

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

GUSTAVO RABAY GUERRA

DAVID AUGUSTO FERNANDES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: David Augusto Fernandes, Gustavo Rabay Guerra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-355-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

Apresentação

Com o término da Segunda Guerra Mundial a sociedade internacional passou a ver o ser humano de forma diferente, favorecendo a maturação de vários direitos, que anteriormente existiam, mas não possuíam efetividade. Entre estes direitos estão aqueles que compõem o núcleo rígido e irredutível de direitos e garantias fundamentais, que a cada dia se sedimentam no ambiente social com maior vigor. Muitos desses, por vezes, ainda em fase de enunciação teórica, jurisprudencial e, até mesmo, de sua legalidade constitutiva.

Neste XXV Congresso do CONPEDI Curitiba, no Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais V, o tema em comento irradiou a ilação de vários operadores do Direito, que neste evento participaram, tendo eles disponibilizado destacado tempo de pesquisa para produzi-los, buscando trazer a luz suas visões e reflexões alusivas aos Direitos e Garantias Fundamentais, objetivando uma maior divulgação do mesmo, estando neste momento a disposição de todos os interessados para sua livre apreciação e análise.

Os temas apresentados refletiram o que há de mais atual na percepção da adequada dimensão político-constitucional dos direitos fundamentais, espraiando-se por diferentes perspectivas, muitas delas opostas em seu sentido mais evidente, mas intimamente unidas quando debatidos de modo essencial as razões afirmativas e pressupostos dos direitos e garantias postos na ordem jurídica nacional e internacional. Especial atenção se teve com a imensa diversidade de campos de formação e atuação dos participantes, com destaque para aqueles oriundos da academia, da advocacia, do Ministério Público, dos órgãos jurisdicionais e até da alta judicatura nacional (STJ).

Seja por meio de discussões em torno da teoria geral dos direitos e garantias fundamentais, da função da jurisdição constitucional, inclusive do ativismo crescente, os trabalhos apresentados perpassaram novos e antigos dilemas práticos e teóricos, tais como aqueles que envolvem valores centrais do Estado democrático – dignidade humana, saúde, propriedade, intimidade, honra, privacidade, liberdade de consciência religiosa, meio ambiente equilibrado, direito à origem genética, igualdade, solidariedade – e discussões incrivelmente recentes, como a questão do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, a questão do direito ao esquecimento, a natalidade e encarceramento feminino no Brasil, o acesso dos refugiados aos esportes, e, finalmente, a corrupção e a restrição dos direitos fundamentais.

A transversalidade dos temas assegurou um rico debate e a possibilidade de se olhar de forma múltipla, dinâmica e, ao mesmo tempo, consubstanciada, para diversos matizes sociais, econômicos, culturais e, claro, jurídico-dogmáticos relacionados aos Direitos e Garantias Fundamentais. Em síntese, estudos edificantes e muitas questões levantadas para construções e interlocuções. Que se sigam outros tão bons quanto o vertente!

David Augusto Fernandes - Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal Fluminense/Macaé. Líder do grupo de pesquisa denominado “Direito Penal Internacional: seus crimes, sua incidência na sociedade brasileira e os Direitos Humanos”, da UFF/Macaé. Delegado de Polícia Federal. Email: davidaf@id.uff.br.

Gustavo Rabay Guerra - Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba. Professor da Faculdade Internacional da Paraíba (FPB). Líder dos grupos de pesquisa do Laboratório Internacional de Investigação sobre Transjuridicidade, Justiça e Política, ambos da UFPB. Sócio do Rabay, Bastos e Palitot Advogados. Email: grabay@rbpadvogados.com.br.

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

THE STRUCTURAL DIMENSION OF THE FUNDAMENTAL LAW: THE TRADITIONAL CRITERION FOR THE DISTINCTION BETWEEN RULES AND PRINCIPLES AND THE PURSUIT OF GREATER RATIONALITY IN JUDICIAL DECISIONS

Cristian Kiefer Da Silva ¹

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo oferecer um estudo crítico e analítico acerca da estrutura das normas que tratam de direitos fundamentais. Nesse sentido, deverão ser levadas em consideração as teorias propostas por Robert Alexy, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, bem como suas implicações na solução dos denominados casos difíceis. Nesse enfoque, é inegável afirmar que 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.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Conflito entre regras e princípios, Racionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to provide a critical and analytical study on the structure of the standards dealing with fundamental rights. In this sense, it should be taken into account the theories proposed by Robert Alexy, Ronald Dworkin and Jürgen Habermas and their implications in the solution of so-called hard cases. In this approach, it is undeniable to say that the relevance of the theme focuses on the search for conceptual clarity of the fundamental law, because through this has elements to arrive at more rational way of conflict resolution possible.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Conflict between rules and principles, Rationality

¹ Doutor em Direito pela PUCMG. Mestre em Direito pela PUCMG. Especialista em Direito Processual pelo CEAJUFE. Bacharel em Administração e Direito.

1 INTRODUÇÃO

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

2 UMA INVESTIGAÇÃO A RESPEITO DA 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 formulador 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 constataavam 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 continuam. 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.

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.

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.

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 apreende 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 apeliana. 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. Cumpre 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 e não por meros valores. Ora, se por um lado os princípios, devido à sua dimensão deontológica, não admitem a solução gradual como a categoria dos valores. Logo, os princípios não podem colidir, mas devem ser afastados no momento da sua aplicabilidade, ou seja, trata-se da utilização do método binário: ou o princípio é válido ou é inválido.

Com efeito, segundo Jürgen Habermas, torna-se inviável estabelecer uma hierarquia sólida de valores, como pretende Robert Alexy, a partir de jurisprudências extraídas da Corte Constitucional. Tal assertiva deve-se ao fato de que a própria hierarquia iria pressupor a imposição de uma ordem de valores, razão pela qual Jürgen Habermas distingue normas e valores e estabelece a referida crítica em face de Robert Alexy.

3.2 Críticas quanto à distinção entre regras e princípios

Como visto anteriormente, Robert Alexy realiza uma distinção forte entre regras e princípios no que tange às normas de direitos fundamentais, pois não admite que tais normas

se comportem de determinado modo, ora como regra, ora como princípio, em decorrência do contexto de interpretação. Juristas como Aulis Aarnio e Klaus Günther tecem críticas à distinção forte entre regras e princípios. Para tais autores a tese da distinção forte ignora a chamada “zona de penumbra”, na qual regras e princípios não podem ser claramente diferenciados não sendo possível, portanto, realizar uma distinção entre essas duas espécies normativas. Aulis Aarnio compreende que seja do ponto de vista linguístico, estrutural, da validade, ou do nível de posição das normas na argumentação jurídica, princípios não podem ser distinguidos das regras. Nesse sentido, disserta André Rufino do Vale:

A partir dessas análises, Aarnio considera que entre regras e princípios não existem diferenças qualitativas. A distinção só seria válida se a análise recaísse apenas sobre os limites extremos da escala entre regras e princípios (R, RP, PR, P), ou seja, tomando-se em consideração apenas as regras propriamente ditas (R) e os princípios propriamente ditos (P). Porém, como visto, existem regras que são ou atuam como princípios (RP) e princípios que são ou atuam como regras (PR). Essa zona intermediária faz com que não haja qualquer diferença na formulação linguística das normas, na estrutura normativa, no plano da validade e no papel que cada tipo de norma cumpre na argumentação jurídica. (VALE, 2006, p. 104).

Verifica-se que Aulis Aarnio contradiz a clássica distinção qualitativa promovida por Robert Alexy, não podendo, assim, separar as normas em regras e princípios. Klaus Günther, em posição semelhante à de Aulis Aarnio, defende que o modo de aplicação de uma norma não está vinculado à sua estrutura, como afirma Robert Alexy, mas “depende de circunstâncias especiais de uma determinada situação concreta” (VALE, 2006, p.105). Em resumo, para tais autores, uma concepção de normas funcionando como regras ou princípios seria advinda de “condições de conversação”, ou seja, fruto de uma interpretação, da análise da situação e não de sua estrutura normativa.

De fato, como afirma André Rufino do Vale (2006), a distinção forte encontra como forte obstáculo a constatação de que certas características estruturais e funcionais supostamente exclusivas das regras podem ser achadas nos princípios, e vice-versa. Tais teorias são pautadas na tese da conformidade que é diametralmente oposta à distinção forte ou qualitativa entre regras e princípios. Essa tese defende que o sistema jurídico é formado por normas em um sentido genérico, não havendo distinção entre elas. Contudo, segundo André Rufino do Vale, tais teses também são defeituosas. No entanto, basicamente seriam três as falhas, quais sejam: I) realismo extremo ao tratar os enunciados normativos como meros tópicos, cujo conteúdo apenas pode ser decidido em face do caso concreto; II) o fato de que a estrutura de uma norma ainda pode estabelecer se esta terá um caráter de razão definitiva ou

de *prima facie*; III) o fato de que há enunciados que não geram dúvida de seu significado normativo.

Acerca do tema, André Rufino do Vale (2006), considera que existem motivos para não se abandonar a distinção entre regras e princípios, muito embora seja preciso abandonar conceitos fortes para adoção de uma concepção mais maleável quanto ao papel que cada norma de direito fundamental exerce no caso concreto. Em linhas gerais, é a chamada “teoria da distinção dúctil das normas de direitos fundamentais”. Essa teoria defende que não existe uma diferença lógica entre regras e princípios, posto que uma mesma norma possa atuar como regra ou como princípio dependendo do contexto interpretativo. Nessa concepção, a norma de direito fundamental é dotada de uma estrutura flexível, capaz de classificar uma mesma norma como regra (R), regra que atua como princípio (RP), princípio (P) ou como princípio que atua como regra (PR). Segundo André Rufino do Vale (2006), conceituar uma norma de direito fundamental como regra ou princípio dependerá também da utilidade teórica ou prática que se queira emprestar à norma. Nesse sentido, é importante observar que:

Qualificar uma norma de direito fundamental como regra ou como princípio constitui um recurso utilizado pelo intérprete/aplicador para justificar o manuseio de certas técnicas de interpretação e de argumentação ou para fundamentar determinados usos teóricos ou dogmáticos da norma. (VALE, 2006, p. 147)

Ademais, essa teoria visa suprir as falhas das teorias da distinção forte e da tese da conformidade, ou seja: o desconhecimento da zona de penumbra, na distinção forte; e a desconsideração de haver uma zona de certeza semântica, na tese da conformidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações brevemente tecidas nesse trabalho, é possível se chegar a algumas conclusões. A primeira delas consiste na concepção de que as normas de direitos fundamentais possuem uma estrutura complexa, impossibilitando de antemão que seja considerada uma norma como regra ou princípio, sem que se analise o âmbito jurídico e fático de aplicação da mesma.

Nesse contexto, conclui-se também que a distinção entre regras e princípios é necessária como um elemento norteador do papel que cada norma de direito fundamental exercerá no caso concreto. Porém, a preocupação com a estrutura das normas realizada por Robert Alexy não é, de modo algum, irrelevante para os conflitos entre normas de direitos fundamentais, pois possibilita um exercício racional por parte do julgador.

Nesse sentido, adota-se a posição de que uma distinção forte entre princípios e valores, como a estabelecida por Jürgen Habermas, não pode prosperar. Ambos funcionam como razão justificadora de uma decisão que apenas se distinguiriam pelo caráter axiológico de um em detrimento do caráter deontológico de outro. Compreende-se, pois, que por não ser possível afastar o caráter axiológico dos princípios e seu papel de otimização conforme os interesses da sociedade, princípios e valores não são idênticos, mas também não são fortemente dissociáveis entre si.

Por fim, muito embora a teoria dos princípios de Robert Alexy seja alvo de acusações de propiciar maior insegurança e discricionariedade. Compreende-se aqui que, ao contrário, o grande mérito de seus estudos consiste na busca pela maior racionalidade nas decisões judiciais. Isso se torna claro na lei da colisão que, por ter sua aplicação ligada ao procedimento da proporcionalidade, estabelece que a fundamentação da decisão percorra todos os passos de adequação, necessidade, e proporcionalidade (sopesamento) para justificar a decisão mais correta no âmbito dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMES, Alexandre Travessoni. **Norma Jurídica e Hermenêutica**. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=0rZsrv_WM0U>. Acesso em: 10 jan. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141989000300002&lang=pt>. Acesso em: 20 março 2016.

HART, Herbert L. A. **El Concepto de Derecho**. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Pierrot, 1998.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais: Repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. 2006. Dissertação (Mestrado) Universidade de Brasília, Programa de Pós Graduação em Direito, Brasília.