

**XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI GOIÂNIA – GO**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ERIBERTO FRANCISCO BEVILAQUA MARIN

FERNANDO LOBO LEMES

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente **Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriúba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara

Eriberto Francisco Bevilaqua Marin

Fernando Lobo Lemes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-766-3

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

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Goiânia-GO, de 19 a 21 de junho de 2019, sob o tema geral: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”, evento realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO, o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO e a Universidade de Rio Verde (UniRV) e apoiadores o Centro Universitário de Goiás (UniAnhanguera), a Faculdade Sensus, a Faculdade Evangélica Raízes e o Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional, dos reflexos do constitucionalismo na atuação do Poder Judiciário e dos órgãos relacionados às funções essenciais à justiça e da discussão sobre a própria democracia.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 21 (vinte e um) artigos ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo intitulado “A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA RELEITURA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA NOVA HERMENÊUTICA”, as doutorandas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI-SC Mariana Faria Filard e Maria Lenir Rodrigues Pinheiro propõem uma releitura garantista da Constituição Federal, apontando a relevância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Buscaram, com o trabalho, uma abordagem

crítica da temática, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada quanto à fase de investigação foi o método indutivo, na fase de tratamento dos dados o cartesiano, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

Em “A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA SUA INTERVENÇÃO NAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO”, o casal de pesquisadores Delfim Bernardes e Joana Cristina Paulino Bernardes ressaltaram que a integração da Ciência Política nos dias atuais é de uma importância ímpar no nosso ordenamento jurídico, trazendo novas diretrizes, em especial uma nova maneira de observar a democracia. Partindo de uma análise histórica da tripartição das funções clássicas do Estado, o conceito de democracia foi investigado sob a ótica da outorga de poder do povo aos representantes. Também está presente no artigo o tema da judicialização e o ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, em que o Judiciário interpreta a aplicação da norma existente sem invadir a esfera de competência dos demais Poderes. Foi utilizado o método indutivo-dedutivo e revisão bibliográfica.

Por sua vez, Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto, mestrando pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA), e o pesquisador do mesmo Estado Renan Azevedo Santos, na pesquisa chamada “A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL”, investigaram em que medida a ampliação da jurisdição constitucional implica ou não em aprofundamento do ativismo judicial. Partiram de uma análise qualitativa bibliográfica centrada em comentadores do tema, avaliando a relação entre os mecanismos de controle constitucional e o processo de judicialização da política. Analisaram também, à luz de determinadas visões de democracia, a legitimidade ou não da atuação judicial em casos essencialmente políticos. Por conclusão, entenderam que a ampliação da jurisdição constitucional possibilitou expansão da atuação judicial, atuação esta que dependerá do papel que se atribui a cada um dos poderes, a depender da visão do fenômeno democrático.

Em mais um trabalho desta coletânea, foi analisada a Emenda Constitucional nº 95, que instituiu o Novo Regime Fiscal de congelamento dos gastos públicos. O objetivo principal foi analisar se o texto legal configura norma jurídica de efeito placebo. O estudo é delineado por pesquisa bibliográfica e documental e o método de abordagem o indutivo. A análise do conteúdo da norma que fixou o teto dos gastos públicos e da justificativa apresentada pelo autor do projeto, com a constatação relativa aos resultados parciais, desde a vigência dessa norma, induzem à conclusão de que a Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos é

placebo jurídico. A pesquisa denomina-se “A EMENDA CONSTITUCIONAL DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS É PLACEBO JURÍDICO” e foi realizada por João Hélio Ferreira Pes, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Já na investigação científica “A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA SOCIEDADE”, Gregorio Menzel, mestrando pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, e Clayton Reis, seu Professor e membro do corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito pela mesma instituição, abordaram o conceito de função social da empresa, trabalhando a sua origem, seu regramento constitucional e as principais vertentes de interpretação da função social da empresa. Conferiram especial enfoque em perceber a empresa como um elemento transformador da sociedade, de forma a promover a justiça social.

De Minas Gerais veio o trabalho “A SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO”, escrito pelo Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, e o mestrando Reinaldo Caixeta Machado. O artigo faz uma análise da legitimidade legiferante do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que dá relevo à matéria ambiental. Em contraponto, traz o limite razoável de distanciamento do judiciário na implantação de políticas públicas ambientais. Como resultado, verificaram que, nas questões de cunho ambiental, nem sempre o judiciário está apto a fazer uma análise adequada do tema. No entanto, a razoabilidade mostrará quando deverá ser mantida a posição do judiciário relativamente às questões voltadas para a normatização de políticas públicas na proteção do meio ambiente. Valeram-se do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Marcos Augusto Maliska, Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba, e o Professor Hewerston Humenhuk, mestre em Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina, desenvolveram o instigante trabalho de pesquisa intitulado “AUTORITARISMO JUDICIAL”. Nele, afirmam que o movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista, incorporando dois objetivos institucionais: os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito

jurisprudencial. A combinação entre a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, e o voluntarismo jurisprudencial, degenerou em autoritarismo judicial.

A seu turno, no trabalho “DEMOCRACIA E AUTONOMIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE VIVEM EM CONDIÇÃO DE ASILAMENTO”, objetivou-se lançar luzes no estudo da inclusão social das pessoas com deficiências que vivem em condições de asilamento, sob a ótica da perspectiva democrática e da teoria dos custos dos direitos. Este estudo buscou investigar como pode o Poder Executivo materializar a democracia para as pessoas com deficiência asiladas. Lucas Emanuel Ricci Dantas, Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e o Professor Ricardo Pinha Alonso, das Faculdades Integradas de Ourinhos, autores do texto, utilizaram, como análise comparativa, a história do Hospital Psiquiátrico de Barbacena-MG e o relatório internacional da ONG Human Rights Watch, cuja denominação é “Eles ficam até morrer”. Para o presente trabalho valeram-se de uma metodologia indutiva, com pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e periódicos.

Em “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES EM ESTADO DE EXCEÇÃO”, Laísa Fernanda Campidelli e Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral, mestrandas em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, abordaram, de forma qualitativa e explicativa, o conceito de direitos fundamentais, estado de exceção e estado de sítio. Realiza considerações sobre o desenvolvimento histórico, conceituação, importância e terminologia dos direitos fundamentais. Procederam à caracterização do estado de exceção, observando a teoria da necessidade, trazendo a discussão para o âmbito nacional, tratando sobre o estado de sítio, com suas condições, previsões e controle previstos constitucionalmente. Concluíram que o ordenamento jurídico que nasce para limitar o Estado, passa a legislar a favor deste, fornecendo instrumentos que o ajudam a atingir seus interesses, dando margem a abusos.

O artigo seguinte da lista rediscute, a partir das teorias da hegemonia de Chantal Mouffe e dos diálogos institucionais de Mark Tushnet, os fenômenos da judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) e do ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político). Também contesta a concepção usual de que o judiciário teria a “última palavra” na interpretação jurídica e defende uma maior proteção da democracia, pois é esta, não o judiciário, que, em última instância, protege os direitos. Concluindo que, para sua maior legitimidade e eficiência, deve então o Poder Judiciário receber novos influxos democráticos e estar sujeito a maior accountability, o doutorando em Direito pela

Universidade Federal de Minas Gerais Daniel dos Santos Rodrigues encerra a excelente pesquisa “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CHANTAL MOUFFE E MARK TUSHNET”.

No que lhe concerne, a pesquisa “NEOCONSTITUCIONALISMO: RISCOS DEMOCRÁTICOS DA IDEOLOGIA QUE DOMINOU O DIREITO BRASILEIRO”, do mestre em Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa Raineri Ramos Ramalho de Castro, dispõe que apesar de dominar a cultura jurídica brasileira, não se sabe exatamente o que o neoconstitucionalismo é ou quais mudanças traz para o Estado democrático. Ao estudar os ensinamentos de diferentes autores neoconstitucionalistas, analisar suas concepções e compará-las às posições constitucionalistas tradicionais, o pesquisador concluiu que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia que estimula imenso ativismo judicial com a justificativa de proteger os direitos fundamentais. No entanto, para ele, o que o neoconstitucionalismo realmente faz é prejudicar a separação de poderes, promover a juristocracia e prejudicar severamente as proteções constitucionais elaboradas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais, consequentemente fragilizando a democracia.

Elaborado por Andréia Garcia Martin, Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais, no trabalho científico chamado “O ARRANJO INSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COM VISTAS À INCLUSÃO SOCIAL” é defendida a ideia de que o Estado Democrático de Direito inaugurado na Constituição Federal de 1988 evidenciou valores fundamentais sobre o tema, atuando como parâmetro das instituições estatais. Para a pesquisadora, a democracia permeada na Constituição apresenta-se numa dupla acepção: representativa e participativa. Assim, a finalidade de efetivar o direito fundamental à acessibilidade das pessoas com deficiência, neste estudo, buscou fomentar a participação nos processos de decisão política, na elaboração de políticas públicas deste seguimento, uma vez que a abertura ao diálogo e à participação deste grupo permite o alcance de sua inclusão social.

Mestre em Direito - UNIMEP/SP, Tamires Gomes da Silva Castiglioni e Everton Silva Santos, Professor da Faculdade de Americana-SP, analisaram o caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo STF: o HC 82.424-2, caso “Ellvanger”. O principal tema tratado nesse julgamento foi o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana, que prevaleceu na decisão. Já o RHC 134.682, caso “Abib” houve a mesma discussão de conflitos constitucionais, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. Diante de tal discrepância, foram analisadas as vertentes que possibilitaram que dois casos semelhantes tivessem decisões distintas sob a ótica do princípio da

proporcionalidade. A interessante investigação tem o título “O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA: UM ESTUDO SOBRE O HC 82.424-2/RS- O CASO ELLWANGER E O RHC 134.682/BA- O CASO ABIB”.

No artigo “O DISCURSO DO ÓDIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLAÇÃO À DEMOCRACIA?”, a liberdade de expressão é tratada como um valor primordial para todas as sociedades democráticas. À medida que a manifestação proferida por aquele indivíduo venha a ser invocada para violar outros direitos, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. Na pesquisa, elaborada pelo Professor da Universidade Federal de Sergipe Lucas Gonçalves da Silva e por Carla Vanessa Prado Nascimento Santos, da Universidade Cândido Mendes, utilizou-se o método dedutivo e bibliográfico, para restar comprovado que esses limites não visam tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois o Estado não pode ser condizente ou omissivo diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas.

Já no interessante trabalho “OS ARGUMENTOS RELIGIOSOS NA ESFERA PÚBLICA”, Rafael Esteves Cardoso, mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, e Catarina Cruz Salles, mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, investigaram o espaço e a valia dos argumentos religiosos na esfera pública, para a colaboração na formação e desenvolvimento de objetivos comuns em uma sociedade. Inicialmente, analisaram a perspectiva liberal de Ronald Dworkin, com foco para as responsabilidades individuais na solidificação dos valores democráticos. Em contraposição, foram avaliadas as propostas de Charles Taylor, segundo o qual é possível, e de certo modo inevitável, a inserção de argumentos religiosos nos debates públicos e na delimitação dos destinos compartilhados pelos membros de um determinado grupo social. A pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica direta.

O Professor Emanuel de Melo Ferreira, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, em “OS LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL PREVENTIVO – UMA DEFESA DE SUA TOTAL PROSCRIÇÃO EM FACE DOS PROJETOS DE LEI”, analisou os limites do controle de constitucionalidade judicial preventivo, defendendo a inconstitucionalidade de qualquer forma de controle sobre os projetos de lei. A questão central do texto, assim, pode ser formulada dessa maneira: a Constituição Federal admite que o controle judicial preventivo tenha como objeto de controle

um projeto de lei, mesmo que se busque efetivar um controle meramente formal? A pesquisa refere-se, assim, à separação e poderes no bojo do processo constitucional, devendo ser analisada a partir de autores que levam à relação entre direito e política a sério.

No artigo “PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL”, Marcelo Negri Soares, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, e o mestrando da mesma instituição Raphael Farias Martins, estudaram a passagem do homem do estado de natureza ao estado constitucional. Apresentaram a forma do nascimento de uma Constituição e como esta norma de fundamental importância pode ser alterada. Analisaram, ainda, o princípio da soberania popular, bem como verificaram se o povo pode requerer a modificação do texto constitucional, sendo ele o titular de todo poder.

Letícia da Silva Almeida, da Faculdade Pitágoras, e o pesquisador Danilo Felício Gonçalves Ferreira, em “POR UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY, PELA PERSPECTIVA DO ART. 37 CAPUT DA CR/88”, traçaram considerações a respeito do conceito de norma, princípio e regra de Robert Alexy, com fim de buscar construir um conceito mais afunilado sobre o que seria princípio e regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo parecendo já ser pacíficas constatações, esse tema é de relevância extrema, uma vez que, a cada dia, se enfrenta mais o problema do pan-principiologismo. Para tanto, a conceituação proposta acarreta em considerações acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil. Utilizou-se o método científico dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

A seu turno, na pesquisa “REFLEXÕES SOBRE AS REGRAS CONSTITUCIONAIS DA COMUNICAÇÃO NA BOLÍVIA, VENEZUELA, MÉXICO E BRASIL”, Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e a Professora Michelle Asato Junqueira, da mesma instituição, ressaltam que a liberdade de expressão é um direito humano que além de garantir o pensar livremente é um baluarte da democracia. Analisaram a disposição específica da liberdade de expressão de quatro países da América Latina, sendo dois deles países com grupos de comunicação mundialmente relevantes (Brasil e México) e dois países bolivarianistas (Venezuela e a Bolívia) e o ambiente em que se inserem. Para o objetivo proposto realizaram uma análise bibliográfica e legislativa da previsão constitucional dos países mencionados, sob o método descritivo, de análise qualitativa para a produção acadêmica e quantitativa para as Constituições.

Letícia Alonso do Espírito Santo, mestre pela Universidade Federal de Juiz de Fora, na pesquisa “UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE”,

analisou o posicionamento do Princípio da Publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua origem e recepção. O trabalho apresenta uma análise introdutória à temática, pretendendo verificar o âmbito de criação da denominada Lei de Acesso à Informação e sua decorrência direta do clamor social por maior transparência dos atos públicos. As nuances do sistema legal de acesso foram introduzidas pela Constituição e consolidados na Lei nº 12.527/2011, sob uma perspectiva de valores fundamentais, que rompem com a institucionalização da exceção e do segredo no âmbito dos atos administrativos.

Por fim, em “UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS”, o Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná Eliezer Gomes Da Silva e a mestrande pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná Simone Valadão Costa e Tressa, a partir das problemáticas de hermenêutica e mutação constitucional, apresentaram um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, notadamente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que consagrou a aplicação, no Brasil, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, criada pela jurisprudência constitucional colombiana. Sob tais parâmetros, o artigo discutiu a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores

Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin – UFG

Prof. Dr. Fernando Lobo Lemes - Faculdade Raízes

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**POR UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA TEORIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY, PELA PERSPECTIVA DO ART. 37 CAPUT
DA CR/88.**

**FOR A REFLECTION ON ROBERT ALEXY'S THEORY OF FUNDAMENTAL
RIGHTS, BY THE OUTLINE OF ART. 37 CAPUT DA CR / 88.**

**Letícia da Silva Almeida ¹
Danilo Felício Gonçalves Ferreira ²**

Resumo

Este artigo científico tem como objetivo traçar considerações a respeito do conceito de norma, princípio e regra de Robert Alexy, com fim de buscar construir um conceito mais afinado sobre o que seria princípio e regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo parecendo já ser pacífica tais constatações, esse tema é de relevância extrema, uma vez que, a cada dia, se enfrenta mais o problema do pan-principiologismo. Para tanto, a conceituação proposta acarreta em considerações acerca do art. 37, caput da Constituição da República Federativa do Brasil. Utilizou-se o método científico dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Robert alexy, Pós positivismo, Normas, Princípios, Regras

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to elaborate considerations about the concept of norm, principle and rule of Robert Alexy, with the purpose of seeking to construct a more narrowed concept about what would be principle and rule, within Brazilian legal order. Even though these findings seem to be peaceful, this subject is of extreme relevance, as the problem of pan-principiologism is more and more confronted each day. For this, the proposed conceptualization entails considerations about art. 37, caput of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. The deductive scientific method was used through bibliographic research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Robert alexy, Positivism, Standards, Principles, Rules

¹ Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Professora de Direito na Faculdade Pitágoras.

² Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

As linhas que seguem do presente artigo científico possuem como proposta delinear e expor a teoria dos direitos fundamentais do jurisfilósofo alemão Robert Alexy. Tal trabalho tem como ponto fulcral trazer à toda uma metodologia de interpretação e concepção acerca do que seria as normas, dentro de um patamar constitucional.

Sendo assim, saber fazer tal apreciação é, entre outras coisas, buscar uma linha de raciocínio e de aplicabilidade para regras e princípios. O mundo do direito é formado por normas, cujo valor e aplicabilidade, em alguns momentos, são concretos e de imediata interpretação e em outros abstratos, que necessitam de um esforço maior para análise, a fim de conseguir a melhor interpretação, para o caso.

Traçar tal teorização é buscar mecanismos que possam aprimorar não apenas a técnica dos operadores do direito, mas, principalmente, aprimorar e contribuir com a questão árdua do decisionismo e da segurança jurídica.

Portanto, este trabalho científico traz à tona uma análise das principais ideias de Robert Alexy, no intuito de buscar um entendimento acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88). Tal dispositivo trata dos chamados princípios da Administração Pública.

Estabelecido esse marco problemático, o percurso a ser delineado no presente trabalho inicia-se com uma digressão acerca do jus naturalismo, positivismo e pós positivismo. Tal abordagem histórica é ferramenta necessária, para que se possa compreender os pilares e os problemas enfrentados por Alexy na concepção de sua teoria dos direitos fundamentais.

É importante observar dentro desse avanço histórico a forma como é tratada a questão envolvendo normas e princípios e regras. Tal questão é fulcral para o entendimento da teoria desenvolvida não apenas por Alexy, mas também outros autores dentro do chamado pós positivismo, dentre eles Ronald Dworkin.

Passado esse momento de ambientação histórica, será realizada, então, a imersão propriamente dita na teoria de Robert Alexy, principalmente pela leitura de sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

Em tal obra, Alexy apresenta suas bases metodológicas e conceitua direitos fundamentais, a partir da análise do texto da Constituição alemã.

Nesse marco, este trabalho separa em três momentos a análise de sua teoria (Robert Alexy), sendo: em primeiro momento, abordando a metodologia e as considerações iniciais que Alexy apresenta. Nesse momento, é notória a importância do diálogo entre norma e enunciado normativo.

Avançando esse momento introdutório, é apresentada a distinção entre norma, princípios e regras. Tal distinção, conforme é debatido no item oportuno, demonstra que a norma é um gênero cujas espécies são princípios e regras. Quanto aos princípios, são conceituados por Alexy como normas de otimização ou em abstrato, que tem uma gama de significados e devem ser utilizados a maior parte destes. Já as regras são normas diretas, descrevendo um único significado. Por isso, as regras devem ter sua aplicabilidade imediata, não necessitando de um exercício de interpretação, a fim de se compreender o melhor sentido, perante o caso concreto.

E em terceiro momento, ainda dentro dessa ótica, é apresentada a metodologia de Alexy no momento em que há um conflito de princípios. Nesse sentido, um caso concreto, na maioria das vezes, apresenta uma série de regras e princípios que podem ser utilizados. Por esse motivo, a grande questão é: qual utilizar? Em segundo plano, e acompanhando tal questionamento, vem: ao utilizar uma norma em detrimento da outra, essa não utilizada deveria ser retirada do ordenamento jurídico?

Tais questões são o cerne da problematização deste trabalho que possui como base a teoria de Robert Alexy e, servirão como arcabouço teórico metodológico para as considerações a serem traçadas na conclusão.

Como embasamento e para êxito do presente estudo, tem-se, pois, a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo.

2. ENTRE O POSITIVISMO E O PÓS-POSITIVISMO: MUDANÇAS IMPORTANTES NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Não se pode adentrar aos contornos da teoria de Robert Alexy, conforme planejado no escopo desse trabalho, sem primeiro tecer algumas considerações acerca da conformação de pensamento jus filosófico que esse autor faz parte.

Desse modo, é necessário que se trace um painel inicial a respeito do pós-positivismo jurídico. Porém, para imergir em tal cenário, urge a necessidade de uma

digressão histórica, retornando ao jus naturalismo e, principalmente, ao positivismo jurídico, para limitar as principais diferenças e características do pós-positivismo.

Como se sabe, o direito sempre esteve presente nos povos civilizados. Nessa ceara, a convivência em grupo pressupõe uma tentativa de harmonização das diferenças entre os seres que vivem num mesmo espaço geográfico.

Para isso, sempre houveram tentativas de normatizar preceitos e costumes não aceitos no convívio social, como forma de buscar a melhor convivência. Prova disso, temos a Lei do Talião e o Código de Hamurabi.

Dentro desse espectro de harmonização, por conta do direito, uma das principais dificuldades e, conseqüentemente, objeto de muito estudo pelos filósofos e pensadores do direito, é o como decidir, quando não há a harmonia esperada.

Portanto, no momento em que não há a devida composição entre as partes litigantes, e se torna a intervenção de um ou mais terceiros, como esse último deve buscar sua decisão?

Para traçar a resposta dessa questão tão complexa, pode-se amoldar três correntes de pensamentos, que buscavam compreender e refletir sobre os métodos de decisão judicial. São estes: jus-naturalismo, positivismo e pós-positivismo jurídico.

O jus-naturalismo consistia em crer que o direito surgia de uma força maior que a dos homens. Uma força divina e que conduziria e decidiria quem dos sujeitos presentes na disputa tinha razão.

Nesse sentido, ao proceder em um julgamento, as partes estavam dispostas perante as normas de uma força divina e, portanto, as injustiças cometidas eram apenas a forma como a força divina superior quis que acontecesse.

Nesse período, pode se destacar o rito das ordálias, que eram testes divinatórios, muito utilizados pela igreja, no período inquisitório. Dessa maneira, se uma mulher era julgada por bruxaria, amarrava-se uma pedra em suas pernas e à atirava no rio. Se esta submergisse era inocente. Porém, caso afogasse seria considerada como bruxa e, por conta disso, teve seu destino, conforme as forças divinas mandassem.

Segundo Eros Belin de Moura Cordeiro, em seu artigo, “Direito Natural, Positivismo e Pós-Positivismo: compreensões a partir da História”, o jus naturalismo tinha sua concepção na ideia de um direito natural, imantado nos cidadãos desde seu nascimento. Dessa forma, direito, ética, moral formam um único bojo. (CORDEIRO, 2007).

Nesse sentido, Elos Belin Cordeiro:

O sentido clássico explica o Direito Natural como filosofia e teoria do direito, em que os materiais éticos e as questões jurídicas foram tratadas como complexo unitário. A partir dessa noção clássica, pode-se adotar uma concepção ampla e uma restrita. A concepção ampla do Direito natural ocupa-se com a fundamentação e justificação do Direito, ou seja, a preocupação do Direito natural não é saber o que é de Direito, e sim o que é o Direito. Já a noção estrita compreende o Direito Natural como um conjunto de normas independentes e pré-eminente válidas ao Direito positivo, imanescentes ao Homem, tendo legitimidade por si só (e não por força de uma autoridade), derivadas da natureza. (CORDEIRO, 2007).

Portanto, a ideia de jus-naturalismo estava condicionada a um direito unitário, derivado das leis divinas e da natureza, na qual os homens deveriam seguir.

Com o surgimento do iluminismo, no século XVIII, e, conseqüentemente, na guinada da forma de se compreender o mundo, em que o fantástico e o místico davam lugar para o racionalismo, o campo de estudos do direito, assim, como todo campo de conhecimento, ganha uma nova forma de concepção.

O advento do racionalismo iluminista fez com que o homem não mais ficasse a mercê das incontestáveis leis naturais, mas que buscasse no crivo e método, científicas respostas para os fenômenos do mundo, bem como para si próprio.

Nesse sentido, o campo da filosofia do direito e do estudo da hermenêutica ganhassem um novo tom. É nesse diapasão que surge o chamado positivismo jurídico.

Cordeiro salienta que o positivismo jurídico nasce da:

A formação do Estado moderno foi o primeiro passo para a confirmação da hegemonia do positivismo jurídico. O seu advento é o pressuposto lógico da primeira característica do Direito positivo: o monopólio do Estado como fonte de Direito. Os preceitos filosóficos que viam o Homem como dominador da natureza deram condições para que se justificasse a criação de uma autoridade única que promovesse o preciso direcionamento da sociedade. O Direito deveria ser proveniente de uma única fonte porque somente assim a ordem e a paz seriam asseguradas. E esta autoridade somente poderia ser o Estado. O Estado passa, então, a deter o monopólio da produção legislativa. Além disso, também detinha a exclusividade da interpretação e aplicação das leis produzidas (monopólio jurisdicional). O ideal da pacificação somente seria atingido com a centralização da justiça nas mãos do Estado (CORDEIRO, 2007).

As ideias de positivismo proporcionaram um grande avanço para o cenário hermenêutico jurídico e a filosofia do direito. Com seus estudos, atores positivistas, principalmente Hans Kelsen, proporcionaram estabelecer uma ordem hierárquica entre normas, possibilitando, assim, que a interpretação do direito não ficasse a cargo de um conhecimento divino ou metahumano.

É o positivismo, também que insere a lógica do ser e dever ser. Ou seja, o mundo legal opera de forma abstrata num dever ser, que estabeleceria uma conduta, que melhor se adequa ao direito da época e da sociedade. No mundo físico e real, os sujeitos operam a todo momento com uma concepção do ser. Tal concepção deve ser analisada caso a caso e comparada com a regra do dever ser, positivada nos textos legais. Esse liame em ser e dever ser, que propicia o trabalho do julgador.

Tomar uma decisão, então, é um dever de comparar o ser – fato que ocorreria no mundo real – com o dever ser – fato ou conduta descrita no mundo abstrato legal.

Contudo, a contribuição do positivismo em tentar alcançar um campo puro do direito, que não viesse contaminado pela moral ou outras áreas do saber, ocasionou um terrível engodo. Se operaria nas seguintes assertivas: se o direito é um campo puro, em que o operador do direito, ao aplicar a lei, deve observá-la dentro de uma concepção pura, e se esse mesmo operador não pode inovar, sob pena de ferir a tripartição dos poderes, como proceder diante de um caso em que a resposta não se encontra nas descrições da norma? Ou seja, simplificando a questão, como proceder quando o ser não encontrar uma resposta dentro do dever ser?

Para tanto, tais questões fizeram com que a lógica positivista tivesse uma derrocada, uma vez que não se conseguia encontrar uma resposta que não remetesse a outros campos do saber, que não somente o direito.

É nesse cenário de descrédito que surge o pós-positivismo, trazendo consigo uma figura do direito que mostraria a resposta. Tal figura é o princípio.

Com tal asserção, os princípios, dentro do viés pós-positivista, ganham uma nova roupagem, fazendo com que o caminho da decisão continuasse dentro da área de estudo e atuação do direito e possibilitasse respostas mais concretas e seguras para essas questões.

3. A PROPOSTA DE ALEXY

Como se pôde atestar, após a digressão realizada no item anterior, a grande guinada que o pós-positivismo faz dentro do contexto dos estudos em hermenêutica jurídica, é trazer ao centro da discussão a finalidade e a importância dos princípios, no que tange a resolução de questões complexas.

O positivismo teve sua derrocada quando se deparou com questões complexas, em que as regras literais não mais conseguiam resolver e, existia o conflito dos limites entre os poderes judiciário e legislativo.

De tal sorte, a retomada e reconfigurada na conceituação de princípios denotou uma gama maior de possibilidades na resolução de tais problemas.

Porém, com tal expansão surge um outro problema. O que seriam princípios e como utilizá-los sem cair no erro a qual se combate – ultrapassar o limite legal e legislar? Tal tese problema é o que molda os contornos de quase todos os pensadores pós-positivistas, que trabalham com cuidado, para não cair dentro da vala combatida.

Dentre estes, o marco teórico a ser utilizado no presente texto, o alemão Robert Alexy, reserva uma obra, para apresentar sua metodologia e enfrentar tal questão. A obra referência é “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

Em tal obra, Alexy trabalha com, pelo menos, duas questões centrais. A primeira delas é a apresentação de sua metodologia e uma conceituação acerca de teoria dos direitos fundamentais, no escopo da constituição alemã.

Como segunda vertente, e já afunilando tal esforço teórico, o autor tece considerações e teses sobre regras, princípios e normas e o uso de tais instituições, dentro da resolução dos problemas e do cotidiano jurídico.

Neste primeiro momento, há necessidade de estabelecer os principais pontos da apresentação teórica e metodológica que Alexy faz sobre sua teoria, deixando para o próximo tópico a imersão no contexto das regras, princípios e normas e as técnicas de interação com o caso concreto.

Já num primeiro quadro, ao iniciar sua explanação, o jurista delimita, como seu campo de estudo, a constituição alemã.

É importante tal apresentação do objeto, pois Alexy busca estudar e refletir os direitos fundamentais dentro de um plano pragmático e literário. Ou seja, busca-se compreender a forma como tais elementos – direitos fundamentais – são dispostos no texto constitucional alemão. Sendo assim, a preocupação de Alexy não é a doutrina ou o debate acadêmico sobre o que é direito fundamental, mas, sim, a disposição que esse tema assume dentro do plano constitucional e, principalmente, o diálogo estabelecido na jurisprudência da corte superior alemã. (ALEXY, 2008)

Já nesse introito, há um salto gigantesco no que condiz com o trabalho de Kelsen. Esse último tinha seu objeto de estudo, conforme estabelecido no item anterior, dentro do texto legal e na hierarquia que existia entre eles. Alexy, por sua vez, utiliza-se da jurisprudência, a fim de moldar uma ferramenta de interpretação do texto constitucional.

E tal ferramenta carrega em si, também, os traços dos costumes e da historicidade, uma vez que é preciso ter elementos para além do direito, como forma de compreensão dos institutos legais.

É importante retornar a ideia de que norma, dentro da ótica pós-positivista, é um gênero cuja espécie são princípios e regras. Porém, antes de adentrar especificamente nessa ramificação, faz-se importante tecer considerações sobre norma e enunciado normativo.

Como norma, Alexy compreende o mandamento que se encontra por de trás da literalidade, enquanto o conteúdo normativo seria a literalidade expressa por si só. Seria dizer que a preposição “todo cidadão terá direito de tratamento igual, respeitando sua especificidade” é um enunciado normativo, no qual se abstrai a norma do princípio da isonomia (ALEXY, 2008, p. 53).

Robert Alexy ensina:

Isso faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo (ALEXY, 2008, p. 54).

Portanto, enunciado normativo é a frase, enquanto que a norma é o significado jurídico de mandamento que se pode retirar do primeiro.

4. PRINCÍPIOS E REGRAS

Passado esse momento introdutório na teoria avançada por Alexy, é preciso se ter, neste momento, um cuidado maior com o que pode ser denominado como o ponto fulcral da teoria do filósofo alemão. Ou seja, a distinção entre princípios e regras.

Conforme talhado no tópico anterior, esses dois institutos são espécies de normas. Tal propositura, para o autor, se funda em que tanto os princípios, quanto as regras devem ser consideradas a partir de serem proposituras que trazem em seu corpo um conteúdo normativo. De forma mais clara, carregam com si deveres, proibições e obrigações.

Para tanto, o que fará com que se proceda a distinção entre tais institutos é sua forma de compreensão. Nesse diapasão, Leticia Balsamão Amorim, em seu artigo, “A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy Esboço e críticas” elenca alguns critérios absorvidos a partir da leitura de Alexy, para tal diferenciação.

Segundo essa autora, o maior critério seria o da generalidade. Com este, os princípios e regras seriam distinguidos a partir do grau de concretude e abstração, que suas proposições trouxessem. Mais de que simplesmente um texto abstrato ou concreto, a autora explica que o cerne se encontra no montante de normas que podem ser extraídas a partir do enunciado analisado.

Portanto, se um mesmo enunciado carrega em seu sentido um único caminho de interpretação, estabelecendo, assim, uma norma concreta, está-se diante de uma regra. Já o princípio traz em seu corpo enunciativo uma gama de normas, que necessitam de uma interpretação mais apurada, dentro dos limites do caso concreto.

Nas palavras da autora:

A generalidade é o mais freqüentemente utilizado. Segundo esse critério, os princípios são normas que possuem um grau de generalidade mais alto que as regras. Exemplo de princípio: liberdade religiosa. Exemplo de regra: “todo preso tem direito a converter outros presos”. Há ainda outros critérios que discutem a determinabilidade dos casos de aplicação; a forma da gênese; segundo este último critério, discute-se, por exemplo, a distinção entre normas criadas e normas desenvolvidas, o caráter explícito do conteúdo valorativo, a referência à idéia do direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para o ordenamento jurídico. Além do mais, as regras e os princípios diferenciam-se se são fundamentos de regras ou se são as próprias regras, ou se tratam de normas de comportamento ou normas de argumentação (AMORIM, 2005).

Ainda em seu artigo, Amorim, apresenta tais diferenças a partir de três teses, quais sejam:

1. Tese de que essa distinção se faz em vão: segundo essa tese, a distinção entre regras e princípios é inútil porque há uma pluralidade de similitudes e diferenças, analogias e dessemelhanças que se encontram dentro da classe de normas que impossibilita a divisão em apenas duas classes. Essa primeira tese, rodeada de ceticismo, entende que nenhum daqueles critérios unilaterais, em razão da sua própria diversidade, serve para fundamentar uma tal distinção. 2. Tese da distinção somente de grau: os seguidores dessa tese sustentam que o grau de generalidade é o critério decisivo. Para Alexy, essa é uma tese frágil. 3. Tese da distinção não só de grau mas também qualitativa: segundo Alexy, essa é a tese correta¹¹, que deve substituir as demais teses. Para ele, esse é um critério que pode distinguir com toda precisão regras e princípios. (AMORIM, 2005).

Portanto, a partir de tais patamares distintivos, já é fácil denotar a diferença entre princípios e regras na percepção de Alexy. Nesse diapasão, para Alexy, princípios seriam normas de otimização, com aplicação realizada em graus. Já as regras seriam normas concretas com aplicação imediata, pelo operador. (ALEXY, 2008)

Para melhor ilustrar, nas palavras do próprio autor:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou princípio (ALEXY, 2008, p. 90-91).

A partir de tais parâmetros para compreensão do que seriam, na visão do autor, regras e princípios, o grande marco da teoria de Alexy é justamente os métodos que ele elabora para quando houver um conflito de regras e um conflito de princípios.

No primeiro caso, das regras, a solução para o autor é simples. Por meio da observação do caso concreto é que se terá um panorama de qual regra irá se aplicar. Porém, quando não for possível o total afastamento da regra, há de ser criada, segundo o autor, as chamadas cláusulas de exceção. Estas últimas, bem como o próprio nome diz, seriam insertos interpretativos de que em específicos casos, a regra condicionada a este ou não valerá ou terá parcial efeito. Isso, a depender da especificidade do caso.

Na explicação de Alexy:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso de alarme de incêndio. (ALEXY, 2008, p. 92).

Portanto, diante do exemplo elucidativo de Alexy, a regra não é tornada totalmente inválida, tendo adaptada a ela, diante de um caso concreto, uma cláusula que torne seu efeito não válido, naquele momento.

No caso de princípios, Alexy atenta para o que chama de colisão entre princípios. Para o autor, tal método de resolução para esse embate deve ser compreendido de maneira totalmente diversa do caso das regras.

Na explicação do autor:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. 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, da dimensão do peso (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Diante de tal explicação, é possível denotar que o método de Alexy para resolver a colisão entre princípios, é o de atribuir peso aos princípios dispostos e verificar, a partir do caso concreto, qual peso tem maior valor.

O peso que tiver valor maior, será o princípio utilizado. Ressalta-se que apesar da nomenclatura colisão, Alexy não se refere a uma operação em que um princípio invalida o outro, mas de um choque de pesos entre dois ou mais princípios, para que se possa extrair o que melhor se configura para o caso. É tal método que Alexy denomina como ponderação (ALEXY, 2008).

5. TENTATIVA DE METODOLOGIA HERMENÊUTICA A PARTIR DE ALEXY

Após traçar esse percurso descritivo, no contexto do pensamento de Robert Alexy, é necessário que se aprofunde em algumas considerações, a fim de propiciar um norte para esse trabalho.

Como descrito desde o início, a presente obra busca uma reflexão acerca da literalidade do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe sobre a obediência dos entes da Administração Pública direta e indireta aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Diante da redação do dispositivo mencionado, é fácil denotar que a Administração Pública deverá observar os princípios ali elencados. Contudo, por mais que o texto constitucional proponha a alcunha de princípios, seria mesmo tais dispositivos princípios? Ou seriam regras, dentro da perspectiva de Alexy?

Para responder tal questão, é necessário ter em mente, diante da leitura do filósofo alemão, as seguintes considerações.

Para Alexy, princípios são normas de otimização, cujo alto grau de abstração faz com que o sentido ali disposto deva ser considerado a partir de uma análise diante do caso concreto e do contexto jurídico a que se refere.

Portanto, o princípio é uma norma que não tem uma aplicação – no sentido de interpretação – imediata. Deve-se sempre ter uma compreensão mais aprofundada, para que se possa revelar o sentido do princípio utilizado, diante do caso concreto em análise.

Em um segundo ponto, Alexy considera princípio apenas as normas que são inerentes e dizem respeito à condição fundamental do cidadão.

A partir de tais considerações, a primeira vista, então, não se estaria diante de princípios, dentro da concepção alexyana, no que tange à compreensão do dispositivo em comento, mas, sim, de regras.

Porém, vale lembrar que as regras são normas de aplicação imediata, por demonstrarem dentro de seu conteúdo normativo um comportamento, que não necessita de uma ampla interpretação. Em outras palavras, a regra dispõe sobre o famoso é ou não é.

Sendo assim, ao considerar que o disposto no caput do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, seriam regras e não princípios, deveria se ter em mente já um significado direto de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Tal missão não é possível, uma vez que tais termos dão diversos significados, não sendo viável, sem a compreensão do caso concreto, de tecer um único significado.

Daí, então, cai-se novamente no caminho de que a literalidade descrita no art. 37 da CR/88, é a de um princípio e não de uma regra. Mas será mesmo?

Tal resposta, ao ver do presente trabalho, é que a forma mais correta de se compreender o disposto no dispositivo em comento é o da opção por se tratar de princípios e não de regras. É importante ressaltar que quando Alexy preconiza a conceituação de princípio como normas que reflitam e preconizam um direito individual, o autor se refere a uma proteção não apenas da figura da pessoa em si, mas de seu âmbito social, profissional, político.

Portanto, há de se ter em mente uma gama de situações que compreendem o direito fundamental do sujeito. Por esse sentido, então, não seria um direito fundamental

para o sujeito administrado pela Administração Pública uma garantia de que essa seguirá suas funções e designações, dentro do proposto no caput do art. 37 da CR/88?

O fato da Administração Pública lidar com questões e, além disso, ter poder de interferir na vida do sujeito individual não poderia ocasionar uma lesão a algum direito fundamental desse último?

É notório que a resposta para tal problematização caminha, com passos muito largos, para o sim. Portanto, dessa forma, os princípios dispostos no art. 37, caput da CR/88, devem sim, ser lidos como princípios, dentro de uma visão alexyana.

A fim de tornar ainda mais acertada tal compreensão, é fácil vislumbrar tal resposta a partir da premissa de que o direito é um campo único, dividido em ramos. Dito isso, tem-se que existem normas gerais, que se aplicam a todos os ramos do direito. Os chamados direitos fundamentais são exemplos claros disso.

Não há como vislumbrar em qualquer área de atuação do direito, alguma ação que não observe – mesmo que de formas diversas – princípios fundamentais constitucionais, tal como a dignidade da pessoa humana.

Portanto, ao aplicar um princípio, o operador do direito, em sua fundamentação, estará observando limites de outros princípios, para tal prática.

Sendo assim, mesmo que haja uma colisão de princípios, o resultado dessa, não é a exata erradicação do princípio derrubado.

Apenas que diante do caso apresentado, o princípio prevalecente era melhor para se alcançar a resposta almejada.

Por tal norte, há, ainda que se opere por uma colisão de princípios, uma interligação dos princípios fundamentais, que faz com que haja um entrelaçamento entre os princípios no momento da colisão.

Portanto, não há outro caminho a não ser o de creditar aos princípios da Administração Pública, a alcunha conceitual, dentro do parâmetro ao delineado, de princípios.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho científico teve como objetivo delinear e expor a teoria dos direitos fundamentais do filósofo alemão Robert Alexy, trazendo à toda uma metodologia de interpretação e concepção acerca do que seria as normas dentro de um patamar constitucional.

Sendo assim, saber fazer tal apreciação é, entre outras coisas, buscar uma linha de raciocínio e de aplicabilidade para regras e princípios.

O trabalho foi dividido em três importantes momentos a partir da análise de sua teoria (Robert Alexy), sendo: em primeiro momento abordada a metodologia e as considerações iniciais, na qual, é notória a importância do diálogo entre norma e enunciado normativo.

Alexy trabalha a apresentação de sua metodologia e uma conceituação acerca de teoria dos direitos fundamentais, no escopo da constituição alemã.

Como segunda vertente, o autor tece considerações e teses sobre regras, princípios e normas e o uso de tais instituições, dentro da resolução dos problemas e do cotidiano jurídico.

E em terceiro momento, ainda dentro dessa ótica, é apresentada a metodologia de Alexy, no momento em que há um conflito de princípios. Nesse sentido, um caso concreto, na maioria das vezes, apresenta uma série de regras e princípios que podem ser utilizados.

Diante disso, foi possível verificar que o método de Alexy para resolver a colisão entre princípios, é o de atribuir peso aos princípios dispostos e verificar, a partir do caso concreto, qual peso tem mais valor.

O peso que tiver valor maior, naquela situação, será o princípio utilizado. Ressalta-se que apesar da nomenclatura colisão, Alexy não se refere a uma operação em que um princípio invalida o outro, mas de um choque de pesos entre dois ou mais princípios, para que se possa extrair o que melhor se configura para o caso.

Portanto, ao aplicar um princípio, o operador do direito, em sua fundamentação, estará observando limites de outros princípios, para tal prática.

Sendo assim, mesmo que haja uma colisão de princípios, o resultado desse conflito, não acarreta na erradicação do princípio não aplicado.

Também como objetivo deste trabalho científico, a análise da teoria de Robert Alexy, buscando entendimento acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88).

Tal dispositivo trata dos chamados princípios da Administração Pública, que dispõe sobre a obediência dos entes da Administração Pública direta e indireta aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Por fim, entendeu-se, que os princípios dispostos no art. 37, caput da CR/88, devem sim, ser lidos como princípios e não como regras, dentro de uma visão alexyana.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a filosofia do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy Esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, jan./mar. 2005. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf. Acesso em: 22 nov. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos**. 10ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15. mar. 2019.

CORDEIRO, Eros Belin De Moura. Direito Natural, Positivismo e Pós-Positivismo: compreensões a partir da História. **RAÍZES JURÍDICAS**, Curitiba, v. 3, n. 2, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/viewFile/180/150>. Acesso em: 22 nov. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como Aplicar o Direito**: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica-política). 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2008.