente relevante e está, em grande medida, na origem de parte considerável das discussões que se têm verificado em Portugal acerca do recurso pelo Tribunal Constitucional Português a princípios constitucionais, como a proporcionalidade, a igualdade ou a protecção da confiança⁹. Parte da doutrina nacional tem justamente criticado o Tribunal Constitucional por, a título de exemplo, construir o princípio da igualdade como um parâmetro de controlo da constitucionalidade de tal forma apertado, que o controlo jurisdicional por ele implicado muito dificilmente respeitaria, por seu turno, o princípio democrático.

O maior problema subjacente a este aspecto residiria, para o autor, no *modo de resolução* destes “conflitos”, que não poderia ser a ponderação optimizante em virtude da inexistência de um conflito entre diferentes princípios. Acaba, porém, por não se perceber exactamente como é que estes conflitos devem ser resolvidos à luz da tese de MARCELO NEVES. Em adição, falar aqui de um “conflito” não é livre de problemas — salvo de um prisma muito amplo —, já que, em nossa opinião, o problema é prévio e respeita simplesmente à *construção* da norma de princípio¹⁰. E esta construção é, essencialmente, um problema de interpretação em face do material normativo disponível e dos demais elementos eventualmente relevantes; ou seja, o processo de determinação do conteúdo de princípios como, a título ilustrativo, a proporcionalidade ou a igualdade num determinado ordenamento jurídico é essencialmente uma questão interpretativa. Não se olvida, como bem refere MARCELO NEVES, que, a par de encontrar a forma de resolver

9. Recentemente, de forma crítica sobre algumas decisões recentes do Tribunal Constitucional Português (respeitantes à “jurisprudência da crise”), cfr. os vários estudos constantes de LUÍS PEREIRA COUTINHO/GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO (Orgs.), *O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaio Crítico*, Coimbra, 2014. Criticando a maioria das posições sustentadas na referida obra pelos “críticos”, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, Coimbra, 2014.

10. Sobre isto, a título de mero exemplo, cfr. RICCARDO GUASTINI, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, 2001, pp. 138 ss.

estes “conflitos” — ou, na nossa opinião, de construir os princípios em causa —, há ainda que determinar a *quem* cabe resolvê-los. E a sua construção pelo juiz-intérprete não é livre de problemas, como se mencionou. Aliás, existem até aqueles que questionam se tal conflito deve ser resolvido pelas maiorias conjunturais ou pelos tribunais. De todo o modo, é de questionar se será sequer possível efectuar a construção interpretativa destes princípios de outra forma sem intervenção do intérprete-juiz. É verdade que há sempre a possibilidade de “reformular politicamente” os princípios em causa, optando-se por um determinado sentido, mas o próprio autor, ciente dos problemas advenientes da rigidez das normas — que impede a sua adaptação à constante evolução da sociedade —, considera que esta solução é inadequada. Significa isto que, conquanto se aceite o conceito de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (HÄBERLE), cabe ao juiz-intérprete fechar, em cada momento, o sentido destes conceitos. Novamente aqui, e como bem conclui MARCELO NEVES, a solução certamente passará por estratégias de redução da insegurança jurídica provocada por um recurso desenfreado a princípios e, em especial, à metodologia da ponderação como panaceia para a resolução de conflitos entre normas de princípio.

8.3. Em terceiro e último lugar, não podemos deixar de mencionar o recurso, pelo autor, a uma metodologia de *ponderação definitiva*, recentemente desenvolvida por BERNSTORFF¹¹, como forma de reduzir o casuísmo da ponderação *ad hoc*. Com efeito, o mecanismo da ponderação, embora seja inevitável, como tem vindo a ser amplamente salientado pela doutrina, pode ser criticado pelas mais variadas razões, seja pela irracionalidade da ponderação, em virtude da sua indeterminação conceptual, e incomparabilidade e incomensurabilidade dos objectos que se ponderam; pela violação do princípio democrático, por implicar uma transferência ilegítima de poderes do legislador para o juiz; ou ainda pela impossibilidade de colher da Constituição parâmetros materiais susceptíveis de balizar objectivamente o recurso ao método, subjectivismo, intuicionismo e arbitrariedade, e pela corrosão da força normativa da Constituição¹². Ora, partindo da sua inevitabilidade, uma resposta parece residir, então, numa *ponderação de cariz misto*, que mistura a ponderação e a *argumentação categorial*. Como bem refere o autor alemão, entre estes dois polos existe “um contínuo de formas argumentativas”, como aqueles em que, mediante o recurso a uma ponderação definitiva, se podem criar regras categoriais de cariz determinado ou testes judiciais para grupos de casos específicos e, nessa medida, estabilizar critérios gerados pelos processos de ponderação nuns casos para outros casos. Esta ideia é tão mais importante e interessante, que parece ser precisamente aqui que poderão ser encontradas fórmulas intermédias que podem obstar às mais relevantes críticas efectuadas à ponderação de que, por um lado, se permite aos tribunais desrespeit-

11. Cfr. JOCHEN VON BERNSTORFF, *Kerngehalte*.

12. A título ilustrativo, cfr. CARLOS BERNAL PULIDO, Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en contexto de España, in JAN-R. SIECKMANN (Ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales – Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, 2011, pp. 228 ss.; MATTHIAS JESTAEDT, The doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses, in MATTHIAS KLATT (Ed.), *Institutionalized Reason – The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, 2012, pp. 159 ss.

ar os direitos fundamentais por tudo ser ponderável, como àqueles que criticam, em especial, a justiça constitucional de usurpar a função política; ou seja, é justamente aqui que a doutrina e a jurisprudência poderão encontrar novas fórmulas que parecem respeitar tanto a força normativa da constituição — e servir, por conseguinte, de estabilização do Estado de Direito —, como a auto-consistência constitucional do sistema jurídico. E o potencial de aplicação destas ideias ao próprio princípio da proporcionalidade, enquanto principal método estruturante da ponderação¹³, mais concretamente, ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, é enorme. Resta, todavia, questionar se esta ponderação categorial é mesmo uma fórmula inovadora. É que, na realidade, a criação de costume jurisprudencial, aliada à ideia de segurança jurídica, implica também a criação de verdadeiras regras de decisão, algo que há muito é defendido.

9. Em jeito de conclusão, a especial importância deste livro de MARCELO NEVES reside na clarividente perspectiva crítica de modelos actualmente vistos como dominantes, e na busca por alternativas teóricas que permitam atalhar a encruzilhada do complexo mundo constitucional, que não vive nem sem princípios nem sem regras. Neste contexto, de forma inovatória, o autor propõe-se a criar um juiz pragmático — o “juiz Iolau” —, ciente das virtudes e dos seus defeitos, que busca por um equilíbrio entre a utilização de princípios e regras constitucionais — reconhecendo perfeitamente a sua “instabilidade” e “contingência”. E, para tal tarefa, dota-o de um modelo de “sopesamento definitório”, que servirá para orientar a solução de futuros casos, e, nessa medida, superar as muitas críticas que têm sido feitas à metodologia da ponderação de bens, mas sem desta abdicar, por tal não ser possível.

13. Cfr. MATTHIAS KLATT/ MORITZ MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, 2012, p. 2.