

Sobre palavras, seus usos e significados: o modelo normativo de Marcelo Neves entre as normas e as metanormas

ABOUT WORDS, THEIR USES AND MEANINGS: MARCELO NEVES' NORMATIVE MODEL BETWEEN NORMS AND METANORMS

Francisco Pablo Feitosa Gonçalves¹

Resumo

Este artigo tem por objetivo tecer algumas considerações sobre o modelo normativo (princípio e regra) proposto por Marcelo Neves. Ele começa com uma breve discussão sobre as palavras e seus significados e sobre a relação entre texto e norma; em seguida é feita uma revisão dos modelos normativos do neoconstitucionalismo e de Marcelo Neves, para, ao final, contrapor esses modelos normativos "pós-positivistas" à ideia clássica de metanorma conforme é desenvolvida em diversos campos acadêmicos (além do direito) e em diversas tradições nacionais. Por fim, avalia-se o quanto a tradicional noção de metanorma já antecipa esses modelos normativos contemporâneos.

Palavras-chave

Metanormas/metarregras; princípios e regras; Marcelo Neves.

Abstract

The purpose of this paper is to present some considerations about the normative model (principle and rule) proposed by Marcelo Neves. It begins with a brief discussion on the meaning and the relationship between text and norm. Then the paper reviews two normative models, the Neoconstitutionalist and Neves', comparing them to classical idea of metanorm, developed in several academic fields (outside Law) and in various Brazilian traditions. In the end, the paper analyzes how the traditional notion of metanorm anticipates elements of these the contemporary normative models.

Keywords

Metanorms/metarules; principles and rules; Marcelo Neves.

Recebido: 16.03.2014
Aprovado: 02.02.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201608>

¹ Universidade Federal de Pernambuco
Recife - PE - Brasil



CONSIDERAÇÕES PRIMEIRAS: AS PALAVRAS E SEUS USOS

Genaro Carrió disse certa vez que “as palavras não possuem outro significado além daquele que lhes é dado”,¹ Gordillo, seguindo Hospers, acrescenta que “as palavras são como rótulos que colocamos nas coisas”.² Essas afirmações, que num primeiro momento podem causar algum estranhamento, são facilmente constatáveis se analisarmos como certas palavras mudam de significado ao longo do tempo e nas diferentes culturas, o que inclusive dá origem a alguns falsos cognatos de origem comum, como por exemplo *exquisito*, significando agradável ou primoroso no espanhol, e *esquisito*, significando estranho no português.

Claro que, por um lado, certas palavras parecem guardar uma memória de seus significados anteriores – *exquisito* e *esquisito* remetem, cada um a seu modo, a algo fora (*ex*) de *quesito* – e a mesma ideia, por outro, às vezes ganha rótulos (palavras) diferentes, mas, ainda assim, fica evidente como o uso e as convenções linguísticas definem o significado das palavras. Carrió, que tinha grande familiaridade com a filosofia analítica da linguagem,³ estava certo nesse sentido, e o presente artigo, em grande medida, divaga sobre essa questão e explora seus limites na medida em que aborda o que podemos chamar de *regra, norma, princípio, metanorma* etc.

Nessa perspectiva, como objetivo e mote para a discussão, tentaremos contribuir para uma reflexão em torno de uma questão que levantamos em outra ocasião: *Se, para Marcelo Neves, os princípios são normas sobre normas, em que eles diferem das tradicionais metanormas/metarregras?*⁴⁻⁵

1 “Las palabras no tienen otro significado que el que se les da (por quien las usa, o por las convenciones lingüísticas de la comunidad). No hay, por lo tanto, significados ‘intrínsecos’, ‘verdaderos’ o ‘reales’, al margen de toda estipulación expresa o uso lingüístico aceptado. Es vana la tarea de descubrir tales significados inexistentes; por esa vía no es dable alcanzar ninguna información valedera.” (CARRIÓ, 1986, p. 94).

2 “Comme a écrit Hospers, les mots ne sont que des étiquettes pour désigner des choses. Nous désignons les choses pour pouvoir en parler, et les mots n’ont donc avec les choses aucun autre lien que celui-ci. L’étiquette d’une bouteille, par exemple, a un rapport seulement avec la ‘chose’ en question, c’est-à-dire, la bouteille.” (GORDILLO, 2003, p. 98). “When a word is used to name a class of things, the word is like the label on a bottle. The label tells you what’s in the bottle, and if two bottles have different kinds of contents, it is important not to use the same label for both of them. The label has no importance in itself; it only indicates what is in the bottle.” (HOSPERS, 1997, p. 12).

3 O interesse de Carrió na filosofia analítica o levou a, além de estudar e escrever sobre temas relacionados, traduzir obras de Hart, J. L. Austin e Wittgenstein para o espanhol.

4 Cf. Gonçalves (2013). Em se tratando de uma comunicação oral num evento, necessário ressaltar que colocamos expressamente essa pergunta. Pretendemos publicar a versão impressa do trabalho em breve.

5 Colocada dessa forma, a pergunta acaba trazendo consigo toda uma série de questões que lhe são conexas – entre outras: Existe diferença entre normas e regras? O que são metanormas e metarregras? Até onde podemos dizer que esses e outros conceitos são iguais ou semelhantes? –, e toda essa problemática demandaria um estudo mais amplo e profundo que o presente ensaio, então não teremos condições, neste momento, de dar ao tema o tratamento que ele merece, mas acreditamos que temos como trazer alguns elementos interessantes para sua reflexão, e não nos furtamos do desejo de abordá-lo novamente no futuro.

Tentar construir uma resposta, ainda que provisória, a essa pergunta nos levou a uma pesquisa que acabou se assemelhando, em alguma medida, à filosofia da linguagem ordinária e à sociologia descritiva hartiana,⁶ o que talvez tenha sido mais uma questão de *habitus* do que propriamente o emprego consciente de um método.

O artigo se encontra dividido em cinco seções, além dessas considerações iniciais; a seção que se segue aborda o significado dado a termos como regra, norma e afins – talvez denunciando a influência da sociologia descritiva – e problematiza brevemente algumas questões incidentais sobre *texto* e *norma*. Nessa seção tivemos a oportunidade de fazer uma leitura de alguns autores clássicos que têm muito a dizer aos juristas, mas que lamentavelmente não são tão estudados quanto deveriam.

A seção seguinte, ainda sobre normas, contextualiza brevemente um dos pilares do neoconstitucionalismo que é a classificação das normas em regras e princípios; trata-se de uma seção intermediária, cuja finalidade maior é apresentar de forma sucinta as bases do modelo normativo de Marcelo Neves, abordado na seção subsequente; trata-se, portanto, de uma leitura sucinta dos modelos normativos de Dworkin e Alexy, sobre os quais Marcelo Neves erige seu próprio modelo normativo. Na penúltima seção, retomamos as ideias clássicas para fazer uma revisão das metanormas/metarregras – tema recorrente em diversos campos – e ao fim, já nas considerações finais, fazemos a problematização sobre as semelhanças e diferenças entre as metarregras e o modelo normativo de Marcelo Neves.

Sobre a forma de apresentação, procuramos deslocar todas as citações e referências para as notas de pé de página, o que, acreditamos, permitiu que o texto ficasse mais acessível e claro. Ainda sobre referências, procuramos, sempre que nos foi possível, citar as obras em seu idioma original e evitamos as *traduções livres*, o que, se por um lado talvez dificulte a leitura das notas, por outro, permite ao leitor confrontar sua própria interpretação à nossa.

I SOBRE REGRAS, NORMAS, PRINCÍPIOS E OUTROS CONCEITOS AFINS...

Hoje no Brasil existe todo um discurso, de matiz *neoconstitucionalista*, praticamente hegemônico, no sentido de que a *norma* é gênero do qual são espécies a *regra* e o *princípio*. Diante disso, se concordamos com Carrió que as palavras não possuem outro significado além daquele que lhes é dado – e nessa perspectiva podemos aceitar a *regra* como sendo

⁶ “A sociologia descritiva de Hart se aproxima da metodologia típica das investigações dos filósofos da linguagem ordinária: para entender determinados conceitos, faz-se uma análise cuidadosa de como as pessoas inseridas em uma determinada prática, onde o conceito é tipicamente encontrado, utilizam o termo que deve ser esclarecido. As perguntas que guiam tal investigação são perguntas como: Quando e em quais contextos o termo em jogo é utilizado de maneira apropriada? Por que optar pela palavra utilizada naquele contexto e não uma outra palavra similar?” (STRUCHINER, 2005, p. 60).

espécie da *norma* –, a análise dos contextos em que esses termos são utilizados nos mostra que no passado os significados eram outros.

Como lembra Saldanha, a *norma* se torna figura de destaque no direito sobretudo após a crise do legalismo e a partir da obra de Kelsen,⁷ uma obra que, diga-se de passagem, manteve a sua influência no Brasil, mesmo após perder prestígio no resto do mundo.⁸ Em paralelo a esse protagonismo da *norma*, muitos autores continuavam usando o termo *regra*, alguns como sinônimo de norma, outros porque talvez quisessem estabelecer uma diferença ou preferissem a regra em detrimento da norma.

O vocábulo *norma*, para autores como Saldanha, não era empregado como categoria mais ampla que englobava as regras e os princípios. Pelo contrário, a regra parecia ter um sentido mais amplo do que o de norma, a regra era o gênero e a norma a espécie.⁹ Os princípios, por sua vez, enquanto *pontos de partida* ou *referenciais* para a ordem jurídica, eram tidos como base das normas,¹⁰ e, nesse sentido, guardam alguma homologia com a ideia de *razão mediata* da decisão.

7 “Mais ou menos ao tempo em que se instalava a crise do legalismo – décadas finais do oitocentos, décadas iniciais do novecentos –, ocorreu a veiculação do conceito de *norma*, sobretudo com a obra de Kelsen e particularmente a partir de seu *Hauptprobleme*, surgido em 1911. A crise do legalismo envolveu o aparecimento de estudos de procedência diversa sobre o conflito entre as leis e os fatos, ou entre os códigos e a vida; envolveu, por outro lado, a crise da noção de fontes, com a renovação do interesse pelo problema da interpretação e pelo das ‘lacunas’. Sobre estas coisas escreveu-se um mundo de livros e de artigos no último quarto do século dezanove.” (SALDANHA, 2000, p. 208-209).

8 “Entrementes começou a voga das idéias de Hans Kelsen, que desde as décadas 10 e 20 elaborava a sua ‘teoria pura’ do direito e seu normativismo. No Brasil, apesar de ter sido editada em 1934 a obra mais característica de Kelsen, e de a partir da década de 1960 seu influxo ter decaído em todo o mundo, a presença do kelsenismo acentuou-se depois do golpe de 1964, provavelmente porque o formalismo metodológico eximiu os professores de pronunciamentos politicamente comprometedores.” (SALDANHA, 1998, p. 8). Essa passagem, ao mesmo tempo sugestiva e provocativa, certamente merecedora de uma reflexão e de uma pesquisa – inclusive empírica, se possível – mais aprofundada, foi suprimida na introdução da segunda edição da *Filosofia do Direito* (cf. SALDANHA, 2005, p. 1 et seq.).

9 Sobre a regra como gênero e a norma como espécie, Nelson Saldanha lembra que “Às vezes, e com frequência, diz-se que a norma é o gênero e a regra a espécie; outras vezes diz-se o inverso, e esta posição nos parece preferível. O termo regra, do latim *regula*, alude à relação de algo com um padrão (ou um ‘cânone’), mesmo sem conotações éticas nem ‘normativas’. O ‘regular’ pode aludir ao mediano, ao ‘comum’, bem como ao que possui regularidade. O ‘normal’, também (opondo-se a anormal); mas o emprego de norma e de regra veio assumindo conotações mais complexas. ‘Regras do método’ talvez tenha menos força obrigante do que ‘normas do método’: o uso do termo *règle* pelos nos franceses que trabalharam em torno da constituição de 1875 tinha porém uma conotação clássica, inserida na tradição gaulesa. Após o fim da *belle époque*, muitas coisas mudaram, inclusive com o advento do neopositivismo, que foi uma das bases do positivismo kelsiano; e com o sociologismo, com a axiologia e os tridimensionalismos” (SALDANHA, 2000, p. 209-210).

10 Sobre os princípios, e ainda em relação à controvérsia sobre os sentidos de *norma* e *regra*, Nelson Saldanha, em outro trabalho diz que “Princípios, se falamos em um sentido ‘amplo’ e implícito, encontram-se

Desde o ataque de Dworkin a Hart – pedra angular do neoconstitucionalismo –, a questão da norma como gênero e das regras e princípios como espécies, que no fim das contas nada mais é que uma *classificação* – e como tal não deve ser pensada em termos de certa ou errada, mas *útil* ou *inútil*¹¹ –, vem ganhando ampla aceitação, seja por conta da polêmica que o referido ataque gerou, seja pela aceitação e divulgação desse modelo por outros autores consagrados. De qualquer forma, temos essa confusão relacionada ao que estamos nos referindo quando falamos em regra, norma e princípio. Em paralelo a isso, ainda temos outros termos como *lei*, *standard* etc. *Standard* parece vir sendo utilizado por autores brasileiros para se referir a *cânone*, *padrão*, *critério* ou às vezes *valor*, em alguns casos é possível observar que os *standards* são usados em alusão a supostos pontos de referência da ordem jurídica, em substituição ao que outrora era denominado por muitos de princípios.¹²

Lei, por sua vez, é palavra usualmente empregada para se referir ao *texto* produzido pelo legislador, e daí a diferenciação que muito se faz entre *lei* e *norma* ou entre *texto* e *norma*, tema que parece estar em voga sobretudo a partir de Friedrich Müller. Claro que são mais antigas as questões relacionadas aos textos e suas interpretações, vide as disputas em torno do significado dos textos religiosos e literários. O que queremos dizer especificamente é que parece ter sido a obra de Müller que trouxe à *ordem do discurso*¹³ a questão de que o intérprete

em todas as filosofias, sobretudo no sentido de ‘pontos de partida’ ou de intuições fundamentais, e de maneira especial nos pensadores posteriores a Kant. No que concerne ao direito, a questão dos princípios veio ampliando-se nos decênios mais recentes. Em parte permanece algo da idéia tradicional, que via nos princípios pontos de referência que informam a ordem jurídica e servem de base às normas; ou que podem ser nelas reconhecidos ou ‘extraídos’ delas através de um trabalho exegético. O conceito de *standard*, usado por determinados franceses, se acha próximo ao primeiro caso. Recentemente certos movimentos têm procurado rechaçar a idéia tradicional, buscando substituí-la por formulações polêmicas ou concepções insólitas, fundindo a noção de princípios com a de norma ou entendendo que *princípios* e *normas* seriam ‘espécies’ do gênero *regra*” (SALDANHA, 2005, p. 224-226, grifos do autor).

11 “Carrió en convient, en affirmant que ‘les classifications ne sont ni vraies ni fausses, elles sont utiles ou inutiles. Les avantages ou les désavantages des classifications sont soumises aux intérêts de la personne qui les formule et à la fécondité qu’elle aura pour présenter un domaine de connaissances d’une manière plus compréhensible ou plus riche en conséquences pratiques souhaitables.’ Et puis, il dit encore: ‘Il y a toujours plusieurs chemins pour grouper ou classer un domaine de relations ou de phénomènes; le critère d’en sélectionner un au lieu d’un autre dépend de considérations scientifiques, didactiques ou pratiques. Choisir en faveur d’une classification n’est pas la même chose que choisir une carte soigneusement dessinée au lieu d’une autre qui ne l’est pas [...] c’est plutôt comme choisir le système métrique au lieu du système anglais.’” (GORDILLO, 2003, p. 105, grifos do autor).

12 Em sentido análogo, cf. SALDANHA, 2005, p. 225.

13 Usamos a expressão num sentido próximo ao de Foucault para quem “em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade” (FOUCAULT, 2011, p. 8-9).

produz a norma – essa digressão é importante também porquanto, como veremos, a relação entre *texto* e *norma* será uma das bases do modelo de Marcelo Neves.

Nesse sentido, claro que não é *errado* dizer que *lei* e *norma* – ou princípio e metanorma – são coisas distintas, mas, sempre ficam as questões, nem sempre abordadas pelos seguidores de Müller, a *norma* afinal é produzida com base em algo, e esse algo, quando não é a *lei*, o que é? O que esse algo diz? E talvez a principal: por que o intérprete buscou esse algo e não a *lei*?¹⁴ De qualquer forma, há, pelo menos, mais um problema, sempre relacionado às palavras e seus significados, que é essa referência ao *texto* como sendo o texto escrito e desconsiderando que a *norma*, afinal, também é *texto* ou será vertida em *texto*, embora não necessariamente escrito.

Quando dialogamos com a Linguística percebemos que toda passagem dotada de significado é texto, sendo assim, o que *não* é texto?¹⁵ Essa perspectiva pode permitir um re-dimensionamento interessante de algumas perspectivas, inclusive o entendimento de que apenas o texto seria prévio e tanto a norma do caso concreto quanto a genérica e abstrata seriam construções.¹⁶

14 “A afirmação de Müller, de que o texto da norma é apenas um ‘enunciado lingüístico’, não confirma a sua tese. Todo texto é um enunciado lingüístico, mas nenhum texto é apenas isto: o texto de um poema se distingue de seu ‘conteúdo’, como ocorre com o de uma prece ou o de uma mensagem pessoal. Mas em cada caso o texto está relacionado ao conteúdo: não se procuraria uma mensagem religiosa no texto de um livro de química, nem se buscaria um conteúdo poético no texto de um decreto. Os textos que integram o direito positivo contêm a norma: são textos jurídicos e não contábeis, nem litúrgicos. Não se ‘chegaria’ à norma sem o texto dela, nem com outro que não fosse jurídico. A distinção entre as palavras do texto e o conteúdo normativo não pode levar a uma negação da relação entre ambas as coisas. A alusão a um ‘domínio normativo’ correspondente à própria realidade social, que é formulada como um modo de tornar verossímil o rechaço da relevância normativa do texto (com o que se gera um rechaço do próprio direito positivo), deixa em aberto a conexão desta idéia com a daquilo que se chamava ‘fontes materiais’, e também com a velha noção de ‘normas sociais’. Omite-se, por outro lado, o confronto dessas concepções com a de François Gény quando falava no dado, e quando cometia ao jurista a tarefa de construir (e isto há cem anos), em face do dado, as soluções necessárias.” (SALDANHA, 2000, p. 213-214).

15 “The word *texto* is used in linguistics to refer to any passage, spoken, or written, of whatever length, that forms form a unified whole. We know, as a general rule, whether any specimen of our own language constitutes a text or not. This does not mean there can never be any uncertainty. The distinction between a text and a collection of unrelated sentences is in the last resort a matter of degree, and there may always be instances about which we are uncertain – a point that is probably familiar to most teachers from reading their students’ compositions. But this does not invalidate the general observation that we are sensitive to the distinction between what is text and what is not.” (HALLIDAY; HASSAN, 1976, p. 1). Ciro Flamarion Cardoso acrescenta, numa perspectiva ainda mais ampla, que “Em semiótica, todo enunciado verbal ou não-verbal auto-suficiente, fechado, dotado de significação e função integrais não passíveis de divisão, pode considerar-se um texto. É possível, então, tratar como textos enunciados orais ou escritos em línguas naturais, mas também filmes, quadros, edifícios etc.” (CARDOSO, 1997). No presente projeto estamos interessados, especialmente, em textos *escritos* e *sonoros*.

16 “[...] não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata, ou seja, a norma *geral* não é prévia, só o seu texto o é. A norma geral previamente dada não existe, é uma ficção.” (ADEODATO, 2005, p. 115; ADEODATO, 2009, p. 241; ADEODATO, 2010, p. 202).

2 AINDA SOBRE NORMAS: OS MODELOS DE DWORKIN E ALEXY E O NEOCONSTITUCIONALISMO¹⁷

Faremos, nesta seção, uma brevíssima revisão dos modelos de Dworkin e Alexy, sobretudo no que concerne à norma como gênero que teria como espécies as regras e os princípios, um modelo que veio a ser apropriado pelo movimento que hoje conhecemos como neoconstitucionalismo. Sabemos que a ascensão do neoconstitucionalismo se dá a partir do ataque de Dworkin ao positivismo, um ataque que surge na forma de uma questão e com um alvo específico; a questão é “*Is a law a sistem of rules?*”, de 1967 (pedra de toque de *Taking rights seriously*)” (MAIA, 2002), e o alvo, nas palavras do próprio Dworkin, é o positivismo hartiano.

Ainda que não seja adequado rotular o próprio Dworkin como neoconstitucionalista,¹⁸ e a distinção entre princípios e regras, da forma como aparece no ensaio seminal de 1967, não seja exatamente o aspecto mais relevante de sua vasta obra, é inegável que o ataque a Hart contribuiu significativamente para a ascensão da temática dos princípios, e muitos autores parecem enfatizar excessivamente esse aspecto da obra de Dworkin – o próprio Marcelo Neves, aliás, faz isso.¹⁹

¹⁷ As reflexões que fazemos na presente seção reproduzem argumentos que já apresentamos em trabalhos anteriores, principalmente em Gonçalves (2011a; 2011b).

¹⁸ Nesse sentido, concordamos apenas em parte com Mauro Barberis, para quem “La aparición del neoconstitucionalismo puede hacerse coincidir con el ataque al positivismo jurídico capitaneado, en los años setenta, por Ronald Dworkin. Sin detenerse demasiado en asuntos que son bastante conocidos lippis el tonsoribus, con la critica formulada por Dworkin a Herbert Hart, y en concreto con el argumento de los principios, hace su aparición en el panorama filosófico-jurídico una posición que muestra el principal rasgo distintivo del neoconstitucionalismo respecto al iuspositivismo y al iusnaturalismo: la idea de que el derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos. En el amplísimo debate que se ha producido, y que continua todavía, estos principios han venido adoptando cada vez más la forma de principios constitucionales: ya sea en el sentido de ser ‘incorporados en el documento llamado constitución’, o bien, más em general, en el sentido de ‘fundamentos del orden jurídico’” (BARBERIS, 2001, p. 326). Em outro trabalho, Barberis diz que “Essa tese [da interligação necessária entre direito e moral] pode ser atribuída a Ronald Dworkin: talvez o primeiro e o principal dos autores hoje batizados de neoconstitucionalistas” (BARBERIS, 2006, p. 20).

¹⁹ Marcelo Neves dedica uma breve seção de pouco mais de onze páginas ao modelo normativo de Dworkin (cf. NEVES, 2013, p. 51-63), e essa breve seção ainda parece um tanto descontextualizada na obra, pois: “O *Capítulo II* [de *Entre Hidra e Hércules*] é dedicado às teorias de Dworkin e Alexy, mas, antes de abordar os modelos em questão, Neves faz uma revisão de algumas concepções de *justiça e moral*, pois, segundo ele, ‘A diferença entre princípios e regras jurídicas, tal como proposta por estes autores, poderá ser mais bem compreendida se considerarmos os seus análogos no âmbito da filosofia da justiça ou da moral.’ (NEVES, 2003, p. 44). As sete páginas que se seguem são densas, articulam as teorias de autores como Habermas, Kohlberg, Piaget, Rawls, Rorty etc. Essas passagens, que têm espaço até para o modelo ontogenético de Piaget (p. 47), demonstram a capacidade de Marcelo Neves de articular conceitos e teorias e atestam a amplitude do seu conhecimento. Não fica claro, contudo, em que exatamente essa abordagem é necessária para a compreensão do modelo de Dworkin e Alexy. O próprio Neves, aliás, menciona que

Em poucas palavras, e considerando apenas a questão da estrutura normativa – que é o que parece interessar a Neves²⁰ –, a base da crítica de Dworkin é o fato de que os juristas, quando argumentam sobre direitos e deveres – e principalmente nos casos difíceis –, fazem uso de *standards* que não funcionam como *regras*, mas como *princípios*, *policies* e outros tipos de *standards*.²¹ Em seguida, para comprovar sua tese, Dworkin se vale, sobretudo, do célebre caso *Riggs v. Palmer*, que afirmou o princípio de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza. Sucintamente, vale lembrar que um tribunal de Nova York teve de decidir se um herdeiro testamentário poderia receber a herança após ter assassinado o testador com esse fim. Na ocasião, se seguisse fielmente as leis, o tribunal deveria reconhecer o direito do herdeiro, no entanto, a herança lhe foi negada com base no princípio de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza.²² Ainda segundo Dworkin, a diferença entre princípios e regras é lógica – para ele, as regras são aplicáveis com base no *tudo ou*

essas teorias não têm relação com a questão dos princípios. Não fica exatamente claro, portanto, em que consiste esse contexto que é comum à reviravolta principiológica e à obra de Piaget ou Kohlberg. Isso nos leva a questionar, também, a razão de articular essas teorias em vez de, por exemplo, descrever o contexto histórico e cultural da época. Claro que conhecemos as repercussões de Rawls em Dworkin – talvez mais presentes num *Justice in robes* do que num *Taking rights seriously* –, mas o fato é que não fica claro como a menção a Rawls (e Rorty, e Piaget, e Kohlberg...) auxilia na argumentação do próprio Neves. Talvez fosse mais interessante ter feito uma leitura da obra de Hart, já que o modelo de princípio de Dworkin surge num ataque ao *positivismo hartiano*. Isso nos permitiria, inclusive, saber qual é a leitura que Marcelo Neves faz de Hart. Em suma, se o próprio Neves diz que não pretende fazer uma *análise abrangente* dos modelos de Dworkin e Alexy, tanto aquela articulação teórica anterior quanto a própria referência ao *contexto comum* nos parecem algo deslocadas em relação ao restante da obra” (GONÇALVES, 2014).

20 Cf. NEVES, 2013, p. 51.

21 “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart’s version as a target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules.” (DWORKIN, 2001, p. 22).

22 “In 1889 a New York court, in the famous case of *Riggs v. Palmer*, had to decide whether an heir named in the will of his grandfather could inherit under that will, even though he had murdered his grandfather to do so. The court began its reasoning with this admission: ‘It is quite true that statutes regulating the making, proof and effect of wills, and the devolution of property, if literally construed, and if their force and effect can in no way and under no circumstances be controlled or modified, give this property to the murderer.’ But the court continued to note that ‘all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime.’ The murderer did not receive his inheritance.” (DWORKIN, 2001, p. 23).

nada, ao passo que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não possuem.²³

A classificação das normas propostas por Dworkin, tendo o princípio como norma de abrangência semântica indeterminada, em oposição à *regra* como outra espécie normativa, recebeu acolhida na *teoria dos direitos fundamentais* de Robert Alexy, que “propõe uma reformulação na teoria dos princípios de Dworkin, baseando-se em uma reconstrução da jurisprudência dominante no Tribunal Constitucional Federal alemão nos anos 1970” (NEVES, 2013, p. 63), o que contribuiu sensivelmente para a divulgação e aceitação desse modelo de princípio. Alexy considera, em suma, que as regras são normas que podem ser *cumpridas* ou *não cumpridas*, enquanto princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, são *mandamentos de otimização*. Necessário lembrar, entretanto, que Alexy não adota as *policies*.²⁴ A crítica de Marcelo Neves a Dworkin se centra basicamente no fato de que este concebe os princípios para cobrir o espaço da discricionariedade que o juiz teria, segundo o *modelo positivista que Dworkin ataca*, e isso, segundo Neves, constitui uma ilusão principiológica. Neves observa que a questão não reside na discricionariedade, mas no que ele chama de *estruturação da complexidade*. Para ele, a concretização da Constituição se dá em um ambiente de *complexidade desestruturada*, caracterizada pela enorme diversidade de expectativas normativas que os agentes pretendem que sejam constitucionalmente amparadas; essa complexidade desestruturada pode ser convertida em *complexidade estruturável* através dos princípios, a qual, por sua vez, pode se converter em uma *complexidade*

23 Cf. DWORKIN, 2001, p. 26-27.

24 Sobre as proximidades e distinções entre Dworkin e Alexy, em outros trabalhos nos baseamos em Dutra (cf. 2008, p. 116) e avaliamos a questão da distinção entre *regras* e *princípios* em Dworkin e Alexy como sendo uma classificação com base na *abrangência semântica*, e observamos que dentre as diferenças entre os autores estão a não diferenciação entre *princípios* e *policies* e a questão da discricionariedade das decisões, que vai ser diferente, se pensada na perspectiva de uma *única resposta correta*, ou na perspectiva de *mandamentos de otimização* (cf. Gonçalves, 2011a; 2011b; 2013). Sobre isso, o livro de Neves nos surpreendeu – e de certa forma nos corrigiu – ao registrar inteligentemente que as teses da *resposta correta* e dos *mandamentos de otimização* podem ser mais próximas do que imaginávamos: “É verdade que o conceito de Alexy não é empírico, mas sim contrafactual. Aponta para um dever-ser ideal. Nesse sentido, ele se assemelha à ideia de uma única decisão correta ou do melhor julgamento, defendida por Dworkin. Mas, inclusive em uma perspectiva contrafactual, o modelo de otimização deixa a desejar, porque passa por cima do fato de se tratar de uma sociedade complexa, com diversos pontos de observação conforme a esfera social de que se parta (economia, ciência, técnica, política, direito, saúde, religião, arte, esporte, família etc.), e de um sistema jurídico que traduz internamente, conforme seus próprios critérios, essa pluralidade de ângulos. O que é otimizante em uma perspectiva não o é em outra. O modelo de otimização parte de um sujeito (contrafactual) capaz de alcançar o ponto ótimo entre princípios colidentes, à maneira semelhante da teoria da escolha racional, que parte de um indivíduo idealizado apto a maximizar valores no cálculo de custos e benefícios” (NEVES, 2013, p. 82-83). Sobre a passagem transcrita, deixamos uma questão: seria esse *sujeito contrafactual* de Alexy menos idílico do que o *juiz filosófico* de Dworkin?

juridicamente estruturada por intermédio das regras que funcionam como *razões definitivas* para o caso concreto.

Quanto a Alexy, Neves dá especial atenção aos debates que ele travou – com Gunther, Sieckmann, Habermas e Atienza e Manero – relacionados ao modelo de princípios enquanto mandados de otimização. Neves apresenta suas próprias críticas a Alexy, dentre as quais destacamos a questão da dimensão de peso das regras. Para Neves (2013, p. 77), as críticas que são feitas a Dworkin por ele negar uma dimensão de peso às regras são, de certa forma, aplicáveis também a Alexy. Condições jurídicas e fáticas podem tornar necessário o sopesamento e a *ponderação de regras*. Neves adota, entretanto, parte do argumento de Alexy para construir seu próprio modelo nominativo, conforme veremos oportunamente.

De qualquer forma, para os fins do presente trabalho, é importante perceber que a partir do modelo de princípio de Dworkin, apropriado e reformulado por Alexy, temos o suporte teórico necessário para a construção do que veio a ser conhecido como neoconstitucionalismo, segundo Barberis, uma teoria ou doutrina que seria intermediária ao jusnaturalismo e ao positivismo, já que não mais estaríamos diante da conexão necessária ou da separabilidade entre direito e moral, mas da “interligação necessária entre direito e moral limitadamente aos Estados constitucionais, ou constitucionalizados: Estados caracterizados especialmente pela rigidez constitucional pelo controle de legitimidade constitucional das leis” (BARBERIS, 2006, p. 20).

Esse controle de legitimidade dá margem, evidentemente, à complexidade desestruturada anteriormente mencionada, já que os diversos atores sociais vão tentar encontrar fundamento para suas expectativas normativas, seus valores, ideologias, representações morais (etc.) na própria Constituição. Esse processo, por sua vez, produz um contexto propício ao *abuso de princípios*, ou seja, o recurso excessivo aos princípios (normas de abrangência semântica indefinida), inclusive com o intuito de afastar a aplicação de regras. Neves deixa claro, já no prefácio, que reprova esse abuso de princípio e registra seu objetivo de enfrentar criticamente as teorias vigentes e oferecer um modelo alternativo de princípio (NEVES, 2013, p. 10).

3 O MODELO ALTERNATIVO DE MARCELO NEVES

Marcelo Neves inicia *Entre Hidra e Hércules* contando como, após um período de ensino e pesquisa na Europa, voltando ao Brasil em 2003, se surpreendeu com a ampla recepção do debate sobre os princípios, regras e questões conexas, como ponderação, otimização etc.²⁵

²⁵ Interessante que talvez Marcelo Neves seja um dos responsáveis, ainda que indiretamente, pela chegada do *modelo neoconstitucionalista de princípio* no Brasil. Em 2006, ele se declarou “culpado”, pois em 1987 “um professor que fazia um concurso na USP” lhe pediu indicações bibliográficas, e Neves então lhe sugeriu Alexy, “ele citou e se constituiu no Brasil a grande teoria da argumentação jurídica” (ver NEVES, 2006).

Ele segue mencionando que a pompa dos princípios e da ponderação permitia revestir de respeitabilidade qualquer tese, por mais absurda que fosse, e menciona que esse *abuso de princípios* permanece até os dias atuais. É dentro desse panorama que, como já dissemos, ele apresenta sua crítica ao abuso de princípios – na doutrina e jurisprudência – e se propõe a *levar a sério* os princípios constitucionais e oferecer um modelo alternativo de princípio.²⁶

Essa proposição de um novo modelo passa pela inversão da metáfora de Dworkin – como sabemos, na obra de Dworkin, o juiz Hércules é um personagem extremamente reflexivo, diante de um caso difícil, ele pondera todas as leis e precedentes, bem como os princípios que os fundamentam, na busca de uma decisão correta para o caso, e, ao considerar todos os *standards* que seriam aplicáveis ao caso, o Hércules de Dworkin praticamente não atua de forma discricionária – mesmo diante de uma lacuna, ele recorre aos princípios e outros *standards*.

Para Neves, “os princípios têm o caráter de Hidra, enquanto as regras são hercúleas” (2013, p. XVII), ou seja, os princípios sempre ampliam as possibilidades argumentativas, possibilitando decisões divergentes, enquanto as regras fecham a cadeia argumentativa e permitem a solução do caso. O *juiz Hércules* de Marcelo Neves, portanto, é um juiz de regras,²⁷ enquanto o *juiz Hidra* – que não tem um correspondente imediato em Dworkin – é o juiz de princípios.²⁸ Trata-se, como vemos, de uma clara inversão do modelo de Dworkin, para quem os princípios são o que impede a discricionariedade diante de uma lacuna normativa.

Para construir seu modelo alternativo, Neves inicialmente critica diversos modelos de princípios vigentes, uma crítica que, conforme demonstramos em outra ocasião,²⁹ é feita de forma problemática, já que usa uma classificação para criticar outras, e, como sabemos, classificações não são mais ou menos certas, mas mais ou menos úteis aos propósitos de quem classifica. Isso também se aplica, evidentemente, à questão da classificação das normas em regras e princípios.

Em seguida Neves aborda os modelos de Dworkin e de Alexy³⁰ mencionando como Alexy propõe uma reformulação da teoria de Dworkin com base na jurisprudência do tribunal

26 “[...] apontando para a sua relação de complementaridade e tensão com as regras. Enfrentarei, nessa orientação, teorias que, antes e hoje, servem de paradigma para a discussão em torno de princípios e regras jurídicas ou constitucionais, posicionando-me com espírito crítico em relação a elas, para oferecer um modelo teórico alternativo.” (NEVES, 2013, p. X).

27 Não iremos nos estender nesse sentido, mas achamos que vale a pena comparar o juiz Hércules de Marcelo Neves, que como vimos é um juiz de regras, com o outro juiz de Dworkin, que ele denomina juiz Herbert.

28 Embora Neves faça esse diálogo inicial com Dworkin, acreditamos que as ideias de Dworkin podem não ter sido inteiramente consideradas na tese de Neves, conforme mencionamos em outra ocasião (GONÇALVES, 2013).

29 Cf. GONÇALVES, 2013.

30 Registramos mais uma vez que ele dá muita ênfase a Alexy e, na nossa opinião, negligencia certos aspectos da obra de Dworkin.

constitucional alemão nos anos 1970, e critica a forma como esse modelo acabou ganhando larga aceitação mundo afora, como se fosse aplicável a todo e qualquer Estado constitucional.³¹ Como vimos, para Alexy, as regras são normas que podem ser *cumpridas* ou *não cumpridas*, e os princípios são *mandamentos de otimização*, logo, comportam diferentes graus de aplicação.

Embora entenda que o modelo de Alexy, assim como o de Dworkin, não é capaz de captar todas as nuances da aplicação do direito numa sociedade complexa, Neves percebe elementos do modelo de Alexy que podem ser aproveitados e incorporados ao seu próprio modelo,³² assim ele parte da ideia de Alexy de princípios como razões *prima facie* e retoma a questão da relação entre *texto* e *norma*, mencionando como várias disposições constitucionais podem ser necessárias para a construção de uma única norma e como uma disposição pode dar origem a várias normas.³³ Neves entende, entretanto, que, diferentemente do modelo alexyano, possui uma dubiedade que precisa ser afastada, a possibilidade de que princípios pudessem ser razões diretas de decisões concretas. Para Neves, os princípios são sempre *razões mediatas*.³⁴

O ponto aonde Neves parece querer chegar é a *relação frouxa* (NEVES, 2013, p. 90) entre *texto* e *norma*, para abordar a problemática relação entre *alter* e *ego*, entre quem *produz* (*alter*) o texto e quem o *interpreta* (*ego*). Ele observa que a adoção de um posicionamento focado apenas em *alter* ocasionaria um positivismo ingênuo e o foco excessivo em *ego*,

31 Cf. NEVES, 2013, p. 63.

32 “Feitas essas restrições à principiologia de Alexy, cumpre considerar um aspecto de sua teoria que é passível de incorporação ao modelo que desenvolverei no próximo capítulo, desde que seja devidamente relido: os princípios, enquanto princípios, são ‘razões’ ou critérios *prima facie*, enquanto as regras são ‘razões’ ou critérios definitivos para que se decidam normativamente questões jurídicas. Mas se deve afastar aqui a dubiedade de Alexy, para afirmar que os princípios não podem ser razões diretas de decisões concretas, pois, inclusive no caso da ponderação, tem-se que se definir uma regra de direito constitucional atribuído para a solução do caso. Portanto, os princípios são razões mediatas de decisões de questões jurídicas, pois entre ele [*sic*] e esta sempre haverá uma regra, seja ela atribuível diretamente a texto produzido pelo processo legislativo (inclusive constituinte e reformador), seja ela atribuída (indiretamente) a um texto normativo mediante o órgão encarregado da concretização jurídica, isto é, mediante a construção jurisprudencial.” (NEVES, 2013, p. 84).

33 Cf. NEVES, 2013, p. 90 et seq.

34 “Feitas essas restrições à principiologia de Alexy, cumpre considerar um aspecto da sua teoria que é passível de incorporação ao modelo que desenvolverei no próximo capítulo, desde que seja devidamente relido: os princípios, enquanto princípios, são ‘razões’ ou critérios *prima facie*, enquanto as regras são ‘razões’ ou critérios definitivos para que se decidam normativamente questões jurídicas. Mas se deve afastar aqui a dubiedade de Alexy, para afirmar que princípios não podem ser razões diretas de decisões concretas, pois, inclusive no caso da ponderação, tem-se que se definir uma regra de direito constitucional atribuído para a solução do caso. Portanto os princípios são razões mediatas de decisões de questões jurídicas, pois entre ele (*sic*) e esta sempre haverá uma regra [...]” (NEVES, 2003, p. 84).

por sua vez, resultaria no decisionismo. A solução ideal vai estar, claro, entre os dois extremos. Parece ser o que procura Marcelo Neves em um modelo de princípio que seja, além disso, adequado a uma sociedade supercomplexa.

Isso leva Marcelo Neves – que se autodeclara um discípulo heterodoxo de Luhmann³⁵ – a recorrer mais uma vez a conceitos luhmannianos, mais especificamente aos conceitos de observação de primeira e de segunda ordem. Grosso modo, podemos dizer que a observação de primeira ordem é aquela que se dirige ao objeto, enquanto a observação de segunda ordem se dirige ao observador, ela é a observação de outras observações, ela focaliza as distinções que são empregadas por outro observador.³⁶

Ainda de acordo com Neves, a observância cotidiana do direito se refere à observação de primeira ordem dos *standards* jurídicos, que são aplicados sem maiores questionamentos. A questão das regras e princípios só vai ter importância em outro plano, numa observação de segunda ordem, na discussão sobre as normas a serem aplicadas (NEVES, 2013, p. 100). Nessa perspectiva, a observação de segunda ordem torna possível a (re)discussão das próprias normas – sua validade, sentido, aplicação etc. – e aí ganha relevância o debate em torno dos princípios que, paradoxalmente, possibilitam a absorção do dissenso e, também, o estímulo do dissenso.³⁷

Para Neves, portanto, a questão da observação de segunda ordem é fundamental para a compreensão dos princípios. Além disso, os princípios funcionam como *filtro de expectativas* e como *normas sobre normas*, e é este segundo aspecto que vai interessar diretamente ao presente ensaio – mas abordaremos também a questão do filtro de expectativas, aspecto que também se relaciona em alguma medida e dá forma à ideia de *normas sobre normas*. Numa sociedade complexa, os princípios estimulam o dissenso – já que sempre se pode lançar mão deles para se sustentar um ponto de vista –, mas, ao mesmo tempo, absorvem-no, uma vez que possibilitam o debate, sobretudo nos casos difíceis.³⁸

Noutras palavras, e ainda de acordo com Neves, os princípios tornam possível a transformação da *complexidade desestruturada* do ambiente do sistema jurídico em uma *complexidade*

³⁵ Cf. NEVES, 2004, p. 130.

³⁶ Cf. LUHMANN, 2011, *passim*, esp. p. 168 et seq.; LUHMANN, 2005, p. 107 et seq.; LUHMANN, 2006, p. 607 et seq.

³⁷ Cf. NEVES, 2013, *passim*, esp. p. 98, 143.

³⁸ “[...] 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. Mas os princípios, por si sós, não solucionam os casos a que se pretende aplicá-los. A solução de casos jurídicos, no Estado de direito, depende de regras.” (NEVES, 2013, p. XVIII). “Os princípios constitucionais são artefatos normativos que servem precisamente para absorver o dissenso e, paradoxalmente, possibilitar-lhe e estimular-lhe a emergência sob as condições de um sistema jurídico complexo.” (NEVES, 2013, p. 98).

estruturável – mas, ao mesmo tempo, eles ampliam as possibilidades de argumentação –, e as regras, por sua vez, transformam essa complexidade estruturável em complexidade estruturada e possibilitam a resolução do caso.³⁹ Os princípios não seriam, portanto, capazes de solucionar o caso por si só, e é precisamente nesse ponto que eles funcionam como *normas* sobre *normas*, ou melhor, como *normas* sobre *regras*.

Esse é exatamente um ponto-chave da obra de Neves: os princípios se comportam, portanto, como filtro de expectativas – e do dissenso – e como *normas* sobre *regras*. Em outra ocasião já mencionamos que Dworkin talvez antecipe a ideia de Marcelo Neves, agora abordaremos se essa concepção dele não é antecipada, também, pela tradicional ideia de *metanorma*.

4 METANORMAS: UM TEMA RECORRENTE

As *metanormas* e as *metarregras* são um tema recorrente. Apresentaremos, nas linhas que se seguem, alguns exemplos das menções e dos significados que elas assumem em diferentes campos, para, em seguida, fazer uma pequena revisão da ideia mais frequente no direito e comparar com o modelo normativo de Marcelo Neves. Necessário advertir, entretanto, que essa abordagem não será exaustiva, pretende apenas mostrar como o tema é recorrente, e que empregaremos os termos *metanorma* e *metarregra* indistintamente, sem qualquer referência às possíveis diferenças entre regra e norma anteriormente expostas.

Em 1978, Michel Charolles, no campo da linguística, publicou seu célebre estudo no qual demonstra que não é tecnicamente possível operar uma separação rigorosa entre as

³⁹ “Pode-se dizer que, no processo de concretização normativa, enquanto os princípios jurídicos transformam a complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico (valores, representações morais, ideologias, modelos de eficiência etc.) em complexidade estruturável do ponto de vista normativo-jurídico, as regras jurídicas reduzem seletivamente a complexidade já estruturável por força dos princípios, convertendo-a em complexidade juridicamente estruturada, apta a viabilizar a solução do caso. São dois polos normativos fundamentais no processo de concretização jurídica, cada um deles se realimentando circularmente na cadeia argumentativa orientada à decisão do caso. Não há hierarquia linear entre eles. Por um lado, as regras dependem do balizamento ou construção a partir de princípios. Por outro, estes só ganham significado prático se encontram correspondência em regras que lhes deem densidade e relevância para a solução do caso.” (NEVES, 2013, p. XIX-XX). “Os princípios constitucionais servem ao balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras, assim como, eventualmente, para restrição e ampliação do seu conteúdo. Em suma, pode-se dizer, com o devido cuidado, que eles atuam como razão ou fundamento de regras, inclusive de regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas. Mas as regras são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais [...]. Ou seja, caso não haja uma regra diretamente atribuída a texto constitucional ou legal nem seja construída judicialmente uma regra à qual o caso possa ser subsumido mediante uma norma de decisão, os princípios perdem o seu significado prático ou servem apenas à manipulação retórica para afastar a aplicação de regras completas, encobrendo a inconsistência do sistema jurídico.” (NEVES, 2013, p. 134-135).

regras de âmbito textual e as regras de âmbito discursivo, sendo inútil a distinção entre *coesão* e *coerência*,⁴⁰ e, no mesmo estudo, tratou das suas célebres *méta-règles* de coerência textual.⁴¹

Na década de 1980 foram publicados em espanhol os trabalhos de Apel – cujos originais remontam à década anterior – que faziam referência à *metalinguagem*⁴² ou, expressamente, ao reconhecimento intersubjetivo do princípio da racionalidade discursiva como *metanorma* para a fundamentação das normas do discurso. Há, na obra traduzida de Apel, portanto, a alusão à *metanorma* como sendo um princípio.⁴³

Em 1986, Robert Axelrod, no campo da ciência política, faz uma curiosa teorização sobre normas e metanormas; para ele, as *normas* geralmente precedem a *lei*, embora muitas vezes sejam mantidas, ampliadas e efetivadas pela lei, ou seja, ele reconhece – numa outra perspectiva – a distinção entre *lei* e *norma*.⁴⁴

A abordagem de Axelrod sobre as normas é baseada na *teoria dos jogos*, na abordagem evolutiva, e conta com simulações de computador. Axelrod lembra que uma forma eficaz de reforçar uma norma é estabelecer uma sanção para seu descumprimento, neste caso, alguém

40 “En l’état actuel des recherches (et nous aurons l’occasion de l’éprouver) il ne semble plus possible techniquement d’opérer une partition rigoureuse entre les règles de portée textuelle et les règles de portée discursive. Les grammaires de texte font éclater les frontières généralement admises entre la sémantique et la pragmatique, entre l’immanent et le siruarionnel, d’où, à notre avis, l’inutilité présente d’une distinction cohésion-cohérence que d’aucuns proposent en se fondant justement sur un partage précis de ces deux territoires.” (CHAROLLES, 1978, p. 14).

41 “Aussi nous contenterons nous d’énoncer et discuter 4 méta-règles de cohérence renvoyant à une appréhension générale, approximative et encore pré-théorique de la question. Ces 4 méta-règles seront appelées:

– méta-règles de répétition

– méta-règle de progression

– méta-règle de non-contradiction

– méta-règle de relation.” (CHAROLLES, 1978, p. 12, grifos do autor).

42 Nesse sentido, os dois tomos de *La transformación de la filosofía*, de 1985.

43 Nos *Estudios éticos*, publicados na Espanha em 1986 e republicados no México em 1999, há a menção expressa às metanormas em algumas passagens, como a seguinte: “[...] el principio o la metanorma procesal de la fundamentación de las normas en los discursos prácticos. Esto significa que la función ética de la racionalidad discursiva puede hacerse valer sólo en un procedimiento de dos gradas para la fundamentación de las normas.” (APEL, 1999, p. 91). Há vagas referências e alusões de outros autores de que Apel teria se inspirado em Peirce, para uns, e em Wittgenstein, para outros, para conceber sua ideia de metanorma discursiva. Não conseguimos, no entanto, verificar a veracidade dessas alusões.

44 Axelrod (1986) menciona também o poder que as normas estabelecidas possuem, exemplificando com o desafio de Aaron Burr a Alexander Hamilton, que deixa a célebre carta na qual registra todas as razões que tinha para rejeitar o duelo – princípios contra a violência, o fato de ter mulher e filhos, seu senso de dever com os credores, não ter raiva de Burr, o fato de só ter a perder e nada a ganhar com o duelo – e, no entanto, seguindo as normas da época, aceita o desafio e é morto. É possível estabelecer um interessante diálogo entre a perspectiva de Axelrod e os aspectos interno e externo das normas na teoria do direito de Hart.

tem que aplicá-las; ele lembra também que podem existir outras normas que estabelecem sanções para quem não realizar essa aplicação – são estas que ele chama de *metanormas*.⁴⁵

No direito, essa norma que prevê uma punição para quem não pune o infrator não seria considerada uma metanorma, mas uma norma, na medida em que ela incide sobre uma conduta e não sobre uma norma. De qualquer forma, para demonstrar como a ideia de metanorma é recorrente – e às vezes parece surgir sem inspiração direta em outros autores –, a curiosa teorização de Axelrod nos é extremamente útil.

Sobre a recorrência do tema, aliás, até no campo do ensino da matemática as metanormas são abordadas. D’Amore, Font e Godino (2007) usam o termo para fazer referência às normas que se aplicam a outras normas e às normas que se mantêm inalteráveis durante um certo tempo e são parte de todos os conjuntos de normas que se sucedem durante esse lapso temporal.⁴⁶

No que concerne ao campo jurídico, especificamente, há referência às *metanormas* e *metarregras* em diversos idiomas, quase sempre para definir a ideia de normas sobre normas. Apenas a título de exemplo, em italiano temos autores como Guastini⁴⁷ e Mazzarese, que falam em metanorma; em língua inglesa temos autores como Thomson,⁴⁸ que fala em

⁴⁵ “This is one way to enforce a norm: punish those who do not support it. In other words, be vengeful, not only against the violators of the norm, but also against anyone who refuses to punish the defectors. This amounts to establishing a norm that one must punish those who do not punish a defection. This is what I will call a *metanorm*.” (AXELROD, 1986, p. 1101, grifo do autor).

⁴⁶ “Como se ha indicado en la sección 2.2, en la literatura sobre el contrato didáctico se distingue entre contrato y metacontrato didáctico. Desde nuestro punto de vista el metacontrato didáctico se entiende como el conjunto de normas que forman parte de cualquier contrato didáctico. Algunas de estas normas son claramente metanormas, en el sentido de que son normas que se aplican a otras normas. Por ejemplo, la regla que dice que hay que respetar las reglas, o la regla que dice que siempre se está siguiendo alguna regla. En cambio, hay otras normas que forman parte de este metacontrato, no tanto por el hecho de que se puedan considerar como metanormas, porque son normas sobre normas, sino por el hecho de que se mantienen inalterables durante un cierto periodo (por ejemplo durante una etapa educativa) y forman parte de todos los conjuntos de normas que se van sucediendo durante este periodo, aunque después no se cumplan o lo hagan de forma defectuosa. En este sentido, el caso del contrato didáctico, entendido en la manera clásica de Brousseau, también tiene un componente meta-normativo, dado que los estudiantes interpretan y valoran las cláusulas implícitas del contrato, haciéndolas explícitas y comunicables.” (D’AMORE; FONT; GODINO, 2007, p. 59).

⁴⁷ “*Prima facie*, una metanorma è una norma che verte, a livello di metalinguaggio, su di un’altra norma.” (GUASTINI, 2010, p. 249). Quando aborda a questão das *metanormas*, Guastini faz referência a Mazzarese, cuja obra abordaremos com mais atenção nas páginas que se seguem.

⁴⁸ “The set of legal rules we live under does not contain merely what might be called object-level rules, such as rules that say who acquires what property from whom under this or that condition; it also contains metarules, rules that prescribe procedures for addition of new rules and alteration or deletion of old rules. And among those metarules are rules that prescribe procedures for addition of new metarules and alteration or deletion of old metarules, so that among the metarules in the legal regime we live under are rules governing procedures for amending the procedures by means of which we amend laws.” (THOMSON, 1990, p. 339).

metarule, e McGinnis,⁴⁹ que fala em *metanorm*.

Em espanhol, Sánchez⁵⁰ fala em *meta-reglas* e Solano⁵¹ esquematiza as normas reguladoras ou *metanormas*; em português, Adeodato⁵² e Neves⁵³ falam em *metarregras*; por fim, em língua francesa, Martens⁵⁴ faz menção à *métanorme* e Livet⁵⁵ fala em *métarègle*, ambos se referindo a uma perspectiva mais ampla, talvez um tanto próxima dos princípios, o que nos sugere desde já que eles podem ser pensados como *metanormas*.

49 “Norms are often subject to ‘metanorms’ which come into play when conflicts arise, and determine which of the competing norms is more/most important and therefore should prevail. For example, legal systems typically have metanorms to the effect that later laws override earlier laws (*lex posterior derogat priori*), particular laws override general laws (*lex specialis derogat generali*), laws made by higher authorities override laws made by lower authorities (*lex superior derogat inferiori*), etc. Alternatively, there may be rules in place that give certain agents (e.g. judges, elected leaders) the authority to resolve conflicts by fiat. Such metanorms ensure that normative conflicts will never arise.” (MCGINNIS, 2007, p. 38). Na verdade, McGinnis está apresentando um argumento que irá refutar posteriormente, mas ainda assim essa passagem serve ao nosso propósito de mostrar que *metanorm* é presente na teoria do direito em língua inglesa.

50 “[...] las reglas ‘a que aquellas se refieren’ (las clasificadas por Hart de secundarias y que se pueden considerar meta-reglas [...])” (SÁNCHEZ, 2005, p. 71). A referência de Sánchez é útil, ademais, para lembrar que a teoria do direito de Hart se baseia, em grande parte, na ideia de norma sobre norma, embora não sem empregar expressamente termos como *metarule* ou *metanorm*.

51 “Las metanormas, como tales, deben ubicarse en un plano conceptual mayor o más ‘alto’ (rango jerárquico mayor) que las normas que regula, para que no existan contradicciones ni eventuales paradojas en el sistema normativo.” (SOLANO, 2003, p. 191).

52 “[...] o ordenamento também se compõe de fontes sobre fontes, fontes que intentam tratar conflitos entre fontes e não conflitos de conduta. Claro que mediatamente também essas têm por objeto a conduta humana, mas diretamente dirigem-se a fontes, é como um segundo nível, daí serem aqui chamadas de metarregras. E as regras expressas por essas fontes fazem parte do ordenamento jurídico e do direito dogmático. Algumas são positivadas, mesmo por força de lei, tais como a *lex posterior derogat priori*; outras, não, tais como ‘ninguém pode transferir mais direitos do que tem’ ou ‘quem pode o mais pode o menos’.” (ADEODATO, 2010, p. 230),

53 “Cabe lembrar também as metarregras, que se referem a outras regras [...]” (NEVES, 2013, p. 108).

54 “Ceci expliquerait que la motivation décisive des jugements se déplace des normes vers les métanormes. Le raisonnable, le non manifestement déraisonnable, le disproportionné deviennent des instruments permettant de sanctionner des vices que dénonçaient déjà les anciens: la démesure et la déraison. Ils sont les outils de calcul du juste, lequel supplante le juridique et devient la ‘valeur des valeurs’, ce qui surnage après que les normes antagonistes et les intérêts opposés ont fait l’objet d’un travail de pondération dont le juge est désormais l’ultime décideur.” (MARTENS, 2006, p. 18-9). Martens, como vemos, emprega *métanormes* para se referir a uma ideia próxima à dos *princípios*.

55 “Par métarègles, on entend simplement ici des règles qui nous disent enchaîner des prémisses et des conclusions qui sont elles-mêmes des règles d’inférence révisables, des relations entre normalités et exceptions.” (LIVET, 2000, p. 203-204).

Feito esse panorama, que, como dissemos, pretende ser meramente exemplificativo, temos como abordar com mais propriedade a questão das *metanormas/metarregras* – a terminologia aqui ainda é irrelevante – e, para isso, recorreremos à obra de Tecla Mazzaresse, a melhor abordagem das metanormas que conhecemos no direito e que apresentaremos brevemente.⁵⁶

Logo no início de seu livro, Mazzaresse cita Bobbio para justificar que a lógica deôntica interessa em dois sentidos: como capítulo preliminar de uma lógica das normas distinta da lógica das asserções – e nesse sentido poderíamos pensar numa lógica do texto injuntivo – ou como capítulo final, referente ao problema do ordenamento como sistema e especificamente ao problema da unidade, coerência e completude.⁵⁷

Para construir suas reflexões sobre as metanormas, Mazzaresse aborda diversas questões, desde o histórico da lógica deôntica, passando pela relação entre esta e a lógica jurídica, os operadores deônticos e refletindo sobre a própria possibilidade de a lógica deôntica poder ser pensada como uma lógica das normas (etc.). Ela apresenta, então, sua definição de metanormas enquanto *normas que incidem sobre as normas* ou *normas que incidem sobre atividades relativas às normas*, tais como produção, interpretação, revogação etc.⁵⁸

Como exemplo de normas sobre normas, Mazzaresse cita as normas relacionadas à validade, como a *grundnorm* kelseniana e a regra de reconhecimento hartiana, as normas de reenvio do direito internacional privado e as normas ab-rogativas.⁵⁹ Aqui seria interessante acrescentar que a ideia de regra de reconhecimento em Hart, embora deva algo da sua ideia básica à *grundnorm* kelseniana, diferente desta, tem um fundamento que poderíamos chamar de sociológico.

Segundo Hart, a regra de reconhecimento não é uma regra válida na acepção tradicional do termo, mas uma regra *aceita*, que em geral não é explicitamente declarada, porém

⁵⁶ A obra de Mazzaresse merecia uma resenha crítica mais ampla e que a abordasse na totalidade, algo que pretendemos fazer no futuro.

⁵⁷ “La logica deontica ‘potrà rappresentare una integrazione ‘degli studi tradizionali di logica dei giuristi in due direzioni: a) come capitolo preliminare riguardante le condizioni di possibilità e i criteri di validità di una logica delle norme distinta dalla logica delle asserzioni; b) come capitolo finale riguardante i problemi dell’ordinamento giuridico come sistema, in particolare i problemi dell’unità, della coerenza e della completezza’.” (MAZZARESE, 1989, p. IX).

⁵⁸ “Uso ‘metanorme’ per designare l’insieme delle norme che vertono su attività concernenti norme (attività quali la produzione, l’interpretazione, l’abrogazione) e delle norme che vertono su norme.” (MAZZARESE, 1989, p. 22-23).

⁵⁹ “Norme che vertono (non già su attività concernenti norme, bensì) su norme sono, ad esempio, li non le norme che, in un ordinamento giuridico, condizionano o determinano la validità di norme: (a) la kelseniana norma fondamentale (*Grundnorm*) e le hartiane norme di riconoscimento (*rules of recognition*); (b) le norme che in diritto internazionale privato sono firmate norme di conflitto; (c) le norme abrogative.” (MAZZARESE, 1989, p. 23-24).

sua existência fica demonstrada. A regra de reconhecimento, em suma, *só existe como prática complexa*.⁶⁰ Outro ponto importante é que, embora não use a expressão *metarregra*, Hart declara expressamente que as regras secundárias – vale lembrar, *de reconhecimento, de modificação e de julgamento* – são *normas sobre normas*.⁶¹

Voltando à obra de Mazzarese, ela aborda diversos autores na sua teorização sobre as metanormas, dentre os quais merece destaque Searle, de quem ela aproveita a diferenciação entre regras regulativas e constitutivas. Como sabemos, para Searle, as regras regulativas se relacionam a comportamentos que independem delas – é o caso, por exemplo, das normas de etiqueta que regulam comportamentos que existem independentemente das regras em si –; as regras constitutivas, por sua vez, se relacionam a comportamentos que dependem delas – é o caso, por exemplo, das regras do jogo de xadrez, sem as quais não há jogo.⁶²

Em seguida, Mazzarese aborda os estudos de Amedeo Conte sobre a lógica da linguagem normativa, em especial no que concerne às regras regulativas, que Conte estuda e subdivide em outras classes – a questão das classificações, aliás, sempre recorrente –, com isso chegando à seguinte classificação: (a) regras eidético-constitutivas, que *são condição necessária* e cujo exemplo seriam as regras do jogo de xadrez; (b) regras tético-constitutivas, que *são condição suficiente*, como por exemplo a norma que declara que outra está revogada; (c) regras anancástico-constitutivas, que *põem uma condição necessária* e podem

⁶⁰ “The statement that a rule exists may now no longer be what it was in the simple case of customary rules—an external statement of the *fact* that a certain mode of behavior was generally accepted as a standard in practice. It may now be an internal statement applying an accepted but unstated rule of recognition and meaning (roughly) no more than ‘valid given the system’s criteria of validity’. In this respect, however, as in others a rule of recognition is unlike other rules of the system. The assertion that it exists can only be an external statement of fact. For whereas a subordinate rule of a system may be valid and in that sense ‘exist’ even if it is generally disregarded, the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.” (HART, 1994 p. 110, grifo do autor).

⁶¹ “Thus they may all be said to be on a different level from the primary rules, for they are all *about* such rules; in the sense that while primary rules are concerned with the actions that individuals must or must not do, these secondary rules are all concerned with the primary rules themselves. They specify the ways in which the primary rules may be conclusively ascertained, introduced, eliminated, varied, and the fact of their violation conclusively determined.” (HART, 1994, p. 94, grifo do autor).

⁶² “I want to clarify a distinction between two different sorts of rules, which I shall call *regulative* and *constitutive* rules. I am fairly confident about the distinction, but do not find it easy to clarify. As a start, we might say that regulative rules regulate antecedently or independently existing forms of behavior; for example, many rules of etiquette regulate inter-personal relationships which exist independently of the rules. But constitutive rules do not merely regulate, they create or define new forms of behavior. The rules of football or chess, for example, do not merely regulate playing football or chess, but as it were they create the very possibility of playing such games.” (SEARLE, 1969, p. 33, grifos do autor).

ser exemplificadas com a norma que exige que o testamento público seja escrito por tabela ou por seu substituto legal em seu livro de notas.⁶³

É necessário observar que existem regras constitutivas que *são* condição e regras constitutivas que *põem* condição, bem como que as condições podem ser necessárias e/ou suficientes, o que permite a combinação desses critérios de forma a originar uma nova classificação com seis tipos diferentes de normas constitutivas. Além disso, é interessante observar que, a partir daí Mazzarese conclui que a principal diferença entre as regras regulativas e as regras constitutivas é que estas últimas *são*, ou *põem* condições – que, como já vimos, podem ser necessárias e/ou suficientes.⁶⁴

Mas dizíamos que Mazzarese, sempre com base em Conte, chega, ao fim, em uma classificação sêxtupla das regras constitutivas, resumidamente: (1) regra eidético-constitutiva ou que *é* condição necessária; (2) regra tético-constitutiva ou que *é* condição suficiente; (3) regra noético-constitutiva ou que *é* condição necessária e suficiente; (4) regra anacástico-constitutiva ou que *põe* condição necessária; regra metatético-constitutiva ou que *põe* condição suficiente; (5) regra metatético-constitutiva ou que *põe* condição necessária e suficiente; e, por fim, (6) regra nômico-constitutiva ou que *põe* condição necessária e suficiente.⁶⁵⁻⁶⁶

⁶³ “Che il concetto di regola costitutiva sia unitario (come sembra ritenere Searle, il quale non opera alcuna distinzione nell’ambito di quelle che egli chiama ‘*constitutive rules*’) è stato negato da Conte che ha individuato e distinto più concetti di regola costitutiva. Tra altro, Conte ha distinto (in una prima fase della sua ricerca) tre tipi di regole costitutive: regole eidetico-costitutive, regole thetico-costitutive, regole anankastico-costitutive. *Regole eidetico-costitutive* sono le regole che sono condizione eidetica di pensabilità, condizione aletica di possibilità, condizione noetica di percepibilità di ciò su cui esse vertono. Caso paradigmatico delle regole eidetico-costitutive: le regole del gioco degli scacchi. *Regole thetico-costitutive* sono le regole che pongono immediatamente in essere lo stato di cose sul quale esse vertono; sono regole che sono condizione sufficiente di ciò su cui esse vertono. Ad esempio: ‘La norma x è abrogata’. *Regole anankastico-costitutive* sono le regole che pongono una condizione necessaria di ciò su cui esse vertono. Ad esempio: ‘La decisione del consiglio di Stato [...] deve contenere [...] la sottoscrizione dei consiglieri che hanno pronunciato la decisione’ (art. 65 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642).” (MAZZARESE, 1989, p. 39, grifos do autor).

⁶⁴ “V’è, sempre secondo Conte, una caratteristica comune ai summenzionati tre tipi di regole costitutive. Questa caratteristica, da un lato, giustifica la comune denominazione: ‘regole costitutive’, e, dall’altro lato, fornisce un criterio discriminante tra regole regulative e regole costitutive. A differenza d’una regola regulativa, una *règola* costitutiva *è o pone* lina condizione necessaria e/o sufficiente (il tipo di condizione varia a seconda del tipo di *regola* costitutiva) di ciò su cui essa verte.” (MAZZARESE, 1989, p. 40).

⁶⁵ “(a) Regole costitutive che *sono condizione necessaria* di ciò su cui esse vertono: è questo il caso delle (già menzionate) regole *eidetico-costitutive*. (b) Regole costitutive che *sono condizione sufficiente* di ciò su cui esse vertono: è questo il caso delle (già menzionate) regole *thetico-costitutive*. (c) Regole costitutive che *sono condizione necessaria e sufficiente* di ciò su cui esse vertono. Per queste regole Conte ha originariamente proposto il nome ‘*alethisch-konstitutive Regeln*’, e, più recentemente, ‘*regole noetico-costitutive*’. Un possibile esempio di *regola* noetico-constitutiva è la kelseniana norma fondamentale, almeno in un’interpretazione di alcune delle diverse caratterizzazioni che lo stesso Kelsen ne ha proposto.

Por fim, essa revisão da classificação de Conte, combinada aos dois tipos de metanorma – sobre norma ou sobre atividade relacionada à norma –, permite a Mazzaresse conceber e explorar as possibilidades de existência dos seguintes tipos e subtipos de metanorma: (a) metanormas constitutivas que incidem sobre normas, que podem, em tese, se desdobrar nos seis subtipos acima expostos; (b) metanormas constitutivas que incidem sobre atividade relacionada à norma, que também podem, em tese, ser subdivididas nos seis subtipos; (c) metanormas regulativas que incidem sobre as normas; (d) metanormas regulativas que incidem sobre atividade relacionada à norma.

Como o que vimos até agora permite compreender bem a questão das metanormas, não iremos abordar cada um dos subtipos de metanorma analisados por Mazzaresse; em vez disso iremos, finalmente, avaliar se a concepção de princípio de Marcelo Neves é mesmo tão diferente assim das tradicionais metanormas ou se ele pode ser considerado uma continuação dessa concepção que, como vimos, aparece em tantos autores, e de tantas formas diferentes.

5 AS METANORMAS E O MODELO NORMATIVO DE MARCELO NEVES

Marcelo Neves faz questão de registrar em pelo menos quatro passagens de *Entre Hidra e Hércules*⁶⁷ que os princípios não se confundem com as *metarregras*; essas quatro passagens podem ser resumidas em um argumento: o de que as metarregras podem ser razões definitivas, podem atuar como fundamento imediato de uma norma de decisão, mesmo quando esta decisão se refira a um conflito de normas. Como, para ele, apenas as regras funcionam

(d) Regole costitutive che *pongono condizioni necessarie* di ciò su cui esse vertono: è questo il caso delle (già menzionate) regole *anankastico-costitutive*. (e) Regole costitutive che *pongono condizioni sufficienti* di ciò su cui esse vertono. Per queste regole Conte ha proposto il nome ‘*regole metatetico-costitutive*’. Un possibile esempio di regola metatetico-costitutiva mi sembra essere il seguente: ‘È senatore di diritto a vita, salvo rinuncia, chi è stato Presidente della Repubblica’ (art. 59, primo comma della costituzione italiana). Tale regola pone, infatti, come condizione sufficiente per diventare senatore a vita, l’essere stati Presidenti della Repubblica. (f) Regole costitutive che *pongono condizioni necessarie e sufficienti* di ciò su cui esse vertono. Per queste regole Conte ha proposto il nome ‘*regole nomico-costitutive*’. Un esempio di regola nomico-costitutiva mi sembra essere il seguente: ‘Le leggi di revisione della costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna camera nella seconda votazione’ (art. 138, primo comma, della costituzione italiana). Tale regola pone, infatti, per la validità delle regole di revisione della costituzione e delle altre leggi costituzionali, la condizione necessaria e sufficiente che esse vengano adottate da ciascuna camera con due successive deliberazioni, ad intervallo di tre mesi, e siano approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna camera, nella seconda votazione.’ (MAZZARESE, 1989, p. 41-2).

⁶⁶ Para uma revisão análoga da classificação de Conte, ver Colzani (2011).

⁶⁷ Cf. NEVES, 2013, p. 84, 108, 124-125.

dessa forma, ele parece estar realmente convencido de que a diferença existe, mas será que é assim mesmo?

Uma saída simples, que de certa forma tornaria desnecessária boa parte da pesquisa que fizemos e apresentamos nas páginas anteriores, seria apenas lembrar Carrió e dizer que as palavras não possuem outro significado além daquele que lhes é dado, e como em ambos os casos estamos falando de *normas sobre normas*, não haveria nada de errado em dizer que os princípios no modelo normativo de Neves podem ser chamados de metanormas e não há problema nisso.

Essa solução, que não estaria errada, não forneceria uma resposta satisfatória, seria medíocre até. Assim, vamos fazer uma reflexão mais crítica sobre a questão. Um primeiro ponto a observar é que alguns autores que falam em metanorma/metarregra se aproximam da concepção de princípio de Neves, que afinal se inspira em Alexy e é antecipado por Dworkin quando ele diz que princípios inclinam a decisão e somente regras ditam o resultado.⁶⁸

Os trabalhos em língua francesa – que falam em *métanormes* e *métarègles* para rotular algo não muito diverso, afinal, dos princípios – seriam os suspeitos mais óbvios, mas não são os únicos. A ideia de *metanorma* em Apel não atuaria, da mesma forma como os princípios em Neves, na *observação de segunda ordem*? A observação de segunda ordem, aliás, é um ponto-chave para a noção de princípios em Neves e para que percebamos que ela não está tão distante assim das *metarregras*.

É improvável que, ao pensar nas tradicionais regras e metarregras, a maioria dos autores tivesse em mente a observação de segunda ordem ou outros aspectos da metanarrativa teórico-social luhmanniana. De fato, eles certamente não pensavam na complexidade desestruturada se tornando complexidade estruturável – e nesse ponto Neves parece estar certo sobre seu modelo ser uma alternativa aos modelos vigentes –, o mais provável é que tivessem em mente situações mais simples, tais como aquela dizendo que *se interpreta literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção*, ou aquela outra que diz que *o juiz absolverá o réu se houver fundada dúvida*.⁶⁹

⁶⁸ Cf. DWORKIN, 2001, p. 35, 37.

⁶⁹ Mazzaresse (1989, p. 46), aliás, exemplifica com uma norma disposta sobre interpretação: “Metanorme regulative che vertono su attività concernenti norme. Casi di metanorme regulative vertenti su attività concernenti norme mi sembrano quelle norme della forma ‘Vietato permettere’ (ad esempio, il già citato: ‘È vietato permettere agli alunni di fumare in classe’), ‘Vietato obbligare’, etc. che regolano (senza essere, né porre condizione alcuna) la produzione di norme. Un ulteriore esempio di metanorma regolativa vertente su un’attività concernente norme (e precisamente sull’attività dell’interpretazione di norme) mi sembra offerto dall’art. 12 delle preleggi: ‘Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore’.”

Por outro lado, se tomarmos como base os dispositivos legais que fundamentam tais normas – e sobretudo se pensarmos nos casos difíceis –, será que sempre surgirão normas que só podem ser *cumpridas* ou *não cumpridas*, na base do *tudo ou nada*? É perfeitamente possível que, num caso concreto, a vaguidade e a textura aberta de expressões como *fundada dúvida* sejam exploradas. Claro, sempre haverá a doutrina e a jurisprudência para tentar orientar o sentido dessas expressões, mas elas também não divergem, uma com a outra (doutrinadores discordando de juízes), e até mesmo entre si (*e.g.* jurisprudência divergente)? Além disso, doutrina e jurisprudência também não existem – às vezes em larga escala – sobre aqueles dispositivos que originam os típicos princípios?

Mesmo a norma que determina a interpretação literal das leis que outorgam de isenção pode ser problemática quando a lei isentiva for vaga ou quando ela – e consequentemente a norma sobre a interpretação da isenção – precisar ser interpretada, por exemplo, de acordo com a Constituição.

Quando pensamos nas normas de reenvio – típicas do direito internacional privado, e não do direito internacional público, embora não seja impossível o (re)envio neste último –, podemos nos deparar com questões extremamente complexas. O caso paradigmático do reenvio, aliás, é um excelente exemplo disso. Quando, pela primeira vez, num caso concreto, o direito francês manda aplicar o direito da Baviera mas este último *devolve* o caso às leis francesas, os envolvidos ficam diante de uma situação extremamente complexa, mesmo que a solução não passe pela retórica dos princípios.

Mesmo aquelas que talvez sejam as metarregras mais tradicionais – tais como *lex posterior derogat priori*, ou *lex superior derogat inferiori* – podem, no caso concreto, propiciar o estímulo ou o filtro do dissenso. Não acontece isso em algumas situações em que os critérios conflitam, vide hierarquia versus especialidade? De fato, sempre que surge o argumento de uma *antinomia*, é possível haver todo um debate em torno dela: É real? É possível uma interpretação conciliadora? etc. De fato, a criação de certos malabarismos interpretativos e argumentativos, tais como a *interpretação conforme*, a *inconstitucionalidade sem redução do texto* e as *leis ainda constitucionais* parecem ser um atestado da complexidade que tais casos podem tomar.

Interessante observar ainda que mesmo uma (meta)regra tético-constitutiva que seja condição suficiente pode funcionar absorvendo e estimulando o dissenso. Imaginemos, por exemplo, uma lei que revogue tacitamente parte (derrogação) de outra lei, desde que haja dúvidas sobre se a revogação efetivamente aconteceu (*e.g.* o debate sobre a implementação do processo eletrônico ter ou não revogado a regra que previa o prazo em dobro para litisconsortes com procuradores diferentes), ou quais dispositivos foram efetivamente revogados. O mesmo pode ser dito sobre a *regra de reconhecimento hartiana* e seu potencial de estimular ou absorver o dissenso. Todas essas questões, no fim das contas, ao apresentar problemas prévios antes da produção da regra que vai resolver o caso ou que vai determinar a norma que deverá ser aplicada, podem ser problematizadas no âmbito da observação de segunda

ordem, na medida em que põem em foco as distinções que são empregadas por outro observador. São situações nas quais se (re)discute sobre as normas a serem aplicadas, e sobre as próprias normas. Nada obsta, portanto, que essas normas possam funcionar *absorvendo e estimulando o dissenso*.

Diante disso tudo, surge inevitavelmente a questão: o modelo de Marcelo Neves é mesmo *alternativo* ou já estava contemplado em modelos anteriores?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas linhas anteriores vimos como o sentido dos princípios mudou ao longo do tempo. Vimos a ideia inicial de princípios enquanto *pontos de partida* e, nesse sentido, já homólogos às razões mediatas, já que eram a *base* das normas que resolviam o caso concreto. Vimos também como o sentido de princípio muda com o advento do neoconstitucionalismo, fortemente inspirado pelas ideias de Dworkin e Alexy, adotando a norma como gênero e regra e princípio como espécies; e mencionamos *en passant* como esse contexto teórico casou com um contexto prático de *abuso de princípios*, que passam a ser empregados inclusive para afastar a aplicação de regras.

Marcelo Neves insurge contra esse abuso e as teorias vigentes para propor o que ele chama de modelo alternativo de princípio. Para isso, ele aborda, dentre outros autores, Dworkin e Alexy, apoiando-se nas ideias deste último, de princípio como razão *prima facie*, para propor sua ideia de princípio como razão mediata e filtro de expectativas. Neves tenta diferenciar seu modelo do alexyano e das metarregras; no que concerne a Alexy, vimos que Neves pretende afastar o que ele chama de dubiedade, pois para ele, Neves, os princípios não podem ser razões imediatas; e, no que tange às metarregras, ele entende que estas podem se tornar razões definitivas de uma decisão, seriam, portanto, *regras* e não *princípios*.

Quando comparamos o modelo de Marcelo Neves com as várias ideias de metarregras, entretanto, vimos que ele pode não ser tão *alternativo* assim, já que a ideia de metanorma pode atuar de forma análoga aos princípios de Neves, tanto no que concerne à observação de segunda ordem (como vimos em relação a Apel), quanto em relação ao próprio potencial das metarregras para funcionar estimulando e absorvendo o dissenso, ou como filtro de expectativas.

Isso não significa, evidentemente, que o modelo de princípio de Neves não tenha a sua originalidade, ou que não venha a ganhar a adesão dos juristas e eventualmente possa se tornar o modelo dominante, mas, assim como as palavras – dissemos nas considerações iniciais – podem conservar uma certa memória e as ideias podem receber diferentes rótulos, o modelo de Neves parece guardar algo das noções iniciais de princípio, enquanto *base*, do modelo alexyano e, enfim, da própria ideia de metanorma.

NOTA DE AGRADECIMENTO

Agradecemos aos pareceristas anônimos, que não apenas apresentaram correções necessárias, mas fizeram sugestões e indicações bibliográficas valiosas, as quais foram incorporadas na medida do possível, considerando o tempo e o limite de páginas disponível; aos colegas, docentes e discentes, com quem debatemos, nos últimos anos, diversas questões abordadas no presente trabalho; e, last but not least, aos editores, pela solicitude e sugestões ao trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: PIMENTEL JR., Paulo Gomes (Coord.). *Direito constitucional em evolução: perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005.

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, n. 13, p. 294-304, 2000.

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

APEL, Karl-Otto. *Estudios éticos*. México D.F.: Fontamara, 1999.

_____. *La transformación de la filosofía*. Tomo I: análisis del lenguaje, semiótica y hermenéutica. Madrid: Taurus, 1985.

_____. *La transformación de la filosofía*. Tomo II: el a priori de la comunidad de comunicación. Madrid: Taurus, 1985.

AXELROD, Robert. An evolutionary approach to norms. *The American Political Science Review*, v. 80, n. 4, p. 1095-111, 1986. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1960858>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 1, n. 7, p. 17-30, jan.-jun. 2006. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-07/revista07-vol1.pdf>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

_____. Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo de la moral. *Jurídica – Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 31, p. 325-34, 2001. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr20.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

CARDOSO, Ciro Flamarion. *Narrativa, sentido, história*. Campinas: Papirus, 1997.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CHAROLLES, Michel. Introduction aux problèmes de la cohérence des textes. *Langue française*, v. 38, n. 38, p. 7-41, 1978. Disponível em: <http://www.persee.fr/doc/lfr_0023-8368_1978_num_38_1_6117>. Acesso em: 3 jan. 2012.

COLZANI, Edoardo. Costitutività di regole. *Toga Lecchese*, Quadrimestrale edito dall'Ordine Avvocati di Lecco, ano XXI, n. 2, p. 6, 2011. Disponível em: <http://www.ordineavvocati.lecco.it/image/pdf/TOGA-2_2011.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2014.

D'AMORE, Bruno; FONT, Vicenç; GODINO, Juan D. La dimensión metadidáctica en los procesos de enseñanza y aprendizaje de la matemática. *Paradigma*, v. 28, n. 2, p. 49-77, 2007.

DUTRA, Delamar Volpato. *Manual de filosofia do direito*. Caxias do Sul: Educus, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Loyola, 2011.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. A textura aberta da linguagem é um obstáculo à classificação das normas em regras e princípios?. In: COLARES, Virginia (Org.). *Direito, linguagem e sociedade*. Recife: Appodi, 2011a. p. 379-399.

_____. Entre princípios e regras: uma crítica ao modelo normativo de Marcelo Neves. Congresso Internacional de Direito Constitucional – Os 25 anos da Constituição Brasileira (homenagem aos 80 anos do Professor Nelson Saldanha), Recife, 2013.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. Entre princípios e regras: uma crítica ao modelo normativo de Marcelo Neves. In: SANTOS, Gustavo Ferreira; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; FELICIANO, Ivna Cavalcanti. (Orgs.). *Direito em dinâmica: 25 anos da constituição de 1988*. Recife: Instituto Frei Caneca, 2014. Disponível em: <<https://books.google.ae/books?id=xOy3BQAAQBAJ&dq=&hl=pt-BR>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. Os princípios gerais da Administração Pública e o neoconstitucionalismo: Até onde a adesão à doutrina alienígena é válida? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, v. 910, p. 21-44, ago. 2011b.

GORDILLO, Agustín. *Une introduction au droit*. London: Esperia, 2003

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*. Milano: Giuffrè, 2010.

HALLIDAY, Michael Alexander Kirkwood; HASAN, Ruqaiya. *Cohesion in English*. London: Longman, 1976.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

_____. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, v. 49, p. 171-194, 1949.

_____. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HOSPERS, John. *An introduction to philosophical analysis*. London: Routledge, 1997.

LIVET, Pierre. Argumentation et révision dans l'espace juridique. In: _____ (Org.). *L'Argumentation: Droit, philosophie et sciences sociales*. Sainte-Foy; Québec City: Presses de l'Université Laval, 2000.

LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. México: Herder, 2005.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. *La Socioedad de la sociedad*. México: Herder, 2006.

MAIA, Antonio Carlos de Souza Cavalcanti. Textura aberta da linguagem e interpretação jurídica: considerações acerca da tese da autoctonia do discurso jusfilosófico. In: STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Prefácio.

MARTENS, Paul. Les principes généraux du droit. In: GILSON, Steve (Org.). *Au-delà de la Loi?: Actualités*

et évolutions des principes généraux du droit. Louvain-la-Neuve: Anthemis, 2006. p. 11-20.

MAZZARESE, Tecla. *Logica deontica e linguaggio giuridico*. Padova: Cedam, 1989.

McGINNIS, Casey Neil. *Paraconsistency and Deontic Logic: Formal Systems for Reasoning with*. 2007. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/cnmcginnis/PDL-17Dec2007.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2014.

NEVES, Marcelo. A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. *Plural*, São Paulo, v. 11, p. 121-133, 2004. Entrevista concedida a Rômulo Figueira Neves. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/ds/plural/edicoes/11/entrevista_2_Plural_11.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2010.

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

_____. Interpretação e Estado de Direito. III Congresso Nacional de Estudos Tributários, 2006.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (UFPE)*, v. 10, p. 203-16, 2000.

SÁNCHEZ, Santiago Carretero. *Nueva introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Dykinson, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, 2003.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. 2005. 191 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2005.

SEARLE, John R. *Speech Acts: An essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

SOLANO, Gustavo González. *Lógica jurídica*. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2003.

THOMSON, Judith Jarvis. *The realm of rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

WAISMANN, Friedrich. Verifiability. In: FLEW, Antony (Org.). *Logic and Language: first series*. Oxford: Basil Blackwell, 1963. p. 117-144.

Francisco Pablo Feitosa Gonçalves

PROFESSOR DA FACULDADE LEÃO SAMPAIO (FLS).
DOUTORANDO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE
PERNAMBUCO (UFPE).

feitosagoncalves@gmail.com