

Colisão de normas

Distinção entre ponderação e juízo de adequação

FERNANDO JOSÉ GONÇALVES ACUNHA

Sumário

Introdução. 1. A teoria do sopesamento (ou ponderação) de Alexy: exposição e crítica. 2. A teoria da separação entre juízos de adequação e juízos de justificação de normas. Conclusão.

Introdução

O presente artigo tem como foco central examinar os conflitos de direitos fundamentais veiculados por normas jurídicas principiológicas e expor as distintas teorias – especialmente aquelas apresentadas por Robert Alexy (2008) e Klaus Günther (1993) – que buscam explicar o fenômeno e fornecer ferramentas teóricas para seu equacionamento.

As normas de direitos fundamentais, é recorrente dizer, podem ser expressas por enunciados normativos que contemplam regras ou princípios. Parte-se aqui do pressuposto – há muito assentado na literatura sobre o tema – de que regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica¹, mas com diferenças que impactam a forma como se dá a sua

Fernando José Gonçalves Acunha é advogado. Doutorando e mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

¹ Entendidos os “princípios em sentido estrito”, tratados por Dworkin (1978, p. 22, tradução nossa), não englobadas as “políticas”, espécies dos “princípios em sentido amplo”, mas que não veiculam comandos de dever ser. Veja-se: “Eu acabo de falar de ‘princípios, políticas e outras espécies de padrões’. Geralmente, eu usarei o termo ‘princípio’ genericamente, para referir-me a um conjunto integral de padrões diversos das regras; ocasionalmente, no entanto, eu serei mais preciso e distinguirei entre princípios e políticas. (...) Eu chamo de ‘política’ aquela espécie de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (apesar de que alguns objetivos são negativos, no sentido de que estabelecem que algum aspecto atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Chamo de ‘princípio’ um padrão que deve ser observado não porque ele ajudará a realizar ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque se trata de uma exigência de justiça ou certeza do direito ou alguma outra dimensão da moralidade” (tradução livre de: “I just spoke of

aplicação e, o que é de especial interesse para o objeto aqui discutido, os métodos de resolução de seu conflito quando o aplicador do direito se depara com uma situação em que normas com comandos contraditórios são aplicáveis, de forma simultânea, a uma mesma situação. Exemplos não faltam na jurisprudência brasileira – discutida a título exemplificativo no artigo, dada a larga prevalência da teoria axiológica de Alexy (2008) no trato da questão – de que a adoção de uma das perspectivas teóricas aqui examinadas impacta decisivamente a forma de resposta que o Judiciário dá aos casos de conflitos de normas principiológicas.

Neste estudo, buscar-se-á expor brevemente os critérios concorrentes utilizados para a diferenciação entre regras e princípios, assim como apresentar os métodos diversos preconizados pelas teorias de Alexy (2008) e Günther (1993) para a solução dos conflitos originados pela possibilidade de aplicação concomitante de princípios que, no caso concreto, indicam soluções contraditórias ao intérprete.

Ao final, a partir dos dados expostos, pretende-se demonstrar que o método da *ponderação* – chamado por Alexy (2008, p. 93-94) de *sopesamento* – não oferece uma resposta satisfatória para explicar a tarefa interpretativa realizada pelo aplicador quando identifica a norma de regência, de sorte que a defesa procedimentalista de Günther (1993) da separação dos discursos

práticos sobre normas em discursos de fundamentação e de aplicação, com vistas a possibilitar o *juízo de adequação normativa* (ou, noutros termos, a identificação da *norma adequada para o caso*) seria a ferramenta correta para o tema.

1. A teoria do sopesamento (ou ponderação) de Alexy: exposição e crítica

Não são poucos os critérios que distintos autores usam para separar regras de princípios. Alexy (2008, p. 90-91) vale-se de um critério por ele explicado nos seguintes termos:

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

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

A diferença entre regras e princípios, na teoria de Alexy (2008), estaria no plano da *estrutura* da norma. Segundo aduz, uns (princípios) admitem cumprimento em graus diversos; outras (regras) devem ser cumpridas de forma direta, desde que demonstrado que a circunstância concreta está sob sua hipótese de incidência.

‘principles, policies, and other sorts of standards’. Most often I shall use the term ‘principle’ generically, to refer to the whole set of these standards other than rules; occasionally, however, I shall be more precise, and distinguish between principles and policies. (...) I call a ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”).

A segregação das espécies normativas fica mais bem explicitada quando se avaliam suas condições de aplicação e seus conflitos, a que nos dedicaremos adiante. Segundo argumenta Alexy (2008, p. 93), as regras conflitantes excluem-se mutuamente, ao passo que os princípios, dotados da dimensão de *peso*, permitem o que chama de *sopesamento*, em que a restrição de um princípio será tanto maior quanto mais destacada for a importância relativa do princípio contraditório.

Trata-se da necessidade de estabelecimento de relações condicionadas de precedência, que, ao final, resultam na *lei de colisão*, em que se constroem determinações definitivas de dever ser – tal qual regras jurídicas – que permitirão ao intérprete clareza na aplicação “ponderada” dos princípios contraditórios quando se verificarem certas condições (ALEXY, 2008, p. 99).

Noutros termos, pela *lei de colisão*, o exame dos princípios em jogo e da situação de aplicação permite que se encontre, indutivamente, uma regra jurídica que determina as condições por meio das quais um princípio terá precedência em relação a outro que lhe é contrário, regra essa que teria conteúdo generalizável, permitindo, portanto, que as situações futuras sejam racionalmente equacionadas pela aplicação dessa regra que é produto da operação da *lei de colisão*.

Ainda fazendo remissão às hipóteses de aplicação, Alexy (2008, p. 106) parece priorizar as regras em detrimento dos princípios, definindo aquelas como mandamentos definitivos e os últimos como razões *prima facie*, ou seja, que não definem o direito do caso concreto². Esse diverso caráter que apresentam regras e princípios, para dizer com outras palavras, indica que aquilo que os princípios determinam para um caso pode não ser o que efetivamente (definitivamente) será aplicado para a sua regulação – visto que se submetem à ponderação com princípios opostos e elementos da realidade –; de outra sorte, para essa teoria, as regras veiculam mandamentos que – sendo a regra válida, e encontrando-se o caso sob o seu suposto de fato –, em geral, são aplicados integralmente. Assim, as regras atribuem direitos definitivos aos particulares, enquanto os princípios lhes atribuem apenas direitos *prima facie*.

Essas diferenças estruturais repercutem diretamente sobre as hipóteses de composição dos casos de conflito. No caso do *conflito de regras*, a ênfase é na exclusão mútua que duas regras contraditórias produzem uma na outra; em caso de conflito, a questão é resolvida por uma cláusula de exceção, ou pela adoção de algum critério que soluciona antinomias

²“As reflexões levadas a cabo até agora demonstram que regras e princípios são razões de naturezas distintas. Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões *definitivas*” (ALEXY, 2008, p. 106).

(especialidade, temporalidade, entre outros). Ao final, caso o conflito não seja apenas aparente, e as regras sejam efetivamente contraditórias, deve-se proceder à declaração de invalidade de uma das regras incidentes sobre a situação (ALEXY, 2008, p. 92-93).

A *colisão de princípios*, por sua vez, permite que se fuja à lógica da invalidade, sendo resolvida pela aplicação da *lei de colisão*, na qual se determina que princípio ganha maior peso na relação de precedência condicionada e que, por conseguinte, deve regular o fato (ALEXY, 2008, p. 95). A partir do princípio de maior peso (ou precedente), extrai-se, por uma operação lógico-hermenêutica, uma regra que vai decidir a situação³.

As teses principais dessa teoria são sistematizadas por Canotilho (2003, p. 1161-1162):

“Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *aplicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço

³ Alexy (2008, p. 509-511) cita o direito ao trabalho, que, garantido pelo Estado, pode conflitar tanto com a liberdade do particular, detentor dos meios de produção, de dispor de sua propriedade e organizar a sua produção da forma que melhor lhe aprouver, quanto com a própria liberdade do indivíduo, que tem o trabalho assegurado, de não querer trabalhar. Todas as três posições são posições *prima facie*, mas a norma definitiva que vai reger o caso apenas será extraída da ponderação.

para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).”

Explicaremos de forma mais pormenorizada, centrando nossa atenção na operação dos princípios. Como *mandamentos de otimização*, eles apenas permitirão a formulação de juízos concretos após passarem pelo processo de sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito⁴, à qual se somam a adequação e a necessidade), em que se estabelecem as relações de preferência e em que se fixa, pela lei de colisão, o juízo definitivo do caso (que será uma regra, com tendência à generalização para todas as situações em que se “repetirem” as condições fácticas e jurídicas estudadas no momento da ponderação).

Isso é relevante: para Alexy, o que será aplicado ao caso é sempre uma *regra* (espécie normativa que ocupa papel central na teoria

⁴ “Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fácticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência do sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com carácter de princípio colide com um princípio antagónico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagónico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. [...] Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fácticas” (ALEXY, 2008, p. 117-118).

axiológica por ele proposta⁵). O processo de ponderação/sopesamento permitirá que, pelo estabelecimento das precedências condicionadas, à luz do caso, seja extraída uma regra jurídica, que terá a seguinte estrutura (ALEXY, 2008, p. 97):

(P1 P2) C \rightarrow R

Considerando-se *P1* e *P2* como princípios contraditórios, *C* como as circunstâncias de aplicação, e *P* como o vínculo de preferência de um princípio sobre outro, *R* será uma regra que é o produto da lei de colisão, e estabelecerá que, todas as vezes em que se estiver diante das condições *C*, *P1* terá precedência em relação a *P2*.

A aplicação do princípio, portanto, é feita pela extração de uma regra, a qual, para Alexy (2008, p. 98-99), tem possibilidade de generalização, já que, ainda que argumente que a relação de precedência não terá caráter absoluto, defende que essa regra pode ser extensível a todos os casos em que a condição *C* for encontrada⁶.

⁵ Sem pretender antecipar um argumento adiante trabalhado, uma leitura crítica da centralidade que as regras ocupam na teoria de Alexy é encontrada na avaliação que Carvalho Netto e Scotti (2011) fazem. De forma sintética, essa centralidade é assim retratada pelos autores: “Uma outra leitura do papel dos princípios jurídicos é feita por Robert Alexy, principal representante da teoria axiológica dos direitos fundamentais na Alemanha, com grande repercussão acadêmica e institucional no Brasil. Valendo-se da distinção proposta por Dworkin entre regras e princípios, Alexy promove uma leitura dessa dicotomia como sendo inerente à *estrutura* das normas jurídicas, mantendo as regras como precedentes aos princípios na tarefa de aplicação: ‘A teoria dos princípios não diz que o catálogo dos direitos fundamentais não contém regras; isto é, que ela não contém definições precisas. Ela afirma não apenas que os direitos fundamentais, enquanto balizadores de definições precisas e definitivas, têm estrutura de regras, como também acentua que o nível das regras precede *prima facie* ao nível dos princípios. O seu ponto decisivo é o de que *atrás e ao lado das regras existem princípios*’” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 115-116, grifo do autor).

⁶ “C é pressuposto do suporte fático de uma regra. Esse duplo caráter de *C* decorre necessariamente da estrutura do enunciado de preferência. Isso porque a precedência de *P1*, ou seja, do princípio estabelecido no art. 2º, § 2º, I, em face dos princípios que com ele colidem sob as condições *C* significa que a consequência jurídica que resulta de *P1* é aplicável se estiverem presentes as condições *C*. Por conseguinte, de um enunciado de preferência acerca de uma

Nas palavras do Alexy (2008, p. 108):

“O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, estão, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas.”

Essa tese encontra grande aceitação no País. Em especial, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está repleta de julgados em que a técnica decisória se valeu da aplicação de ponderação/sopesamento para que se decidisse a questão. A título de exemplo, cite-se o HC 82.424/RS (BRASIL, 2004) – caso *Ellwanger* –, em que a adoção do procedimento da *ponderação* foi expressamente defendida por julgadores como critério para a correção racional dos argumentos empregados. Como exemplo, veja-se o que escreveu o relator do acórdão, Min. Maurício Corrêa⁷:

“E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma

relação condicionada de preferência decorre uma regra, que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente” (ALEXY, 2008, p. 98-99).

⁷ Trecho do voto do relator contido na p. 30 do Acórdão. Na mesma linha, o Min. Celso de Mello diz (BRASIL, 2004): “Isso significa, em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, que a *colisão* dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método – que é apropriado e racional – da *ponderação de bens e valores...*” (grifo nosso).

e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada ‘concordância prática’, a que se refere a doutrina.” (BRASIL, 2004)

No caso, o STF estabeleceu uma *ponderação* entre os princípios supostamente incidentes na espécie, quais sejam: de um lado, a dignidade da pessoa humana (representada pela proteção ao povo judeu) e, de outro, a liberdade de expressão (representada pela proteção à livre manifestação do pensamento do paciente). Ao final da operação, decidiu-se que o direito com “prevalência” seria a dignidade da pessoa humana, cujo peso seria suficiente para caracterizar a atuação do paciente como prática do crime de racismo⁸.

O caso não é excepcional, mas ilustra a posição amplamente majoritária da Corte em relação ao uso de ponderação/sopesamento. No julgamento da ADPF nº 54 (BRASIL, 2013), a Ministra Rosa Weber, a partir da p. 36 de seu voto (p. 134 do Acórdão), faz uma longa abordagem a respeito da ponderação entre a vida do feto anencéfalo e a dignidade, a integridade, a liberdade e a saúde da gestante, para, ao final, votar juntamente com a maioria da Corte, no sentido de interpretar que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo não constitui crime⁹.

⁸ Entendemos que a *ponderação* usada pelo STF se constituiu em técnica decisória deficiente. O caso resolve-se pela identificação daquilo que chamaremos adiante de “norma adequada”, que protegia as vítimas do racismo. Segundo julgamos, não havia, naquelas circunstâncias, uma manifestação legítima de pensamento pelo agente, mas a disseminação de discurso odioso e discriminatório, caso em que não se pode defender o *sopesamento* de dois direitos, pois, em verdade, havia um único direito em jogo: o direito das vítimas de exigir do Estado o cumprimento de seu dever de protegê-las contra a veiculação de discursos discriminatórios. Praticando crime, não age o paciente sob o manto da liberdade de expressão, não havendo sopesamento possível.

⁹ Outra vez mais, entendemos, quanto a esse caso, que não há *ponderação* a ser feita, mas a aplicação do único direito com incidência no caso, que garante os direitos reprodutivos da mãe diante da impossibilidade de prosseguimento da vida do anencéfalo. Para uma abordagem aprofundada sobre direitos reprodutivos, ver Dworkin (1992).

Outro ponto relevante para entendermos a estruturação dos princípios na teoria de Alexy (2008) é a semelhança por ele indicada entre princípios e valores¹⁰ (o que também encontra aceitação ampla da literatura jurídica e da jurisprudência brasileira). Seu ponto de separação seria a operatividade em campos diversos, já que, ao passo em que os princípios seriam comandos deontológicos e definiriam o que é *prima facie* “devido” (convivendo com as regras, juízos definitivos de dever ser), os valores, como juízos axiológicos, definiriam aquilo que é *prima facie* “melhor” (ao lado das regras de valorização, juízos axiológicos definitivos). Mas, para além dessa diferenciação, valores e princípios seriam em tudo identificáveis, sendo possível, inclusive, dizer que algo que é “bom” será, numa conversão jurídica, também “devido”¹¹.

Há problemas que podem ser apontados em tal teoria, a despeito de serem respeitáveis as opiniões em contrário, largamente majoritárias

¹⁰ “Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que en la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de valores” (ALEXY, 1988, p. 145).

¹¹ “O que se acabou de afirmar corresponde exatamente ao modelo de princípios. A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor, é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. No direito, o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios. Além disso, não há nenhuma dificuldade em se passar da constatação de que determinada solução é melhor do ponto de vista do direito constitucional para a constatação de que ela é constitucionalmente devida. Se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um modelo de valores em vez de partir de um modelo de princípios” (ALEXY, 2008, p. 153).

no Brasil, em especial nos Tribunais. Começamos pela apontada semelhança entre normas e valores, que, na linha do defendido por Habermas (2004), acaba por conferir às normas a transitividade e a subjetividade características dos valores. Valores, no dizer de Habermas (2004, p. 368), dependem de nossas avaliações ético-políticas. O agradável, o belo, o melhor etc., são juízos mutáveis de acordo com os sabores do indivíduo (ou do grupo) que os articula. Se normas possuísem essa mesma conotação, poderíamos, então, se assim nos aprouvesse, em determinado contexto, suprimir certo direito (que deveria servir, também, para proteção contra inflexões que tais) por conta de mudanças no humor político da sociedade¹². Nesse diapasão, princípios (e direitos) perdem sua pretensão à estabilidade (e à estabilização) e tornam-se, somente, argumentos, iguais a valores e visões políticas, “ponderáveis”.

Ora, o risco é enorme. Direitos devem servir como trunfos, como freios, por exemplo, contra majorias de ocasião que queiram impor, coercitivamente, sua visão. Com direitos que, à semelhança de valores, podem ser transgidos de acordo com a situação (desde que se mude a concepção da maioria a respeito do que é “bom”), perde-se uma das garantias que o sistema oferece à estabilidade política e, especialmente, aos cidadãos. Se os valores não são lidos à luz dos direitos, ou seja, se os direitos fundamentais não se constituem em “testes” que servem para verificar a legitimidade das opções valorativas de cada um, os princípios jurídicos perdem, justamente, seu caráter deontológico e impositivo que é característico de todas as normas jurídicas¹³.

¹² “A maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir o que ‘é bom para nós’ e o que ‘há de melhor’ caso a caso, tudo isso se altera de um dia para o outro. Tão logo passássemos a considerar o princípio da igualdade jurídica meramente como um bem entre outros, os direitos individuais poderiam ser sacrificados caso a caso em favor de fins coletivos” (HABERMAS, 2004, p. 368).

¹³ O ponto é assim tratado por Benvindo (2010, p. 308, tradução nossa): “Depois de tudo, normas jurídicas não podem depender de ‘maior ou menor’ observância de seu conteúdo, dado que possuem um ‘código de obrigação binário característico das expectativas normativas de comportamento’ que corresponderá à obediência ou não do sujeito ao direito, e não a um dever gradual como se cada contexto pudesse dar origem a uma obrigação apenas relativa de observância da prescrição jurídica. Se subvertemos esse caráter normativo das normas jurídicas, então o direito perde seu caráter imperativo e sua prioridade sobre pontos de vista axiológicos. Não serão os valores e interesses sociais que serão traduzidos no, e determinados pelo sistema de direitos, mas ao contrário, será o sistema de direitos que será traduzido nos, e determinado pelos valores e interesses sociais. Na medida em que essa tradução ou determinação reduz a prioridade do sistema de direitos sobre pontos de vista axiológicos e, de qualquer forma, não pode ser justificado a não ser por padrões costumeiros, um sério problema de racionalidade aparece” (tradução livre do seguinte excerto: “After all, legal norms cannot rely on ‘more or less’ observance of their contents, given that they have a ‘binarily coded obligation character of behavioral expectations’ that will correspond to one’s compliance or not with the law, and not a gradual duty as though each context could originate a relative obligation to the legal prescription. If we subvert this normative character of legal norms, than law loses its enforceable character and its priority over axiological points of view. It is not the values and social interests that are then translated into, and shaped by, the system of rights, but rather it is the system of rights that is translated

Ademais, na teoria axiológica, sendo possível argumentar a respeito de princípios e direitos da mesma forma como se argumenta a respeito de valores, o aplicador é reconduzido à tarefa de fundamentar normas por meio de critérios políticos, teleológicos, valorativos etc., incomuns à sua atividade, concentrando em suas mãos tarefas de justificação e de aplicação de normas.

Como veremos a seguir, Günther (1993) atribui ao aplicador a tarefa de encontrar a norma adequada ao caso, o que faz por aquilo que chama *discurso de aplicação de normas*. Essa aplicação parte de uma *justificação* já elaborada anteriormente pelas autoridades responsáveis por sua confecção, amparados, aí sim, em critérios os mais diversos e heterogêneos possíveis.

O legislador, efetivamente, *pondera* entre múltiplos critérios para a construção do direito. Mas o aplicador não o faz. Ele aplica normas – sem que, aqui, caiamos na falsa dicotomia positivista entre criação e aplicação do direito, já combatida no primeiro capítulo da obra *Law's Empire* por Dworkin (1986) – cuja validade é pressuposta pela fundamentação que lhe foi dada pelo legislador, dado que, se puder dispor de argumentos para novamente fundamentá-las, exercerá um juízo para o qual não está legitimado¹⁴.

Benvindo (2010, p. 305-306, tradução nossa) escreve o seguinte a respeito¹⁵:

“Como fatos e normas são confundidos uns com os outros por meio da ponderação – afinal, pelo pensamento integrativo de Alexy, não há necessidade prática de distinção entre fundamentação e justificação de normas – o juiz, em última instância, pode apoiar-se apenas em sua pró-

into, and shaped by, the values and social interests. Inasmuch as this translation or shaping undermines the priority of the system of rights over axiological viewpoints and, anyhow, cannot be justified but by customary standards, a serious problem of rationality arises”).

¹⁴“A apropriação da perseguição de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da mais alta corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma ‘teologia constitucional’” (MAUS, 2000, p. 192).

¹⁵Tradução livre do seguinte excerto: “For facts and norms are confounded with each other by way of balancing – after all, with Alexy’s integrative thinking, there is practically no need for a distinction between justification and application of norms – the judge can ultimately rely solely on her own capacity to integrate the diferente practical reasons by establishing preference relations among them. Fundamentally, the firewall between law-making and decision-making that Günther, Dworkin and Habermas so fiercely attempted to preserve in their theories for the problem of indeterminacy of law in post-conventional societies becomes a mere abstract reference”.

pria capacidade para integrar diferentes razões práticas para estabelecer relações preferenciais entre elas. Fundamentalmente, o muro entre criação e aplicação do direito que Günther, Dworkin e Habermas tão ferozmente tentam preservar em suas teorias no que se refere ao problema da indeterminação do direito em sociedades pós-convencionais, torna-se uma referência meramente abstrata.”

Ao enfatizar que o processo de *ponderação* visa ao estabelecimento de preferências condicionadas, que determinarão o princípio de maior peso no caso, e ao admitir que a *ponderação* se dá com a adoção de critérios fáticos, valorativos e normativos, Alexy (2008) parece admitir a criação de critérios de preferência que, a um só tempo, não são, em absoluto, controláveis democraticamente, e, igualmente, ignoram a irrepetibilidade das situações existenciais. Ele dá ensejo, segundo argumenta Günther (1993), à construção de critérios materiais pré-determinados, que não levam a sério as circunstâncias únicas e irrepetíveis de cada caso concreto, misturando, ademais, argumentos de valor, de política e de princípios. Veja-se (GÜNTHER, 1993, p. 219, tradução nossa)¹⁶:

“Com sua definição baseada na estrutura da norma e requerendo a ponderação de valores em situações concretas, Alexy, de fato, evita o risco de ser reprovado por falar em uma ‘tirania de valores’. Com isso, no entanto, ele afasta a possibilidade de ser capaz de criticar os valores à luz de princípios ou em procedimentos discursivos. De acordo com o seu modelo, tudo o que aparece como um ‘valor’ num caso específico deveria ser tratado por meio de um procedimento de ponderação sem a possibilidade de se questionar o valor em si. Isso leva à conclusão de que, na ponderação, o critério para julgar o grau de importância de valores em conflito advém de uma ordem já determinada de prioridades em cada caso. O que isso significa pode ser esclarecido pela proposta de Alexy de se abrir mão da diferenciação entre princípios e políticas introduzida por Dworkin, o que caracteriza corretamente a realidade fática dos julgamentos realizados pelas cortes constitucionais, mas, ao mesmo tempo, sua característica confusão entre princípios e imperativos funcionais de

¹⁶ Tradução livre do seguinte excerto: “With this definition based on norm structure and requiring a weighing of values in situations, Alexy does indeed avoid the reproach of speaking in favor of a ‘tyranny of values’. With it, however, he rules out the possibility of being able to criticize values themselves in the light of principles or in discursive procedures. According to his model, everything that appears as ‘value’ in a specific instance would have to be put through a weighing procedure without it being possible to question this value itself. This leads one to conclude that, in weighing, the criteria for judging the degree of importance of conflicting values follow from the existing order of priority in each case. What that means can be made clear by Alexy’s proposal to give up the distinction between principles and policies, which was introduced by Dworkin. This does indeed correctly characterize the de facto state of adjudication in constitutional courts, but its characteristic confounding of principles and the administrative or economic systems’ functional imperatives is also taken over at the same time. For a procedural theory of justification and application, on the other hand, values as collective need interpretations would have to remain criticizable. However, this can only be achieved if particular types of adjudication and application are not already predetermined by a particular norm structure”.

sistemas administrativos ou econômicos também aparece. Para uma teoria procedimental de justificação e aplicação de normas, por outro lado, valores como interpretações de necessidades coletivas deveriam permanecer criticáveis. Entretanto, isso só pode ser alcançado se tipos particulares de justificação e aplicação não são pré-determinados por uma particular estrutura normativa.”

O excerto pontua não apenas a falta de controle democrático dos critérios de preferência, mas, também, as possíveis generalizações – admitidas por Alexy (2008) em sua explicação da *lei de colisão* – que criam regras num processo de aplicação de princípios e podem dar ensejo à sua reprodução em situações de aplicação completamente diversas. Apesar de enfatizar a necessidade de se considerar a situação de aplicação, em verdade, ao buscar a criação de normas generalizáveis, Alexy (2008) envereda por um caminho que mistura discursos de justificação e aplicação.

Outro ponto criticável é a tentativa de indicar que regras e princípios seriam normas com diferenças *estruturais*. Regras teriam um caráter definitivo; princípios, todavia, seriam meros mandados de otimização, cumpridos na proporção das possibilidades fáticas e jurídicas.

O que Günther (1993) tenta demonstrar é que essa concepção falha porque parece sugerir que as duas modalidades normativas passariam por processos discursivos de aplicação distintos: as regras seriam, de antemão, definitivamente aplicáveis a todas as situações que se enquadrassem sob sua hipótese de incidência (verdadeira subsunção), ao passo que os princípios passariam por um processo argumentativo de identificação da razão de decidir no caso.

Ver-se-á que, em verdade, qualquer norma jurídica passa pelo discurso de aplicação de normas, visto que sua validade (inclusive das regras) – obtida nos processos discursivos de justificação – não esgota as etapas argumentativas necessárias para que se demonstre a adequação (*appropriateness*) da norma ao caso concreto. Regras e princípios, igualmente, devem ser submetidos a uma avaliação argumentativa que leve o ordenamento jurídico a sério e permita identificar qual norma, entre aquelas aplicáveis, será aplicada ao final. Regras e princípios, igualmente, apresentam caráter *prima facie* e podem constituir-se, ao final da argumentação, na razão de decidir.

O critério proposto para distinguir regras e princípios é, portanto, discursivo¹⁷. Regras e princípios diferenciam-se na medida em que estes

¹⁷ “Para tanto, é fundamental que o decisor saiba que a própria composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, em que acreditava o positivismo jurídico: ordenamento de regras, ou seja, de normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada, porque capazes de regular as suas próprias condições de aplicação na medida em que portadoras daquela estrutura descrita por Kelsen como

possuem múltiplas possibilidades de aplicação a situações indeterminadas; quer dizer, princípios não regulam suas condições de aplicação. Em contrapartida, regras tendem a indicar sobre que casos concretos incidirão (DWORKIN, 1978, p. 22-28).

Evidentemente, ao se indicar que as regras procuram regular suas condições de aplicação, não se adota, aqui, a postura criticada; ver-se-á que, ao descrever abstratamente a situação de aplicação, a norma válida deve ser considerada (apenas) uma (forte) razão *prima facie* da decisão¹⁸. Somente após o término do processo de *aplicação* normativa é que se dará a identificação da norma adequada ao caso.

Ou seja, não é porque a norma é *aplicável*, ao contrário do que afirma Alexy (2008), que ela será definitivamente *aplicada*. E isso mesmo sem a necessidade de criação de qualquer cláusula de restrição ou outro instrumento legislado, porque será a descrição completa da situação de aplicação – inclusive dos princípios incidentes sobre o caso – que permitirá identificar qual será a razão definitiva de decidir a reger o caso.

2. A teoria da separação entre juízos de adequação e juízos de justificação de normas

Obviamente, o que se apresentou acima é uma simplificação dos argumentos tratados por Alexy (2008) em sua teoria axiológica. Da mesma forma, as críticas postas são, também, sintéticas, visto que o trabalho se propõe a apresentar, em linhas muito gerais, uma alternativa à ponderação como ferramenta técnica e teórica para a solução de casos controversos de aplicação de normas jurídicas contraditórias incidentes sobre casos concretos.

Nessa linha, um caminho que se crê melhor para tratar do tema é o da teoria da argumentação de Günther (1993), que situa a distinção entre regras e princípios nas condições discursivas de aplicação, e não numa pretensa estrutura diversificada que conduziria à necessidade de um racionalismo metodológico. Ao focar a distinção entre regras e

a estrutura mesma da norma jurídica: ‘Se é A, deve ser B.’ Ora, os princípios são também normas jurídicas, muito embora não apresentem essa estrutura. Operam ativamente no ordenamento ao condicionarem a leitura das regras, suas contextualizações e inter-relações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada de um *hard case*. Os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 38-39).

¹⁸ Não se pretende, aqui, relativizar a força das regras. Veremos adiante que Dworkin (1985, p. 16), reconhece que a existência de uma disposição normativa clara sobre determinado caso será uma razão bastante forte para decidir na linha do que aquela regra estatui. No entanto, o autor adverte que casos difíceis podem não ser adequadamente resolvidos com uma aplicação que bastaria para aquilo que chama de “casos fáceis”.

princípios na esfera argumentativa (regulação ou não das condições de aplicação), e enfatizar a necessidade de se proceder à identificação da norma definitiva do caso, submetendo tanto princípios quanto regras à avaliação discursiva, Günther livra-se das amarras estruturais da teoria axiológica.

A tarefa é empreendida a partir da distinção entre os juízos (discursos) de justificação e de aplicação de normas. Os primeiros correspondem a juízos elaborados para identificar a validade de uma determinada norma (jurídica ou moral). Explica Soriano (1998, p. 193-194) que, segundo Günther, a validade de uma norma moral estará configurada quando se puder produzir uma aceitação racional dos resultados por aqueles que serão afetados pela sua incidência. Günther (1995, p. 278) afirma que a validade expressa um interesse geral de seguir a norma, decorrente da consideração do interesse dos afetados.

No campo do direito, a justificação das normas dá-se nos limites do ordenamento jurídico. Günther (1995, p. 298) explica que, à diferença da argumentação moral, em que a validade é dada pela aceitação racional dos efeitos de uma norma por seus potenciais afetados, a validade da norma jurídica vem de sua estipulação em respeito aos limites e requisitos do ordenamento jurídico, o qual se pressupõe, agora à semelhança das normas morais, como aceito genericamente pelos afetados¹⁹.

¹⁹ Noutro texto, o autor defende que a possibilidade de os indivíduos reconhecerem-se como coautores das normas jurídicas é um dos fundamentos basilares da legitimidade do direito. Veja-se: "A teoria do discurso do direito procura expressar de modo preciso duas intuições acerca da legitimidade do direito: que são os próprios cidadãos que decidem sobre o direito posto e que o procedimento jurídico de decisão é racional, ou seja, permite o exame de propostas de normas por meio de crítica argumentativa. Com essas características, a teoria do discurso do direito distingue-se tanto das teorias que buscam um princípio absoluto de moral ou de ética política como fundamento material de legitimação do direito quanto das teorias formais que

Não é este o momento de abordar maiores especificidades; mas, exatamente porque a pretensão de correção das normas jurídicas (conformidade com o ordenamento) não é a mesma das normas morais (aceitação pelos interessados)²⁰, Günther (1995, p. 300) defende que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso moral de aplicação (e não de justificação) das normas. A fundamentação das normas seria tarefa do legislador, mas ao aplicador do direito, que lida com a argumentação jurídica propriamente dita, seria cabível desempenhar apenas o discurso de aplicação das normas, cuja validade (em termos morais de aceitação racional) é pressuposta (justamente porque elaborada em conformidade com o ordenamento jurídico).

É tempo, então, de examinar o que seria o discurso de aplicação de normas. Numa determinada situação concreta, duas normas válidas podem mostrar-se aplicáveis concomitantemente. Günther (1995, p. 230) oferece um exemplo simples: há uma norma que prescreve que as promessas são feitas para serem cumpridas. Outra norma específica que se deve prestar auxílio a quem necessita. Ambas são válidas em termos morais (espelham interesses gerais e não lesam outros interesses gerais com seu

se contentam com qualquer procedimento de criação de direito, simplesmente previsto por normas secundárias. Ela se diferencia também das teorias que, no lugar de princípios materiais ou procedimentos formais, baseiam-se na pessoa e suas aptidões e características, especialmente na razão, em que todas as pessoas se igualam" (GÜNTHER, 2006, p. 223).

²⁰ Tal característica torna o discurso jurídico não necessariamente recíproco, ao contrário do discurso prático geral de justificação de normas. Ora, normas morais pressupõem que todos os afetados adotarão uma posição discursiva para demonstrar sua aceitação (condição de validade), o que é absolutamente prescindível no campo jurídico, em que uma argumentação não dialógica que comprove a compatibilidade da norma com o ordenamento e a existência de condições suficientes para participação dos cidadãos nos processos deliberativos já será suficiente. Para mais aprofundamentos, inclusive com referência à posição contrária adotada por Alexy, ver Günther (1995, p. 295-300).

seguimento) e, portanto, prestam-se a regular situações concretas. Num determinado caso, contudo, os comandos podem incidir ao mesmo tempo e apresentar determinações contraditórias. É a chamada *colisão de normas válidas*, ou *colisão externa*²¹, que justifica a existência do discurso de aplicação normativa.

Essa colisão ocorreria no seguinte caso hipotético: eu prometo a meu amigo *A* que irei a uma festa por ele organizada; mas, durante o transcurso, encontro meu amigo *B* necessitado de auxílio imediato, o qual, uma vez prestado, impedirá o comparecimento à festa. As duas normas (dever de veracidade e manutenção das promessas e dever de prestação de auxílio, chamadas, aqui, de “N1” e “N2”) são aplicáveis ao caso. Ocorre que ambas contêm comandos contraditórios na situação, dado que a aplicação de uma leva ao “desrespeito” ao comando da outra²².

O discurso de aplicação é o que lida com tais tipos de situações. Soriano (1998, p. 193) explica que toda norma (moral ou jurídica) contém uma referência (em abstrato) à sua situação de aplicação: descreve em que casos se aplica e quais efeitos sua aplicação produz. Mas essa referência não é perfeita exatamente

porque a norma, quando estabelecida, não pode especificar as vicissitudes de todas as diversas situações concretas de aplicação. Limita-se a descrever situações padrão, as chamadas condições inalteradas de aplicação – *unchanging circumstances* (GÜNTHER, 1993, p. 236) –, que seriam aquelas passíveis de descrição pela norma geral e abstrata, que não se reproduzem integralmente no caso concreto (SORIANO, 1998, p. 196).

O exemplo facilita o entendimento: a norma que estabelece o dever de manutenção das promessas não pode prever todos os casos em que tal obrigação será invocada. Não pode prever, por exemplo, a complicada decisão entre a manutenção de uma promessa e a ajuda a um amigo, as quais se excluem mutuamente num caso concreto.

Portanto, reconhecer uma norma como válida não importa em dizer também que ela será aplicável todas as vezes em que, ao menos aparentemente, ocorra sua hipótese de incidência. Esse raciocínio, sustentado por Alexy (2008) em relação às regras, omite o fundamental papel que o discurso de aplicação normativa tem. A tarefa da justificação termina com a validade, que, como vimos, no direito, está dada pela conformidade da norma com o ordenamento jurídico. A partir daí, o problema está na aplicação, que, diferindo da justificação, tem como primeira indicação a ideia de que as normas válidas (princípios ou regras) são aplicáveis apenas *prima facie*, existindo ainda toda uma complexa tarefa para se determinar quais delas serão ao final aplicadas, por quais mecanismos podem ser afastadas as normas aplicáveis e qual discurso (e com quais argumentos) essas tarefas podem ser realizadas. Sobre isso, aduz Günther (1993, p. 244, tradução nossa)²³:

²¹ Günther (1995, p. 279-282) explica que a colisão externa se diferencia da colisão interna porque naquela não se questiona a validade das normas conflituosas, mas a sua adequação à situação referida. A colisão externa sempre se dá no bojo de um caso concreto. Como se verá, pelo fato de a demonstração de inadequação de uma norma a um caso não prejudicar a validade da norma ou a sua aplicabilidade a futuros casos, a colisão é chamada de “externa”. A colisão interna, de outra sorte, é a que afeta a validade da norma, prejudicando a manutenção da norma inválida no conjunto do ordenamento jurídico. Afeta-a em termos abstratos, prejudicando sua aplicação a todas as futuras situações situadas em sua hipótese de incidência.

²² Günther (1995, p. 292) explica que não há desrespeito, mas, ao final do procedimento de aplicação, a mera constatação de que uma das normas não era aplicável. Assim, seu comando não é descumprido; ele, simplesmente, não é aplicado, o que, ao contrário de um eventual desrespeito, não lesa uma de suas características fundamentais como norma jurídica: a imperatividade.

²³ Tradução livre do seguinte excerto: “This validity no longer determines the manner of a norm’s application, that

“Essa validade não mais determina a maneira por meio da qual uma norma é aplicada, ou seja, a relação com outras normas válidas numa situação. Essa é a razão pela qual a coerência de normas válidas que pertençam a uma determinada forma de vida não pode ser determinada independentemente de uma situação concreta.”

Por isso, será necessário um discurso (argumentação) que trate da aplicabilidade das normas abstratas às situações concretas, cuja necessidade avulta em caso de colisões externas entre normas válidas. Para Günther (1995, p. 283), essa argumentação deve primar pela imparcialidade, o que será garantido quando, no ato de aplicação, o intérprete levar em consideração todos os aspectos da situação concreta a ser decidida (*complete description of the situation*). Dessa forma, o aplicador complementar a descrição genérica da situação prevista na norma com os aspectos concretos do momento de aplicação. Nesse ato, poderá ser demonstrada a aplicação da regra adequada e coerente para regulamentar a situação.

Essa atividade é necessária porque uma norma aplicável está inserida num ordenamento complexo, de princípios equiprimordiais e necessários. Essa norma é um “argumento” em favor de determinada decisão, que deve ser avaliada na mesma medida em que argumentos em sentido contrário também o são (GÜNTHER, 1993, p. 236). Por isso, as normas válidas – independentemente de se tratarem de regras ou princípios – são chamadas pelo autor germânico de razões *prima facie*, aplicáveis (mas não necessariamente *aplicadas*), que induzem o processo decisório para determinada direção, mas que não se constituem nas razões defini-

tivas de um caso. Apenas ao final do juízo de aplicação, considerados os aspectos relevantes da situação, e a complexidade do direito, é que se indicará a norma adequada, a qual será, a seu turno, a razão definitiva do caso.

Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 125; 127; 133) assim pontuam a questão:

“Contudo, ainda que uma norma passe por esse crivo, isso não mais significa que ela deva ser aplicada a todos os casos em que aparentemente poderia se aplicar segundo a alegação dos próprios envolvidos. Ao contrário, como veremos, a legitimidade ou a constitucionalidade de uma norma não significa, por si só, que pretensões abusivas não possam ser levantadas em relação à sua aplicação aos casos concretos.

[...]

É que, na modernidade, a edição de normas gerais, hoje sabemos bem, não elimina o problema do Direito, tal como ansiado nos dois paradigmas anteriores e neles vivencialmente negado, mas, pelo contrário, o inaugura. O problema do Direito moderno, agora claramente visível graças à vivência acumulada, é exatamente o enfrentamento consistente do desafio de se aplicar adequadamente normas gerais e abstratas a situações de vida sempre individualizadas e concretas, à denominada situação de aplicação, sempre única e irrepetível, por definição.

[...]

É apenas no campo dos discursos de aplicação, ao se levar a sério as pretensões a direito nele levantadas, mediante o escrutínio das especificidades daquele caso concreto, que essas pretensões poderão ser qualificadas como legítimas ou abusivas, inclusive aquelas calcadas em previsões legais literais.”

Obviamente, é bom que não se relativize em excesso a força normativa de uma regra clara que trate da situação analisada. Dworkin (1985, p. 16) diz que a existência de uma regra clara que defina sua aplicação servirá, na maior

is, its relation to other valid norms in a situation. That is why the coherence of valid norms belonging to a form of life cannot be determined independently of the concrete situation”.

parte dos casos, para a resolução de casos fáceis, visto que o discurso de aplicação levará em consideração uma considerável força daquela norma para a situação concreta examinada. O problema surgirá quando se estiver diante de um caso difícil, em que a aplicação do direito será controversa. Veja-se²⁴:

“O texto da lei é relevante para a questão definitiva. Numa democracia, as pessoas têm ao menos um forte direito fundamental *prima facie* de que os Tribunais deem cumprimento aos direitos que a legislatura representativa editou. Esse é o porquê alguns casos são fáceis no modelo dos direitos assim como no modelo do texto da lei. Se está claro o que o legislativo outorgou às pessoas, então também é claro o que é seu direito fundamental receber dos Tribunais.

[...]

Todavia, ainda que o modelo dos direitos reconheça que o texto da lei é uma fonte de direitos fundamentais nesse sentido em relação aos Tribunais, ele nega que esse texto seja a fonte exclusiva desses direitos. Se, portanto, em alguns casos o texto da norma é silente, ou suas palavras são sujeitas a interpretações contrárias, então é correto inquirir qual das duas possíveis decisões no caso melhor se adequam aos direitos fundamentais das partes.”²⁵

Essa norma adequada é a que, segundo o modelo teórico proposto, realizará o ideal da “norma perfeita”: um juízo decisório que contempla todos os aspectos e vicissitudes de um caso concreto e aplica a norma adequada para a boa regulamentação do caso (GÜNTHER, 1995, p. 283-284). Usará, inclusive, a dimensão de peso para avaliação dos princípios, exatamente como defendido por Dworkin (1978, p. 26), que, no entanto – contrariamente a Alexy (2008) –, jamais propugna a aplicação

²⁴ Tradução livre do seguinte excerto: “The rule book is relevant to that ultimate question. In a democracy, people have at least a strong *prima facie* moral right that courts enforce the rights that a representative legislature has enacted. That is why some cases are easy cases on the rights model as well as on the rule-book model. If it is clear what the legislature has granted them, then it is also clear what they have a moral right to receive in court. (...) But though the rights model concedes that the rule book is in this way a source of moral rights in court, it denies that the rule book is the exclusive source of such rights. If, therefore, some case arises as to which the rule book is silente, or if the words in the rule book are subject to competing interpretations, then it is right to ask which of the two possible decisions in the case best fits the background moral rights of the parties” (DWORKIN, 1985, p. 16).

²⁵ A tradução optou por usar a expressão *direitos fundamentais* em vez da tradução *direitos morais* para retratar o termo inglês *moral rights* usado por Dworkin (1985). Isso porque o sentido que o autor emprega na obra é de evidente juridicidade desses direitos, o que poderia ser equivocadamente apreendido pelo uso de *direitos morais*. Não se nega, contudo, que Dworkin (1985) usa a expressão *moral rights* para expressar direitos que existiram até mesmo antes de reconhecimento normativo pelo Estado, conforme expressamente anotado no texto (DWORKIN, 1985, p. 11-12), o que se afasta do uso tradicional da expressão *direitos fundamentais* no direito brasileiro. No entanto, entendendo fundamental compreender a inserção dos *moral rights* no âmbito jurídico, a escolha feita para a tradução, crê-se, é justificada.

“ponderada” de duas normas com comandos contraditórios no mesmo caso. A ferramenta do peso, aqui também, servirá para identificar aquela que prevalece na situação e que, por isso mesmo, será a norma adequada para o caso.

Günther (1993, p. 245; 1995, p. 295) não ignora, entretanto, que seria extremamente difícil que, a cada situação concreta de colisão externa, os aplicadores da lei fossem obrigados a retomar todo o caminho da aplicação normativa. Afinal de contas, argumenta, a aplicação das normas dá-se em condições reais, de tempo escasso e conhecimento limitado por parte do intérprete. Por isso mesmo, defende que, ao longo dos processos de aplicação, se formam paradigmas de pré-compreensão que auxiliam na interpretação das situações e do significado das normas jurídicas – que devem ser alvo de exame crítico e releitura –, tratando-se de um instrumento de inegável serventia para a operacionalização da aplicação das normas.

Ambos os discursos, assim, são imprescindíveis: o discurso de justificação é necessário porque as normas só se consideram aplicáveis (*prima facie*) se, primeiro, se submeterem à argumentação que comprove a sua validade (normas inválidas nem sequer integram o discurso de aplicação); a seu turno, a aplicação é fundamental porque a validade não contém a adequação, ou seja, apenas se realiza a incidência em concreto de uma norma válida quando se comprovar tratar-se da norma adequada para a regulamentação do caso. Ao aplicador do direito é dado realizar o segundo discurso (aplicação); ao intérprete do direito cumpre o papel de realizar a aplicação das normas ao caso concreto mediante o exame dos fatos que envolvem a situação e, a partir de então, identificar a razão definitiva (norma aplicável) do caso pela interpretação.

Afastam-se, aqui, concepções de princípios como mandamentos que possam ser “mais ou menos” cumpridos e de regras como juízos definitivos *per se*. Regras e princípios podem, igualmente, estabelecer a razão de decidir do caso; basta, para tanto, que, ao final do discurso de aplicação, o resultado encontrado pelo intérprete, considerada a descrição completa da situação e do quadro das normas aplicáveis, seja nesse sentido.

Refutam-se, igualmente, concepções que defendem que princípios se submetem a distintos graus de cumprimento; isso porque é apenas a situação concreta de aplicação que permitirá identificar qual será o mandamento do princípio para aquele caso. Se, no juízo de adequação, aquele mandamento for considerado definitivo, ele será integralmente aplicado; se não for o adequado, ele simplesmente será afastado. Princípio, como toda norma jurídica, obedece ao código binário “direito/não-direito” (LUHMANN, 1996), não se submetendo a cumprimento em graus distintos.

Conclusão

Procurou-se, ao longo do texto, a partir da exposição das teorias de Klaus Günther e Robert Alexy a respeito de regras e princípios jurídicos, e dos procedimentos de solução de conflitos normativos, identificar o procedimento discursivo adequado para o tratamento de situações em que direitos fundamentais vertidos em normas principiológicas possam entrar em colisão.

O trabalho, ainda que de forma breve, e com o uso de argumentos bastante sintéticos, tentou explorar as deficiências da concepção axiológica de Alexy (2008), enfatizando como a aproximação de princípios (juízos de dever ser) e valores (juízos axiológicos) pode mostrar-se problemática, fruto de uma concepção de racionalidade integradora que ignora a separação necessária entre aplicação normativa e justificação de normas, e que viola o caráter deontológico das normas de princípio. Procurou-se estabelecer uma crítica pontual à *ponderação* ou *sopesamento* – que pressupõe a aplicação “gradual” de princípios contrários ao mesmo caso, procedendo-se à restrição de uns proporcionalmente à importância que se atribui ao princípio de maior peso no caso –, que entende possível aplicar a um caso, concomitantemente, normas jurídicas com comandos contraditórios sem que isso signifique lesão a seu caráter imperativo.

Como alternativa, buscou-se apresentar a teoria que, crê-se, cumpre um papel mais adequado no tratamento, na explicação e na resolução desses conflitos, que respeita os papéis democraticamente assinalados aos distintos discursos (justificação e aplicação) sobre normas jurídicas, e que não confunde *validade* com *adequação*. Partindo do reconhecimento da complexidade do ordenamento e da equiprimordialidade dos princípios contraditórios, que se requerem, trata-se de postura que se abre à situação de aplicação sem a construção de hierarquizações pré-determinadas, sem generalizações que fecham os olhos para a importância da descrição completa das situações de aplicação, e que, assim, adotando um viés procedimentalista, não trata o ordenamento jurídico como a fixação de uma “ordem concreta de valores” construída sem controle democrático.

Esse método, ao contrário da *ponderação*, prevê que a identificação da norma adequada, a partir de uma descrição completa da situação de aplicação e do tratamento do conjunto de normas jurídicas *prima facie* aplicáveis, levará à sua incidência sobre a situação, permitindo que produza os efeitos jurídicos que serão determináveis apenas na situação concreta de aplicação. Com isso, respeita-se o caráter deontológico das normas ao se levar a sério um discurso de aplicação que reconhece que apenas na situação existencial de incidência se pode identificar qual norma incidirá e quais efeitos produzirá, sem discriminar entre regras

e princípios, como se apenas uma das espécies normativas tivesse que passar pelo procedimento em questão.

Referências

- ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Tradução Manuel Atienza. *Doxa* [publicaciones periódicas], Alicante, Espanha, v. 5, p. 139-151, 1988. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf>. Acesso em: 13 out. 2013.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria & direito público)
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism*. Heidelberg: Springer, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estado – laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto Anencéfalo – Política Judiciária – Macroprocesso. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe, 27 abr. 2004. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 abr. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Habeas Corpus n. 82.424-RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro: Maurício Corrêa. DJ, 17 set. 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 mar. 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.
- CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1985.
- _____. *Law's Empire*. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1986.
- _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA, EUA: Harvard University Press, 1978.
- _____. The concept of unenumerated rights. *University of Chicago Law Review*, Chicago, EUA, n. 59, p. 381-432, 1992.
- GÜNTHER, Klaus. Qual o Conceito de Pessoa de que Necessita a Teoria do Discurso do Direito? *Revista Direito GV* 3. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 223-240, jan./jun. 2006.
- _____. *The Sense of Appropriateness: Application discourses in Morality and Law*. Tradução John Farrell. Albany: State University of New York Press, 1993.
- _____. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Tradução Juan Carlos Velasco Arroyo. *DOXA* [Publicaciones Periódicas], Alicante, Espanha,

n. 17-18, 1995, p. 271-302. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_12.pdf>. Acesso em 13 out. 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário, 101, v.I).

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004. (Humanística, n. 3).

LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Tradução Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi, Raffaele de Giorgi e Paulo Sávio Peixoto Maia. [S.l.: s.n], 1996. [Tradução para uso acadêmico não revisada].

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”. Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, n. 58, novembro de 2000. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf>. Acesso em 13 out. 2013, p. 183-202.

SORIANO, Leonor. M. Moral. ¿Qué Discurso para la Moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. *DOXA* [Publicaciones Periódicas]. Alicante, Espanha, n. 21, v. I, p. 193-208, 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/DOxa21_11.pdf>. Acesso em 13 ago. 2013.

