

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL EM DIREITO CONSTITUCIONAL
(MINTER)

LOURENÇO TEIXEIRA MENEZES

PRINCÍPIOS EM DWORKIN E ALEXY:
ANÁLISE DAS DIFERENÇAS ENTRE AS CONCEPÇÕES E SOBRE SEU IMPACTO NA
INTERPRETAÇÃO

TERESINA -
PI 2023

LOURENÇO TEIXEIRA MENEZES

**PRINCÍPIOS EM DWORKIN E ALEXY:
ANÁLISE DAS DIFERENÇAS ENTRE AS CONCEPÇÕES E SOBRE SEU IMPACTO NA
INTERPRETAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP.

Orientador(a): Prof(a). Dr(a). João Paulo Bachur

**TERESINA -
PI 2023**

M543 Menezes, Lourenço Teixeira
Princípios em Dworkin e Alexy: análise das diferenças entre as concepções e sobre
seu impacto na interpretação / Lourenço Teixeira Menezes. – Brasília: IDP, 2023.

87 f.

Inclui bibliografia.

Dissertação de Mestrado – Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Curso de Mestrado Interinstitucional em
Direito Constitucional, Brasília, 2023.

Orientador: Prof(a). Dr(a). João Paulo Bachur.

1. Alexy. 2. Dworkin. 3. Incompatibilidade. 4. Discricionariedade. I.
Título.

CDD: 340

LOURENÇO TEIXEIRA MENEZES

**PRINCÍPIOS EM DWORKIN E ALEXY:
ANÁLISE DAS DIFERENÇAS ENTRE AS CONCEPÇÕES E SOBRE SEU IMPACTO NA
INTERPRETAÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP.

Orientador(a): Prof(a). Dr(a). João Paulo Bachur

Brasília, 11 de julho de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Dr.(a) João Paulo Bachur
Orientador(a)

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof.(a) Dr.(a) Ademar Borges de Sousa Filho

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Interno

Prof.(a) Dr.(a) Georges Abboud

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Externo

Dedico o esforço traduzido neste modesto trabalho à minha família, que sempre serviu-me de suporte e inspiração para enfrentamento dos mais diferentes obstáculos e desafios.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O MODELO DE PRINCÍPIOS EM DWORKIN.....	13
1.1 O POSITIVISMO EM HART.....	13
1.2 A MORAL EM DWORKIN COMO ELEMENTO NORMATIVO.....	17
1.3 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	21
2 O MODELO DE PRINCÍPIOS EM ALEXY.....	28
2.1 O NÃO-POSITIVISMO DE ALEXY.....	28
2.2 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	33
3 O COTEJO ENTRE OS DOIS MODELOS DE PRINCÍPIO DE DWORKIN E ALEXY	44
3.1 FATORES DE APROXIMAÇÃO ENTRE AS DUAS TEORIAS.....	44
3.2 FATORES DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE AS DUAS TEORIAS.....	53
4 OS MODELOS DE PRINCÍPIO EM ALEXY E DWORKIN: INCOMPATIBILIDADE E DISCRICIONARIEDADE.....	69
4.1 INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS MODELOS DE PRINCÍPIOS EM ALEXY E DWORKIN.....	69
4.2. OS MODELOS DE PRINCÍPIOS DE DWORKIN E ALEXY FRENTE À DISCRICIONARIEDADE.....	72
CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS.....	80

RESUMO

O presente trabalho abordou a temática dos princípios escolhendo os modelos de Dworkin e Alexy para um estudo analítico de ambas as teorias, no que pertine a diversos aspectos que as diferenciam e que podem influenciar na interpretação jurídica. O problema de pesquisa a nortear o trabalho formulou-se na pergunta: Quais as diferenças entre as concepções de Dworkin e Alexy, se as mesmas são incompatíveis, e em que medida tais diferenças podem atribuir uma maior ou menor margem de discricionariedade na interpretação? **O objetivo geral da pesquisa** consistiu em descrever e analisar as diferenças entre as concepções de princípios de Dworkin e Alexy e em que medida tais diferenças impactariam na margem de discricionariedade na interpretação. Os **objetivos específicos** foram: 1) Descrever a concepção de princípios em Dworkin; 2) Descrever a concepção de princípios em Alexy; 3) Analisar as diferenças entre as referidas concepções e se tais diferenças as tornam incompatíveis; 4) Analisar em que medida tais diferenças podem impactar de forma diferente na margem de discricionariedade na interpretação jurídica. Quanto à **metodologia**, a pesquisa teve caráter bibliográfico utilizando-se o método dedutivo para fins de análise das diferenças e com vistas a tecer uma conclusão acerca da incompatibilidade e margem de discricionariedade que possam apresentar as teorias. A pesquisa concluiu que as diferenças entre as teorias dos princípios de Dworkin e Alexy são relevantes, uma sendo uma teoria substantiva que entende os princípios como razões que apontam numa ou noutra direção e visa a estabelecer o que a prática jurídica requer com base na Moral da comunidade política, atendendo-se às contrições legislativas e jurisdiciárias (precedentes), sempre buscando a ideia de integridade, a outra sendo uma teoria estrutural-discursiva que parte do conceito de princípios como mandamentos de otimização e baseada na técnica da ponderação com uso da máxima da proporcionalidade para a resolução de conflitos entre os princípios. Desse modo, as diferenças entre as duas teorias levam a que as mesmas sejam incompatíveis e que a escolha entre uma ou outras teorias levem a resultados diversos, bem como em relação à discricionariedade a teoria de Alexy possibilita margem de discricionariedade em certos casos que não possibilita a teoria de Dworkin.

Palavras-chave: princípios; Alexy; Dworkin; diferenças; incompatibilidade; discricionariedade.

ABSTRACT

This work took approach about the principles choosing the Dworkin and Alexy's models in order to make an analytical study on the two theories, stressing their differences and the way how these differences can influence the law interpretation. The survey's problem is in the following question: What are the differences between the Dworkin and Alexy's models, if they are incompatibles and in which measure can their differences imply in the discretionarity on law interpretation? The general goal of this survey consisted in to describe and analyze the differences between Dworkin and Alexy's models and if they could turn their theories incompatible one with the another and if in any to the theories was possible any space for discretionarity. The specific goals were: 1) to describe the Dworkin's theory ; 2) to describe Alexy's theory; 3) to analyze the differences between their theories and if they are incompatible;

4) to analyze if there is possibility to some space for discretionarity on these theories. About the methodology, the survey has a bibliographic character with use of the deductive method in order to analyze the differences between the two theories and to get a conclusion about incompatibility and discretionarity in the two models. The survey concluded that the differences between Dworkin an Alexy's theories are relevant, one being a substantive theory on which the principles are reasons that point to one or another direction and shed light about what the law enacts taking in account the political morality in the community, with attention to the legislative and jurisprudence constrictions, always trying to reach the integrity principle, the another being a structural-discursive theory which adopts the concept about principles as optimization requirements and based in the ponderation technique with the use of proportionality maxim as a mean to solve principles conflicts. At the end, the differences between the two theories as relevant as they are, make both theories incompatibles and the choice for one or another can lead to different results, and may be add that adoption of Alexy's theory can make possible discretionarity in some cases which Dworkin's theory absolutely deny to exist to any case in law interpretation.

Keywords: principles; Alexy; Dworkin; differences; incompatibility; discretionarity.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação propõe-se a abordar a temática dos princípios enquanto categoria normativa que se justapõe ao lado das regras e que, diferente dessas, são o veículo de inserção de elementos morais no direito visando superar a discricionariedade judicial enquanto recurso a que recorria o positivismo jurídico normativista para se alcançar a interpretação do direito nos casos em que a solução fosse problemática seja por se estar diante de um *hard case*, seja ainda porque o a ciência do direito trabalharia somente com a delimitação da moldura da norma sendo que estaria fora da ciência jurídica a aplicação do direito ou a escolha entre uma ou outra interpretação que seria, na verdade, uma questão de política judiciária consoante Kelsen na sua Teoria Pura do Direito.

Essa concepção dos princípios difere-se da antiga concepção em que os princípios eram entendidos como uma fonte suplementar do direito em caso de lacuna normativa, e cuja aplicação não vincularia o juiz para os novos casos que se seguissem.

Por isso, Oliveira(2007) chama a esses princípios, nessa nova concepção, de princípios pragmáticos-problemáticos para diferencia-los da concepção positivista dos princípios até então corrente.

Daí, revelada a limitação do positivismo e inserção dos princípios no campo do direito, surgem diferentes teorias acerca dos princípios. Dentre as mais destacadas, dentre elas, são os modelos de princípios de Alexy e Dworkin. Dessa forma, o assunto a abordar nesse trabalho são os princípios jurídicos nessa nova concepção, delimitando-se a abordagem com a escolha dos autores Alexy e Dworkin, visando analisar as referidas teorias e verificar o que propugnam quanto a aplicação dos princípios no direito.

O operador do direito lida com essa concepção de princípios enquanto norma jurídica e o estudo analítico e comparativo das concepções dos autores citados traz, em decorrência, um aprofundamento quanto ao entendimento dos princípios como elemento normativo, sendo que a adoção de um ou outro modelo poderá impactar no resultado da interpretação.

Existe ainda uma certa incompreensão acerca do que consistem os modelos de Alexy e Dworkin na abordagem dos princípios, e tal é refletido em como os referidos autores são, frequentemente, postos como estando lado a lado, quando, na verdade, os modelos de princípios de cada qual possuem relevantes diferenças, que refletem numa incompatibilidade entre os modelos, bem como a opção pela adoção entre um e outro pode levar a resultados diferentes em termos de interpretação, assim como um dos modelos possibilita uma margem de

discricionariedade que não se apresenta no outro. Tudo isso faz relevante e atual a presente investigação.

Dito isso, a **pergunta de pesquisa** que norteou o trabalho assim se formula: Quais as diferenças entre as concepções de Dworkin e Alexy, se as mesmas são incompatíveis, e em que medida tais diferenças podem atribuir uma maior ou menor margem de discricionariedade na interpretação?

O objetivo geral da pesquisa consistiu em descrever e analisar as diferenças entre as concepções de princípios de Dworkin e Alexy e em que medida tais diferenças impactariam na margem de discricionariedade na interpretação.

Os **objetivos específicos** foram: 1) Descrever a concepção de princípios em Dworkin; 2) Descrever a concepção de princípios em Alexy; 3) Analisar as diferenças entre as referidas concepções e se tais diferenças as tornam incompatíveis; 4) Analisar em que medida tais diferenças podem implicar ou não alguma discricionariedade na interpretação jurídica.

Quanto à **metodologia**, a pesquisa teve caráter bibliográfico utilizando-se o método dedutivo para fins de análise das diferentes teorias, buscando-se estabelecer suas diferenças e analisar se e em que medida essas diferenças podem tornar os referidos modelos incompatíveis bem como que se uma ou outra teoria admite ou não certa margem de discricionariedade na interpretação.

A importância da pesquisa sobre o tema descrito **justifica-se** porquanto tais concepções são manipuladas pelo operador do direito não só no direito em geral como na hermenêutica constitucional relativa aos direitos fundamentais. O aprofundamento quanto ao estudo da temática pode contribuir para uma melhor compreensão das diferenças das referidas teorias e quanto a aplicação dos princípios na interpretação constitucional.

O Estado de direito é um Estado de Direitos Fundamentais, pois assegura ao homem a autonomia perante os poderes públicos, respeito à dignidade da pessoa humana e empenho na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade

Definir os princípios fundamentais da República e do Estado, e os Direitos Fundamentais dos cidadãos, é definir o alcance da própria Constituição como lei fundamental para garantir esses direitos.

Os Direitos Fundamentais relacionam-se diretamente com o princípio democrático e a sua efetividade se traduz pelos modos de garantia e sua preservação na própria Constituição.

A efetivação dos Direitos Fundamentais, por sua vez, se dá estabelecendo-se operações de concordância prática entre eles mediante relações de complementariedade, de condicionamento e conjugação.

Para atingir tal fim, necessário o estudo do caráter normativo dos Direitos Fundamentais, especialmente dado o caráter mais aberto de tal catálogo o que impõe sejam utilizadas técnicas interpretativas diferentes do usual no direito ordinário para lograr que os mesmos sejam efetivados na sua máxima concretude.

Em tal horizonte, e com vistas a contribuir com tal tipo de estudo, a presente pesquisa abordou, como mencionado acima, a teoria dos princípios jurídicos, em especial analisando-se as diferenças entre as teorias de Dworkin e Alexy.

Para Alexy, uma distinção entre regras e princípios é essencial na compreensão de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais. Nas suas palavras:

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta a pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 85).

Na sua obra “teoria da argumentação jurídica” ele lança as bases da racionalidade para fins de lidar com a ideia de otimização dos princípios.

Em sua concepção, o discurso jurídico constitui um caso especial do discurso prático geral. Assim como todo discurso prático geral, o discurso jurídico diz respeito a questões práticas (isto é, do agir), cujas soluções implicam uma pretensão de correção o que justifica ser o discurso jurídico um discurso prático geral. Por outro lado, o discurso jurídico se diferencia de outras formas de discurso prático geral por ter uma característica que tais outras formas não possuem, a saber, o vínculo à lei, aos precedentes e à dogmática.

Central nessa sua concepção é a ideia de que o direito tem uma dimensão moral além da dimensão puramente positiva. Essa dimensão moral aparece através da pretensão de correção que possui o discurso jurídico.

Dessa forma, tem-se de um lado o princípio da segurança jurídica, que representa a dimensão real ou positiva do direito, e de outro lado, o princípio da justiça ou correção material, que representa a dimensão ideal ou moral. Pontifica Alexy:

O princípio da segurança jurídica é um princípio formal. Ele exige um compromisso com aquilo que foi estabelecido autoritativamente e é socialmente eficaz. O princípio da justiça é um princípio material ou substantivo. Ele exige que a decisão seja moralmente correta. Esses dois princípios, como princípios em geral, podem colidir, e de fato eles frequentemente colidem. Um nunca pode tomar o lugar do outro completamente, ou seja, em todos os casos. Ao contrário, a dupla natureza do direito exige que eles sejam considerados reciprocamente em uma proporção correta. Na medida em que essa proporção correta é obtida, é alcançada a harmonia do sistema jurídico (ALEXY, 2014, p. 362–363).

Contudo, a inserção dessa pretensão de correção quando se está na alçada dos princípios não se dá de forma arbitrária, mas no âmbito de racionalidade alcançada através da ponderação uma vez que é possível fundamentar juízos de valor e dever.

Na teoria discursiva de Alexy a aplicação do direito recebe um novo foco, pois a argumentação passa a integrar o direito. Alexy postula que a discricionariedade seja do juiz, seja do legislador é consideravelmente diminuída uma vez que a lacuna da teoria kelseniana consistente num método que pudesse apontar qual a melhor interpretação dentro das várias possibilidades de aplicação de uma norma superior pela norma inferior (lei para com a constituição, decisão judicial para com a norma legal) é agora preenchida pela argumentação jurídica e pela teoria dos princípios.

Para Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização e nisso reside a especificidade de sua concepção. Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.

Em resumo, os princípios: 1- são satisfeitos em graus variados; 2- a medida de sua satisfação depende de possibilidade fáticas e jurídicas; 3- o grau de satisfação não é determinado pelo próprio princípio; e 4- seu objetivo é resguardar direito e servir de parâmetros axiológicos. A ponderação seria aplicada através da máxima da proporcionalidade que a partir da atribuição de valores forte, médio, ou fraco ao grau de satisfação e afetação dos princípios, lograr-se-ia quase matematicamente estabelecer-se qual princípio prevaleceria numa dada hipótese de aplicação.

Por sua vez, para Dworkin direitos fundamentais devem ser abordados à luz de princípios extraídos da Constituição, princípios que consistem em exigências de moralidade política na relação entre o Estado e os cidadãos.

Os princípios são intrinsecamente questões de moralidade política, pois estabelecem limites, padrões morais, à ação do Estado, impondo a este tanto deveres negativos quanto positivos, de acordo com parâmetros de justiça. Segundo essa visão, os princípios estão sujeitos a constante renovação e evolução, e o conjunto de decisões que os vão reconhecendo formam um todo coerente de princípios, numa ligação em cadeia que caracteriza a concepção dworkiniana do direito como integridade. . A integridade pede que “os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por **um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo**, e pede-lhes que os apliquem aos

novos casos que se lhes apresentem, **de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.**” (DWORKIN, 1999, grifou-se)

Em Dworkin, os princípios são razões que apontam numa ou noutra direção e a solução para uma colisão de princípios será dada pelo maior grau de importância do princípio que, em outro caso, pode ser posto de lado porquanto o outro ser agora mais relevante.

Em Dworkin, a interpretação do direito é construtiva e não conversacional(ou histórica), e a melhor interpretação é sempre aquela que se volta aos princípios como exigências de moralidade política (justiça, equidade e devido processo legal adjetivo) atendido a ideia de integridade, e que possibilita a reformulação da prática jurídica para atender-se o que a finalidade da prática atualmente requer.

Dessa forma, e seguindo a ordem dos objetivos específicos propostos, a presente dissertação trabalhará no primeiro capítulo com o modelo de princípios em Dworkin, abordando sua crítica ao positivismo de Hart, e como a moral pode se configurar em elemento normativo, servindo-se dos princípios. Ao mesmo tempo descreve-se a diferenciação entre princípios e regras na ótica de Dworkin.

No capítulo 2 detalhar-se-á o modelo de princípios em Alexy, analisando-se sua crítica ao positivismo, como a moral é introduzida como elemento normativo no direito, com um caráter discursivo, e como os princípios se diferenciariam das regras pela conceituação de princípios como mandamentos de otimização e com base numa técnica própria de solução de conflitos consistente na ponderação com o uso da máxima da proporcionalidade.

No capítulo 3 será analisado inicialmente os fatores de aproximação das teorias de Alexy e Dworkin, passando-se a seguir à análise das diferenças entre as duas concepções, muitas das quais decorrem especialmente de uma teoria ser caráter substantivo e a outra estrutural- discursiva.

No capítulo 4, por fim, será abordado as diferenças tornam referidos modelos de princípios incompatíveis, visto que os resultados de cada abordagem podem resultar em diferentes resultados, bem como se as referidas teorias possibilitam ou admitem alguma margem de discricionariedade na interpretação jurídica.

Espera-se que a leitura do presente trabalho sirva de fomento ou contribuição para o aprofundamento da discussão dos princípios considerados enquanto elemento normativo ao lado das regras, trabalho esse conduzido através da investigação aos modelos de princípios de dois mais conhecidos autores da atualidade: Dworkin e Alexy, cujo resultado se expõe na presente dissertação.

1 O MODELO DE PRINCÍPIOS EM DWORKIN

O não positivismo principialista como teoria normativa cujo principal caráter é a integração dos princípios ao campo normativo e não apenas como fonte de preenchimento de lacunas no direito, tem em Dworkin um dos seus principais teóricos.

Dworkin procura estabelecer que o modelo do positivismo que se caracterizaria pela sua referência normativa constituir-se apenas de regras jurídicas estabelecidas pela autoridade instituída numa sociedade, regras estas que seriam as únicas normas aceitas com caráter vinculante da conduta dos indivíduos da sociedade, é um modelo insuficiente para a compreensão do que se identifica como direito(1.1).

Os argumentos de fundo moral(1.2) poderiam, também, se inserir no direito como elemento integrador do ordenamento e, de fato, seriam levados em consideração nas decisões judiciais. Os princípios constituir-se-iam em um dos veículos das razões de fundo moral configurando-se em elementos normativos a se levar em conta em uma decisão judicial nos casos difíceis. Dessa forma, não se teria apenas regras, mas princípios como elementos normativos que são diferentes do modelo de regras(1.3), apresentado uma configuração própria delineada no modelo de integridade de Dworkin.

1.1 O POSITIVISMO EM HART

Dworkin com seu modelo normativo confronta a base do modelo positivista. Escolhe o modelo de Hart para tecer sua crítica à teoria positivista.

O modelo positivista propõe que somente o que for estipulado pela autoridade instituída é direito, dessa forma diferenciando o direito das ciências sociais, da moral, do chamado direito natural, de modo que fontes do direito seriam somente as regras postas pela autoridade estabelecida como tendo poderes para tal segundo aceito pela sociedade.

Em Hart o direito é um sistema de regras primárias e secundárias. São regras estatuídas por uma autoridade ou aceitas pela sociedade como válida na regulação de sua conduta por ser aplicável pela autoridade. As regras primárias estipulam as ações que os indivíduos devem ou não fazer. São as permissões e obrigações jurídicas. Já as normas secundárias não objetivam regular a conduta dos indivíduos, mas trazem estipulações pertinentes às regras primárias.

Nas palavras de Hart(1994, p. 104) elas “Especificam os modos pelas quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e alteradas, bem como o fato de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável.”

Enquanto na Teoria Pura de Kelsen tem-se a norma fundamental no ápice do arcabouço normativo, como sendo a norma pressuposta que estipula que se deve obedecer a primeira norma legislada, a Constituição, em Hart tal papel é desempenhado pela norma secundária de reconhecimento, que seria um fato social. A regra de reconhecimento(HART, 1994, p. 104) especificará os aspectos ou características que as regras devem ter para possuir força de autoridade e, assim, integrarem o ordenamento jurídico positivo. A regra de reconhecimento depende da aceitação pela comunidade, não decorrendo de promulgação legislativa.

Ao lado da regra de reconhecimento, como regras secundárias, tem-se as regras de alteração. Estas conferem poder a certos indivíduos ou grupo para criar, reformar ou extinguir regras primárias.

Como terceira espécie de regras secundárias tem-se as regras de julgamento, que como o nome diz, dão poder a certos indivíduos para decidir, em casos concretos, se foi ou não violada uma regra primária, e estipulam, ainda, o procedimento a seguir.

A obrigação jurídica então mantém sua dissociação com relação à obrigação moral, tendo em vista que a Moral e Direito estão em âmbitos separados. A moral refere-se à concepção do justo e injusto, bom ou mau, dotado de uma certa pressão social. Essa pressão social pode consistir numa reação hostil ou crítica à conduta do indivíduo que gera uma desaprovação, daí que depende essencialmente do aspecto interno do indivíduo quantos aos sentimentos de vergonha, remorso ou culpa. Mas tal obrigação moral é diferente da obrigação jurídica, uma vez que o binômio do direito refere-se ao lícito ou ilícito e que incrementa uma vinculação de obrigatoriedade cuja desobediência é hábil a atrair uma forma de controle social sob forma de punição ou pena.

Dessa forma, o direito ainda que injusto ou iníquo, não perde sua validade.

Deve-se ressaltar para a textura aberta do termo “moral” que em textos é apresentada com vários significados, como a moral de um determinado indivíduo na sua forma particular de conceber sua forma de conduzir ou de comportar-se, ou mesmo pela referência à moral como qualquer regra não-jurídica.

Hart aborda a moral da sociedade ou grupo social vez que esta é que se aproxima da regra jurídica.

Apresenta(HART, 1994, p. 188–195) como características comuns da regra moral: sua importância, a imunidade à alteração deliberada, o caráter voluntário dos delitos morais e a forma de pressão.

A moral é tida como *regra de grande importância* pelos indivíduos como necessária para manutenção de interesses vitais do grupo. Assim, difere de regras menos importantes como de vestuário ou etiqueta.

A regra moral é *immune à alteração deliberada ou intencional*. Desse modo, é incompatível com a moral o procedimento de criação, alteração ou extinção de regras jurídicas por ato legislativo. Nas palavras de Hart(1994, p. 190–191) “[...] é incoerente com o papel desempenhado pela moral na vida dos indivíduos que as regras, princípios ou padrões morais possam ser encarados, como o são as regras jurídicas, como algo passível de criação ou alteração por acto[*sic*] intencional.”

Não significa que a regra moral não seja passível de alteração, ocorre que o modo como tal se dá decorre do desuso, pelo fato de uma determinada norma moral deixar de ser praticada na sociedade.

A terceira característica da regra moral seria o *caráter voluntário dos delitos morais* de modo que seria não passível de censura quem violasse uma regra ou princípio moral de forma não intencional.

Contudo, no direito, vê-se que a regra jurídica restringe ou limita tal requisito intencional, visto que admite-se, em certos casos, tanto a responsabilidade objetiva como o conceito de precaução ou diligência normal do homem médio.

A última característica arrolada por Hart é a *forma de pressão moral* que não consiste na punição, castigo ou ameaça típica da regra jurídica, mas na pressão decorrente do apelo à obediência às regras como realidades importantes em si mesmas partilhados pelos respectivos destinatários. Nas suas palavras:

Claro que tais apelos caracteristicamente morais são por vezes acompanhados de ameaças de castigo físico ou de apelos ao interesse pessoal comum; os desvios do código moral são objecto[*sic*] de muitas formas diferentes de reação social hostil, as quais vão desde expressões relativamente informais de desprezo até ao corte de relações sociais ou ostracismo. Mas a lembrança carregada de ênfase do que as regras exigem, os apelos à consciência e a confiança no funcionamento da culpa e do remorso são as formas características e mais salientes da pressão usada para apoiar a moral social.(HART, 1994, p. 195)

Importante mencionar ainda a doutrina do direito natural. Este consistiria de razões racionais de caráter universal de onde se poderia inferir por dedução lógica regras de direito ou de preceitos morais. Seria como que um grau acima das regras jurídicas ou morais. No caso das

regras jurídicas, enquanto concepção jurídica, a norma de direito natural seria a norma primeira de um sistema jurídico cuja norma positivada de maior hierarquia a ela deveria subordinação e com ela manteria uma relação de validade dependente, de modo que o critério de invalidez/validade último não se daria comparativamente com a Constituição, mas com a norma de direito natural, uma vez que ela se sobreporia às normas constitucionais.

As normas de direito natural caracterizam-se por decorrerem da própria natureza humana, como consequência sendo também universais e imutáveis, de modo que não variam seja pelo decorrer da história seja em função de uma ou outra cultura ou sociedade, e, por fim, estariam no ápice do arcabouço jurídico. Nas palavras de Garcia Amado(2021, p. 160, tradução nossa), “A norma positiva contrária ao direito natural não é lei, senão corrupção da lei, falso direito. O direito natural viria, assim, a ser uma espécie de direito ‘supraconstitucional’ de todo sistema jurídico”¹

No positivismo, contudo, regras morais ou jusnaturais são dissociadas das regras jurídicas, sendo que estas têm existência independente daquelas.

Outro elemento importante na abordagem da doutrina positivista é o relativo à decisão judicial.

Suponha-se o caso hipotético da regra moral, dado pelo próprio Hart, que aponta para a obrigação de tirar o chapéu ao se adentrar na igreja. Para a inferição da regra tem-se o exemplo como fator de guia da conduta, a compreensão obtida pelo senso comum e pelo conhecimento das coisas e intenções das pessoas em certas ocasiões. Desse modo, o filho simplesmente ao observar a conduta do pai, pode inferir o que a regra requer. No direito, ao contrário, tem-se apenas uma descrição em linguagem escrita com indicação do que deve e não se deve fazer. Portanto, o veículo de comunicação ou expressão da obrigação jurídica é mais limitado do que da obrigação moral, vez que esta última não se limita apenas à linguagem escrita, mas inclui elementos outros obtidos pela imitação e pelo senso comum, do que ordinariamente acontece e se pode inferir da conduta das pessoas. Desse modo, a linguagem escrita pode ser carregada de uma textura aberta, o que pode tornar incerta o disposto na regra jurídica.

Haverá, assim, casos simples em que as expressões gerais do direito são claramente aplicáveis, porém, casos haverá que não é claro se se aplicam ou não. Os cânones interpretativos podem ajudar a trazer algum esclarecimento, mas não eliminam de todo as incertezas, visto que também são constituídos de termos gerais, que por sua vez, também podem estar sujeito à interpretação, o que, em razão disso, termina por não resolver a questão da incerteza.

¹ “La norma positiva contraria al derecho natural no es ley, sino corrupción de ley, falso derecho. El derecho natural vendría, así, a ser una especie de derecho “supraconstitucional” de todo sistema jurídico.”

Os termos gerais são úteis porquanto como meio de comunicação remetem a casos familiares sobre os quais existem um certo consenso, contudo haverá casos em que ocorrerá dissenso.

Hart(1994, p. 139) cita o exemplo do veículo. “Se existir algo qualificado como um veículo, um automóvel é-o certamente” mas haverá situações em que é incerto o que nessa expressão possa ser incluído, “A expressão ‘veículo’ usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?”

Essa incerteza decorreria do fato de nos casos complexos ocorrer alguns aspectos dos casos simples, mas faltarem outros. Tem-se, aí, uma espécie de crise da comunicação escrita. A solução para esses casos complexos ocorre com a escolha dentre os interesses concorrentes por aquele que ao final será considerado a finalidade de proteção da norma pelo órgão julgador. Esse procedimento, no positivismo de Hart, é considerado como estando no âmbito da discricionariedade do julgador, não havendo balizas no ordenamento que autorizem a decisão em uma ou outra direção, de modo que nesse momento o julgador estaria fazendo as vezes do legislador criando e estabelecendo direito novo.

Essa discricionariedade vai ser objeto do embate de Dworkin com o positivismo pois ele passa a afirmar a insuficiência do modelo positivista e que essa insuficiência estaria justamente na negação da moral, enquanto elemento integrante do sistema normativo.

Dworkin adota então um sistema em que ao lado sistema legislado, elementos morais podem constituir-se em elemento normativo no direito(1.2) conforme a ideia de integridade.

1.2 A MORAL EM DWORKIN COMO ELEMENTO NORMATIVO

Dworkin considera o positivismo como um modelo unicamente de regras, e, por isso mesmo, esse modelo ignoraria a existência de outros padrões que não fossem regras. O positivismo usa um teste de pertinência consistente no exame de validade da regra, que ele denomina teste de *pedigree*, e que consiste na verificação se uma instituição que promulgou a lei é competente ou se há um precedente para o futuro conforme extraído das decisões judiciais.

Distingue-se na regra a parte semântica ou a expressão literal e o comando que dele exsurge. Este último elemento, o comando, é a regra propriamente dita.

Já os outros padrões que não são regras seriam os elementos morais que se inseririam no modelo jurídico e que o jurista ou julgador a eles recorreria nos chamados casos difíceis. Esses padrões morais seriam o que ele denomina, dentre outros, de princípios.

A concepção positivista pressupõe que quando um juiz esgota as regras disponíveis que seriam aplicáveis para um determinado caso, daí decorreria um poder discricionário para decidir conforme entendesse ser a melhor solução para aquele caso. Na hipótese de que houvesse um novo caso semelhante, e como a atuação fora discricionária, o juiz não estaria vinculado ao padrão que tivesse seguido no caso anterior. Em outras palavras, os padrões citados pelos juízes não imporiam obrigação de aplicação no futuro, já que seriam elementos externos ao direito, e utilizados para alcançar uma solução para um caso não subsumível às regras ou precedentes existentes.

Contudo, se se considera que esse padrão constitui-se em direito, então abre-se a possibilidade de que a obrigação jurídica possa ser imposta por princípios da mesma forma com a qual se dá com as regras conforme pontua Dworkin(2002, p. 71, itálico do autor):

A doutrina positivista do poder discricionário (no sentido forte) exige essa concepção de obrigação jurídica, pois, se um juiz tem o poder discricionário, então não existe nenhum direito legal (*right*) ou obrigação jurídica — nenhuma prerrogativa que ele deva reconhecer. Contudo, uma vez que abandonemos tal doutrina e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela.

Exsurge da ideia acima que os juízes ao aplicarem os padrões morais como norma jurídica fazem-no como norma anterior ao fato a julgar e não posterior, não havendo o risco de confusão entre o papel desempenhado pelo juiz e o do legislador, o que poderia implicar no entendimento de que os juízes estariam usurpando o papel deste último, com violação ao princípio democrático.

Um caso narrado por Dworkin(2002, p. 37) ilustra bem a aplicação dos princípios. Em 1889, no caso Riggs contra Palmer um tribunal de Nova Iorque teve de decidir entre duas normas diferentes. O caso referia-se ao neto herdeiro por testamento do avô que o assassinara para conseguir a herança. De um lado havia a regra que estipulava o direito de herança a quem consta no testamento, de outro, o princípio de que ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza. O tribunal decidiu aplicando o princípio, por conseguinte, negando o direito de herança ao assassino.

Criou-se, portanto, uma exceção à regra existente decorrente de um princípio não positivado.

Daí decorre que o sistema jurídico é mais complexo do que o apresentado pelo positivismo, e a metáfora do jogo de xadrez, tão cara ao positivismo, já não é apropriada para

ilustrar o fenômeno jurídico. No jogo, as regras são simples e sua obediência é quase mecânica. No direito tal simplicidade inexistente, uma vez que desponta uma intencionalidade valorativa.

Para lidar com essa complexidade seria necessário que o juiz buscasse todo um conjunto de princípios extraído do ordenamento legislado e dos precedentes judiciais. O juiz deveria aplicar tais princípios de acordo com a coerência, com a consistência observada, de forma a justificar sua decisão com base em uma convicção extraída de todo o sistema, e não com base em convicções de ordem meramente pessoal, sem apoio nesse sistema, sistema esse que Dworkin denomina de princípios da comunidade em oposição aos princípios individuais, que cada um tem enquanto indivíduo. Dworkin utiliza a figura imaginária do Juiz Hércules como modelo a ser seguido pelos julgadores. Esse juiz “deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas.”(DWORKIN, 2002, p. 182)

Esse julgador deve distinguir entre princípios de diferentes níveis hierárquicos conforme sejam decorrentes da Constituição ou legislação comum, ou ainda dos precedentes de tribunais superiores ou inferiores. No plano horizontal ou de mesmo nível, exige-se apenas que a aplicação do princípio seja consistente naquele nível.

A justificação da aplicação do princípio pelo julgador não pode ser, pois, arbitrária, mas vinculada a tais parâmetros.

Ainda na aplicação dos princípios o julgador construirá uma teoria dos erros. Nessa teoria distinguirá de um lado a autoridade específica de qualquer evento institucional, que consiste na força da autoridade para aplicação a casos repetitivos, da força gravitacional que implica que os princípios são de aplicação extensiva a outros casos ainda que dessemelhantes ao caso modelo.

No caso do erro enraizado mantem-se a força da autoridade específica, mas não mantem a força gravitacional a aplicar a outros casos. No caso do erro não enraizado ou passível de correção o precedente pode perder a força inclusive da sua autoridade específica.

Contudo, a justificação do erro do precedente trará um ônus argumentativo maior, e o julgador partirá da noção de equidade no aspecto que esta não exige somente que as decisões para os indivíduos na mesma situação sejam idênticas em relação ao passado, mas também a uma visão de futuro, uma vez que deve ser entendido como programa político também para o futuro, porém, o reconhecimento do erro poderá ocorrer diante da fragilidade atual do precedente, o que pode resultar no seu afastamento.

A teoria de Dworkin remete à noção do direito enquanto integridade o que, em termos simples, implica em que aos casos semelhantes sejam atribuídos a mesma solução. Essa ideia de integridade decorre do direito de todos a receberem igual tratamento de consideração e respeito pelo Estado, e por isso, mesmo a decisão judicial deve mostrar coerência com as decisões do passado. Dworkin(1999, p. 291,grifou-se) afirma:

O direito à integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por **um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo**, e pede-lhes que os apliquem aos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse tipo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.

Muito embora o ordenamento jurídico não seja uma “teia inconsútil”, o membro da sociedade tem o direito de que o Judiciário o interprete como se o fosse, e aí exsurge a tese da resposta correta que significa, na verdade, que o juiz deve envidar todos os esforços para alcançar a melhor decisão diante do direito, conforme a ideia de integridade:

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.(DWORKIN, 1999, p. 202)

Para ilustrar esse processo decisório da autoridade julgadora Dworkin utiliza a metáfora do romance em cadeia em que um romance é escrito por vários autores cujo papel se assemelha ao dos juízes:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. [...] Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.(DWORKIN, 1999, p. 276)

Nesse romance atender-se-á a uma dimensão de adequação uma vez que deve adaptar-se à estória até então escrita e, em caso de mais de uma interpretação ser possível, optar-se-á pela que se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, após analisados todos os aspectos importantes.

O modelo interpretativo em Dworkin seria de caráter construtivo (PEDRON; OMMATI, 2020, p. 97). A interpretação na decisão judicial possuiria três etapas conforme Lages (2001, p. 40). Na etapa pré-interpretativa identificam-se as regras e os padrões potencialmente aplicáveis. Na etapa interpretativa busca-se uma justificativa geral para os elementos identificados na fase pré-interpretativa, de forma a chegar a uma conclusão quanto à matéria em tese. Na última etapa, a pós-interpretativa ele ajusta sua conclusão ou justificativa da etapa interpretativa à uma avaliação de como deveria ser a prática futura em termos de evolução em relação à situação presente. Assim expressa Galvão (2012, p. 93):

Em primeiro lugar, há a fase pré-interpretativa, na qual são identificados os principais elementos que compõem o objeto a ser investigado. Os paradigmas, entendidos como os casos centrais da prática, devem necessariamente fazer parte desse material coletado. Em segundo lugar, há a fase interpretativa, em que os participantes estabelecem uma justificativa geral para os principais elementos identificados no estágio anterior, argumentando porque a prática no formato apresentado é digna de valor. Dworkin afirma que nem todos os elementos identificados na fase pré-interpretativa devem se ajustar perfeitamente à justificativa elaborada. É, no entanto, necessário que eles se adéquem de tal forma que seja possível afirmar que o que se está interpretando é aquela prática específica, e não uma nova criada pelo intérprete, o que exige que pelo menos os paradigmas sejam justificados. Em terceiro lugar, há uma fase pós-interpretativa ou construtiva, na qual o intérprete emite um juízo crítico sobre como a prática deveria evoluir para melhor se adequar à justificativa dada no estágio interpretativo, sugerindo a exclusão dos elementos que não se coadunam com os valores que embasam a conclusão.

A inclusão do elemento moral no direito como proposto na teoria de Dworkin dá-se pelos padrões que não são regras, que ele identifica como máximas, diretrizes políticas ou princípios, sendo que esses últimos têm relevância ímpar no sistema normativo delineado no seu modelo teórico integrando o conceito de norma jurídica, mas tendo particularidades que os distinguem das regras (1.3) em vários pontos relevantes.

1.3 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

A crítica de Dworkin ao positivismo é proveniente de sua percepção de que os juízes e tribunais não decidem os casos a eles submetidos baseando-se apenas em regras. Frequentemente usam elementos os quais não são regras e que não integram o corpo de leis ou precedentes judiciais.

Esses princípios, por não serem regras, não constando no direito legislado ou posto, são razões morais para um direcionamento da decisão judicial especialmente nos casos difíceis, conforme sua concepção do direito como integridade.

São razões morais porquanto não estão positivados no ordenamento na forma de legislação promulgada, mas são abstraídos do entendimento acerca do que prevê a legislação, do que há em termos de precedentes judiciais, entendimento esse que configuraria a moralidade histórica da sociedade.

A teoria de Dworkin tem um fundo kantiano uma vez que se deve buscar realmente o que o direito exige em termos de decisões, rejeitando concepções utilitaristas de bem comum, concepções econômicas que buscam o maior benefício em termos de riqueza para a sociedade, ou pragmáticas no sentido de buscar uma solução que não mantém compromisso com o passado, mas apenas avalia o futuro em termos de melhor decisão para a sociedade. Nesse sentido:

O pragmatismo é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. Afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro da sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos pra esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes.(DWORKIN, 1999, p. 195)

Embora a teoria de Dworkin remeta ao passado, contudo não se assemelha ao convencionalismo que é uma doutrina que ao se vincular ao passado ou ao originalismo, compartilha dos mesmos defeitos do positivismo.

No convencionalismo, como a vinculação é somente com o passado, aquilo que não estiver normativamente estabelecido será objeto de inovação através da prática judicial no uso da discricionariedade conforme expressa Dworkin(1999, p. 159):

Um juiz consciente de seu convencionalismo estrito perderia o interesse pela legislação e pelo precedente exatamente quando ficasse claro que a extensão explícita dessas supostas convenções tivesse chegado ao fim. Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro.

Contudo, tal se afasta na noção do direito como integridade que admite o recurso aos princípios como expressão do direito:

Mas o convencionalismo difere do direito como integridade exatamente

porque o primeiro rejeita a coerência de princípios como uma fonte de direitos. O segundo a aceita:

o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direitos a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la.(DWORKIN, 1999, p. 164)

Quanto ao utilitarismo e sua versão econômica que tem Posner um dos seus representantes, tais teorias são avessas à concepção do direito como integridade. Com base nisso, Dworkin faz sua distinção entre princípios e metas coletivas ou diretrizes políticas, vez que ao se admitir o utilitarismo poder-se-ia negar qualquer direito em nome de um bem comum ou meta coletiva. Tal teoria não levaria a sério os direitos inalienáveis bem como estaria aberta à possibilidade de escolhas incompatíveis com os direitos.

Dworkin(2002, p. 36) chama de “política” aquele tipo de padrão que estabeleceria um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. E denomina de princípio um padrão a ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque configurar-se-ia uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Segundo Dworkin(2002, p. 141), “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual” enquanto os argumentos de política miram um objetivo coletivo. Por isso mesmo os princípios enquanto proposições descreveriam direitos; já as diretrizes políticas descreveriam objetivos. Sobre tal distinção em Dworkin, assim expressa Pedron e Ommati(2020, p. 110–111):

Na realidade, uma das maiores preocupações do autor era, e continua sendo, a distinção entre princípios (propriamente ditos) e as diretrizes políticas (policies): um princípio prescreve um direito e, por isso, contém uma exigência de justiça, equanimidade, devido processo legal, ou qualquer outra dimensão de moralidade; ao passo que uma diretriz política estabelece um objetivo a ser alcançado, que, geralmente consiste na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, buscando promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável. Princípios, lembra Galuppo, estabelecem direitos individuais e ligam-se a uma exigência universalizável, ao passo que diretrizes políticas fixam metas coletivas, relacionadas sempre com o bem-estar de uma parcela da sociedade, mas nunca com sua totalidade, haja vista a existência de diversas compreensões concorrentes de vida boa em uma sociedade pluralista. O jurista de Oxford atribuirá o status de trunfos aos argumentos de princípios, de modo que, em uma discussão, esses devem se sobrepor a argumentos pautados em diretrizes políticas.

Percebe-se que os argumentos de política seriam pertinentes à seara legislativa e não ao âmbito judicial, porquanto se referem a uma decisão política.

Dworkin(2002, p. 129 e 131) cita um exemplo. O argumento em favor da outorga de um subsídio para a indústria aeronáutica com fundamento em que tal concessão pode vir a proteger a defesa nacional é um argumento político. Agora uma vez que seja tal argumento de política acolhido pelo legislativo e este promulgue uma lei estabelecendo referido subsídio para indústria de aviação, aqui passou-se do argumento de política para o argumento de princípio. Se uma indústria de aviões postular tal subsídio o fará com base num argumento de princípio e não de política.

A diferenciação entre argumento de política e de princípio não é incompatível com os direitos de segunda e terceira geração, visto que a diferença está justamente na configuração que o ordenamento dá, seja como um direito ou apenas como uma diretriz política para o legislador. O importante seria que o Judiciário não avance sobre o campo do legislador na definição de uma diretriz política. Na categoria de diretriz política poder-se-ai inserir, como exemplo, as normas programáticas. A respeito Galvão(2012, p. 114):

Nesse diapasão, para Dworkin, ao contrário do que defendem os neoconstitucionalistas, as normas programáticas e as políticas públicas estatuídas no texto constitucional não são exigíveis sem intermediação legislativa. Como consequência, não é possível transitar entre as dimensões da adequação e da justificação tendo por base fins políticos a serem alcançados. Somente princípios que reflitam direitos fundamentais exigíveis juridicamente exercem essa função. Argumentos de política, portanto, quedam-se excluídos do discurso jurídico, impedindo a reforma do material jurídico existente com base em considerações estratégicas.

Para Dworkin, como as regras, os princípios constituem-se em outro padrão normativo hábil a instituir obrigações jurídicas, mas se distinguem daquelas em razão da natureza da orientação que oferecem.

Essa diferença entre princípios e regras seria de natureza lógica. As regras seriam aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. “Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”(DWORKIN, 2002, p. 39).

Desse modo, a regra estipula uma razão definitiva no sentido de que se ela é válida deve ser aceita.

A regra pode ter exceções, mas tal está sujeito à enumeração e se não se arrola todas as exceções a questão é que o enunciado da regra não foi formulado de forma completa.

Portanto, dado o preenchimento das condições da regra, seguir-se-á a consequência jurídica prevista.

A validade das regras é alheia à noção de qualquer comparação que se pretenda fazer em termos de importância. Não há como estabelecer que uma regra seja mais importante que outra num mesmo sistema jurídico e, desse modo, optar pela mais importante. Para se decidir entre uma e outra regra, a escolha é feita sem levar em consideração os aspectos internos relativos à cada regra. Ao invés disso, será necessário recorrer-se a outras regras que estipulam como se determinará o critério sobre qual delas será válida. Dessa forma tem-se o critério de que prevalece a regra posterior sobre a anterior, ou a de maior hierarquia ou, ainda, a de que a regra especial prevalece sobre a geral.

Dworkin explica que nem sempre a forma ou enunciado do padrão deixa claro se se trata de regra ou princípio. Algumas vezes pode depender do consenso da comunidade jurídica quanto ao significado de determinado dispositivo. Outras vezes, tal pode ser um ponto de dissenso em que pode dar lugar a uma disputa jurídica. Desse modo, essa diferenciação entre regras e princípios não chega a ser de caráter morfológico, mas tão-somente lógico decorrente de seu modo de aplicação como tudo-ou-nada(para as regras) ou tendo em vista a importância(para os princípios).

Contudo, há casos em que numa regra existem expressões abertas que deixam certa margem de abertura para o julgador em termos de políticas ou princípios, e que, portanto, faz a regra aproximar-se do conceito de princípio, mas Dworkin aponta que, nesses casos, ainda se está diante de uma regra, tendo em vista que o juízo que se faz é de validade e porque a própria regra estabelece restrição quanto ao tipo de princípios e políticas que se possa extrair dessas expressões:

Palavras como ‘razoável’, ‘negligente’, ‘injusto’ e ‘significativo’ desempenham frequentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a se transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o *tipo* de princípios e políticas dos quais pode depender a regra.”(DWORKIN, 2002, p. 45, itálico e colchetes do autor)

Agora, a respeito dos princípios, estes apresentam caráter diferente do das regras.

Os princípios não são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada como o são as regras. Os princípios apenas são razões que apontam numa ou noutra direção na argumentação em relação a um caso. Eles não trazem em si uma estipulação em termos de decisão como o fazem as regras. Como explica Dworkin(2002, p. 41-42, colchetes do autor):

Um princípio como "Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos" não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la. Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção — por exemplo, uma política que garanta o reconhecimento da validade de escrituras ou um princípio que limite a punição ao que foi estimulado/[sic] pelo Poder Legislativo. Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclinasse numa ou noutra direção.

Os princípios, ainda, possuem uma dimensão de peso ou importância o que significa que quando eles entram em conflito a solução dependerá da força relativa de cada um:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (DWORKIN, 2002, p. 42-43)

Por isso mesmo, a despeito de as condições para aplicação do princípio poderem existir, não se segue automaticamente a consequência jurídica do princípio, já que o resultado dependerá de sua interação com os demais princípios. E se o princípio não for aplicado naquele determinado caso, o mesmo não perde a validade, visto que poderá vir a ser aplicado em outro caso. Em outras palavras, os princípios não são excluídos do ordenamento por serem superados em um ou outro caso por outro princípio.

Diz-se, por isso mesmo, em face de sua generalidade peculiar, que os princípios sequer podem ter suas exceções enumeradas.

A resolução do conflito se dá através do balanceamento ou avaliação quanto à importância de cada um dos princípios envolvidos consoante a adequação à moralidade histórica da comunidade política, bem como a justificação diante da escolha dos princípios elencados na fase anterior e, ao fim, a construção da solução de acordo com o que a prática requer com perspectiva de aplicação futura de um novo precedente, se for o caso, conforme delineada nos passos de interpretação.

Após o caso ser decidido com o uso dos princípios, chega-se a uma regra em particular, porém essa regra não existia antes do caso ser decidido. Os princípios funcionaram como as razões justificadoras para adoção e aplicação dessa nova regra pelo Judiciário. Uma regra com caráter, contudo, de anterioridade aos fatos, tendo em vista que extraída dos princípios que também integram o direito, ao contrário da proposta do positivismo que considera que a norma, nesse caso, seria posterior aos fatos e com caráter de inovação no ordenamento, uma vez que se trataria de mero exercício da discricionariedade do julgador.

Embora os princípios possam conflitar entre si, pode ser que ocorra que um determinado princípio “A” esteja em contradição com o disposto em determinada regra. Aponta Dworkin que nesse caso o conflito não se dá entre o princípio “A” e a regra, mas entre o princípio “A” e o princípio orientador da regra(chame-se de princípio “B”). “Para decidir sobre a manutenção da regra, o tribunal compara dois conjuntos de princípios; é enganoso, portanto, afirmar que o tribunal compara o peso da própria regra com um ou outro conjunto de princípios.”(DWORKIN, 2002, p. 122).

Os princípios, portanto, são a ponte de conexão entre o direito e a moral e são parte constitutiva importante do ordenamento jurídico conforme a noção do direito como integridade. Essa é, em síntese, a proposta de Dworkin. Por sua vez, o jurista alemão Alexy, representante do direito continental ou *civil law* propõe também um modelo próprio de princípios(Capítulo 2) contrapondo-se às teorias positivistas, adotando uma concepção de direito que ele denomina de não-positivismo inclusivo.

2 O MODELO DE PRINCÍPIOS EM ALEXY

A concepção de princípios de Alexy tem a pretensão de ser uma teoria que avança em relação à concepção de princípios formulada por Dworkin.

Alexy formulou uma teoria argumentativa do direito no sentido de que o direito seria um caso especial do discurso prático geral, com a especificidade de sua vinculação à legislação e aos precedentes judiciais no seu livro *Teoria da Argumentação Jurídica*.

Na sua obra *Conceito e Validade do Direito* explicita a sua doutrina não-positivista do Direito e em *Teoria dos Direitos Fundamentais* lança sua teoria de princípios.

Daí, tratar-se-á, primeiro, da sua ideia quanto a inclusão da moral no direito(2.1) caracterizando em que consiste sua concepção não-positiva do direito para, a seguir, tecer a diferenciação entre princípios e regras(2.2) propugnada pela sua teoria dos princípios.

2.1 O NÃO-POSITIVISMO DE ALEXY

Alexy(2009, p. 15) aponta que todo conceito de direito é formulado a partir de três elementos: o da legalidade conforme o ordenamento, o da eficácia social e o da correção material.

Quem exclui a correção material defende uma concepção positivista do direito. Ou seja, o positivismo seria caracterizado pela presença tão somente pelos elementos da legalidade e da eficácia social. Desse modo, haveria uma separação entre o direito e a moral.

Quem adere à correção material defende uma concepção não positivista do direito. Tal seriam as concepções jusnaturalistas e demais que entendem uma vinculação do direito com a moral. Alexy afirma que nenhum não-positivista sério propugna a exclusão seja do elemento da legalidade seja da eficácia social, de modo que as teses não-positivistas sérias seriam as que atribuem ao lado daquelas uma pretensão de correção do conteúdo material ao direito positivo. Dentre as múltiplas possibilidades de combinação destacam-se duas versões básicas do positivismo(ALEXY, 2011, p. 363–365): o exclusivo e o inclusivo; e três versões do não-positivismo: o exclusivo, super-inclusivo e o inclusivo.

No positivismo exclusivo a moral está necessariamente excluída do direito, enquanto no inclusivo sua inserção no direito seria contingente, dependendo do que prevê o direito positivo.

No não-positivismo exclusivo toda injustiça ou defeito moral de uma norma impede que a mesma seja considerada válida de modo que o princípio da segurança jurídica sempre sucumbiria ao princípio da justiça material ou correção moral.

O não-positivismo superinclusivo propõe que a validade jurídica não seria afetada por defeitos ou incorreções morais. O ponto é que embora o direito positivo seja necessariamente vinculado ao direito não-positivo ou à correção moral, eventual incorreção material não se transmitiria para o campo da aplicação jurídica.

Nesse sentido, mister fazer-se menção à distinção entre conexão qualificatória ou classificatória em relação à moral. Na conexão qualificatória, o defeito moral não elimina a força de validade da norma jurídica, enquanto na conexão classificatória leva à perda da validade ou caráter jurídico da norma positiva.

Portanto, observa-se que o não-positivismo super-inclusivo possui o mesmo efeito prático do positivismo uma vez que princípio da justiça sempre sucumbe ao princípio da segurança jurídica, diante da conexão meramente qualificatória entre o direito e a moral.

Por sua vez, o não-positivismo inclusivo sustenta que haverá casos em que a o princípio da justiça prevalecerá sobre o princípio da segurança jurídica, de modo que, em tais casos, a conexão entre o direito e a moral será de caráter classificatória. Isso ocorreria se o limiar da injustiça extrema fosse ultrapassado, de modo que, caso tal limite não fosse ultrapassado, o direito, muito embora defeituoso, seria válido. Alexy coloca-se como não-positivista inclusivo.

Um ponto relevante do positivismo é que, nos casos duvidosos, a decisão seria determinada por fatores extrajurídicos, como bem ilustra o positivismo normativo de Kelsen.

Kelsen formulou sua Teoria Pura do Direito, concebendo-o como um sistema escalonado de normas, onde cada norma tem seu fundamento de validade na norma imediatamente superior, num sistema cuja configuração lembraria a de uma pirâmide onde no ápice estaria a Constituição que, por sua vez, decorreria da norma fundamental, a norma primeira, cujo conteúdo seria de apenas a estabelecer a vinculação à obediência quanto à primeira norma positiva em nível hierárquico mais superior, a Constituição.

Se por um lado, no positivismo kelseniano, está definido como ponto de partida unicamente a norma escrita, de outro modo, diferentemente, a interpretação da norma está aberta a diversas possibilidades, não sendo possível afirmar-se em solução única:

[...]Com efeito, a necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto, ou seja, não conterem ainda qualquer decisão sobre a questão de saber qual dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixarem antes esta decisão, a determinação da posição relativa dos interesses, a um ato de produção normativa que ainda vai ser posto — à sentença judicial, por exemplo.(KELSEN, 1998, p. 392)[grifou-se]

E adiante:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação "correta". *Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica.* Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximadamente. (KELSEN, 1998, p. 396)[grifou-se]

Para Kelsen(1998, p. 393), a interpretação seria um ato de política e não de teoria do direito:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a "correta", não é sequer - segundo o próprio pressuposto e que se parte — uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. [grifou-se]

Um dos fatores dessa variedade de possibilidades interpretativas diz respeito à plurissignificação da maioria das normas jurídicas como já afirmado anteriormente, mas pode decorrer da contradição total ou parcial entre duas normas válidas, ou ainda de uma atribuição intencional do legislador ao julgador.

Para Kelsen, o objetivo da interpretação não seria determinar o sentido correto da norma, o que seria uma tarefa inalcançável, mas fixar a moldura dentre as quais se inserem as diferentes possibilidades interpretativas da norma:

Se por "interpretação" se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma Individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (KELSEN, 1998, p. 390-391)

Contudo, um ponto importante é que seria considerada válida a produção de uma decisão completamente fora da moldura na teoria de Kelsen(1998, p. 394):

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

O não-positivista, porém, não aceita tal discricionariedade, uma vez que o direito não se resume ao texto legal. Para o seu conceito de direito Alexy afirma que sob a perspectiva do observador o direito teria feição positiva, contudo, para o participante, o direito revelaria seu caráter não-positivo.

Alexy propugna, então, inicialmente, que todo sistema jurídico implica uma pretensão de correção. “[...] sistemas normativos que não formulam explicita nem implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico implica uma pretensão a correção.” (ALEXY, 2009, p. 41–42). Esse seria o aspecto em que o ponto de vista externo do observador convergiria para o ponto de vista interno do participante.

O não cumprimento efetivo na prática da pretensão de correção não priva os sistemas jurídicos de sua validade, apenas os torna defeituosos. A conexão aqui seria qualificadora.

Se no que pertine aos sistemas jurídicos a não formulação de uma pretensão de correção tem uma conexão classificadora, a não formulação ou não cumprimento da pretensão de correção em relação a normas e decisões jurídicas individuais tem caráter apenas qualificatório.

Quanto às normas e decisões jurídicas individuais a conexão com a moral somente teria caráter classificatório quando se superasse o critério da injustiça extrema.

A pretensão de correção é preenchida quando na abertura ou indefinição normativa há aplicação dos princípios por meio da técnica da ponderação.

Importante ressaltar que a tese da correção não encontra dificuldades quando os princípios de direito positivo têm um conteúdo ou moralmente exigido ou admissível em que se pode afirmar que a conexão entre o direito e a moral correta é necessária. Contudo, se o sistema jurídico adota princípios não moralmente admissíveis tais princípios poderão ser acolhidos numa eventual fundamentação, mas será uma decisão defeituosa, porém válida, uma vez que não suplante o limiar da injustiça extrema. Por isso, que Alexy propugna que a moral correta não é a prevista num determinado ordenamento, que pode ser injusta, mas uma moral cuja correção é alcançada a partir da fundamentação:

A pretensão à correção implica uma *pretensão à fundamentabilidade*. Esta última não se restringe ao fato de a sentença ser fundamentável e, portanto, correta no sentido de uma moral qualquer, mas estende-se ao fato de a sentença ser correta no sentido de uma moral fundamentável e, portanto, correta. A conexão necessária entre o direito e a moral correta é estabelecida pelo fato de a pretensão à correção incluir uma pretensão à correção moral que se estende aos princípios que são tomados como base. (ALEXY, 2009, p. 94– 95, itálico do autor)

Alexy afirma que a ideia de moral correta não somente tem o caráter de uma ideia reguladora no sentido de ser um objetivo a ser perseguido, como que a correção moral é possível de ser alcançada quando exista o respeito às regras especiais de fundamentação jurídica e, também, às regras da argumentação moral:

A conexão qualificadora ou flexível, que se torna clara quando se considera o sistema jurídico também como um sistema de procedimentos a partir da perspectiva do participante, não leva a uma conexão necessária entre o direito e determinada moral contenciosa que deve ser caracterizada como correta, e sim a uma conexão necessária entre o direito e a ideia de uma moral correta, no sentido de uma moral fundamentada. Essa ideia não é absolutamente vazia. Sua associação com o direito significa que dele fazem parte não apenas as regras especiais da fundamentação jurídica, como também as regras gerais da argumentação moral, pois o que é possível em termos de correção no âmbito da moral, o é em virtude dessas regras. Nelas fracassam componentes consideráveis de irracionalidade e injustiça. Além disso, a ideia de moral correta tem o caráter de uma ideia reguladora, no sentido de um objetivo a ser ambicionado. Nessa medida, a pretensão à correção leva a uma dimensão ideal, necessariamente vinculada ao direito. (ALEXY, 2009, p. 97)

Com base na ideia de correção material, Alexy propõe um conceito de norma fundamental diferente da apresentada por Kelsen.

Ele (ALEXY, 2009, p. 146–147) considera que a formulação de uma norma fundamental como a de Kelsen é superior à regra de reconhecimento de Hart, consoante a qual “o que a rainha junto com o parlamento aprova é lei”, porque esta última depende da aceitação, da existência de uma prática, e, portanto, a regra de reconhecimento seria de natureza empírica.

A norma fundamental de Kelsen, por outro lado, revelaria de forma mais precisa a transição do ser para o dever ser de modo que a afirmação quanto uma constituição ser juridicamente válida remeteria necessariamente à existência de uma norma fundamental que seria o fundamento de validade da mesma e não a uma prática de aceitação como em Hart que não revela uma relação de validade entre normas, mas de um fato (aceitação) a uma norma.

Seriam três as funções da norma fundamental. Primeiramente, possibilitaria a transição do ser para o dever ser (transformação de categorias), segundo, determinaria quais fatos podem ser vistos como criadores do direito e, terceiro, instituiria a unidade vez que todas as normas cuja validade possa ser reconduzida, em última instância, à mesma norma fundamental, formariam um mesmo sistema normativo.

Para Alexy, para se atender ao caráter não-positivista do direito que ele defende, a norma fundamental deveria ser alterada para nela se inserir cláusulas que considerem o argumento da injustiça e dos princípios de modo que deveria ser enunciada da seguinte forma:

Se uma constituição é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz, ordena-se juridicamente o comportamento em conformidade com essa constituição, tal como condiz com a pretensão à correção, se e na medida em que as normas dessa constituição não forem extremamente injustas.(ALEXY, 2009, p. 125)

O argumento dos princípios estaria presente no elemento pretensão de correção.

Ao final, Alexy chega à seguinte concepção de direito:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e **que não são extremamente injustas**, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e **não são extremamente injustas**, e (3) **ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia[sic] e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.**(ALEXY, 2009, p. 151,grifou-se)

Importante ressaltar a parte 3 de sua definição de direito no qual incluem-se os princípios e outros argumentos normativos que figurem no procedimento de aplicação do direito com vistas à satisfação da pretensão à correção. Nas palavras de Alexy(2009, p. 155):

A cláusula "apoia-se e/ou deve apoiar-se" exprime a combinação entre a dimensão real e a dimensão ideal da aplicação do direito. Integram o direito tanto aqueles argumentos com os quais quem o aplica sustenta facticamente suas decisões, mesmo quando estas não satisfazem à pretensão à correção, quanto aqueles nos quais as decisões devem apoiar-se para satisfazer a pretensão à correção. Com isso, torna-se possível uma crítica da prática jurídica decisória a partir do ponto de vista do direito.

Considerando que a moral integra o direito através da aplicação dos princípios, Alexy formula sua teoria dos princípios em que diferencia princípios de regras (2.2).

2.2 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

A diferenciação entre princípios e regras em Alexy tem importância ímpar na sua teoria não-positivista tendo em vista que afirma no posfácio do seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais que “A tese central deste livro é a de que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, tem a natureza de princípios e são mandamentos de otimização.”(ALEXY, 2008, p. 575)

Alexy formulou uma teoria dos princípios que foi amplamente divulgada e conhecida pela técnica da ponderação baseada na aplicação do princípio da proporcionalidade.

Aponta que existem três grupos principais de teses acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira sustenta a inexistência de diferença relevante entre regras e princípios; a segunda, que tal diferença seria somente de grau de generalidade (tese da diferença gradual); a terceira, que a diferença não seria somente gradual, mas qualitativa ou ontológica. Alexy coloca-se entre os do terceiro grupo.

Dessa forma, as normas ou são regras ou são princípios.

Tanto as regras quanto princípios são normas jurídicas porquanto ambos determinam o dever ser, expressando-se, por conseguinte, através das expressões deônticas do dever, da permissão e da proibição.

As regras seriam normas que impõe obrigatoriamente sua satisfação. “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.” (ALEXY, 2008, p. 91, grifos do autor)

Quando as regras entram em conflito, este somente seria solucionado pela introdução de uma cláusula de exceção em uma delas ou pela declaração de invalidade de uma delas. O conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma é válida ou não é. Os critérios para solucionar qual das regras permanecerá válida são os critérios temporal (lei posterior derroga a lei anterior), hierárquico (lei superior derroga lei inferior) e da especialidade (lei especial derroga a lei geral). Em resumo, os conflitos de regras são resolvidos no plano ou dimensão da validade.

Outro ponto abordado em Alexy (2008, p. 105) é o distinto caráter “prima facie” das regras em relação aos princípios. Como as regras são mandamentos que tem uma determinação da extensão do seu conteúdo em termos de possibilidades jurídicas e fáticas, nesse sentido, sendo definitivos, quando as regras são superadas por um princípio contrário ao princípio que lhe dá suporte, faz-se necessário igualmente que sejam superados o princípio da segurança jurídica ou princípios formais que estabelecem que as regras criadas por autoridades legitimadas devem ser seguidas e não se pode relativizar, sem motivos, uma prática estabelecida. Ilustrando essa força das regras decorrente dos princípios formais em um dado ordenamento jurídico, Alexy (2008, p. 105) comenta que:

“Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter prima facie de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios - o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras - é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter prima facie.”

Adotando a tese da distinção qualitativa entre princípios e regras, Alexy define os princípios como mandamentos de otimização. “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”(ALEXY, 2008, p. 90)

Em outras palavras, as circunstâncias fáticas delimitariam o âmbito de aplicação de um princípio ou outro, junto com a força jurídica relativa de cada princípio.

A colisão entre os princípios não se dá no âmbito da validade, mas no âmbito do peso ou importância. Se dois princípios colidem um dos princípios terá de ceder, o que não significa que o princípio cedente será inválido ou que se tenha de introduzir uma cláusula de exceção. O que há é a precedência de um princípio sobre outro determinada pelas condições apresentadas em um determinado caso ou situação. Já sob outras condições a precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso quer dizer que os princípios têm pesos diferentes e a resolução da colisão se dará a favor do princípio que no caso concreto tenha maior peso.

A essa relação de precedência que orienta a resolução de colisão entre os princípios Alexy denomina de Lei da Colisão.

A **Lei da Colisão** poderia ser formulada da seguinte forma: “Se o princípio *P1* tem precedência em face do princípio *P2* sob as condições *C*: (*P1 P P2*) *C*, e se do princípio *P1*, sob as condições *C*, decorre a consequência jurídica *R*, então, vale uma regra que tem *C* como suporte fático e *R* como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.” (ALEXY, 2008, p. 99)

Uma outra forma em que Alexy(2008, p. 99) traduz referida lei é a seguinte: “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.”

O resultado da resolução da colisão dos princípios seria uma regra. Essa regra é denominada por Alexy de **regra atribuída** e detém a natureza de regra constitucional quando advindo da colisão de princípios constitucionais. O caso concreto, então, é subsumido a essa regra atribuída. Essa regra atribuída integra o ordenamento constitucional e os demais casos futuros, que sejam semelhantes, a ela devem ser subsumidos.

Para se chegar ao resultado quanto a precedência dos princípios existem dois modelos: Um que poderia recorrer a cânones interpretativos, consensos dogmáticos e aos precedentes(um modelo substantivo - o mesmo utilizado para interpretação de regras com conceitos vagos) e outro que recorreria ao sopesamento através da Lei da Ponderação(modelo estrutural) que é a argumentação específica dos princípios.

A **Lei da Ponderação** conteria o seguinte enunciado: “Quanto maior for o grau de não- satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”(ALEXY, 2008, p. 167)

Essa lei decompõe-se em três etapas(ALEXY, 2011, p. 133): 1) avaliação quanto ao não cumprimento ou prejuízo de um princípio; 2) verificação quanto a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário; e 3) se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justificaria o prejuízo ou não cumprimento do outro.

Essa técnica da ponderação seria utilizada com o manejo da máxima da proporcionalidade. A aplicação da máxima da proporcionalidade decorre da natureza dos princípios enquanto mandamentos de otimização.

A máxima da proporcionalidade engloba três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação e necessidade decorrem da otimização face as possibilidades fáticas, enquanto a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre da otimização quanto às possibilidades jurídicas.

A adequação e necessidade refletem a ideia da eficiência de Pareto em que uma posição pode ser melhorada sem que em decorrência de tal melhora uma outra posição seja piorada. A máxima da adequação é atendida quando o meio escolhido serve para realização de um determinado princípio. Isso implica um aspecto negativo no sentido de que sejam excluídos os meios que obstruam a realização de determinados princípios sem fomentar o princípio para o qual a medida foi instituída. Trata-se de averiguar a eficácia dos meios frente aos fins buscados.

A máxima da necessidade significa que quando haja possibilidade de escolha de um meio menos gravoso do que o utilizado com o mesmo resultado ou benefício para um determinado princípio, o meio menos gravoso deve ser o adotado.

Adverte Afonso da Silva que as três sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, aplicam-se nessa ordem de forma subsidiária entre si, uma após a outra:

Se simplesmente as enumeramos, independente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a *necessidade* do ato estatal é, no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da *adequação* ou da *proporcionalidade em sentido estrito*. Não é o caso. A análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito*.

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. *Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção*. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da

proporcionalidade, é que o juiz deve *sempre* proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito. (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 34–35, itálicos do autor)

A proporcionalidade em sentido estrito corresponde à própria Lei da Ponderação tendo em vista que é nessa fase que se busca otimizar os princípios em colisão visto que os princípios enquanto mandamentos de otimização exigem a realização mais ampla possível frente as possibilidades jurídicas determinadas pelos princípios colidentes.

Alexy, com base na Lei da Colisão que determina que um princípio terá precedência em relação a outro em caso de colisão e considerando que a técnica adequada para a determinação de qual princípio terá precedência é a Lei da Ponderação, criará a chamada “fórmula do peso”.

Se um determinado princípio P_i sofre uma intervenção (I) de determinado grau (IP_i) e do lado contrário há um segundo princípio (P_j) cuja importância (W) contrapõe-se (WP_j) a ele, esse conflito demanda a verificação das circunstâncias concretas (C) para sua solução.

Alexy estipula, então, uma escala triádica gradativa de intervenção ou não-satisfação de um princípio com os graus leve(l), médio(m) e sério(s). Comenta que seria possível escolher-se uma escala com mais níveis (escala triádica dupla) com os graus leve leve(l_l), leve médio(l_m), leve sério(l_s), médio leve(m_l), médio médio(m_m), médio sério(m_s), sério leve(s_l), sério médio(s_m) e sério sério(s_s).

Contudo, já se tornaria inviável uma escala de combinação tripla, uma vez que seria difícil o entendimento de expressões como médio leve sério(m_ls), leve sério leve, etc, porque já não seria compreensível a ideia. De modo que haveria um limite para graduação da fórmula do peso em termos de expressões ou valores numéricos porque haveria um limite além do que o refinamento seria inviável para se prestar na solução de problemas de aplicação.

Alexy (2008, p. 596–598) cita um exemplo em que a escala triádica dupla resolveu um impasse que foi no caso da revista *Titanic* no qual houve o conflito entre o direito de personalidade de um oficial da reserva tetraplégico e direito de liberdade de expressão da revista satírica *Titanic*. Inicialmente a revista chamou o oficial da reserva de “assassino nato” e, em uma edição posterior, de “aleijado”. O oficial da reserva ajuizou ação contra a revista e

Tribunal Superior Estadual em Dusseldorf condenou a revista a indenizar o oficial em 12.000 marcos alemães. A revista interpôs da decisão uma reclamação constitucional. O Tribunal Constitucional Federal procedeu a um sopesamento entre a liberdade de manifestação do pensamento dos envolvidos do lado da revista e o direito de personalidade. Para tanto, as intensidades de afetação desses direitos foram determinadas e relacionadas. A condenação a indenizar é classificada como “de alto impacto”, ou seja, como uma intervenção *séria* na liberdade de expressão, uma vez que poderia afetar a forma de se editar a revista na forma como feita até então. A denominação “assassino nato” é analisada no contexto satírico em que inserido de modo que impede que se considere a alcunha uma “violação inadmissível, intensa e ilegal do direito de personalidade”. Disso a afetação do direito de personalidade é avaliada como sendo de intensidade *moderada(m)*, talvez até mesmo *leve(l)*. Desse modo, como a afetação à liberdade de expressão seria *séria(s)* então utilizando-se a escala triádica simples, a liberdade de expressão prevalece no ponto sendo indevida a indenização com base nesse fato específico, denominação de “assassino nato”.

Contudo, houve, também, a utilização pela revista da alcunha “aleijado”. Nesse caso, há afetação *séria (s)* do direito da personalidade visto que chamar um portador de deficiência física grave de “aleijado” é “visto como uma humilhação” e expressão de “desrespeito”. Aqui, justificar-se-ia a condenação da revista por meio de uma indenização em dinheiro. Nesse ponto da decisão, a violação ao direito de personalidade foi considerada como *seríssima(ss)* enquanto a intervenção da liberdade de expressão da revista através da imputação de uma obrigação de indenizar foi considerada moderadamente *séria(sm)*. Portanto, nessa parte da decisão somente com um refinamento da escala com a utilização da escala triádica dupla é que se tornou possível a solução do conflito entre os dois princípios.

Alexy aborda que a escala triádica dupla poderia solucionar alguns problemas de impasse como acima, porém, haveria possibilidade de trazer maiores dificuldades de aplicação da ponderação razão pela qual adota a escala triádica simples para ilustrar sua fórmula do peso. Na primeira etapa da ponderação(2008, p. 600) trata-se da avaliação quanto ao não cumprimento ou prejuízo de um princípio que Alexy chama de intensidade da intervenção (I). Sendo P_i a variável para o primeiro princípio em colisão, tem-se a intensidade da intervenção em P_i simbolizada por “ IP_i ”. A intensidade da intervenção é uma grandeza concreta diferente do peso abstrato de P_i . Por sua vez, a oposição de “C” expressa as circunstâncias relevantes do caso concreto. Dessa forma, simboliza-se por “ IP_iC ” a intensidade da intervenção no princípio P_i nas circunstâncias relevantes “C”.

Na segunda fase da ponderação trata-se da avaliação quanto à importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Aqui simboliza-se pela variável P_j o segundo princípio, por “W” a importância concreta do cumprimento do princípio. Assim, a importância concreta de P_j é descrita pelo símbolo “ WP_jC ”.

As avaliações quanto ao grau de intervenção/importância do cumprimento recebem as graduações l(leve), m(médio) ou sério(s). Os resultados possíveis são em número de nove.

Três situações em que P_i tem precedência ($P_i P_j$) C:

- (1) $IP_iC: s / WP_jC: l$
- (2) $IP_iC: s / WP_jC: m$
- (3) $IP_iC: m / WP_jC: l$

Três situações em que P_j tem precedência sobre P_i ($P_j P_i$) C:

- (4) $IP_iC: l / WP_jC: s$
- (5) $IP_iC: m / WP_jC: s$
- (6) $IP_iC: l / WP_jC: m$

Três situações em que há um impasse ou empate:

- (7) $IP_iC: l / WP_jC: l$
- (8) $IP_iC: m / WP_jC: m$
- (9) $IP_iC: s / WP_jC: s$

Considerando a determinação quanto a graduação da intervenção/importância do cumprimento consoante os parâmetros acima e que ilustram as duas primeiras etapas da Lei da Ponderação, passa-se ao terceiro passo em que se relacionaria a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário face o prejuízo ou não cumprimento do outro(intervenção) em face da circunstâncias de determinado caso.

Alexy (2008, p. 603–604) propõe uma fórmula com o seguinte conteúdo:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC}$$

A variável “G” significa peso. Então a representação do peso concreto do princípio P_i em relação ao princípio P_j sob as circunstâncias(C) do caso a ser decidido é simbolizada pelo primeiro termo da equação $GP_{i,j}C$. Segundo Alexy(2008, p. 604) “A fórmula do peso salienta que o peso concreto de um princípio é um peso relativo, já que determina que esse peso concreto é o quociente entre a intensidade da intervenção nesse princípio e a importância do princípio colidente”.

Essa fórmula do peso é uma versão simplificada e aplicável no caso de os pesos abstratos dos princípios serem iguais, porque nesse caso se trataria de variáveis desnecessárias na equação visto que importaria apenas os pesos concretos.

Contudo, se os pesos abstratos forem diferentes, faz-se necessário a inclusão na fórmula do peso das variáveis que representariam essas grandezas. O peso abstrato de P_i seria representado por GP_iA enquanto o peso abstrato de P_j seria representado por GP_jA . Com a inclusão na fórmula dos pesos abstratos dos princípios, sua configuração fica a seguinte:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA}{WP_jC \cdot GP_jA}$$

Na escala triádica, Alexy prefere, pela simplicidade e seu caráter instrutivo, atribuir os valores 2^0 , 2^1 e 2^2 , ou seja, 1, 2 e 4 para os valores “l”, “m” e “s” da referida escala:

Há diferentes possibilidades para a atribuição de números aos três valores do modelo triádico. Relativamente simples e, ao mesmo tempo, bastante instrutiva é a utilização, seja, 1, 2 e 4. A partir daí, *l* tem o valor 1, *m* o valor 2, e *s* o valor 4. O peso concreto de P_i - (GP_iC) - surge, então, por meio da atribuição, na fórmula do peso, dos valores 1, 2 e 4 a IP_iC e a WP_jC . Que número será atribuído é algo que é determinado por meio da valoração da intensidade da intervenção e do grau de importância como leve, mediano e alto. Nos casos em que P_i tenha precedência a atribuição dos números mencionados faz com que o peso concreto de P_i - (GP_iC) - tenha os seguintes valores: $s/l = 4$, $s/m = 2$, $m/l = 2$. Isso corresponde à intuição de que um princípio tem um peso concreto especialmente alto (4) quando a ele se pretende impor uma intervenção profunda (*s*) por um motivo relativamente pouco importante (*l*). Também neste ponto fica claro em que sentido o peso concreto é um peso relativo. O peso relativo diminui (2) quando a intervenção profunda (*s*) ocorre em virtude de uma importância mediana da satisfação do princípios/*sic*/ colidente (*m*). O mesmo resultado (2) ocorre no caso de uma intervenção média (*m*) para a qual se apresenta uma razão de pouco importância (*l*).

Em todos os casos nos quais P_i tem precedência em relação a P_j o valor de P_i é maior que 1. Se ele ficar abaixo de 1, isso significa que é P_j que tem precedência. Os três

valores para o caso de uma superação de P_i por P_j são os seguintes: $l/s = 1/4$, $m/s = 1/2$, $l/m = 1/2$. Aqui vale o oposto daquilo que foi dito acerca dos valores nos casos em que P_i tem precedência. (ALEXY, 2008, p. 605–606, *itálicos do autor*)

As situações de impasse ou equivalência estão no âmbito da discricionariedade estrutural do legislador onde ele está livre para instituir medidas num ou noutro sentido. Está-se fora da moldura constitucional. A moldura constitucional é constituída pelo que é obrigatório ou proibido pela Constituição. O que está fora da referida moldura é facultado ao legislador. “Aquilo que as normas de uma constituição nem obrigam nem proíbem é abarcado pela discricionariedade estrutural do legislador.”(ALEXY, 2008, p. 584)

Existem três tipos de discricionariedade estrutural: 1) a discricionariedade para definir objetivos; 2) a discricionariedade para escolher meios; e 3) a discricionariedade para ponderar.(ALEXY, 2008, p. 585)

A discricionariedade estrutural para definir objetivos ocorre quando há uma autorização de intervenção sem discriminação das razões para tal, ou embora haja razões, a intervenção é apenas facultada, mas não obrigatória.

A discricionariedade estrutural para escolher meios decorre da estrutura dos deveres positivos em que se tem um determinado objetivo, mas não se discrimina os meios para atingi- lo.

A discricionariedade para ponderar ocorre nos casos de impasse na colisão entre os princípios conforme os três casos de empate vistos: (7) $IP_iC: l / WP_jC: l$; (8) $IP_iC: m / WP_jC: m$; e (9) $IP_iC: s / WP_jC: s$.

Mesmo que se almejasse a solução do impasse numa artificiosa busca de refinamento da escala, tal não lograria sucesso:

Aqui vale - como vale em geral no âmbito prático - a observação de Aristóteles segundo a qual nós não podemos "buscar a mesma exatidão em relação a todo e qualquer objeto, mas, em cada caso, apenas aquilo que é compatível com o material dado". Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais - ou seja, impasses reais no sopesamento -, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário.(ALEXY, 2008, p. 611)

Então, nesse último caso, está-se diante de uma situação em que o conflito de princípios está sob alçada do legislador prevalecendo o que ele determinar.

A discricionariedade estrutural se diferencia, porém, de outro tipo de discricionariedade, a discricionariedade epistêmica. A discricionariedade epistêmica decorre da incerteza da cognição quanto ao que seja obrigatório, proibido ou facultativo sobre o que determina a Constituição em termos de direitos fundamentais. Essa incerteza pode decorrer de elementos empíricos ou normativos(ALEXY, 2008, p. 611–612).

A discricionariedade epistêmica do tipo empírico refere-se à incerteza quanto à cognição sobre os fatos empíricos e das suposições empíricas que fundamentam a intervenção em direitos fundamentais. A discricionariedade epistêmica do tipo normativo refere-se à incerteza com relação à melhor quantificação dos direitos fundamentais envolvidos, o que leva ao reconhecimento em favor do legislador da tomada de decisões com base em suas próprias valorações.

Alexy(2018, p. 15) cita um exemplo da aplicação da discricionariedade epistêmica empírica no caso da decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a *cannabis*. De um lado haveria o perigo decorrente do uso da *cannabis*. O legislador baseou a proibição dos produtos da erva através de sanções criminais em razão da suposição de um perigo elevado para a saúde e vida social. A outra parte alegou não existir referido perigo elevado, de modo que as medidas legislativas punitivas não seriam nem adequadas nem necessárias. A corte, contudo, aponta incerteza sobre se a medida é ou não cabível, face à inexistência de conhecimento científico disponível, de modo que permite a interferência no direito fundamental decidindo pela concessão ao legislador de uma discricionariedade epistêmica empírica. Se ao legislador só se autorizasse atuar nos casos de comprovação certa, haveria o engessamento do Legislativo, e, ao contrário, se permitisse a estipulação de medidas empiricamente incertas, poderia resultar em violação aos direitos fundamentais. A solução seria então que a variável epistêmica empírica, como também a normativa, entrassem na fórmula do peso com um uso de uma escala triádica referente à certeza das premissas.

A discricionariedade epistêmica, enquanto âmbito dos princípios formais, constitui-se, assim, em elemento a influenciar a ponderação dos princípios materiais. Desse modo, Alexy, posteriormente, inclui-a na sua fórmula do peso, e denomina tal fenômeno de **segunda lei da ponderação** da forma seguinte: “Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.”(ALEXY, 2008, p. 617).

Então o autor acrescenta a variável representando as premissas que justificam a interferência simbolizando por R . R_i representando a certeza das premissas epistêmicas empíricas e normativas para a interferência no princípio P_i e, da mesma forma, R_j a certeza das premissas epistêmicas em relação ao princípio P_j (ALEXY, 2018, p. 6).

R_i poderia ser desmembrado numa equação $R_i = R_i^e \cdot R_i^n$, que demonstra a composição de R_i por premissas empíricas e normativas respectivamente a que Alexy chama de “equação da certeza”(ALEXY, 2018). Da mesma forma, teríamos $R_j = R_j^e \cdot R_j^n$.

Assim, mudando-se a simbologia $GP_{ij}C$ para W_{ij} , IP_iC para I_i , WP_jC para I_j , GP_iA para W_i e GP_jA para W_j , teríamos a fórmula abaixo que Alexy(2018, p. 6) denomina de “fórmula do peso refinada” com a sua última modificação na fórmula do peso para incluir as premissas epistêmicas para retratar a segunda lei da ponderação:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R^e \cdot R^n}{I_j \cdot W_j \cdot R^e \cdot R^n}$$

j j

Para as variáveis epistêmicas empírica(R_i^e e R_j^e) e normativa(R_i^n e R_j^n) trabalha-se, também, com uma tríade de graduação: confiável ou certo(r), plausível (p) e não evidentemente falso(e) cujos valores numéricos são 2^0 , 2^{-1} e 2^{-2} , ou 1, 1/2 e ¼ respectivamente. Se os valores epistêmicos são iguais a 1, os valores materiais não se alteram.

Alexy comenta:

Se os valores epistêmicos são iguais a 1, os valores materiais permanecem inalterados. Se os valores epistêmicos são menores que 1, o impacto dos valores materiais é reduzido correspondentemente. O valor epistêmico mais baixo ocorre quando a certeza tanto das suposições empíricas quanto das suposições normativas deve ser considerada “não evidentemente falsa”. Nesse caso, o lado epistêmico recebe o valor 1/16. **Uma qualidade epistêmica tão ruim destrói quase completamente o poder até mesmo das razões materialmente mais fortes para interferência em direitos fundamentais.** Isso mostra que a equação da certeza tem uma grande plausibilidade intuitiva.(ALEXY, 2018, p. 7, grifou-se)

Alexy afirma que, da mesma forma que em relação à possibilidade de utilização de escala triádica dupla para os princípios materiais poderia esclarecer alguns impasses em relação à escala triádica simples, também poderia ocorrer o mesmo em relação à graduação epistêmica. Observa-se, acima, que quando as premissas epistêmicas são confiáveis elas não influenciam na ponderação entre os princípios materiais o que se dá, de forma semelhante, quando os pesos abstratos são iguais, pois, neste último caso, como assinalado alhures, eles podem ser excluídos da fórmula vez que não afetam a ponderação em concreto, somente devendo ser inseridos quando os pesos abstratos são diferentes.(ALEXY, 2008, 2018).

Observa-se, do exposto até aqui, que o modelo de princípios de Alexy difere do modelo de Dworkin, o que demonstra que é importante proceder-se à uma abordagem específica acerca de em que consistem, precisamente, essas diferenciações entre as duas teorias, o que será objeto do próximo capítulo(3).

3 O COTEJO ENTRE OS DOIS MODELOS DE PRINCÍPIO DE DWORKIN E ALEXY

Os dois modelos de princípios de Dworkin e Alexy guardam alguns pontos em comum mas no todo são essencialmente diferentes de modo que mister que primeiro se trace uma breve exposição do que os mesmos teriam em comum(3.1) para posteriormente passar-se à abordagem das diferenças entre o que propugnam as duas teorias(3.2).

3.1 FATORES DE APROXIMAÇÃO ENTRE AS DUAS TEORIAS

Há diversos fatores que servem como pontos de aproximação dos modelos de princípio de Alexy e Dworkin que dizem respeito ao tipo de positivismo que combatem, uma postura de rompimento com a concepção dos princípios circunscrita tradicionalmente no conceito de princípios gerais do direito e, por fim, ambas fazem referência a um tipo de distinção qualitativa entre regras e princípios.

O primeiro fator de aproximação entre as duas teorias é que ambas as teorias visam a se contrapor ao positivismo normativo.

Segundo Dalla Barba(2017, p. 24, itálicos do autor) “O positivismo constitui-se como postura teórica solidificada decisivamente no século XIX, referindo-se o termo *positivo* aos fatos correspondentes àqueles que se possa contar, medir, pesar, ou expressar, e que necessitam de uma comprovação empírica para fazer sentido.”

No âmbito jurídico, manifestou-se de duas formas o positivismo legalista e o positivismo normativista ou normativo.

O positivismo legalista, reminiscência histórica, propugna uma interpretação rigorosa e literal dos textos legais através da subsunção do fato à hipótese abstrata descrita na regra jurídica.

Trata-se de uma análise puramente sintática dos textos legais em que a correlação lógica dos signos seria suficiente para solucionar a questão da interpretação do direito conforme aponta Streck(2011, p. 32):

Esse primeiro quadro eu menciono, no contexto de minhas pesquisas – e aqui talvez resida parte do “criptograma do positivismo” –, como positivismo primevo ou positivismo exegetico. Poderia ainda, junto com Castanheira Neves, nomeá-lo como positivismo legalista. A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintática. Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do

direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso, que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas.

Na França o positivismo legalista foi representado pela Escola da Exegese. Dalla-Barba assim descreve o positivismo legalista francês:

Devido à desconfiança dos franceses com a atuação dos juízes, era necessário que mantivessem total fidelidade aos artigos contidos na codificação vigente e nenhum tipo de complementação interpretativo-judicial era admitida, uma vez que o Direito e a Lei equiparavam-se estritamente. Metodologicamente, a aplicação dos conteúdos legais dava-se por meio da subsunção: premissa maior estipulada na hipótese da lei, premissa menor apresentada pelo caso narrado, e a conclusão surge do simples processo silogístico entre o fato verificado e a sua correspondente previsão legal. (DALLA BARBA, 2017, p. 25)

Portanto, caracterizava-se por uma concepção rigidamente estatal do direito, buscando-se a vontade do legislador constante na lei, num verdadeiro “culto à lei” que girava em torno do Código de Napoleão de 1804, numa equivocada concepção de que a lei poderia abarcar todo o Direito.

A vertente de tal positivismo legalista no direito inglês (DALLA BARBA, 2017, p. 26) se deu pela vinculação dos juízes a um corpo comum de decisões judiciais do passado, o *Common Law*.

Já na Alemanha (DALLA BARBA, 2017, p. 26–27) tal modelo de positivismo foi representado pela Jurisprudência dos Conceitos conhecido também como *ciência das pandectas* ou *pandectismo*. O papel do pandectismo era semelhante à da Escola da Exegese, apenas diferindo que enquanto nesta a vinculação se dava em relação aos textos legais, no pandectismo a vinculação dava-se com os textos doutrinários produzidos pelos doutrinadores.

Destacaram-se no pandectas Georg Puchta (1798-1846) e Bernhard Windscheid (1817-1892), sendo que “a jurisprudência dos conceitos entendia que a ciência jurídica deveria realizar uma genealogia dos conceitos a ponto de agrupá-los em uma espécie de pirâmide estruturada segundo os critérios de lógica formal.” (DALLA BARBA, 2017, p. 27, itálicos do autor)

O pandectismo, enquanto positivismo legalista, fundava-se igualmente na noção da auto-suficiência do texto jurídico e aplicação do método lógico-formal, independentemente de particularidades do caso concreto.

Com o declínio do positivismo legalista surge o positivismo normativista no qual são representantes Kelsen e Hart.

Tomando-se com parâmetro de tal modelo positivista em Kelsen, observa-se que há a introdução da noção de ordenamento jurídico(DALLA BARBA, 2017, p. 31). Desse modo, ao contrário do positivismo exegético, a norma deixa de ser um conceito isolado, passando a fazer parte de uma estrutura suprainfraordenada, com normas superiores e inferiores que se organizam em uma relação hierárquica, em que a norma superior é o fundamento de validade da norma imediatamente inferior e assim sucessivamente, remetendo à metáfora da “pirâmide normativa”. Assim, a Constituição é o fundamento de validade das normas produzidas pelo Poder Legislativo, normas estas que, por sua vez, serão o fundamento de validade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Em Kelsen é a norma jurídica que confere significado jurídico à conduta humana de modo a qualificá-la como uma conduta jurídica ou antijurídica. Contudo, ao lado da norma jurídica haveria as proposições jurídicas, objeto de estudo da ciência jurídica, que seriam juízos que descreveriam as condições em que a certas condutas deveriam sobrevir as consequências estipuladas na norma jurídica.

As proposições jurídicas ou normativas, ou enunciados descritivos, formuladas pela ciência jurídica elas apenas descrevem o direito. Não são o direito. A elas aplica-se o juízo de verdadeiro ou falso. Já as normas de direito ou normas de “dever-ser”, que são os enunciados prescritivos, são estabelecidas pela autoridade judicial e são as atributivas de direito ou deveres aos indivíduos, a elas não se aplicando o juízo de verdade, mas o de validade ou invalidade. Dalla Barba(2017, p. 34) assim expressa referida concepção:

Dito de outro modo, as normas, enquanto enunciados prescritivos, são produto da aplicação dos órgãos jurídicos(juízes e tribunais que aplicam a norma no caso concreto e o Poder Legislativo que cria atos normativos) em decorrência da existência de outras normas que assim os autoriza. As proposições jurídicas, por sua vez, limitam-se a apresentar enunciados descritivos sobre as relações que se estabelecem a partir das normas jurídicas, sendo essa a tarefa da ciência jurídica. Essa diferença é o que permitirá estabelecer o corte epistemológico realizado por Kelsen entre a interpretação realizada pelos órgãos jurídicos e a interpretação realizada pela ciência jurídica[...]

Como faz notar Dalla Barba(2017, p. 34, *itálico do autor*) “Essa separação epistemológica estabelecida por Kelsen é o ponto central para determinar o modo como, no capítulo crepuscular de sua Teoria Pura, será apresentado o problema da interpretação judicial e que o diferenciará drasticamente do positivismo legalista.”

A ciência jurídica, pois, definiria a moldura das distintas possibilidades de interpretação da norma, mas a aplicação judicial poderia optar por uma das possíveis interpretações circunscritas pela moldura porquanto não haveria uma interpretação correta, pois esta não seria

alcançável, mas tal seria objeto de política judiciária. Ressalta Kelsen, inclusive, a possibilidade pela via da interpretação autêntica estabelecer-se um comando normativo completamente fora da moldura. Segue que uma vez obedecido o procedimento de elaboração da norma jurídica qualquer conteúdo poderia ser direito, abrindo-se espaço para a discricionariedade judicial.

Aqui reside o ponto fulcral que distingue o positivismo normativista do legalista, uma vez que aquele aceita a discricionariedade judicial enquanto este último repudia tal solução para o problema da aplicação do Direito.

Dado, pois, este contexto, os modelos de princípios de Dworkin e Alexy visam combater o positivismo normativista que tem como nota característica a discricionariedade atribuída aos órgãos judiciais de aplicação do Direito.

Além desse ponto, os modelos de princípios dos autores visam estabelecer uma nova dimensão normativa fora do puro modelo de regras, trazendo a moral para o âmbito do Direito através de uma nova espécie normativa que são os princípios.

Importante ressaltar que a concepção de princípios das referidas teorias distingue-se dos chamados princípios gerais do direito ou princípios epistemológicos da ciência jurídica.

Oliveira(2007, p. 33) aponta para a função dos princípios gerais do direito como figura destinada a suprimir eventuais lacunas existentes no sistema positivo do direito codificado, Ainda, poderiam ser utilizados na interpretação com vistas a reduzir ou suprimir eventuais contradições entre disposições normativas do sistema jurídico codificado. Eles estariam latentes no ordenamento jurídico de modo que a partir deles poder-se-ia proceder a uma operação de dedução lógica da norma a ser aplicada a um caso não expressamente previsto nas regras.

Os princípios jurídico-epistemológicos, por sua vez, destinam-se a “possibilitar de forma unitária e coerente, o conhecimento de uma determinada disciplina”(OLIVEIRA, 2007, p. 36) ou ramo específico do direito.

Cada disciplina ou ramo jurídico tem seus princípios informadores. Oliveira(2007, p. 36) cita o exemplo dos princípios da ação e da demanda, do contraditório e da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do dispositivo e da economia processual, dentre outros, na disciplina direito processual.

Ainda são considerados como princípios epistemológicos os atinentes a teorias doutrinárias ou filosóficas acerca do direito como sendo exemplo a construção da Teoria Pura do Direito de Kelsen em que se pontifica dentre outros o princípio da imputação das leis jurídicas em contraposição ao princípio da causalidade que rege as leis naturais. No princípio da imputação faz-se necessária a intervenção da autoridade jurídica através de um ato de vontade, enquanto nas leis naturais a relação causa e efeito não há tal intervenção. Ainda em

Kelsen, poder-se-ia ser considerado como princípio epistemológico a ordem hierárquica de validade do ordenamento jurídico presente na Teoria Pura do Direito.

A partir dessa classificação, poder-se-ia considerar, ainda a título de exemplo, como princípio epistemológico, o princípio da proporcionalidade tal como formulado por Alexy como critério de ponderação de direitos, afastando-se da concepção tradicional de princípio da proporcionalidade, que era tido originariamente como instrumento de defesa contra excessos ou abusos cometidos pelo poder estatal, totalmente avesso à ideia de otimização de princípio presente em Alexy e, portanto, sem qualquer possibilidade de uso como instrumento de ponderação de direitos/princípios.

Dessa forma, clara a distinção dos princípios jurídico-epistemológicos em relação aos princípios gerais do direito, Enquanto estes estão latentes no contexto sistemático do direito positivo necessitando de uma operação de inferência indutiva para sua formulação, os de caráter epistemológicos já estão dados de antemão, e tem a função principal não de suprir lacunas do sistema papel atribuído aos princípios gerais do direito, mas de possibilitar o conhecimento ou entendimento de uma disciplina/ramo do direito ou de uma teoria jurídica.

Contudo, a concepção de princípios tal como tratada nos modelos de Alexy e Dworkin, objetiva, na realidade, romper com essa conotação principiológica de caráter essencialmente positivista consistente nos princípios gerais do direito e com a cultura epistemológica dos princípios, tendo em vista que são teorias não-positivistas e os princípios passam a ser o veículo de inserção da moral no Direito bem como romper com a discricionariedade judicial apregoada pelo positivismo.

Daí que Oliveira(2007) considera um terceiro significado de princípios, denominado princípios pragmáticos-problemáticos. Estes princípios se distinguem dos princípios gerais do direito, considerados como axiomas jurídico-rationais abstraídos do sistema jurídico no modelo positivista e aplicáveis apenas subsidiariamente em caso de lacunas, uma vez que são agora são fundamentantes da própria juridicidade ao lado ou contra as regras.

Esse novo significado do conceito de princípio está em consonância com a nova ideia de passagem de um Estado Liberal para um Estado Democrático de Direito em que o direito passa a ter uma função transformadora e não mais como função meramente instrumental e os princípios passam a figurar inclusive no bojo das Constituições democráticas. Oliveira, falando do Brasil, mas em passagem que serve para outras democracias, assim pontua:

Evidente que tais conquistas somente tomarão forma no momento em que o intérprete – que, como já dito, é responsável pela efetivação dos preceitos constitucionais no plano normativo – se der conta desta guinada representada pelo advento do Estado

Democrático de direito, sendo imperioso ter em mente que, neste “novo” paradigma, *o Direito não pode continuar a ser entendido apenas como mera realidade instrumental!*

Diante disso, a questão envolvendo o conceito de princípio assume um papel privilegiado, posto que todo esse caráter transformador do Estado Democrático de Direito não pode representar uma abertura para discricionariedades judiciais ou ativismos desmedidos. Há sempre um limite e esse limite é dado pelo texto constitucional. Em outras palavras: o caráter analítico da Constituição de 1988 faz com que sejam deslocadas para o âmbito do poder judiciário questões antes relegadas à política. Isso, por si só, representa uma judicialização da política. Todavia, como ficará claro em nossa exposição, há um limite para a atividade jurisdicional e esse limite é dado pela principiologia da Constituição e pelo fato de que o judiciário deverá argumentar sempre com princípios e não com base em políticas. Isso tudo, por si só, é um motivo a mais para se colocar a pergunta pelo conceito de princípios, para compreender, com maior proficuidade, o seu significado diante desse quadro que se apresenta na contemporaneidade.(OLIVEIRA, 2007, p. 55– 56, itálicos do autor)

Streck(2011) também expõe que não se pode falar em continuidade entre os princípios gerais de direito e os princípios pragmáticos problemáticos conforme a denominação acima adotada de Oliveira(2007). Segundo ele, a tese da “continuidade” apregoaria que os princípios constitucionais que emergiram da tradição do segundo pós-guerra seriam apenas uma nova versão do modelo dos princípios gerais do direito conforme o pensamento jurídico que sucedeu a fase histórica da codificação, eis que esses novos princípios, agora mais sofisticados, representariam apenas uma espécie de “reforço” da razão prática para o direito acionáveis apenas quando as regras codificadas não apresentassem uma resposta para a questão.

Na verdade, o que há é uma “descontinuidade” vez que se trata de um modelo não de absorção dos velhos princípios gerais de direito, mas de uma nova ideia de princípio que emerge da nova concepção do Direito do pós-guerra desvinculando-se do conceito de regras. Nesse sentido, Streck(2011, p. 57):

Como contraponto, proponho a “tese da *descontinuidade*” – que penso ser a mais adequada –, pela qual se entende que os princípios constitucionais instituem o *mundo prático* no direito. Essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem o dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma correta. Trata-se do dever de resposta correta, correlato ao direito fundamental de resposta correta que venho defendendo.

Outro ponto em comum entre os referidos modelos de princípios é que Alexy propõe uma distinção qualitativa entre princípios e regras, do mesmo modo que Dworkin, e não somente de grau, muito embora os dois modelos de ambos os autores sejam bastantes distintos na sua configuração.

Alexy(2008) expõe que há três teses principais acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira propugna que efetuar-se referida distinção seria inviável diante da

diversidade existente não se podendo identificar um critério identificador ou distintivo entre

regras e princípios. A segunda tese sustenta que a diferença entre regra e princípio é somente de grau ou generalidade; os princípios seriam mais genéricos do que as regras, mas não configurariam uma tipologia distinta daquelas. Por fim, a terceira tese aponta que a diferença entre princípios e regras é de caráter ontológico ou qualitativo.

Para Alexy(2008, p. 90) o ponto decisivo que diferencia regras de princípios são que estes “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” porquanto seriam mandamentos de otimização conforme já anteriormente delineado no capítulo anterior.

Já para Dworkin, a diferença entre os princípios e as regras seria de caráter lógico. As regras seriam aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. “Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”(DWORKIN, 2002, p. 39)

Já os princípios, conforme aponta Dworkin, tem uma dimensão do peso ou importância. “Um princípio como ‘Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos’ não pretende[nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz um argumento numa certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular.”(DWORKIN, 2002, p. 41, colchetes do autor)

Acresça-se, segundo Dworkin, que a forma do enunciado nem sempre deixa claro se se trata de uma regra ou princípio de modo que isso pode ser objeto de controvérsia e será regra ou princípio conforme a decisão da controvérsia assim aponte.

Desse modo, em Dworkin princípios são razões que apontam numa determinada direção. Pedron e Ommati(2020, p. 59), citando inclusive Rafael Thomaz de Oliveira, considera que a distinção entre regras e princípios, em Dworkin, é de caráter lógico-argumentativa, o que revela que sua proposta está incluída dentre as que postulam uma diferença qualitativa entre princípios e regras.

Deve-se ressaltar, porém, a leitura de Dalla Barba, com base na “Crítica Hermenêutica do Direito”(na linha doutrinária de Streck que postula o entendimento dos princípios a partir da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, com base em Ernildo Stein e Hillary Putnam) quanto à referida distinção entre regras e princípio de Dworkin de que não teria a mesma natureza da distinção levada a cabo por Alexy:

Na linha proposta pela Crítica Hermenêutica do Direito, a diferença entre regras e princípios é compreendida no contexto de que entre ambos há apenas uma diferença, mas não uma cisão estrutural. O princípio jurídico constitui o sentido da regra na situação hermenêutica em concreto, e que leva em consideração a conjuntura constitucional que permeia o ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito. O princípio jurídico

será aquilo que fará com que os sentidos dos textos jurídicos não se esgotem simplesmente no nível generalizante da regra, arrastando o intérprete diretamente para a faticidade que dela transcende e nela nunca se acomoda[...]

Seguindo nesse raciocínio, no que concerne à teoria do Direito, embora o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin também realize essa distinção (indevidamente), em suas teses não há uma dicotomia como em Alexy, mas apenas uma diferença entre os conceitos de regras (*rules*) e princípios (*general principles of law*). A partir de sua crítica ao positivismo jurídico de Herbert Hart que também dividirá o problema interpretativo do Direito em casos fáceis (*easy cases*) e difíceis (*hard cases*) e em que nos últimos se verifica uma "textura aberta" para o intérprete preenche-la discricionariamente devido a abertura semântica da norma, Dworkin percebe que há outros componentes dotados com o que chamará de força gravitacional (*gravitational force*) que suficientemente conduzem argumentos de determinada controvérsia jurídica em determinada direção.

Esses elementos que se encontram no âmbito principiológico do Direito em Dworkin são juridicamente vinculativos e não permitiram a abertura semântica mencionada por Hart. Portanto, a proposta do jusfilósofo norte-americano — não obstante também trabalhar com a noção de regras e princípios — não pode ser igualada à de Alexy, tendo em vista que o primeiro não enxerga uma dicotomia rígida entre essas duas espécies de normas, mas, a verdade, o Direito só faz sentido quando entendido como uma unidade coerente, sem permitir colisões entre princípios.(DALLA BARBA, 2017, p. 108–109)

Contudo, tal postura doutrinária não parece coadunar-se com a concepção exposta por Dworkin na sua obra “Levando os direitos a sério” acerca dos princípios. Decerto que a distinção entre regras e princípios postulada por Alexy é de caráter diferente da propugnada por Dworkin, mas ainda assim, a postura teórica de Dworkin é no sentido de considerar a distinção entre regras e princípios como de caráter qualitativo ou ontológico. Não só porque afirma textualmente na sua obra(DWORKIN, 2002, p. 39) que a distinção é de natureza lógica uma vez que as regras se aplicam ao modo de tudo ou nada enquanto os princípios tem uma dimensão do peso ou importância, e como consequência, os conflitos de regras se dão no plano da validade enquanto dos princípios no plano do peso ou importância, como também em razão do próprio autor não conceber um conflito ou colisão entre regras e princípios, tendo em vista que como a colisão só poderá haver entre um princízzípio e outro princípio, a colisão se dará com o princípio informador da regra e não propriamente com a regra. Daí a seguinte passagem em que se manifesta acerca do entendimento dissonante de Raz:

Na verdade, uma das minhas razões para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi exatamente mostrar quão **costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma – entre princípios concorrentes** e como esse ponto pode perde-se[*sic*] ou submergir, quando falamos muito imprecisamente sobre como regras conflitam com princípios.

Seja como for, não consigo ver como esse fenômeno possa lançar dúvidas sobre a distinção que desejo estabelecer entre regras e princípio. Para Raz, isso mostra que tanto as regras como os princípios têm peso, pois ele pensa que, quando regras e princípios entram em conflito, é preciso decidir qual dos dois preferimos. Essa decisão deve ser tomada atribuindo-se à regra um peso que será então comparado com o peso do princípio. Contudo, tal descrição certamente representa de maneira equivocada a interação entre regras e princípios. Suponhamos que um tribunal decida revogar uma regra estabelecida

de direito costumeiro (*commom law*), de acordo com a qual não pode haver responsabilidade jurídica por declarações falsas e negligentes e invoque vários princípios para justificar esta decisão, inclusive o princípio de que é injusto que um homem sofra em razão de um delito praticado por outro. **Devemos entender o tribunal como se ele estivesse decidindo que o conjunto de princípios em favor da revogação da regra estabelecida** — incluindo-se aí o princípio de justiça há pouco mencionado — **possui, nas circunstâncias e enquanto um grupo, um peso maior que o conjunto de princípios** — incluindo-se aí o princípio da *stare decisis* [decisão de acordo com os casos julgados] **que pede a manutenção da regra como até então. Para decidir sobre a manutenção da regra, o tribunal compara dois conjuntos de princípios; é enganoso, portanto, afirmar que o tribunal compara o peso da própria regra com um ou outro conjunto desses princípios.** Na verdade, quando Raz descreve a aferição do peso de uma regra moral ou jurídica, ele está, na verdade, falando da aferição do peso de princípios e políticas servidos pela regra, pois deve ser isso que ele quer dizer quando fala do ‘ objetivo’ de uma regra.(DWORKIN, 2002, p. 121–122, grifou-se)

Outro elemento que serve de suporte para a tese da referida distinção qualitativa de Dworkin, está na afirmação do texto acima em que as regras os mais das vezes são um compromisso institucional entre princípios concorrentes que se contradizem.

No sentido de que a distinção entre princípios e regras em Dworkin é de natureza qualitativa também é o entendimento de Oliveira(2007, p. 151–152, grifou-se):

Para definir com maior rigor e precisão seu conceito de princípio, Dworkin procura diferenciá-los das regras. Para ele há uma diferença lógica entre estes dois conceitos e não uma diferença de grau, de generalidade ou abstração. Isso é de extrema importância: não se procura construir — em Dworkin — uma diferença entre regras e princípios a partir de uma generalização abstrata destes em relação àquelas; mas sim há uma tentativa de se determinar, por meio de um processo de formalização, a diferença entre regras e princípios.

Nessa medida, **Dworkin se refere a esta diferença como uma diferença “qualitativa”**. Tanto as regras quanto os princípios são tratados como "conjuntos de padrões" que apontam para "decisões particulares acerca da decisão jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem". As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, ou seja, a determinação de uma regra implica na exclusão das outras, quanto a sua validade para reger o caso em controvérsia. Já os princípios são[*sic*] possuem uma dimensão de peso ou importância: a aplicação de um princípio não pode significar a exclusão de outro princípio, mas eles precisam ser pensados segundo os postulados a[*sic*] equidade e da integridade.

Do exposto, esses fatores consistentes na reação ou contraposição ao positivismo normativista, a nova concepção de princípios como de significado pragmático-problemático e ambos os modelos de princípios de Alexy e Dworkin poderem ser incluídos no grupo de teses que sustentam uma distinção qualitativa ou ontológica entre regras e princípios são fatores que aproximam os referidos modelos, contudo, embora muitas vezes não percebidas pelos operadores do direito, existem importantes diferenças entre as teorias de cada qual(3.2) tornando-se necessário fazer-se um delineamento detalhado.

3.2 FATORES DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE AS DUAS TEORIAS

As teorias acerca dos princípios de Dworkin e Alexy apresentam especificidades que fazem com que a abordagem das mesmas tenha importantes pontos de dissociação.

Primeiramente, conforme ressaltado no tópico acima, em ambas as teorias os princípios podem ser considerados como a porta de entrada da moral no direito. Contudo, a concepção de moral com a qual Dworkin trabalha distingue-se da que é objeto da doutrina de Alexy.

Dworkin trabalha com a ideia de integridade no sentido de que o direito é formado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo visando uma aplicação uniforme das mesmas normas pelo Poder Judiciário. A integridade tem a ambição de ser, como Dworkin chama, uma “comunidade de princípios”.

A moral com que Dworkin trabalha não é a moral pessoal, ou de um grupo em particular, mas com a moral institucional que se pode inferir dos textos legislativos e dos precedentes judiciais que regem uma mesma comunidade política. Em Dworkin, por isso mesmo, relevante é a tradição e a história institucional da comunidade.

Veja-se no trecho a seguir em Dworkin sobre a teoria da decisão judicial do juiz Hércules, metáfora do julgador idealizado e conhecimento e raciocínio privilegiado, no que pertine à moralidade política da comunidade como sendo a pressuposta pelas leis e instituições da comunidade:

A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem.(DWORKIN, 2002, p. 197)

Por isso que a busca pela integridade há de ser levado a efeito não somente pelo Poder Judiciário, mas também pelo Poder Legislativo que tem a obrigação de manter uma legislação coerente em termos de princípios que regem a comunidade política conforme nos explica Pedron e Ommati(2020, p. 105)

A integridade pode, no entanto, ser dividida em dois princípios: um princípio de integridade na legislação (legislative principle), que pede aos que criam o Direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios; e um princípio de integridade na aplicação judicial do Direito (adjudicative principle), que pede aos responsáveis por decidir o que é o Direito, que o vejam e façam-no cumprir como sendo coerente nesse sentido.

Desse modo, já se pode inferir que a moral que serve de esteio para a aplicação dos princípios é a moral da própria comunidade política. Não há que se perquirir acerca de uma moral “correta” fora da concepção vigente nessa comunidade política, de modo que a conhecida fórmula de Radbruch consoante a qual o direito extremamente injusto não é direito, não tem aplicação no âmbito da teoria de Dworkin.

Não há, pois, que se perquirir uma conexão classificatória entre a moral e o direito em Dworkin. A conexão será apenas qualificatória, até que porque a moral em Dworkin tem sede nas instituições políticas. Não é o caso de reconhecê-lo como inválido em razão da moral; o modelo de Dworkin não autoriza esta conclusão.

O que ocorre é que o direito perverso é um direito carente de legitimidade, posto que não poderá preencher a virtude da integridade. A integridade só poderá estar presente numa comunidade de princípios porquanto só nesta está presente o caráter de uma associação fraternal.

A respeito cumpre assinalar que Dworkin considera três modelos de comunidade. O modelo associativo decorrente de acidente de fato da história ou da geografia, o de regras e o modelo de princípio.

No modelo decorrente de acidente de fato, as pessoas darão tratamento às outras como meros instrumentos para atingirem seus fins, não havendo um verdadeiro vínculo associativo.

Na comunidade de regras os membros mantêm o compromisso de obedecer às regras estabelecidas pela comunidade. As pessoas, desse modo, “obedecem às regras que aceitaram ou negociaram como uma questão de obrigação, e não de mera estratégia, mas admitem que o conteúdo dessas regras esgota sua obrigação.”(DWORKIN, 1999, p. 253)

Na comunidade de regras as pessoas “não consideram que as regras foram negociadas com base em um compromisso comum com princípios subjacentes que são, eles próprios, uma fonte de novas obrigações; pensam, ao contrário, que essas regras representam um acordo entre interesses ou pontos de vista antagônicos.”(DWORKIN, 1999, p. 253) O que está fora das regras não é vinculativo de obrigação. A concepção convencionalista do direito é típica de uma comunidade de regras. Nesse caso, poder-se-ia enquadrar como exemplo o direito nazista.

Por fim, na comunidade de princípios há aceitação de que além das regras há um conjunto de princípios a que as pessoas estão obrigadas a cumprir. Nesse modelo a integridade é entendida como um ideal a ser buscado de forma geral como um dos componentes da comunidade política, a despeito de eventuais desacordos acerca do que consistiria a moral política. Na comunidade política:

[...] as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível. Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.(DWORKIN, 1999, p. 254–255)

Na comunidade de princípios estão presentes os sentimentos de equidade e justiça na organização política que pode ser diferente de outra comunidade particular. Ninguém é excluído. Há o respeito pela dignidade dos outros(DWORKIN, 1999, p. 257). Dworkin(1999, p. 257) aponta, ainda que:

Uma associação de princípio não é, automaticamente, uma comunidade justa; sua concepção de interesse equitativo pode ser falha ou violar direitos de seus cidadãos ou dos cidadãos de outras nações, do mesmo modo que em qualquer comunidade associativa verdadeira, como vimos há pouco. Mas o modelo dos princípios satisfaz as condições da verdadeira comunidade melhor do que qualquer outro modelo de comunidade possível para pessoas que divergem sobre a justiça e a equidade a serem adotadas.

Em Alexy, a moral é diferente do conceito que possui na teoria de Dworkin. Em Dworkin a moral é substancial e representa a moralidade política institucional de uma comunidade. Já em Alexy a moral tem caráter discursivo ou argumentativo e decorre da existência de uma pretensão de correção que o direito deve necessariamente formular. Para Alexy um determinado sistema jurídico deve necessariamente formular uma pretensão à correção moral, muito embora não o realize concretamente, para ter validade enquanto sistema jurídico. No plano das normas e decisões jurídicas individuais a não formulação ou não cumprimento da pretensão de correção teria caráter apenas qualificatório e não levaria à invalidade das referidas normas ou decisões. A invalidade seria apenas das decisões e normas individuais e não invalidariam todo o sistema jurídico uma vez que Alexy afasta a tese da irradiação da invalidade das normas individuais para todo o sistema jurídico:

Em caso de injustiça extrema, o refreamento do princípio da segurança jurídica ainda é aceitável. Qualquer outra restrição já não o é. Isso significa que, quando se trata do caráter jurídico, há que se ater ao critério da injustiça extrema e que esse critério deve basear-se em normas individuais, e somente nelas. A tese da irradiação pode ser plausível em outros contextos; porém, como tese sobre o caráter jurídico não é convincente. **Por isso, não pode fazer com que do caráter injusto de um sistema global resultem consequências que vão além da aplicação do argumento da injustiça a normas individuais.**(ALEXY, 2009, p. 79–80, grifou-se)

Desse modo, no caso específico das normas e decisões individuais quando ultrapassado o limiar da injustiça extrema, as mesmas seriam inválidas não se irradiando para todo o sistema sendo a invalidade limitada a elas. Nesse ponto a vinculação entre a moral e o direito teria caráter classificatório. Não haveria necessidade de um procedimento argumentativo porque o reconhecimento da injustiça extrema não é apto a gerar desacordos. Esse seria necessário para os casos em que a injustiça não tivesse tal caráter, por isso que Alexy(2009, p. 96) afirma que:

“Enquanto existe ampla unanimidade acerca do que infringe a moral além do limiar da injustiça extrema, aquém dele reina grande discórdia. Todavia, isso não significa que, nesse âmbito, não existe um critério para o que é justo e o que é injusto. A chave para esses critérios é a pretensão à fundamentabilidade, implicada pela pretensão à correção.”

Portanto, se não se está diante do argumento da injustiça extrema, a conexão com a moral se dá pela pretensão de correção, entendido esta apenas como uma ideia reguladora no bojo de um procedimento discursivo uma vez que a decisão final do argumento pode não ser moralmente correta do ponto de vista substancial. A decisão final dependerá das regras de fundamentação jurídica e de argumentação moral porque para Alexy o que é passível de correção moral dá-se em virtude dessas regras. Por isso que Alexy(2009) coloca a pretensão à correção como uma “dimensão ideal”.

Alexy pontua, ainda, que, no plano da abertura ou indefinição do direito positivo, a aplicação da moral se dará através dos princípios e que o procedimento argumentativo com vistas à pretensão de correção enquanto ideia reguladora terá a forma de ponderação, tendo em vista que concebe os princípios como mandamentos de otimização, ou seja, enquanto normas que ordenam que algo seja realizado “em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas.”(ALEXY, 2009, p. 85)

Delineada a concepção diferenciada da moral em Dworkin e Alexy o que influencia a concepção de princípios de ambos, visto que a moral informará o conteúdo daqueles, observa-se que a teoria dos princípios de ambos se diferencia quanto aos critérios de distinção que fazem entre regras e princípios e ao método utilizado para a resolução de conflitos entre os princípios.

Dworkin, como dito anteriormente, considera que as regras aplicam-se à maneira de tudo ou nada de modo que se a mesma é válida deve ser aceita porquanto se trata de razão definitiva. E aponta que as exceções são enumeráveis, do contrário a regra estaria incompleta. Alexy(2008, p. 104) questiona a afirmação quanto às exceções serem enumeráveis, porquanto “as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis.” E chama o caráter de definitividade da regra de razões definitivas

“*prima facie*”. Contudo, há que se ater que Dworkin está falando de regras enquanto regras, tendo em vista que exceções a que ele se refere são em termos de regras. Em Dworkin, princípios não conflitam com as regras, mas com o princípio informador da regra. Exceções estabelecidas por princípios, na verdade, na esteira de Dworkin, em que em certa altura responde a Joseph Raz quando este aponta que regra conflita com princípio, não conflitam com a regra, mas com o princípio informador da regra. As exceções a que Dworkin parece se referir diz respeito a exceções estabelecidas via regras e não através de princípios.

Todavia, em ambos, quanto ao conceito ou ideia do que seja regra, não há distinção relevante, visto que Alexy estabelece, de modo semelhante a Dworkin, que os conflitos entre regras se resolvem no plano de validade, segundo os critérios estabelecidos no ordenamento, quais sejam, *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, o critério da hierarquia (que ele chama de importância da regra). Ou seja, critérios de validade e não critérios relativos à importância ou peso. Outro ponto comum é que tanto Alexy como Dworkin tratam as regras como razões ou comandos com força de definitividade.

Já com relação aos princípios, a postura teórica dos referidos autores na conceituação e forma de resolução de conflitos entre os princípios denotam um caráter bastante distinto, o que vai se revelar, especialmente, na forma de resolução dos conflitos uma vez que a teoria de Dworkin é de natureza substancial ou substantiva baseada na interpretação da prática jurídica ou do direito baseada na integridade, enquanto a teoria de Alexy é estrutural-discursiva baseada na ponderação.

Em Dworkin, os princípios são razões que apontam numa determinada direção e tem uma dimensão de peso ou importância. “Tudo o que pretendemos dizer ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclinasse numa ou noutra direção.” (DWORKIN, 2002, p. 42)

Apesar de Dworkin, reconhecer uma dimensão de peso ou importância em relação aos princípios, contudo, no seu modelo de princípios, quando dois princípios entram em conflito, não há uma avaliação em termos de intensidade da afetação a um em relação à satisfação do outro princípio que a ele se contraponha através de uma ponderação que Oliveira (2007, p. 177) chama de fórmula “tanto-quanto” consoante a qual “quanto mais alto é o grau de não-realização ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do outro.”

O critério utilizado é substancial e não discursivo-formal e visa determinar, em uma dada situação, numa problemática de conflituosidade de princípios, qual escolha entre um princípio ou outro revela-se como a escolha correta. A esse respeito Oliveira (2007) aponta esse

choque de concepções de Dworkin e Alexy, em que a contraposição de princípios, para o primeiro, visa-se à resposta correta e, no outro, à otimização, até porque em Alexy a pretensão de correção moral em termos de princípios é realizada na ponderação, ou seja, com base em um procedimento estrutural-discursivo.

A resposta correta seria decorrente do adequado significado dado ao caso de acordo com a moral política institucional da comunidade de princípios. Essa comunidade de princípios é regida não somente por regras, mas por um conjunto de princípios extraídos das instituições, leis e precedentes judiciais. Esses princípios se estruturam no sistema de acordo com a ideia de integridade. A resposta correta seria a resposta adequada à ideia da integridade que regeria a comunidade.

A noção do direito enquanto integridade implica em que aos casos semelhantes sejam atribuídos a mesma solução. A integridade pede que “os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por **um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo**, e pede-lhes que os apliquem aos novos casos que se lhes apresentem, **de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.**” (DWORKIN, 1999, grifou-se). Essa ideia de integridade, pois, decorre do direito de todos a receberem igual tratamento de consideração e respeito pelo Estado e, por isso mesmo, a decisão judicial deve mostrar coerência com as decisões do passado, além disso deve ser adaptável as situações futuras. Esse último aspecto representa um algo mais em relação ao requisito da coerência. Enquanto a coerência é atinente ao respeito as decisões do passado, a integridade objetiva o melhor entendimento para o presente dos princípios adotados no passado.

Os princípios sobre a justiça, equidade e devido processo legal adjetivo em Dworkin(1999, p. 483) são definidos ou conceituados em relação ao sistema político. Então a justiça diz respeito ao resultado correto produzido pelo sistema político “em termos de distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos”; a equidade é uma questão de estrutura correta do sistema político em termos de distribuição correta ou de maneira adequada da influência sobre as decisões políticas; por fim, o devido processo legal adjetivo é uma “questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu.”

A equidade e o devido processo legal adjetivo referem-se às contrições institucionais respectivamente das leis (referente ao Legislativo) e do sistema de precedentes(referente ao Judiciário), enquanto a justiça atua no plano substantivo, a justiça substantiva, entendida como distribuição correta de bens, recursos e oportunidades. Como diz Neiva(2017, p. 82):

As restrições institucionais são parte da prática jurídica, e o Direito como integridade deve ser capaz de incluí-las na sua explicação dos fatores determinantes do conteúdo do Direito. Um sistema jurídico inclui não apenas padrões sobre *quais direitos e deveres temos*, mas também sobre *quem* deve determinar nossos direitos e deveres, e *como* deve fazê-lo.

Daí Dworkin(1999, p. 485) formula dois conceitos de integridade: a integridade pura e integridade inclusiva. Essa formulação conceitual visa ressaltar a necessidade de que a comunidade política busque reformular suas práticas institucionais para servirem de modo mais coerente e abrangente à visão de justiça social ou substantiva. Então, a integridade inclusiva é a integridade propriamente dita no seu sentido completo definido acima em termos de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo, ou em outras palavras, justiça e restrições institucionais. A integridade pura é a justiça sem as restrições institucionais da equidade e devido processo legal adjetivo. A integridade inclusiva é o direito que vincula o juiz e que está obrigado a declarar. A integridade pura se destina à comunidade política a fim de que essa avalie a reformulação ou não de suas práticas para satisfazer à justiça substantiva.

Então a resposta correta em Dworkin será alcançada através da integridade no sentido definido como integridade inclusiva.

E essa resposta correta dada pela noção de integridade alcançar-se-á através de uma interpretação que Dworkin chama de construtiva.

Dworkin diferencia as interpretações conversacional, científica e criativa. A conversacional é intencional pois atribui significado a partir dos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresenta conclusões como afirmações sobre a interpretação deste dizer o que disse. A interpretação científica é a interpretação causal, em que o cientista coleta dados para depois interpretá-los. Já a interpretação criativa é voltada a desvelar o propósito ou, o que é a mesma coisa, a finalidade de algo. Busca justificar um ponto de vista acerca do significado, tema ou propósito do seu objeto de estudo que pode ser uma obra artística seja ela um poema, pintura ou outra obra qualquer, ou mesmo a prática social no qual se inclui o direito, a qual também se insere nesse tipo de interpretação.

E essa interpretação criativa é construtiva. Ela atribui à prática social um valor consistente em um propósito ou finalidade. As regras não são vistas como algo puramente mecânico ou descritivo, o que poderia sugerir a interpretação conversacional, mas como algo imbuído de uma finalidade, e portanto, a interpretação sendo resultado da finalidade atribuída a essa prática que não passa ser vista como apenas algo mecânico, observável despido de qualquer objetivo.

Mas, ao lado dessa característica da finalidade consistente no que a prática requer por ocasião de seu surgimento histórico, essa finalidade ou propósito deve ser, também, a melhor interpretação do que a prática requer no decorrer do tempo, e, por isso, a finalidade ou propósito modifica o próprio conteúdo da prática, na sucessividade do tempo, para adequar-se ao que, no contexto presente, o conteúdo da prática requer para atender ao propósito no seu entendimento renovado e atual.

Por isso, Dworkin(1999, p. 57–58) usa o exemplo de uma comunidade fictícia em que seus membros seguem um conjunto de regras que chamam “regras da cortesia”. Uma delas diz: “a cortesia exige que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres”. E Dworkin nos diz como essa regra evolui no entendimento da comunidade:

Por algum tempo, essa prática tem um caráter de tabu: as regras simplesmente estão ali, e ninguém as questiona nem tenta mudá-las. Mas em seguida, talvez lentamente, tudo isso muda. Todos desenvolvem uma complexa atitude "interpretativa" com relação às regras de cortesia, uma atitude que tem dois componentes. **O primeiro é o pressuposto de que a prática da cortesia não apenas existe, mas tem um valor, serve a algum interesse ou propósito, ou reforça algum princípio - em resumo, tem alguma finalidade - que pode ser afirmado, independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática. O segundo é o pressuposto adicional de que as exigências da cortesia - o comportamento que ela evoca ou os juízos que ela autoriza - não são, necessária ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem, mas, ao contrário, suscetíveis a sua finalidade, compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade.** Quando essa atitude interpretativa passa a vigorar, a instituição da cortesia deixa de ser mecânica; não é mais a deferência espontânea a uma ordem rúnica. **As pessoas agora tentam impor um significado à instituição - vê-la em sua melhor luz - e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado.**(DWORKIN, 1999, p. 57–58, grifou-se)

E justamente porque o valor “finalidade” implica que a prática seja atualizada para atender ao que a mesma requer no contexto vigente, aí se manifesta o caráter construtivo da interpretação. E é aqui, nesse aspecto construtivo que a regra da cortesia, que é uma metáfora do direito, é diferente das regras que regem jogos, como o xadrez, exemplo comparativo que Hart usa para explicar as regras do direito na concepção do positivismo, posto que essa ideia de construção ou atualização da finalidade para a atualidade não se apresenta na prática dos jogos, como o xadrez:

Os dois componentes da atitude interpretativa[chamemos: finalidade da prática e reformulação da prática para atender à finalidade]são independentes um do outro; podemos adotar o primeiro componente dessa atitude com relação a alguma instituição sem que seja necessário adotar também o segundo. É o que fazemos no caso de jogos e competições. Recorremos à finalidade dessas práticas ao discutirmos a possibilidade de alterar suas regras, mas não (a não ser em casos muito raros) aquilo que elas são no momento; isso é determinado pela história e pela convenção. A interpretação, portanto, desempenha um papel apenas exterior nos jogos e competições. **Contudo, é fundamental para a minha**

fábula sobre a cortesia que as pessoas da comunidade hipotética adotem o segundo componente dessa atitude, bem como o primeiro; para eles, a interpretação decide não apenas por que a cortesia existe, mas também o que, devidamente compreendida, ela agora requer. Valor e conteúdo se confundem.(DWORKIN, 1999, p. 58, grifou-se, colchetes nossos)

Esse entendimento do que a prática requer é dada pelo intérprete e não por outra pessoa ou entidade fictícia como um grupo social ou a comunidade, e esse intérprete buscará colher o melhor entendimento face as restrições institucionais do que a prática requer, na esteira do que Dworkin(1999, p. 75, grifou-se) busca suporte em Gadamer: “Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a **interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas.**”

Por isso mesmo, não pode a interpretação da prática ser conversacional, que visa meramente a intenção do autor, um ponto fixo na história, pois o que deve buscar-se é interpretar a prática em si, o que, atualmente, a mesma requer e não qual tenha sido a intenção histórica do autor ao dizer algo. Como corolário, decorre que a integridade não se compatibiliza com a interpretação conversacional:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.(DWORKIN, 1999, p. 274)

Daí Dworkin utilizar a metáfora do romance em cadeia, que pode ser incluída como espécie de obra artística, na qual há elaboração sucessiva por vários escritores, em que cada romancista continua o trecho da obra que ele recebe inacabada, e assim sucessivamente, sendo que deve haver fidelidade à etapa anterior até então redigida, mas em que cada escritor deve continuar a obra como acha que melhor deve prosseguir em face ou em conexão com a etapa anterior até então escrita.

Com base em tudo isso Dworkin(1999, p. 81–82) considera que a interpretação possui três etapas como descrito alhures sendo que **primeiro** há uma etapa pré-interpretativa na qual “são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática”, **segundo**, há uma etapa interpretativa onde se busca uma “justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa” e, por fim, em **terceiro**, há uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora na qual o interprete “ajuste sua ideia

daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa.”

Na etapa interpretativa delinea-se ou identifica-se o propósito ou objetivo da prática enquanto na fase pós-interpretativa procura-se adequar ao que atualmente a prática requer diante da finalidade delineada na fase interpretativa. Na etapa pós-interpretativa é que se configura o caráter construtivo da interpretação, que justamente vai distinguir a interpretação construtiva da conversacional.

Desse modo, para aferir a resposta correta em caso de conflito entre princípios, o intérprete definirá a resposta correta através da interpretação da prática conforme descrito acima, considerando a ideia de integridade, visando chegar à uma conclusão quanto ao que a prática ou o direito realmente requer no contexto atual.

Por sua vez, em Alexy, como mencionado anteriormente, há uma definição específica de princípio que difere do conceito de princípio de Dworkin. Enquanto em Dworkin princípios são razões que apontam numa determinada direção e tem uma dimensão de peso ou importância, de modo que o critério de importância vai determinar o que deve prevalecer em uma determinada situação, o que em última instância será definido via interpretação iluminada pela integridade, em Alexy princípios são mandamentos de otimização, segundo o qual “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”(ALEXY, 2008, p. 90)

Esse conceito de princípios de Alexy é inovador e bastante peculiar de sua teoria e vai permear a forma como se resolve os conflitos entre princípios que ele denomina de colisões para diferenciar nominalmente dos conflitos entre regras.

E o método que Alexy aplica para resolução dos conflitos entre princípios é um modelo estrutural que ele denomina ponderação em contraposição aos modelos substantivos que são os que recorrem aos cânones interpretativos, dogmática e precedentes nos quais se inclui o modelo de princípios de Dworkin.

A **Lei da Ponderação** conteria o seguinte enunciado: “Quanto maior for o grau de não- satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”(ALEXY, 2008, p. 167)

Essa lei da ponderação implicaria a aplicação da máxima da proporcionalidade que abrangeria as possibilidades fáticas, representadas pelas máximas da necessidade e adequação, e as possibilidades jurídicas, representadas pela aplicação da máxima da proporcionalidade em sentido estrito o que configuraria a ponderação propriamente dita visto que somente nesse estágio se avaliaria a colisão de um princípio em face de outro princípio.

A proporcionalidade em sentido estrito decompor-se-ia em três etapas(ALEXYS, 2011, p. 133): 1) avaliação quanto ao não cumprimento ou prejuízo de um princípio; 2) verificação quanto a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário; e 3) se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justificaria o prejuízo ou não cumprimento do outro. Para tal atribui-se valores de intensidade fraco, médio e grave quanto ao grau de afetação do princípio e à importância da satisfação do princípio oposto.

Então o critério para aferição do resultado correto da interpretação seria alcançado como resultado deste procedimento ponderativo que se baseia numa avaliação do intérprete quanto ao grau de intensidade de afetação ou satisfação dos princípios em colisão, através da aplicação da máxima da proporcionalidade sendo que o resultado correto decorre mecanicamente da aplicação desse procedimento estrutural. O resultado dessa ponderação teria a estrutura de uma regra que Alexy denomina de **regra atribuída**.

E como toda técnica estrutural, cria-se como que uma espécie de legitimação pelo procedimento. Ou seja, o critério de correção decorre do resultado do procedimento e não necessariamente do entendimento substancial da questão. Essa espécie de legitimação pelo procedimento é percebida quando Alexy pontua que as regras se aplicam por subsunção enquanto os princípios por ponderação, como a se realçar um papel secundário da dogmática e dos cânones interpretativos tradicionalmente aplicados na interpretação do direito no âmbito dos princípios. Então como as regras se aplicam por subsunção enquanto os princípios por ponderação, apenas poder-se-ia em termos de colisão de princípios fazer-se subsunção quando se alcançasse o resultado da ponderação na regra atribuída. Só então com a regra atribuída passar-se-ia à etapa final da subsunção do caso concreto à regra atribuída.

Um ponto importante no procedimento da ponderação é que tem-se por indispensável a utilização da máxima da proporcionalidade em sentido estrito como instrumento necessário para resolução de qualquer colisão entre princípios.

A proporcionalidade, a despeito de ser comumente denominado de princípio da proporcionalidade, não é um princípio ou regra porquanto não visa a regular condutas, mas servir como um critério ou técnica auxiliar na definição de qual padrão normativo deve ser aplicado em um determinado caso ou se um padrão deve ser afastado por ser desproporcional. Ávila(2022) classifica a proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo.

Segundo Ávila(2022, p. 169–170), “Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados à compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta.”

Os postulados normativos aplicativos, segundo Ávila(2022, p. 170), são normas metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação e qualificam-se como normas sobre aplicação de outras normas, isto é, como metanormas, qualificando-se como o que ele chama de “normas de segundo grau”.

Ávila(2022, p. 170) ressalta essa função diferenciada que os postulados possuem em relação à função desempenhada pelos princípios e regras:

A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

A despeito de Alexy(2008, p. 117), em nota de rodapé, considerar a proporcionalidade, mais propriamente as máximas parciais da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito como regras, uma vez que ou são ou não são satisfeitas, não havendo espaço para otimização, a sua função não pode ser nivelada com a das regras ou princípios, de modo que afigura-se mais coerente com a teoria dos princípios o enquadramento em outra categoria, como faz Ávila, a dos postulados normativos aplicativos data a nítida particularidade que esses apresentam.

A máxima da proporcionalidade tal como formulado por Alexy guarda uma conotação tal que não condiz com o entendimento corrente acerca do que dogmaticamente se tinha como proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade na visão corrente é um instrumento de defesa contra abusos e excessos do poder público, não servindo como instrumento de regulação de colisões entre princípios.

A máxima ou princípio da proporcionalidade na teoria de Alexy tem a função que nos modelos substantivos, como o de Dworkin, está reservado à dogmática e aos cânones interpretativos. Em Alexy, como os direitos fundamentais têm a estrutura de princípios, o critério a ser usado no cotejo entre os direitos não é a dogmática ou os cânones interpretativos, mas a ponderação através da máxima da proporcionalidade. Considerando essa concepção particular do modelo da ponderação, Laurentis afirma que o princípio da proporcionalidade

torna-se onipresente em qualquer colisão de princípios e, como regras também podem ser excepcionados por princípios, por decorrência, torna-se onipresente no direito:

Sem poder conter as possibilidades de criação, muitas vezes artificiais, de colisões entre direitos fundamentais, a proporcionalidade é transformada em um *topos* geral e universal. Ela é afastada de sua função original de contenção de abusos e excessos do poder estatal e passa a condensar e concentrar todos os parâmetros e todas as funções do direito. Proporcionalidade não quer mais dizer contenção, mas sim equilíbrio e harmonização. E as exigências para sua aplicação não poderiam ser mais simples. Basta afirmar que o parâmetro constitucional de proteção do direito fundamental expressa um valor, ou princípio, que não identifica todas as suas hipóteses de aplicação, para inferir que a ponderação é a única saída para que se identifique qual direito tem maior importância relativa, ou peso, em uma dada situação. **Insuficiência de sentido se torna, então, motivo não para o esforço dogmático de delimitar o campo de proteção do direito fundamental via interpretação, e sim para pressupor a necessidade da aferição, em concreto, dos pesos e valores dos direitos fundamentais. Proporcionalidade e ponderação surgem, portanto, como substitutos, não correlatos, da interpretação jurídica. Universalizadas e generalizadas, elas estão em toda parte.** (LAURENTIS, 2015, p. 65, grifou-se)

Observa-se, pois, com Laurentis, que a proporcionalidade passa a ter uma função ampla, não limitada à sua função de defesa contra intervenções estatais, mas como o critério que passa a orientar e parametrizar o que será definido num caso concreto de colisão entre princípios, qual desses deve prevalecer, o que, efetivamente, pode contradizer a dogmática e os meios tradicionais de lidar com a interpretação no direito, visto que esses últimos terminam por ter importância secundária em relação ao princípio da proporcionalidade, que passa a ser o critério dogmático por excelência.

Laurentis, em sua tese *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*, postula a volta do critério da proporcionalidade à sua concepção tradicional de instrumento de defesa contra excessos e abusos do poder público, e alerta contra a hipostasiação do princípio da proporcionalidade no modelo de princípios na ponderação porquanto faz com que haja um engessamento da dogmática jurídica a qual fica subjugada pela máxima da proporcionalidade e, em decorrência, esta serve de obstáculo à uma busca por uma elaboração mais aprofundada na seara de cada direito fundamental no sentido do desenvolvimento do entendimento mais refinado acerca do que exatamente consiste ou engloba cada direito fundamental. Desse modo, a aplicação do princípio da proporcionalidade na teoria da ponderação implicaria em um afastamento do controle dogmático dos pressupostos normativos da decisão e, no longo prazo, prejudicaria o desenvolvimento da dogmática dos direitos fundamentais com implicação na redução do próprio conteúdo normativo de sua abrangência:

A diferença entre esses métodos de análise [ponderação e dogmática tradicional] não está na racionalidade argumentativa, mas na possibilidade de um controle dogmático dos pressupostos normativos da decisão. Enquanto a ponderação afasta essa forma de controle, a definição do significado do parâmetro constitucional parte desse pressuposto. Por isso, **mesmo que a priori não haja diferença no que diz respeito à racionalidade desses procedimentos de fundamentação decisória, suas consequências para o desenvolvimento da racionalidade da ciência e da dogmática jurídicas são opostos.** Delimitar e definir parâmetros de decisão quer dizer apresentar critérios que podem ser discutidos, reavaliados, modificados, enfim substituídos, tudo em função da argumentação jurídica, apresentada não só pela jurisprudência, mas também pela literatura. Centrada na noção de ponderação concreta e na distinção teórica de princípios e regras, a teoria dos princípios, ao contrário, só pode analisar se, nas condições do caso, incidiu uma regra ou um princípio e, nesse último caso, qual foi o peso atribuído a cada um dos princípios em colisão. E para distinguir essas hipóteses, a teoria utiliza um critério único e direto: casos claros e evidentes de aplicação da lei são solucionados por subsunção, casos complexos exigem ponderação.

Há nisso uma dupla redução. A primeira, da possibilidade de existirem regras jurídicas complexas, que exigem grande esforço interpretativo para serem aplicadas. **A segunda é uma redução do conteúdo normativo dos próprios parâmetros constitucionais, que são analisados, avaliados, interpretados e manipulados unicamente em função de variações de situações fáticas de sua incidência.**(LAURENTIS, 2015, p. 133–134, grifou-se)

Essa separação entre subsunção como método de abordagem das regras e ponderação como método dos princípios através da técnica ou máxima da proporcionalidade que, por sua vez, decorre do fato da teoria dos princípios em Alexy ser de caráter estrutural, o que, como corolário, permite uma espécie de legitimação pelo procedimento, vai implicar em uma outra diferença com relação ao modelo de princípios em Dworkin, que é justamente a cisão entre o “como hermenêutico” e o “como apofântico” no modelo da ponderação. Nesse sentido, Streck(2011, p. 285):

De registrar que, em textos anteriores, desenvolvi e trouxe para o âmbito da hermenêutica jurídica, com base em Ernildo Stein e Hillary Putnam, a tese de que as teorias da argumentação jurídica e/ou as teorias discursivas constituem um vetor (*standard*) de racionalidade de segundo nível, ficando, pois, no plano apofântico, enquanto a hermenêutica filosófica, que não cinde interpretação e aplicação, perfaz uma racionalidade de primeiro nível (estruturante), a partir de um “como hermenêutico”. Isso significa dizer que não interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. Desse modo, interpretar é explicitar – argumentativamente – o (já sempre) compreendido (Gadamer). O *standard* ou vetor de racionalidade de segundo nível é de caráter lógico- epistemológico, com forte dependência procedural, em que a contitudística (mundo prático) tem lugar secundário. Esse fenômeno pode ser verificado na teoria da argumentação de Alexy [...]

O “como hermenêutico” e o “como apofântico” são diferenciações feitas na hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, em que o primeiro “como” se refere à compreensão do “ser”, enquanto o segundo refere-se à forma de enunciação ou explicitação dessa compreensão em termos lógicos. O “como hermenêutico” é o “como” do mundo prático

e remete ao fenômeno de como compreendemos as coisas, enquanto o “como apofântico” é o “como” do discurso, dos enunciados.

A hermenêutica filosófica afirma que se torna necessário separar o “ser” do “ente”, este último sendo aquilo que se quer compreender, para o qual se dirige a atenção do Dasein (homem). Essa separação entre “ser” e “ente” chama-se *diferença ontológica*. Ocorre que só se pode compreender o “ente” através do “ser”, e o “ser” remete à linguagem. O Dasein está inserido em uma tradição, numa situação histórico-temporal, e se relaciona com o mundo através da linguagem e quando busca conhecer o “ente” já tem alguns pré-juízos acerca do que esse representa. Essa compreensão do Dasein formula-se no “ser” que permitirá o conhecimento do “ente”.

O “ser” está ligado à condição existencial do Dasein(ser-no-mundo). Consoante Dalla-Barba(2017), o processo compreensivo do Dasein apresenta uma estrutura circular em que na medida que compreende o “ser”, o Dasein compreende a si mesmo enquanto ente que compreende o ser, mas só assim procede porque antes o compreendera. Significa que o Dasein “[...] ao mesmo tempo em que é determinado pelo seu objeto de conhecimento, faz parte e interage ativamente com o mesmo, não estando dele apartado como supunha a metafísica ocidental.”(DALLA BARBA, 2017, p. 104)

O Dasein é desde sempre ser-no-mundo porque “sua condição é, em si compreendendo, compreender o “ser” (Círculo Hermenêutico); e compreende o “ser” através da pergunta pelo “ente” (diferença ontológica).”(OLIVEIRA, 2007, p. 130). Não se pode captar a estrutura da compreensão que é histórica e assistemática pela via do método. O pensamento que comanda a compreensão não pode ser enquadrado numa estrutura metodológica rígida porque o método sempre chega tarde e após ter ocorrido a compreensão, que às vezes acontece até sem o Dasein ter-se dado conta, pois decorre de sua condição existencial de estar lançado no mundo.

Em Heidegger, rompe-se com a hermenêutica tal como concebida por Schleiermacher de que primeiro se interpreta, depois se compreende para, enfim, passar-se ao terceiro estágio que é a aplicação. Na hermenêutica fenomenológica, esses passos não se dão separadamente, mas através de idas e vindas. Primeiro, compreende-se, sendo que interpretar é apenas explicitar o que fora compreendido. Portanto, essa a essência do círculo hermenêutico que se distancia da concepção em Schleiermacher. Como aponta Streck:

Quando explicito o (já) compreendido, esse processo se dá no nível lógico-argumentativo, e não filosófico. E insista-se: filosofia não é lógica. Esse “proceder epistemológico” é antecipado; não se confunde com o próprio conhecimento. Pela hermenêutica, fazemos uma fenomenologia do conhecimento. Não é uma coisa concreta.

É, sim, a descrição da autocompreensão que opera na compreensão concreta. Na explicitação é que haverá o espaço para uma teoria do conhecimento.

Isso significa afirmar que, ao contrário do que se diz, **não interpretamos para, depois, compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, nas palavras de Gadamer.** A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Consideradas, assim, as distinções entre o modelo de princípios de Dworkin e Alexy quanto às diferentes concepções acerca de como a Moral adentra no Direito, a diferente conceituação do que sejam princípios, os distintos critérios de resolução de conflitos ou colisões, bem como a cisão entre o “como hermenêutico” e o “como apofântico” que um autor faz e o outro não, torna-se pertinente analisar no capítulo a seguir(4) a questão sobre se os referidos modelos são compatíveis e se as diferenças entre os dois modelos podem trazer algum impacto em termos de discricionariedade na interpretação.

4 OS MODELOS DE PRINCÍPIO EM ALEXY E DWORKIN: INCOMPATIBILIDADE E DISCRICIONARIEDADE

As diferenças que apresentam os modelos de princípios em Alexy e Dworkin, trazem uma inferência de que não podem ser tratados indistintamente e que, na verdade, referidos modelos trazem uma incompatibilidade(4.1) inerente decorrente da configuração própria de cada modelo e que pode resultar em diferentes posturas face a discricionariedade(4.2) em termos de interpretação no direito.

4.1 INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS MODELOS DE PRINCÍPIOS EM ALEXY E DWORKIN

Os elementos que diferenciam as teorias de princípios entre Alexy e Dworkin foram retratados no capítulo anterior, onde em Alexy em decorrência do seu conceito de princípios como mandamentos de otimização tem-se a ponderação como a técnica por excelência para solução dos casos difíceis, com o uso da máxima da proporcionalidade num sentido diferente de sua função de defesa contra intervenções estatais, agora como critério de solução de colisão entre princípios definindo qual deles deve prevalecer no caso de conflito, de modo que as regras se aplicariam por subsunção e os princípios por ponderação.

A teoria de Alexy é, então, uma teoria discursiva, uma concepção estrutural de princípios, onde o procedimento, no caso a ponderação, seria o determinante da solução da colisão de princípios. Daí que a teoria dos princípios de Alexy, na verdade, busca uma legitimação pelo procedimento, como é típico das teorias discursivas. Daí, a cisão entre o “como hermenêutico” do “como apofântico”, que decorre do fato de que a concepção de Alexy ser uma concepção estrutural de princípios. Por sua vez, a máxima da proporcionalidade levaria a dogmática e os meios tradicionais de interpretação do direito a um papel secundário face a hipostasiação da proporcionalidade que em grande medida seria, na verdade, o critério por excelência e, como consequência, suplantaria os critérios dogmáticos tradicionais que poderiam estar em contraposição à proporcionalidade.

Já a teoria de Dworkin faz uma abordagem substancial dos princípios de modo que enquanto modelo substantivo recorre aos cânones interpretativos, dogmática e precedentes para se chegar a uma solução para colisão de princípios. Relevante na teoria de Dworkin, o conceito de direito como integridade, em que o direito é estruturado como um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, que sejam igualmente

aplicados a todos os indivíduos da comunidade política. Outrossim, a ideia de integridade difere da coerência porquanto prevê a adaptação da finalidade da prática jurídica para o que atualmente a mesma prática requer. Daí a ideia de integridade estar inserida na interpretação construtiva que Dworkin estipula como o tipo de interpretação aplicável ao direito. Desse modo, ao contrário da ponderação, não há a cisão do “como hermenêutico” e do “como apofântico” que está presente em Alexy quando visa legitimar a solução de um conflito de princípios pela utilização do procedimento da ponderação, em outros termos, a legitimação da solução decorreria da utilização do procedimento da ponderação. Por isso, Oliveira(2007) aponta que em Dworkin busca-se a resposta correta e em Alexy busca-se a otimização.

Portanto, essas diferenças entre as teorias de Alexy e Dworkin, uma sendo estrutural, a outra sendo de caráter substantivo, fazem com que as mesmas sejam doutrinas incompatíveis, afastando-se qualquer tentativa de suplementar uma teoria com a outra.

Essa incompatibilidade revela-se em Moller quando aponta que a ideia de otimização no sentido de que princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, a maior medida possível só pode ser entendido como a medida ou extensão correta, e tal medida ou extensão correta só pode ser entendido como resultado de um raciocínio moral que não guarda nenhuma relação de dependência com critérios de ponderação:

For Alexy, this is where balancing enters the scene. To determine what is possible, he balances the two competing principles. Thus, when there is a conflict between the principles of data protection and security, in order to determine which one takes priority in a concrete case, we must compare their respective weights in the particular case. This connection between principles and balancing is a “logical” one: “The nature of principles implies the principle of proportionality and vice versa.”

This is where Alexy is mistaken. **Contrary to what he claims, there is no logical, or necessary, connection between principles and balancing. Alexy leaves out one important step when moving from the “greatest possible extent” requirement to balancing. On any sensible interpretation, “the greatest possible” extent can only mean “the correct” extent.** If data protection and security come into conflict, and we know how to resolve the conflict correctly, then this resolution will realize both principles “to the greatest possible extent.” This becomes clear in the negative hypothesis. When we resolve the conflict between data protection and security in any morally or legally wrong way, either or both will be realized to an extent less than what is possible. For example, if we erroneously give priority to data protection, it follows that we underprotect security and, therefore, do not realize security to the greatest possible extent.

If this is true, then it follows that, **rather than balancing the two competing principles, we must make a moral argument as to which one takes priority; the outcome of our moral argument then dictates what is possible. This I call “optimization properly understood.” The necessity of a moral argument is a blow to Alexy’s approach, which focuses on balancing straightaway.** His theory would hold true only if making the moral argument always implied balancing the two competing principles. However, there are many ways to reason morally about conflicting considerations that are not based on balancing. (MOLLER, 2007, p. 459–460, grifou-se)

A questão de se um direito fundamental ou princípio requer ou não otimização depende do entendimento dogmático em particular quanto ao significado jurídico daquele direito ou princípio e não de uma abstração teórica a impor-se como decorrente de uma concepção de pretensão generalizante como a conceitualização de princípios como mandado de otimização.

Ainda na teoria dos princípios em Alexy, a máxima da proporcionalidade termina por ser o critério dogmático por excelência como aponta Laurentis(2015) o que termina por suplantar todos os demais cânones hermenêuticos ou dogmáticos com prejuízo ao desenvolvimento da prática jurídica tal como propõe Dworkin.

Por isso a divisão cognitiva que faz Alexy entre regras serem aplicadas por subsunção e os princípios por ponderação não tem pertinência no modelo de princípios de Dworkin, onde o que interessa são os cânones interpretativos, os precedentes judiciais e os textos legais que vão iluminar a prática jurídica de acordo com o princípio da integridade.

Streck(2011, p. 312) aponta inclusive que essa cisão entre casos fáceis aplica-se a subsunção e casos difíceis aplica-se a ponderação, é um ponto falho das teorias discursivas como a de Alexy, pois há uma “impossibilidade (hermenêutica) de cindir casos fáceis e casos difíceis uma vez que a resolução dos casos fáceis encontra-se no nível do universo não questionado” e, assim, as teorias discursivas não se apercebem dos limites de sentido que terminam por não abranger a solução pra os casos não *standard*. Daí nos casos não *standard* os princípios terminarão por excepcionar a regra.

Por isso, aponta Streck ser impossível alcançar a resposta correta ignorando o conteúdo e partindo-se para uma analítica proposicional, porque há necessariamente uma etapa anterior que é a pré-compreensão:

A resposta (correta) ultrapassa a questão da “analítica da proposição”; ela não estará na proposição, mas, sim, em uma dimensão anterior à dimensão proposicional. Há nela um elemento *a priori*, que é a pré-compreensão, fundada no modo prático de ser -no - mundo (é por isso que a coerência e a integridade tornam-se condições de possibilidade na hermenêutica jurídica de cariz filosófico). A questão da integridade do direito (analisado a partir da tradição) está ligada à estruturação da compreensão e do modo de explicitar – não esqueçamos que interpretar é explicitar a compreensão – o fundamento das proposições jurídicas. Como assinala Stein, trata-se do *como* hermenêutico (algo *como* algo), fundamento da estrutura da proposição (ôntico). Esse é o fundamento prático em que desaparece o sujeito solipsista, introduzindo-se uma pluralidade para afirmar um outro nível, para além da subjetividade, “ali onde já existe uma legitimação coletiva, uma legitimação civil da proposição”.(STRECK, 2011, p. 356)

E a compreensão é um existencial, fenomenológico e não epistemológico ou procedimental daí porque inviável que se lhe alcance por meio de um procedimento puramente

dedutivo, não podendo ser aprisionada, por conseguinte, pelo procedimento da ponderação, somente podendo ser alcançada numa abordagem conteudística acerca dos princípios.

Assim, esses diversos elementos, ora analisados, levam à inferência que as teorias ou modelos de princípios de Alexy e Dworkin são incompatíveis, não podendo ser tido como complementares ou como uma fosse mera reafirmação ou reelaboração da outra. Ao contrário, a adoção de um ou outro modelo levará a resultados potencialmente diferentes e, muitas vezes, possivelmente antagônicos.

Estabelecida a incompatibilidade entre os referidos modelos, há que se adentrar acerca de se referidos modelos podem implicar em alguma margem de discricionariedade(4.2) na interpretação jurídica.

4.2. OS MODELOS DE PRINCÍPIOS DE DWORKIN E ALEXY FRENTE À DISCRICIONARIEDADE

Quanto à questão pertinente à discricionariedade do julgador as teorias de Dworkin e Alexy apresentam diferenciações.

Dworkin não admite em hipótese alguma a presença da discricionariedade judicial tendo em vista que viola o princípio da igualdade uma vez que todos tem o direito de ser tratado com igual respeito e consideração pelo Estado e o julgador estaria excedendo os limites democráticos de sua atuação avançando em espaço reservado ao legislador. Por isso que os princípios são normas a serem considerados quando a regra não estabelecer uma solução para o caso, princípios que ao lado das regras são normas jurídicas, e o intérprete deve-se ater à integridade e à coerência, que são empecilhos para qualquer pretensão de discricionariedade judicial. Streck(2011, p. 489) afirma que “Em Dworkin, a integridade e a coerência são o modo de ‘amarrar’ o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos[...]”

Em Alexy, contudo, há que considerar um momento em que o próprio autor admite que há a discricionariedade. Seria quando o resultado da ponderação é um empate entre o princípio afetado e o princípio que visa a ser satisfeito.

Aqui vale - como vale em geral no âmbito prático - a observação de Aristóteles segundo a qual nós não podemos "buscar a mesma exatidão em relação a todo e qualquer objeto, mas, em cada caso, apenas aquilo que é compatível com o material dado". Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais - ou seja, impasses reais no sopesamento -, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário. (ALEXY, 2008, p. 611)

Outrossim, o autor fala em discricionariiedade estrutural e epistêmica como já mencionado alhures.

Porém, além desse caso reconhecido por Alexy, a técnica da ponderação em si pode levar a arbitrariedades que, na verdade, é uma manifestação da discricionariiedade, muito embora imperceptível à primeira vista.

Primeiro, porque essa discricionariiedade já pode ocorrer na escolha de quais princípios estão em conflito e, portanto, quais princípios serão objeto da ponderação, uma vez que nessa escolha pode haver um influxo de subjetividade.

Ademais, no critério de ponderação os valores forte, médio e fraco, é atribuído unicamente pelo intérprete numa avaliação subjetiva que pode ser objeto de questionamento por outro intérprete que, de repente, pode atribuir diferentes valores para os princípios em conflito. Isso porque se trata de uma avaliação de fundo valorativo entre a intensidade de satisfação e de afetação dos princípios colidentes. Nesse sentido, Garcia Amado(2016, p. 18, tradução nossa) questiona:

Como se pesam os princípios que estão em um prato ou outro da balança e com que certeza se estabelece que é muito regular ou pouca a afetação negativa de uns ou positiva dos outros? Com nenhuma certeza. E assim ocorre sempre que o caso seja um pouco difícil e intrincado, discutível desde o ponto de vista das preferências *morais* que podem concorrer..²

E a seguir conclui que dependendo de quem a maneje, a ponderação pode trazer uma relativização dos direitos que pode se voltar contra os próprios fins garantistas dos mesmos ou contra as expectativas juridicamente consolidadas:

Pois bem, igual que este caso, todos. A não ser que queiramos que nenhum direito tenhamos firmemente protegido, nenhum desses que operam como garantias do cidadão(por exemplo, que não se cause dano à sua honra, à sua intimidade, ao seu direito à própria imagem...) ou como expectativas do cidadão respaldadas juridicamente, como a de que o Estado lhe deva fazer ou não fazer algo. Pois, seguindo com o exemplo da honra, se que o tenhamos protegido não depende de que se ultrapasse o não certo limite, senão de que se pese mais ou se pese menos o princípio que justifica que esse limite se transpasse, mal arranjados estamos e nossos direitos ficam à mercê da balança e da perícia e são intenção de quem a maneje. Já não se trata sem mais de que se faça dútil o direito o que se liquefaça um pouquinho: é que torna-se gasoso, evapora-se..(GARCIA AMADO, 2016, p. 16–17, tradução nossa)³

² ¿Cómo se pesan los principios que están en un platillo de la balanza o del otro y con qué certeza se establece que es mucha, regular o poca la afectación negativa de los unos o positiva de los otros? Con ninguna certeza. Y así ocurrirá siempre que el caso sea un poco difícil e intrincado, discutible desde el punto de vista de las preferencias morales que pueden concurrir.

³ Pues bien, igual que este caso, todos. A no ser que queramos que ningún derecho tengamos firmemente protegido, ninguno de esos que operan como garantías del ciudadano (por ejemplo, que no se dañe su honor, su intimidad, su derecho a la propia imagen...) o como expectativas del ciudadano jurídicamente respaldadas, como la de que el Estado

E aqui revela-se que atrás do sistema discursivo da ponderação com aparência de objetividade, na verdade pode estar camuflada a subjetividade do intérprete, de modo que revela um problema típico das teorias discursivas que é a busca da legitimação da decisão pelo cumprimento das etapas do procedimento, de modo que ora pode ser alcançado um determinado conteúdo ora mudando-se os intérpretes ou participantes do discurso, pode-se chegar a outro conteúdo diverso. Daí porque Oliveira(2007, p. 202) aponta que enquanto procedimento justificador da fundamentação da decisão judicial “a ponderação desonera o juiz do dever de legitimar a decisão dada para aquele caso. Afinal, o resultado da ponderação não é determinante para validar discursivamente a sentença do juiz, mas sim a observação da fórmula estipulada pela ‘lei da ponderação’.”

Disso resulta que a ponderação pode levar, na verdade, a uma abertura do sistema jurídico quando, na verdade, os princípios foram concebidos como meio de fechar a interpretação e evitar justamente a discricionariedade do intérprete como outrora concebida pelo Positivismo Normativista. Nesse sentido Streck afirma:

Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”. Portanto, os princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem”, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete. A partir disso é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandatos de otimização e de que as regras traduzem especificidades (em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do “tudo ou nada”), pois dá a ideia de que os “princípios” seriam “cláusulas abertas”, espaço reservado à “livre atuação da subjetividade do juiz”, na linha, aliás, da defesa que alguns civilistas fazem das cláusulas gerais do novo Código Civil, que, nesta parte, seria o “Código do juiz”. (STRECK, 2011, p. 221)

Streck aproximando o modelo de princípios de Dworkin com a hermenêutica filosófica de Gadamer e Heidegger, afirma que no modelo de Dworkin há o afastamento da discricionariedade, vez que a integridade e a coerência amarram o intérprete bem como não há a cisão entre interpretação e aplicação como ocorre nas teorias procedurais:

Em Dworkin, a integridade e a coerência são o modo de “amarrar” o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos (nem é necessário enfrentar, aqui, as indevidas e injustas críticas feitas à metafórica figura do juiz Hércules, acusado de “solipsismo”). Então, pergunto: há algo mais digno do signo da racionalidade do que isso?

le deba hacer o no hacer algo. Pues, por seguir con el ejemplo del honor, si el que lo tengamos protegido no depende de que se sobrepase o no cierto límite, sino de que pese más o pese menos el principio que justifica que ese límite se traspase, aviados estamos y nuestros derechos quedan a merced de la báscula y de la pericia y sana intención del que la maneje. Ya no se trata sin más de que se haga dúctil el derecho o que se licue un poquito; es que se vuelve gaseoso, se nos evapora.

Onde estaria o relativismo hermenêutico? Por certo, se olharmos com cuidado, veremos que relativistas são as teses procedurais, que sustentam uma margem de discricionariedade daquele que manipula o procedimento, como ocorre com a teoria da argumentação. Já na hermenêutica filosófica (gadameriana) a não cisão entre interpretação e aplicação (pensemos nas três *subtilitates*) e a autoridade da tradição são os componentes que “blindam” a interpretação contra irracionalismos e relativismos. Por isso é que se chama de hermenêutica da faticidade. E por isso também que se pode dizer que os princípios não proporcionam abertura na interpretação, com o que até positivistas como Ferrajoli concordam. (STRECK, 2011, p. 489)

Desse modo, pode-se fazer uma inferência de que no aspecto da discricionariedade o modelo de princípios de Dworkin não permite ao intérprete dar azo ao subjetivismo ensejador de decisões discricionárias, especialmente em razão da integridade do direito, enquanto o modelo de Alexy possibilita abertura para a discricionariedade nos casos de empate na ponderação, na discricionariedade estrutural e epistêmica, bem como em virtude de ser um modelo estrutural discursivo de princípios e que, dependendo de quem sejam os partícipes da ponderação, os valores forte, médio e fraco atribuídos aos princípios em colisão podem variar, bem como também pode variar a escolha de quais dos princípios serão considerados no procedimento ponderativo.

CONCLUSÃO

A presente dissertação tratou o tema pertinente à diferenciação entre regras e princípios no Direito, escolhendo, para isso, discutir a postura teórica dos dois autores mais influentes no pensamento contemporâneo a respeito, que são o alemão Robert Alexy e o americano Ronald Dworkin.

A inclusão dos princípios no Direito ao lado das regras por esses autores fez-se com uma conotação diferente dos princípios gerais do direito. Esses eram tidos como fontes suplementares do Direito no caso de lacuna a quem recorreria o juiz. Ainda permeada pela concepção positivista do Direito para o qual nos casos difíceis o juiz face a ausência de regra para o caso, criaria a própria norma para o caso concreto sendo-lhe facultado o preenchimento da lacuna com a norma que lhe parecesse mais adequada ao caso, não havendo obrigatoriedade de ser replicada em casos semelhantes, visto que estar-se-ia no campo discricionário atuando tal qual o legislador.

Esses princípios, com essa nova conotação, nesse trabalho, foram denominados de pragmáticos-problemáticos, adotando-se a classificação de Oliveira(2007), fazendo jus a uma tipologia diferenciada em relação aos princípios gerais do direito e os princípios jurídico-epistemológicos em razão de retratar uma realidade de significação diferente dos princípios já conhecidos do positivismo jurídico.

Então é que temos normas jurídicas que podem ser classificadas como regras ou princípios.

Os princípios pragmáticos-problemáticos são o instrumento de inserção da Moral no Direito, nesse ponto contrapondo-se à ideia de separação entre Direito e Moral apresentada pelo positivismo.

Importa notar que inserção dos princípios no Direito ao lado das regras termina por afastar a discricionariedade positivista no caso de lacuna jurídica ou, dito de outras forma, nos *hard cases*.

Não se trata de um retorno ao subjetivismo, ao relativismo moral, ou ao jusnaturalismo, mas, ao contrário, de uma constatação da insuficiência normativa das regras para explicar o fenômeno jurídico.

Daí que os referidos autores, Alexy e Dworkin, poderiam ser enquadrados como não positivistas-inclusivo e Dworkin, talvez como não-positivista superinclusivo, isso porque Alexy considera que no caso de injustiça extrema o Direito passa a ser superado pela Moral, enquanto Dworkin com sua concepção de direito como integridade, a Moral é a moral da comunidade

política de modo que as regras positivas são o reflexo dessa mesma moral comunitária, de modo que não existiria um conflito entre a Moral e as regras positivas, mas a busca pela melhor solução tendo em vista a concepção política baseada em princípios extraídos das instituições legislativas(leis) e judiciárias(precedentes).

De todo modo, a concepção de Moral em Alexy é diferente da de Dworkin também pelo fato de em Alexy a Moral no Direito resulta de uma pretensão de correção que o Direito formula, pretensão de correção entendida como ideia reguladora e visa ser alcançada através do discurso jurídico, com respeito às regras desse tipo de discurso, sendo que no caso dos princípios a estrutura do discurso tomará a forma de ponderação, por ser esta a forma discursiva típica dos princípios.

Em Dworkin, princípios são razões que apontam numa ou noutra direção na argumentação em relação a um caso, desse modo não trazendo nenhuma estipulação em termos de definitividade como fazem as regras, sendo que quando em conflito com outros princípios a solução dependerá da força ou importância relativa de cada um. Essa avaliação será feita consoante a adequação à moralidade histórica da comunidade política, e deverá ser justificada consoante a finalidade da prática jurídica, o que a mesma requer na sua origem histórica, bem como, na época atual, como tal finalidade será melhor atendida, o que poderá ter um caráter reformulador do significado dessa prática jurídica.

Daí que Dworkin discorre sobre a interpretação construtiva do Direito uma vez que deve não somente voltar-se para o passado, mas considerando que a prática jurídica tem uma finalidade, essa finalidade deve se voltar, também, para o que atualmente a prática requer para cumprir essa finalidade. Daí que a interpretação jurídica se dá em três etapas: Na etapa pré-interpretativa identificam-se as regras e os padrões potencialmente aplicáveis. Na etapa interpretativa busca-se uma justificativa geral para os elementos identificados na fase pré-interpretativa, de forma a chegar a uma conclusão quanto à matéria em tese. Na última etapa, a pós-interpretativa, ou reformuladora, ele ajusta sua conclusão ou justificativa da etapa interpretativa à uma avaliação de como deveria ser a prática em termos de evolução para adequar-se à situação presente.

A concepção de princípios em Dworkin é, pois, substantiva ou conteudística, pois recorre aos cânones interpretativos, dogmática e precedentes para se chegar a uma solução para colisão de princípios. Relevante na teoria de Dworkin, o conceito de direito como integridade, em que o direito é estruturado como um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, que sejam igualmente aplicados a todos os indivíduos da comunidade política. Outrossim, a ideia de integridade difere da coerência

porquanto prevê a adaptação da finalidade da prática jurídica para o que atualmente a mesma prática requer. Daí a ideia de integridade estar inserida na interpretação construtiva que Dworkin estipula como o tipo de interpretação aplicável ao direito. Daí na expressão de Oliveira(2007) afirmar-se que em Dworkin, no conflito de princípios, busca-se a resposta correta.

Em contraposição, Alexy propugna um conceito de princípios em que princípios são mandamentos de otimização, segundo o qual “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”(ALEXY, 2008, p. 90)

Daí que central para solução de conflitos entre princípios o uso do procedimento da ponderação, o que vai caracterizar o modelo de princípios de Alexy como estrutural-discursivo. A **Lei da Ponderação** conteria o seguinte enunciado: “Quanto maior for o grau de não- satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”(ALEXY, 2008, p. 167)

Essa técnica da ponderação seria utilizada com o manejo da máxima da proporcionalidade. A aplicação da máxima da proporcionalidade decorreria da natureza dos princípios serem mandamentos de otimização.

A máxima da proporcionalidade engloba, por sua vez, três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima da proporcionalidade em Alexy possui um caráter diferente da concepção corrente uma vez que a proporcionalidade passa a ter uma função ampla, não limitada à sua função de defesa contra intervenções estatais, mas como o critério que passa a orientar e parametrizar o que será definido num caso concreto de colisão entre princípios.

Em cotejo, os modelos de princípios de Dworkin e Alexy apresentam diferenças importantes em vários aspectos como 1) quanto ao tipo de Moral que adotam, em Dworkin a moral política da comunidade ditada pelas instituições legislativas e judiciais, em Alexy uma pretensão de correção enquanto ideia regulativa e que será alcançada discursivamente; 2) quanto à diferente conceituação de princípios como razões que orientam num ou noutro sentido m Dworkin em busca da resposta correta, em Alexy como mandamentos de otimização; 3) quanto à diferente proposta de solução de conflitos, em Dworkin pela interpretação construtiva inspirada na ideia de integridade, em Alexy como o resultado da técnica da ponderação, o que vai acarretar, ainda a 4) cisão entre o “como hermenêutico”(que se refere à compreensão do “ser”) e o “como apofântico”(refere-se à forma de enunciação ou explicitação da compreensão em termos lógicos) em Alexy.

Essas diferenças são bastante relevantes a ponto de que tornam os referidos modelos de princípios de Dworkin e Alexy incompatíveis, visto que uma concepção é substantiva a outra é estrutural-discursiva, esta visando uma legitimação pelo procedimento, levando a uma cisão entre o “como hermenêutico” e o “como apofântico”, a hipostasiação da proporcionalidade que em grande medida seria, na verdade, o critério dogmático por excelência e, como consequência, suplantaria os critérios dogmáticos tradicionais que poderiam estar em contraposição à proporcionalidade. Bem se observa aqui, não haveria espaço para o uso de cânones interpretativos, dogmática e precedentes para se chegar a uma solução para colisão de princípios de acordo com a integridade como postulado em Dworkin.

Por outro lado, quanto à discricionariedade o modelo de Dworkin não possibilita espaço para tal pois viola o princípio da igualdade e a integridade uma vez que todos tem o direito de ser tratado com igual respeito e consideração pelo Estado e o julgador estaria excedendo os limites democráticos de sua atuação avançando em espaço reservado ao legislador. Ratificando tal postura de Dworkin, Streck(2011, p. 489) afirma que “Em Dworkin, a integridade e a coerência são o modo de ‘amarrar’ o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos[...]”

O modelo de Alexy, por sua vez, diferentemente de Dworkin, possibilita abertura para a discricionariedade nos casos de empate na ponderação, na discricionariedade estrutural e epistêmica, bem como em virtude de ser um modelo estrutural discursivo de princípios e que, dependendo de quem sejam os partícipes da ponderação, os valores forte, médio e fraco atribuídos aos princípios em colisão podem variar, bem como também pode variar a escolha acerca de quais dos princípios serão considerados no procedimento ponderativo.

Desse modo, para finalizar, os tópicos que se pretendeu analisar nessa pesquisa acerca das diferenças entre os modelos de princípios de Dworkin e Alexy, bem como a questão da incompatibilidade e a postura frente à discricionariedade judicial procuraram lançar luz quanto aos pontos de contato, poucos, e de divergência, muitos, entre as referidas teorias ou modelos, de modo que se espera tenha contribuído para o aprofundamento da concepção dos princípios desses dois autores e, por extensão, do entendimento dos princípios face o positivismo normativo, por conseguinte, também, um melhor entendimento do direito em geral, em especial, dos direitos fundamentais que são a estrutura base de sustentação da democracia, direitos fundamentais esses que sem o devido respeito e consideração levará à fragilização e ruptura do regime democrático.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, V. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, [S. l.], v. 4, p. 23–51, 2006.

AFONSO DA SILVA, V. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, [S. l.], v. 798, p. 23–50, 2002.

AFONSO DA SILVA, V. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JUNIOR, R. P.; BARBIERI, C. H. C. (org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011. p. 363–380.

ALEXY, R. **Conceito e validade do direito**. trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2009.

ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, R. Formal principles: Some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**, [S. l.], v. 12, n. 3, p. 511–524, 2014a.

ALEXY, R. *On balancing and subsumption. A structural comparison*. **Ratio Juris**, [S. l.], v. 16, n. 4, p. 433–449, 2003.

ALEXY, R. *On the Structure of Legal Principles*. **Ratio Juris**, [S. l.], v. 13, n. 3, p. 294–304, set. 2000.

ALEXY, R. Princípios formais. In: TRIVISONNO, A. T. G.; SALIBA, A. T.; LOPES, M. S. (org.). **Princípios formais e outros aspectos da Teoria discursiva do direito**. trad. Alexandre T. G. Trivisonno. 2a.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 2–24.

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**. trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, R. **Teoria discursiva do direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. São Paulo: Forense Universitária, 2014b.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

ATIENZA, M. *A vueltas con la ponderación*. In: ATIENZA, M.; GARCÍA AMADO, J. A. **Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral**. Lima: Palestra, 2021a.

ATIENZA, M. *Carta sobre la ponderación*. In: ATIENZA, M.; GARCÍA AMADO, J. A. **Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral**. Lima: Palestra, 2021b.

ATIENZA, M.; GARCÍA AMADO, J. A. **Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral**. 1ª ed. Lima: Palestra, 2021.

AUGSBERG, I. A desunidade da razão na multiplicidade de suas vozes - a teoria da ponderação e a sua crítica como um programa jurídico-teórico. *In*: CAMPOS, R. (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. Tradução de Pedro Henrique Ribeiro. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 21–33.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 21. ed. São Paulo: Malheiros/juspodivm, 2022.

BECHARA LLANOS, A. Z.; VIDES ARGEL, M. E. *Tres modelos y un mismo objeto de interpretación de los derechos fundamentales: Dworkin, Alexy y Sieckmann*. *Justicia*, [S. l.], v. 24, n. 36, p. 196–213, 11 dez. 2019.

BOROWSKI, M. *La ponderación en la estructura jerárquica del derecho*. 2016. **Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario** [...]. [S. l.]: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2016. p. 71–100.

BOROWSKI, M. *La restricción de los derechos fundamentales*. *Revista española de derecho constitucional*, [S. l.], n. 59, p. 29–56, 2000.

DALLA BARBA, R. G. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: Juspodivm, 2017.

DALLA BARBA, R. G. (Org.). **Princípios jurídicos: o debate metodológico entre Robert Alexy e Ralf Poscher**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.

DIAS JUNIOR, J. A. P. Princípios, regras e proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, [S. l.], , p. 177–199, 2007.

“DO VALUES CONFLICT? A HEDGEHOG’S APPROACH,” ISAAC MARKS MEMORIAL LECTURE, UNIVERSITY OF ARIZONA, 2000 | ARCHIVES AT YALE. [s. d.]. Disponível em: https://archives.yale.edu/repositories/12/archival_objects/2979160. Acesso em: 8 dez. 2022.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. M. **O império do direito**. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPINOZA, J. L. L.; SANCHEZ, R. L. *Essential content and weighting of fundamental rights: reciprocal and complementary models/contenido esencial y ponderacion de los derechos fundamentales: de los modelos reciprocos y complementarios/conteudo essencial e ponderacao dos direitos fundamentais: dos modelos reciprocos e complementares*. **Novos Estudos Jurídicos**, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 284–321, 2019.

FARIAS, E. P. de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2a. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FISCHER--LESCANO, A. Crítica da concordância prática. *In*: CAMPOS, R. (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**.

- Tradução de Ricardo Campos, Pedro Henrique Ribeiro e Octaviano Padovese de Arruda. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 34–54.
- FRANÇA, M. G. L. **O desequilíbrio da fórmula do peso de Robert Alexy**. 2021. Tese – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021.
- GALVÃO, J. O. L. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.
- GARCIA AMADO, J. A. *El Juicio De Ponderación Y Sus Partes*. Crítica De Su Escasa Relevancia. [S. l.], , p. 26, [s. d.].
- GARCIA AMADO, J. A. *Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación*. *Revista Iberoamericana de Argumentación*, [S. l.], v. 13, p. 1–22, 2016.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Objetivismo moral y derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza. In: ATIENZA, M.; GARCÍA AMADO, J. A. **Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral**. Lima: Palestra, 2021a.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sobre ponderaciones: debatiendo con Manuel Atienza*. In: ATIENZA, M.; GARCÍA AMADO, J. A. **Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral**. Lima: Palestra, 2021b.
- GARCÍA AMADO, JuanAntonio. *Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio Garcia Amado*. In: ATIENZA, M.; GARCÍA AMADO, J. A. **Debates iusfilosóficos: sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral**. Lima: Palestra, 2021.
- GIACOMUZZI, J. G. Desmistificando os “princípios jurídicos” de Ronald Dworkin. **Novos Estudos Jurídicos**, [S. l.], v. 19, n. 1, p. 285–320, 1 abr. 2014.
- HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. trad. Armindo Ribeiro Mendes. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 6a.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LADÉUR, K.-H. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais - apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais. In: CAMPOS, R. (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. Tradução de Ricardo Campos e Pedro Henrique Ribeiro. São Paulo: Saraiva, 2016a. p. 21–33.
- LADÉUR, K.-H. Entre teorias e espantalhos-deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In: CAMPOS, R. (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. Tradução de Ricardo Campos. São Paulo: Saraiva, 2016b. p. 85–114.
- LAGES, C. G. A proposta de Ronald Dworkin em “O Império do Direito”. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4. n. 7 e 8, p. 36–49, jun. 2001.
- LAURENTIS, L. C. de. **A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

LEAL, F. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 58, p. 177–209, dez. 2014.

MACEDO JUNIOR, R. P. **Do xadrez a `cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MOLLER, K. *Balancing and the structure of constitutional rights*. **International Journal of Constitutional Law**, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 453–468, 13 jun. 2007.

MOTTA, F. J. B. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – UNISINOS, São Leopoldo, 2014.

NEIVA, H. L. M. Integridade, justiça e constrições institucionais em *Law's Empire*. **RIL**, Brasília, v. 215, p. 79–96, 2017.

OLIVEIRA, R. T. de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNISINOS, São Leopoldo, 2007.

PEDRON, F. Q. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito. **Revista CEJ**, [S. l.], 1 jan. 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/819233/A_PROPOSTA_DE RONALD_DWORKIN_PARA_UM_A_INTERPRETA%C3%87%C3%83O_CONSTRUTIVA_DO_DIREITO. Acesso em: 8 dez. 2022.

PEDRON, F. Q.; OMMATI, J. E. M. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Jürgen Habermas, Klaus Günter e Robert Brandonm**. 2a ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

PELÁEZ MEJÍA, J. M. *Las diferencias conceptuales y prácticas entre el balanceo de Ronald Dworkin y la ponderación de Robert Alexy*. **Ius et Praxis**, [S. l.], v. 25, n. 3, p. 167–214, dez. 2019.

POSCHER, R. *Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles*. **Ratio Juris**, Bochum, v. 22, n. 4, p. 425–454, 2009.

POSCHER, R. *Resuscitation of a phantom? On Robert Alexy's latest attempt to save his concept of principle*. **Ratio Juris**, [S. l.], v. 33, n. 2, p. 134–149, 2020.

POSCHER, R. Teoria de um fantasma-a mal sucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, R. (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. Tradução de Eduardo Vandré Lema García. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 55–84.

QUINTAS, V. M. Y. A recepção da técnica da ponderação como meio de solução dos conflitos normativos no Brasil: uma teoria dos princípios “à brasileira”? 2015.

STRECK, L. L. **Verdade e consenso**. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, Chicago, v. 101, p. 68, 2003.

TOLEDO, C. (Org.). **O pensamento de Robert Alexy como sistema**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRIVISONNO, A. T. G.; SALIBA, A. T.; LOPES, M. S. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da Teoria discursiva do direito**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VALE, A. R. D. A estrutura das normas de direitos fundamentais. [*S. l.*], , p. 286, 2006. [*S. l.*], [*s. d.*].