



# TEORIAS DE JUSTIÇA NA CONTEMPO- RANEIDADE

Luis Carlos Balbino Gambogi  
Antônio Carlos Diniz Murta  
Vladimir Oliveira da Silveira  
[Orgs.]

coleção INSTITUIÇÕES SOCIAIS,  
DIREITO E DEMOCRACIA  
Maria Tereza Dias [coord.]

v. 7

 editora  
**D'PLÁCIDO**



TEORIAS DE  
JUSTIÇA NA  
CONTEMPO-  
RANEIDADE





UNIVERSIDADE  
**FUMEC**



editora  
**D'PLÁCIDO**

# TEORIAS DE JUSTIÇA NA CONTEMPO- RANEIDADE

Luis Carlos Balbino Gambogi  
Antônio Carlos Diniz Murta  
Vladimir Oliveira da Silveira  
[Orgs.]

coleção INSTITUIÇÕES SOCIAIS,  
DIREITO E DEMOCRACIA

Maria Tereza Fonseca Dias [coord.]

v. 7

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2016, Os autores.

**Editor Chefe**

*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**

*Tales Leon de Marco*

**Capa**

*Tales Leon de Marco*

*(Sob imagem de Paul Cézanne [Kartenspieler  
(The Card Players), 1892-1893 - Detalhe]  
licenciado pelo Wikicommons)*

**Diagramação**

*Letícia Robini de Souza*

**COLEÇÃO INSTITUIÇÕES SOCIAIS,  
DIREITO E DEMOCRACIA**

*COORDENAÇÃO*

*Maria Tereza Fonseca Dias*

**Revisão e Colaboração**

*NÚCLEO DE PESQUISA DO Mestrado em Direito da FUMEC*

*Ms. Gustavo Matos de Figueirôa Fernandes (Coordenador)*

*Ms. Renato Horta Rezende (Membro)*

*Tamer Fakhoury Filho (Membro)*

*Laura Campolina Monti (Membro)*

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



**Editora D'Plácido**

Av. Brasil, 1843 , Savassi

Belo Horizonte - MG

Tel.: 3261 2801

CEP 30140-007



**UNIVERSIDADE  
FUMEC**



Catálogo na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica

TEORIAS DE JUSTIÇA NA CONTEMPORANEIDADE. Luis Carlos Balbino Gambogi; Antônio Carlos Diniz Murta; Vladimir Oliveira da Silveira [Orgs.]. Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia -- vol. 7 -- Coord.: Maria Tereza Fonseca Dias -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

**Bibliografia**

ISBN: 978-85-8425-481-1

1. Direito . 2. Coleção. Título. II. Direito

CDU343

CDD340

# SUMÁRIO

*Apresentação* 7

---

*Capítulo 1* 11

---

A DIMENSÃO ESTRUTURAL DAS  
NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL:  
OS CRITÉRIOS TRADICIONAIS PARA  
A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS  
E A BUSCA PELA MAIOR RACIONALIDADE  
NAS DECISÕES JUDICIAIS

Cristian Kiefer da Silva

*Capítulo 2* 37

---

A IMPORTÂNCIA DA PRÉ-COMPREENSÃO  
E DA COMPREENSÃO PARA A  
ADEQUADA INTERPRETAÇÃO E  
APLICAÇÃO DO DIREITO: UMA  
ANÁLISE A PARTIR DA HERMENÊUTICA  
FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER

Daniela Rezende de Oliveira

*Capítulo 3*

61

---

A QUESTÃO DA OBJETIVIDADE MORAL  
NO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN  
(E POR QUE ISSO IMPORTA AO DIREITO)

Henrique Cruz Noya  
Vitor Amaral Medrado

*Capítulo 4*

89

---

AS TEORIAS DE ROBERT ALEXY NA  
JURISPRUDÊNCIA DO STF NOS CASOS  
DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Maria Tereza Fonseca Dias

*Capítulo 5*

139

---

COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS E  
PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE:  
O JUIZ HÉRCULES CONFUSO DIANTE  
DE UMA NATUREZA AMEAÇADA

Igor Suzano Machado

*Capítulo 6*

175

---

DIREITO E UTOPIA: INTEPRETAÇÃO  
E JURISDIÇÃO

Luís Carlos Gambogi

## APRESENTAÇÃO

A presente coletânea integra uma coleção de 10 (dez) obras publicadas pela Editora D'Plácido com o apoio da Funadesp (Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular) e da Fundação Mineira de Educação e Cultura.

O trabalho é fruto do esforço do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Fumec (PPGD – Mestrado em Direito) em consolidar redes de pesquisa entre os demais PPGDs brasileiros que atuam nas áreas das “Instituições Sociais, Direito e Democracia”, alicerce das linhas de pesquisas em desenvolvimento: “Autonomia privada, regulação e estratégia” e “Esfera pública, legitimidade e controle”. O escopo dessa área de atuação e linhas de pesquisa é tratar das interseções entre os setores público e privado.

Os trabalhos foram selecionados pelos docentes coordenadores (da Universidade Fumec e de 9 PPGD's parceiros, de distintas IES) com o apoio do Núcleo de Pesquisa do Mestrado em Direito da Universidade Fumec, a partir da divulgação de edital de convocação publicado, em abril de 2016, em diversos meios de divulgação, entre os quais o site do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. Durante o segundo semestre de

2016, os trabalhos selecionados foram devolvidos aos autores para ajustes, complementações e adaptações editoriais.

Participaram da chamada de trabalhos, PPGD's de todas as regiões brasileiras, tendo sido selecionados 56 textos para compor as coletâneas, segundo o campo temático respectivo, de IES de 13 estados da federação brasileira (MG, RN, SP, PR, RS, RJ, MS, DE, PA, AM, MA, PE e PB).

Assim, o presente livro constitui-se em um importante ponto de debate para discussão referente aos seguintes temas:

- Comunidade de princípios e princípio responsabilidade: o juiz hércules confuso diante de uma natureza ameaçada. ( Universidade Estadual do Rio de Janeiro)
- A questão da objetividade moral no pensamento de Ronald Dworkin. ( PUC-MG)
- A dimensão estrutural das normas de direito fundamental: os critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios e a busca pela maior racionalidade nas decisões judiciais. ( PUC-MG)
- A importância da pré-compreensão e da compreensão para a adequada interpretação e aplicação do direito: uma análise a partir da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. ( Faculdade de Ecologia Humana – FASEH)
- As Teorias de Robert Alexy na Jurisprudência Do STF nos casos de Direito Administrativo. (FUMEC)

A abrangência e a profundidade do tratamento dado às diferentes dimensões que envolvem direta e indiretamente a linha de pesquisa Esfera Pública, Legitimidade e Controle

farão desta obra uma referência obrigatória para a comunidade acadêmica do Direito de modo a contribuir para a construção de um Brasil mais justo e soberano.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2016

*Luis Carlos Balbino Gambogi*

Universidade FUMEC

*Antônio Carlos Diniz Murta*

Universidade FUMEC

*Vladimir Oliveira da Silveira*

Universidade Nove de Julho



# A DIMENSÃO ESTRUTURAL DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL:

Os critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios e a busca pela maior racionalidade nas decisões judiciais

1

*Cristian Kiefer da Silva*<sup>1</sup>

## 1.1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar uma investigação profunda a respeito da estrutura das normas de direitos

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pelo CEAJUFE. Bacharel em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Pesquisador em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Titular do Centro Universitário NEWTON. Professor Adjunto do Centro Universitário UNA. Professor Titular da FAMINAS-BH. Professor de Pós-Graduação em Direito da Estácio de Sá e do Instituto Universitário Brasileiro. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro da Associação Brasileira de Sociologia do Direito e Filosofia do Direito (ABRAFI). Integrante dos Grupos de Pesquisas: Direito, Constituição e Processo - Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior - e Direito, Sociedade e Modernidade - Professora Doutora Rita de Cássia Fazzi.

fundamentais. Para tanto, tem como enfoque analisar a colisão entre princípios proposta por Robert Alexy, que busca uma maior racionalização das decisões em casos de colisão entre direitos fundamentais. A relevância da temática se debruça na busca pela clareza conceitual das normas de direito fundamental, pois através desta tem-se elementos para se chegar à solução de conflitos de modo mais racional possível.

De acordo com Robert Alexy (2008), a teoria dos direitos fundamentais é uma aproximação do ideal teórico de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais. Para este autor, existem primariamente duas teorias dos direitos fundamentais, uma unipolar e outra combinada. Nesta medida, Robert Alexy explica que a insuficiência de ambas as teorias demonstra que uma teoria dos direitos fundamentais não pode manter-se na superficialidade de ideias básicas e que elaborar um modelo que supere as deficiências de ambas é tarefa de uma teoria integrativa.

Nessa perspectiva, busca-se uma teoria estrutural dos direitos fundamentais, pois “se não há clareza acerca da estrutura dos direitos fundamentais e de suas normas, não é possível haver clareza na fundamentação nesse âmbito” (ALEXY, 2008, p. 45). Contudo, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, ao buscar a estruturação das normas de direitos fundamentais, possui um caráter normativo-analítico, pois tem como ideia guia a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais.

Na atual concepção de Estado democrático de direito no qual os cidadãos são, simultaneamente, autores e destinatários da norma, limitar a atuação discricionária do magistrado, em especial nos casos de conflito de normas de direito fundamental, se faz relevante em busca dos

verdadeiros interesses da sociedade. Não obstante, a busca pela clareza conceitual da estrutura das normas permite uma melhor avaliação dos métodos a serem utilizados nos casos entre conflitos de normas de direitos fundamentais.

## 1.2. UMA INVESTIGAÇÃO A RESPEITO A ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

De fato, verifica-se que o conceito de norma de direito fundamental é mais amplo do que o conceito de direito fundamental em si, isso porque a alguns direitos tidos como fundamentais são atribuídas normas às quais não corresponde diretamente nenhum direito subjetivo. Portanto, segundo Robert Alexy (2008), direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais seriam sempre dois lados da mesma moeda, muito embora tal distinção seja necessária. Preliminarmente, cumpre ressaltar que norma não é sinônimo de enunciado normativo, posto que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos. Nesse sentido, compreende-se que a norma é o significado do enunciado normativo.

Por assim dizer, as concepções doutrinárias mais conhecidas estabelecem que regras e princípios são duas espécies de norma independentes entre si, com característica e modos de solução de conflito diversos. Ao analisar a estrutura das normas de direitos fundamentais, Robert Alexy (2008) considera a distinção entre regras e princípios a mais importante, pois é através dela que se institui um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Através dessa distinção, Robert Alexy busca critérios para a solução de conflitos entre normas de direitos fundamentais

e o respectivo controle acerca da fundamentação racional do magistrado. De acordo com Alexy, tanto regras quanto princípios são normas, pois ambos podem ser formulados por expressões deônticas básicas de dever. Desse modo, direitos fundamentais podem ser assegurados sob a forma de princípios ou regras. Vários são os critérios de distinção entre regras e princípios, a saber:

Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. [...] Outros critérios discutidos são “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” –, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípio e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento. (ALEXY, 2008, p. 88-89).

Como visto, Robert Alexy sustenta a tese de que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. Princípios são, conforme este entendimento, mandamentos de otimização. Por outro lado, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Nesse contexto, as normas de direitos

fundamentais prescritas sob a estrutura de princípios podem ser satisfeitas em graus variados, levando-se em conta as possibilidades fáticas e a colisão entre normas – possibilidade jurídica.

Nesse enfoque, as regras, por sua vez, são normas que sempre são satisfeitas ou não, impossibilitando uma satisfação em grau variado. E mais, as regras sofrem conflitos, pois a validade de uma implica na invalidade da outra, a não ser que seja adotada uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Como o conceito de validade jurídica, de acordo com Robert Alexy, não é graduável, ou uma regra é válida ou não é. Portanto, segundo o autor, regras independem da análise do caso concreto para sua aplicação em um determinado conflito, pois tal problema é solucionado mediante critérios de validade. Os princípios, no entanto, não sofrem conflito, mas colisões. No caso concreto um princípio tem precedência em face do outro sob determinadas condições, sem que um seja declarado inválido.

É inegável afirmar que, “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2008, p. 94). O que Robert Alexy procura demonstrar é que cada princípio é válido e aplicável num plano abstrato, no entanto, no caso concreto, ao ocorrer colisão entre princípios, um deles prevalece mediante aspectos que o tornam mais aplicável, pois causará menos danos às partes. Alguns doutrinadores sustentam um modelo puro de regras com o intuito de propiciar maior segurança jurídica e respeito ao conteúdo prescritivo das normas, em especial, àquelas relativas a direitos fundamentais. Para André Rufino do Vale:

As objeções ao modelo de regras são óbvias, pois, apesar de sua vantagem em proporcionar maior previsibilidade quanto ao conteúdo normativo vinculante dos direitos fundamentais, ele se mostra incapaz de compreender certas funções que as normas de direitos fundamentais desempenham na sistematização do ordenamento e no raciocínio jurídico. Esse modelo insiste na aplicação técnica e silogística das normas de direitos fundamentais, utilizando-se para tanto dos vetustos métodos da hermenêutica jurídica, desconhecendo que, na maioria dos casos, a ponderação é inevitável. (VALE, 2006, p. 143).

Em posição diametralmente oposta, outros doutrinadores buscam estabelecer um modelo puro de princípios, devido à forte carga axiológica que as normas de direitos fundamentais asseguram, demonstrada pela constante presença de generalidade e abstração de tais normas. No entanto, como aponta André Rufino do Vale (2006), as teorias que identificam nessas normas uma estrutura de princípios acabam negando a existência de normas de direitos fundamentais que estabelecem determinações precisas e que, não se submetem a ponderações. Nesse contexto, o modelo misto de Robert Alexy – e também de outros doutrinadores – admite a existência de normas de direito fundamental sob a estrutura, ora de regras, ora de princípios. Com efeito, André Rufino do Vale tece considerações acerca de tal modelo:

O modelo regras/princípios de Alexy é vantajoso, em comparação com o modelo puro de regras e com o modelo puro de princípios, na medida em que compreende melhor a complexidade

estrutural das normas de direitos fundamentais, estabelecendo, dessa forma, um modelo conciliador que abarca tanto regras como princípios. (VALE, 2006, p. 144).

Autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin realizam a denominada distinção forte entre regras e princípios. Na realidade, ou uma norma é classificada como princípio ou como regra, e não haveria possibilidade de atuação diversa da mesma norma em decorrência do contexto interpretativo. Nessa perspectiva, admite-se a normatividade dos princípios de forma difundida. Contudo, tal não era a compreensão no passado ou, como se verá a seguir, tal não era a nomenclatura utilizada em determinado momento histórico, muito embora a concepção de uma norma mais ampla (critério da generalidade) já fosse admitida.

Com claras razões, foi através do trabalho de Ronald Dworkin em “Levando os Direitos a Sério” que se elaborou um estudo mais aprofundado quanto à estrutura das normas, difundindo assim, a distinção entre regras e princípios e sua existência como espécies normativas. Diante de tais constatações, Ronald Dworkin engendra a sua tese a partir de uma crítica a Hart, que em sua obra “O Conceito de Direito” asseverou que o direito consiste em um conjunto de regras primárias e secundárias. Cumpre destacar, de acordo com Alexandre Travessoni Gomes (2011), que o problema aqui vertido é muito mais terminológico do que conceitual.

De mais a mais, a tese de Ronald Dworkin pode ser dividida em duas: a primeira propugna que o direito é um conjunto de regras e princípios e que o sistema proposto pelos positivistas é composto apenas por regras. A segunda defende que os positivistas pregavam o poder discricionário

do magistrado porque o direito seria um conjunto apenas de regras. Por outro lado, Alexandre Travessoni Gomes (2011) explica que a segunda tese é parcialmente correta em virtude da falsidade da primeira. Por sua vez, os positivistas preconizavam que o magistrado possuía discricionariedade justamente porque constataram que o direito compõe-se de normas gerais. Ao contrário do que parece afirmar Ronald Dworkin, não é em decorrência do direito ser um sistema composto unicamente de regras que leva ao problema da discricionariedade do magistrado. O problema apresentado é em decorrência de regras mais gerais, o que Ronald Dworkin não enxerga como a denominação dos princípios sob o critério da generalidade.

Em verdade, os positivistas já constatavam a existência de normas mais gerais e normas menos gerais, entretanto, não produziram a diferenciação terminológica entre regras e princípios. Diante de tais constatações, segundo Alexandre Travessoni Gomes (2011), o equívoco de Ronald Dworkin reside em não perceber que as regras de textura aberta - terminologia empregada por Hart - são equivalentes ao conceito de princípio. Nessa ótica, o erro reside no fato de Ronald Dworkin defender que os positivistas pregavam o poder discricionário em virtude da ausência de princípios. Pelo contrário, as regras não dão poder discricionário ao magistrado, isto é, se o direito fosse um conjunto de regras - no sentido de Ronald Dworkin - os positivistas não poderiam defender que o direito confere discricionariedade ao magistrado devido ao fato de que determinada regra específica não confere discricionariedade ao magistrado.

Ora, Ronald Dworkin prendeu-se exacerbadamente ao termo princípio e esquivou-se do termo regras de textura aberta - proposto por Hart - que reflete a concepção de princípios sob um enfoque de generalidade.

Ronald Dworkin oferece outro critério para diferenciar princípios de regras. Trata-se do critério da colisão. Para este autor, princípios são regras que, quando entram em colisão comportam-se de forma diferente do modo que ocorre quando as regras colidem entre si. Supondo que o critério utilizado por Ronald Dworkin seja diferente do critério da generalidade da norma, a argumentação aqui vertida é insegura. Por outro lado, se o critério laborado por Ronald Dworkin não for diferente do critério clássico utilizado pelo positivismo, então este autor não descobriu um novo critério, mas conferiu nova roupagem a um critério já existente. Neste sentido, impõe-se verificar as duas hipóteses aqui delineadas.

Pois bem, constata-se na obra de Ronald Dworkin que os princípios se comportam de forma diferente, isto é, são normas *prima facie*, ou simplesmente, obrigam na medida do possível. Tratam-se de normas que não obrigam segundo o critério do tudo ou nada. Robert Alexy beneficia-se desse critério de Ronald Dworkin defendendo que havendo a colisão entre dois princípios resolve-se a colisão mantendo a validade de ambos os princípios, porém a aplicabilidade de um dos princípios não pressupõe a invalidade do outro. De modo diverso, ocorre na hipótese de colisão entre regras que se resolve no critério do tudo ou nada ou, no caso de colisão parcial, onde pode solucionar a colisão com uma cláusula de exceção.

É preciso reconhecer que devido ao grau elevado de generalidade dos princípios, não há como prever suas hipóteses de colisão, isto é, há infinitas possibilidades dos princípios se colidirem. Motivo pelo qual, não pode aplicar a cláusula de exceção na colisão entre princípios. Vale ressaltar, não há, pois, como prever a possibilidade de choque entre princípios para então instituir uma cláusula de

exceção. Sob outro prisma, não se pode aplicar o critério do tudo ou nada aos princípios colidentes. Conforme assevera Alexandre Travessoni Gomes (2011), para que tal hipótese seja viável, seria necessário dois princípios plenamente opostos, como por exemplo: é livre a manifestação de pensamento e, é vedada a manifestação de pensamento. Tal exemplo aqui sinalizado é impossível, posto que em determinado ordenamento jurídico não se admite a existência de princípio e anti-princípio.

Verifica-se, portanto, que o critério proposto por Ronald Dworkin, e aproveitado por Robert Alexy, não é muito diferente do critério utilizado pelos positivistas. Como visto anteriormente, o critério de generalidade da norma, como demonstra Alexandre Travessoni Gomes (2011), característica notadamente perceptível na obra de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Hart, não é uma descoberta dos positivistas, mas dos jusnaturalistas. Afinal, desde a antiga Grécia, posteriormente no período medieval, os filósofos já possuíam a noção de uma norma geral, uma lei máxima ou simplesmente na terminologia empregada por Santo Agostinho uma *lex aeterna* (lei eterna).

Nesse sentido, estas normas representam tão somente princípios ou regras gerais que posteriormente foram esposadas de alguma forma pelo positivismo jurídico. Ocorre que, as normas gerais foram positivadas pela teoria positivista. Contudo, pode-se sustentar que houve um rompimento, isto é, os positivistas adotaram princípios oriundos do direito natural, porém incumbiu a esta vertente jusfilosófica tratar com maior ênfase da norma específica - no sentido de norma positiva - enquanto a Escola jusnaturalista seguiu por tratar da norma geral - no sentido de princípios ou normas não codificadas.

É o caso, por exemplo, de Hart ao tratar das normas de textura aberta e as normas que não possuem textura

aberta, isto é, são normas cujo grau de amplitude permite diversas interpretações. Sem dúvida, é o caso do clássico exemplo de Hart (1998, p. 155) onde um pai, antes de entrar na igreja fala ao seu filho: “todos os homens devem retirar o chapéu antes de entrar na igreja”. Nota-se no exemplo em comento o critério de generalidade da norma. Esta não determina se o chapéu deve ser retirado com a mão esquerda ou direita, nem tão pouco determina se o mesmo deve ser retirado por sinal de respeito e novamente recolocado na cabeça ou, se deve ser retirado e a pessoa deverá permanecer com o mesmo em suas mãos. Caberá aqui, ao destinatário ou o intérprete da norma decidir o critério a ser adotado.

Desta forma, verifica-se que o grande feito de Ronald Dworkin reside numa nova teoria da interpretação, ou seja, este autor propiciou ao positivismo um método de solução para os denominados casos difíceis. Nessa acepção, até então, os princípios residiam em um verdadeiro problema para os positivistas em virtude do grau de generalidade que eles continham. Para Alexandre Travessoni Gomes (2011), Ronald Dworkin se aproveita da generalidade da linguagem e transforma o problema em solução, ou seja, o mérito da teoria da interpretação de Ronald Dworkin, apesar de não ser a mais adequada, reside em propiciar estudos posteriores acerca das teorias que versam sobre a colisão de princípios, como a de Robert Alexy.

### 1.2.1. O conflito de regras e a colisão entre princípios sob a perspectiva de Robert Alexy

Segundo Robert Alexy (2008), um conflito entre regras apenas pode ser solucionado mediante a introdução de

uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Ao contrário do que sustenta Dworkin, Alexy admite que “as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis” (ALEXY, 2008, p. 104). Observa-se, porém, que a introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Sob esse aspecto, as regras nem sempre possuem um caráter definitivo, posto que as razões para as cláusulas de exceção são incontáveis e também podem advir de princípios, que possuem caráter *prima facie*. No entanto, Robert Alexy defende que o caráter *prima facie* que as regras adquirem em razão da perda do caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios, pois:

Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. (ALEXY, 2008, p. 105).

Desse modo, um conflito entre regras pode ser solucionado mediante a inserção de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de uma das regras. A colisão entre princípios, por sua vez, necessariamente depende da análise do caso concreto, pois um dos princípios deverá ceder conforme as condições específicas do caso. Por outro lado, a colisão deve ser resolvida por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, posto que princípios antagônicos não precedem uns aos outros no plano abstrato. Todavia, segundo Robert Alexy (2008), a solução para o

embate entre princípios consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre eles, com base nas circunstâncias do caso concreto. A esse respeito, expõe Robert Alexy (2008) de forma matemática a lei de colisão, na qual há quatro possibilidades de decisão:

1.  $P_1 \mathbf{P} P_2$ .
2.  $P_2 \mathbf{P} P_1$ .
3.  $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$ .
4.  $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$ .

Em tal contexto,  $P_1$  e  $P_2$  representam os princípios colidentes, ao passo que o símbolo  $\mathbf{P}$  é utilizado para demonstrar a relação de precedência de um em face do outro. Verifica-se, pois, que (1) e (2) são relações incondicionadas de precedência. Nos casos concretos, essa precedência não é, segundo Robert Alexy, usualmente admitida, pois nenhum princípio goza, em si mesmo, de precedência sobre outro. Desse modo, as condições do caso concreto sob as quais um princípio tem precedência em face do outro, são representadas pelo símbolo C. Nesse caso, C é o pressuposto do suporte fático de uma regra. Qual seja: “Se uma ação tal preenche C, então tal ação é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais”. Cumpre destacar que C desempenha um duplo papel na medida em que é a condição de preferência, bem como a regra que daí pode-se extrair. É o que ensina Robert Alexy:

As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência

jurídica do princípio que tem precedência.  
(ALEXY, 2008, p. 99).

Como se vê, essa lei de colisão é um dos fundamentos da teoria dos princípios defendida por Robert Alexy, pois, segundo o autor, ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização. Vale observar o seguinte: a inexistência de relação absoluta de precedência, bem como a referência a ações e situações não quantificáveis.

### 1.3. CRÍTICAS À TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Longe de esgotar qualquer pretensão a respeito da temática, muito embora seja bastante difundida e utilizada pelos tribunais, inclusive o Superior Tribunal pátrio, a teoria de Robert Alexy não é imune a críticas. Seja acerca de sua forte distinção entre regras e princípios, como também no que se refere ao sopesamento como um método de resolução de conflitos que envolvam direitos fundamentais. Pode-se dizer que a crítica mais notória à teoria de Robert Alexy se refere à possível perda da racionalidade nas decisões, uma possível subjetividade que aumentaria o poder discricionário do magistrado.

#### 1.3.1. A crítica de Jürgen Habermas

A teoria do discurso racional proposta por Robert Alexy consiste em um aprimoramento da Teoria do Discurso Prático engendrada por Jürgen Habermas. Esta, por seu turno, remete ao criticismo racionalista proposto por Immanuel Kant. Habermas toma como base para a sua teoria a obra kantiana intitulada “Crítica da Razão Prática e Teoria do Direito”. Segundo Jürgen Habermas (1989,

p. 04), o principal aspecto do direito é o fato de cada indivíduo poder fazer uso, em momentos diferenciados, da razão prática.

A teoria discursiva de Jürgen Habermas teve início na década de 1970 em um projeto de pesquisa intitulado “Pragmática Universal”, desenvolvido juntamente com Karl-Otto Apel. Os filósofos buscavam demonstrar que o critério de justificação encontrar-se-ia nos pressupostos comunicativos capazes de encetar a busca pelo acordo. No momento em que os indivíduos, enquanto seres racionais resolvem iniciar uma discussão, assumindo cada um uma posição de ouvinte e falante, há um comprometimento ético-procedimental recíproco que constitui elemento fundamental de toda ação comunicativa. É o que se aprende do artigo originalmente intitulado *Zum pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft*, em bom vernáculo, para o uso pragmático, ético e moral da razão prática, a saber:

[...] a razão prática volta-se para o arbítrio do sujeito que age segundo a racionalidade de fins, para a força de decisão do sujeito que se realiza autenticamente ou para a vontade livre do sujeito capaz de juízos morais, conforme seja usada sob os aspectos do adequado a fins, do bom ou do justo. [...] Para o empirismo, a razão prática resume-se a seu uso pragmático; com as palavras de Kant, ela reduz-se à utilização da atividade do entendimento segundo a racionalidade de fins. [...] Discursos pragmáticos, nos quais fundamentamos recomendações técnicas e estratégicas, têm uma certa afinidade com discursos empíricos. Eles servem para referir saber empírico às fixações de fim e às preferências hipotéticas, e

valorar as consequências de decisões (informadas de modo incompleto) segundo máximas postas como fundamento. Recomendações técnicas ou estratégicas tiram sua validade do saber empírico no qual se apoiam. Sua validade é independente de se um receptor decide adotar as indicações para a ação. Discursos pragmáticos referem-se a contextos possíveis de aplicação. Eles estão em contato com a formação fática de vontade dos agentes apenas mediante suas fixações de fim e de suas preferências subjetivas. (HABERMAS, 1989, p. 09-10).

Como corolário, é preciso sublinhar que Jürgen Habermas aprimora a sua teoria ao publicar “Direito e Democracia: entre a facticidade e validade”. Nesta obra, ele tenta diferenciar princípio da moral e princípio do direito, o que distancia a sua linha de pensamento da tese apeliada. Em linhas gerais, a teoria capitaneada por Jürgen Habermas busca pressupostos contra-fáticos a partir de condições ideais de fala, situação ideal pressuposta nas sociedades democráticas em que cada indivíduo teria o direito de se manifestar sobre qualquer tema. Com efeito, a liberdade e a igualdade seria o elemento de amparo destes, uma vez que eles possuiriam o direito de intervir nas discussões da esfera pública.

Em outros termos, a validade do direito positivo segundo Jürgen Habermas (1997, p. 50) seria, pois, determinada sob o prisma tautológico, isto é, somente vale como direito aquilo que obtém força de direito por meios juridicamente válidos, muito embora, o próprio direito apresente a possibilidade de derrogação. Inclusive, esta validade dar-se-ia através do grau de aceitabilidade da norma jurídica por parte da sociedade, ou seja, tratar-se-ia de uma

validade fática estribada na autonomia e na equidade entre os cidadãos.

Note-se, porém, que a validade do direito na visão habermasiana tem como ponto basilar os princípios norteadores da democracia. Princípios estes que, possibilitam os cidadãos pleitearem direitos e exercerem suas obrigações. Este é sem dúvida o elemento que legitima as normas jurídicas, isto é, em uma sistemática jurídica, as normas não devem limitar-se somente a garantir o reconhecimento de direitos de determinados indivíduos pelos demais, mas a reciprocidade do reconhecimento; no sentido de uma liberdade equânime, onde a liberdade do arbítrio de determinado indivíduo possa manter-se com a de todos.

Sem dúvidas, a liberdade equânime preconizada por Jürgen Habermas em sua Teoria do Discurso Prático, baliza-se em valores morais, isto é, muito embora haja distinção entre o direito positivo e a moral não há de se negar a influência e a importância desta para aquele. Jürgen Habermas ressalta esta distinção e importância ao definir o direito e diferenciá-lo da moral:

[...] O direito não representa apenas uma forma de saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação. E, dado que motivos e orientações axiológicas encontram-se interligados no direito interpretado como sistema de ação, as proposições do direito adquirem uma eficácia direta para a ação, o que

não acontece nos juízos morais. [...] (HABERMAS, 1997, p. 110-111).

Apenas reiterando, mediante tal definição pode-se classificar a teoria habermasiana como uma teoria da vinculação, ou seja, que admite relação entre direito e moral, muito embora como já ressaltado, ambos sejam distintos. No entanto, a moral, o direito, as instituições jurídicas e a teoria do agir comunicativo somente tornam-se possíveis dentro de uma categoria de indivíduos racionais, pois todos pertencem ao mundo inteligível. Desta feita, o direito e as ações jurídicas de um modo geral, formam um liame com as instituições do direito e a tradição jurídica, no sentido de interferir seja de forma direta ou indireta, no processo de interpretação das normas jurídicas. Desse modo, o direito é um elemento discursivo que atua na transformação não somente do próprio sistema normativo que o compõe, como sobretudo da sociedade, como bem leciona Jürgen Habermas:

[...] Do direito participam todas as comunicações que se orientam por ele, sendo que as regras do direito referem-se reflexivamente à integração social realizada no fenômeno da institucionalização. [...] Nesta medida, a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação da comunicação entre sistema e o mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida. (HABERMAS, 1997, p. 112).

Compreende-se, segundo Jürgen Habermas, que o direito reside em um elemento do discurso prático e a sua validade lastreia-se em uma liberdade equânime.

Cumpra indagar, porém, o seguinte: como Jürgen Habermas trabalha a ideia de conflitos normativos? Devido ao caráter contra-fático e universal da Teoria do Discurso Prático, Jürgen Habermas consegue justificar a teoria acerca dos princípios constitucionais não reduzindo-a a valores, pelo contrário, distinguindo os princípios constitucionais dos valores através da prioridade do justo sobre o bem. Tal posição é denominada “distinção forte” entre princípios e valores.

A prioridade do justo sobre o bem, ideia também esposada por Ronald Dworkin, fundamenta-se sob dois aspectos: I) princípios da justiça aceitáveis por todos para regular a vida social e, II) valores defendidos pelos indivíduos e comunidades que compõem uma sociedade pluralista. Como dito, esta é a base da teoria dos princípios constitucionais habermasiana. Segundo Jürgen Habermas (1997, p. 316), princípios ou normas mais elevadas possuem caráter deontológico, enquanto valores possuem aspecto teleológico. A validade deontológica das normas tem caráter absoluto de uma obrigação incondicional e universal, isto é, aquilo que deve ser, pretende ser igualmente bom para todos, razão pela qual as normas são válidas ou inválidas.

No tocante a isso, as normas compõem um sistema válido, e em virtude disso, salienta Jürgen Habermas que elas “[...] não podem contradizer umas as outras, caso pretendam validade dentro do mesmo círculo de destinatários [...]” (HABERMAS, 1997, p. 317). Verifica-se que perante uma norma deve ser feito um juízo de valor sobre o que deve ser feito, ou seja, sobre a ação. Como supracitado, segundo Jürgen Habermas, não podem coexistir normas contraditórias pelo simples fato de que elas prescrevem determinada conduta. De modo diverso ocorre com os valores que, “determinam relações de preferência, as quais

significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor” (HABERMAS, 1997, p. 316). Neste sentido, esclarece Jürgen Habermas que:

[...] normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira. (HABERMAS, 1997, p. 317).

Em face desta distinção entre normas e valores, Jürgen Habermas estabelece uma crítica conceitual, isto é, não se pode conceber como sinônimos princípios fundamentais e bens otimizáveis do direito - terminologia empregada por Robert Alexy. Para Jürgen Habermas (1997), Ronald Dworkin entende direitos fundamentais como princípios deontológicos e Robert Alexy os considera como bens otimizáveis do direito. Destarte, eles não estão se referindo a mesma coisa. Ora, segundo Jürgen Habermas, bens otimizáveis - entendidos no sentido de normas - regulam uma matéria no interesse simétrico de todos, porém no sentido de valores, expressam a identidade e a forma de vida particular de uma comunidade jurídica.

A rigor, Jürgen Habermas pretende demonstrar que os conflitos morais devem ser solucionados a partir de princípios constitucionais aceitáveis por todos os cidadãos



A Editora D'Plácido traz a lume a coleção "Instituições sociais, direito e democracia", homônima a área de concentração do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Fumec. A temática das obras tem como fio condutor a discussão de inquietações e problemas referentes às interfaces que os sistemas legais produzem em estruturas sociais (tais como governos, família, linguagens humanas, universidades, hospitais, empresas, entre outras) no ambiente democrático contemporâneo. As instituições sociais - consideradas neste contexto como padrões estáveis e relativamente organizados de atividades humanas - precisam fazer face a esses problemas fundamentais, para produzir fontes de vida sustentáveis e reproduzir indivíduos e estruturas societárias viáveis dentro de um dado ambiente.

*Maria Tereza Fonseca Dias*  
Coordenadora

