

ENTRE O PRINCÍPIO E A REGRA

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

de Robert Alexy. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

PAULA GORZONI

[1] É importante considerar, no entanto, que, apesar desse uso da teoria no país, o autor afirma expressamente que a análise desenvolvida pelo livro diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã (p. 31).

[2] A esse respeito, ver, por exemplo, Pereira, Bruno Ramos. *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

O livro *Teoria dos direitos fundamentais* é um dos mais citados e estudados atualmente no Brasil¹ no campo das ciências jurídicas. Não só pesquisadores, mas também advogados e juízes utilizam a teoria de Alexy para embasar pareceres, petições e decisões. O constante uso das idéias do jurista alemão inclusive pelos ministros do Supremo Tribunal Federal motivou estudos recentes sobre o assunto².

Pretende-se aqui dar enfoque a uma das idéias centrais do trabalho e apontar um debate no qual o livro se insere e que é ainda pouco explorado nas discussões da literatura nacional. Desse modo, a resenha terá como ponto de partida a estrutura das normas de direitos fundamentais descrita por Alexy (capítulo 3), detendo-se especialmente na idéia de sopesamento e nas críticas à teoria analisadas no posfácio do livro, escrito em 2002 e também traduzido na versão em português.

DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Um dos pontos mais importantes da teoria de Alexy é a distinção entre princípios e regras utilizada para analisar a estrutura das normas de direitos fundamentais. Segundo o autor, essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito desses direitos e a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais (p. 85). Sem essa distinção não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições e as colisões entre esses direitos, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Por isso, Alexy afirma que essa distinção é uma das “colunas-mestras” do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

O autor faz uma distinção precisa entre regras e princípios e uma utilização sistemática dessa diferença em sua teoria. O método

adotado não é em relação ao grau de generalidade ou abstração das normas, como é usualmente descrito pela doutrina tradicional. Trata-se de uma distinção qualitativa. Isso porque, seguindo a concepção de Alexy, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto (p. 90)³. Por outro lado, regras são mandamentos definitivos, ou seja, normas que só podem ser cumpridas ou não, sendo realizadas por meio da lógica “tudo ou nada”. Isso implica formas diversas de solucionar conflitos entre regras e colisões entre princípios: enquanto o primeiro deve ser solucionado por meio de subsunção, a colisão deve ser resolvida por meio do sopesamento. Cabe aqui explicar o que significa cada método.

Um conflito de regras só pode ser solucionado de duas maneiras: (1) por meio da introdução de cláusula de exceção em uma das regras, eliminando, desse modo, o conflito; (2) por meio da declaração de invalidade de uma das normas. Isso ocorre porque o problema está localizado no plano da validade, o que não é graduável: “uma norma vale ou não vale juridicamente” (p. 92). Regras garantem deveres definitivos, não podendo existir graduações nesse sentido. Por isso, o conflito entre regras deve ser resolvido por subsunção, aplicando-se integralmente uma determinada regra para o caso. A outra será necessariamente declarada inválida no caso de incompatibilidade total entre as normas e estará fora do ordenamento jurídico.

Já a colisão de princípios é solucionada de forma distinta. Quando dois princípios entram em colisão, um deles tem que ceder perante o outro. Entretanto, isso não significa que exista a declaração de invalidade de um princípio. Diante de certas circunstâncias do caso concreto, um princípio precede o outro. A dimensão a ser avaliada não é de validade, mas sim de peso de cada princípio (p. 93). Por isso essa colisão deve ser resolvida por meio do sopesamento. É necessário considerar as variáveis presentes no caso concreto para atribuir pesos a cada direito e avaliar qual deverá prevalecer. A avaliação dos pesos dos princípios deverá levar em conta o seguinte raciocínio: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro” (p. 167)⁴. Após sopesá-los, chega-se a uma relação de precedência condicionada, isto é, sob certas condições um princípio precede o outro (P1 P P2) C; sob outras condições, essa precedência pode ser estabelecida inversamente (P2 P P1) C’ (p. 97).

A partir dessa distinção se estabelece uma das teses centrais do livro: os direitos fundamentais têm natureza de princípios e são mandamentos de otimização, o que implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais — adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (p. 588)⁵. Essa tese tem sido alvo de crítica desde sua primeira edição, em 1985. Pretende-se expor,

[3] Artigo que trata especificamente dessa distinção: cf. Silva, Virgílio Afonso da. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n° 1, 2003.

[4] Este raciocínio corresponde à “lei do sopesamento”. Sobre o assunto, ver também Alexy, Robert. “Constitutional rights, balancing and rationality”. *Ratio Juris*, n° 2, 2003, p. 136, e Sanchis, Luís Prieto. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 142.

[5] Sobre o assunto, na literatura nacional, ver Silva. “O proporcional e o razoável”. *Revista dos Tribunais*, n° 798, 2002, pp. 23-50. Sob outro ponto de vista, ver Ávila, Humberto. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista de Direito Administrativo*, n° 215, 1999, pp. 151-179.

então, duas dessas críticas, contrapondo-as às respostas de Alexy. Esse debate é ainda pouco explorado pela literatura nacional, apesar de tal teoria ser hoje altamente difundida.

A primeira crítica diz respeito à suposta falta de racionalidade para o método do sopesamento, que conduziria a um excessivo subjetivismo na interpretação jurídica e, portanto, ensejaria arbitrariedade e voluntarismo nas decisões judiciais. Desse modo, o sopesamento submeteria as disposições constitucionais ao jogo próprio da política e à imprevisibilidade, representando grande ameaça para os direitos fundamentais. Essa é uma das críticas de Habermas, que afirma que não haveria nenhum parâmetro racional para o método (p. 575)⁶.

A segunda crítica concerne à perda de autonomia do legislador por causa da natureza de mandamento de otimização dos direitos fundamentais. Se os princípios devem ser realizados de maneira mais ampla possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, existiria sempre um ponto máximo a ser definido, tirando a discricionariedade do legislador para elaborar normas. Essa é uma das críticas de Ernst-Wolfgang Böckenförde, que se refere principalmente à associação entre o sopesamento e o perigo de excesso dos direitos fundamentais (p. 576)⁷.

SOPESAMENTO E RACIONALIDADE

O recurso ao sopesamento é, pois, constantemente criticado no debate jurídico internacional. Alega-se, sobretudo, sua falta de critérios racionais de decidibilidade. Entre os autores que argumentam contra o sopesamento sob este e outros pontos de vista destacam-se Jürgen Habermas, Friedrich Müller, Bernhard Schlink e Ernst-Wolfgang Böckenförde⁸.

A objeção mais freqüente diz respeito à idéia de que o sopesamento seria uma técnica inconsistente do ponto de vista metodológico, pois a noção de ponderação é vaga e pouco clara sobre o conteúdo da técnica. Além disso, inexistiria um padrão de medida homogêneo e externo aos bens em conflito capaz de pesar de forma consistente a importância de cada um deles. Tal inconsistência metodológica relacionada com falta de parâmetros racionais para o sopesamento corresponde, em linhas gerais, à crítica formulada por Habermas, o que levou Alexy, no posfácio do livro, a dialogar justamente com esse autor para rebater as críticas sobre a racionalidade do método.

Alexy apresenta inicialmente duas teses contrárias à idéia de que não seria possível chegar a uma conclusão de forma racional em nenhum caso de sopesamento: uma radical e outra moderada. A primeira (p. 594) sustenta que o sopesamento possibilita uma conclusão racional em todos os casos. Esse não é o ponto de vista de Alexy,

[6] Cf. Habermas, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 315ss., e Silva. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003, pp. 97ss. Segundo Alexy, seria possível chamar a crítica de Habermas de “alerta para o perigo de uma insuficiência de direitos fundamentais”.

[7] Sobre a crítica do autor, ver Böckenförde, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”. In: *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

[8] Sobre os pontos de vista de cada autor, ver Silva. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, op. cit., pp. 92ss.

visto que a teoria dos princípios sempre considerou o sopesamento um procedimento que não conduz a um resultado único e inequívoco em todo e qualquer caso. Desse modo, as atenções do autor recaem sobre a tese moderada: “embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional, isso é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método” (p. 594).

Essa forma racional seria construída a partir de um “modelo fundamentado” do método, sendo possível existir parâmetros com base nos quais o sopesamento entre direitos fundamentais poderia ser decidido. Para isso, seria preciso considerar que a lei do sopesamento pode ser dividida em três passos (p. 594)⁹. No primeiro seria avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. No segundo, avaliar-se-ia a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, deveria ser discutido se a importância da satisfação do princípio colidente justificaria a afetação ou a não-afetação do outro princípio.

Acritica de Habermas, segundo o autor, justificar-se-ia se não fosse possível fazer julgamentos racionais sobre a intensidade da interferência, os graus de importância e sua relação entre si. Contudo, sustenta Alexy que o método para obter tal racionalidade seria a construção de uma escala de valores, atribuindo aos princípios, conforme o caso concreto, um grau de interferência ou importância “leve”, “moderado” e “sério” (p. 595). A outra crítica de Habermas — “aplicação irrefletiva” do sopesamento —, não teria fundamento, pois, apesar de os padrões para o sopesamento levarem em consideração sobretudo uma linha de precedentes, a sua aplicação ocorreria de forma argumentativa, considerando também a sua correção (p. 599).

Com isso, Alexy tenta refutar a idéia de que o sopesamento permitiria tudo em razão da falta de parâmetros racionais. É claro que essa discussão está longe de chegar a um consenso, mas a resposta de Alexy teve papel relevante no debate contemporâneo sobre a questão¹⁰.

DISCRICIONARIEDADE E OTIMIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muito se fala sobre a utilização da proporcionalidade e do sopesamento pelos tribunais e o crescente protagonismo judicial, mas a questão sobre a existência de uma discricionariedade para o legislador, veiculada pelo próprio Alexy, é pouco abordada no debate nacional.

A objeção, formulada principalmente por Böckenförde, diz respeito à falta de discricionariedade legislativa acarretada pela tese da otimização. Ela seria justificada se o sopesamento exigisse sempre uma única decisão do legislador (p. 594). Para refutar tal idéia, Alexy mostra que a lei do sopesamento é compatível com um grau sufi-

[9] Ver também Alexy, Robert. “Constitutional rights, balancing, and rationality”, op. cit., pp. 135ss.

[10] Sobre o debate atual, ver, por exemplo, os autores Andreas Fischer-Lescano, Ralph Christensen e Karl-Heinz Ladeur. Na literatura nacional, ver Silva. “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”. In: Macedo Jr., Ronaldo Porto (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo, Saraiva [no prelo].

ciente de discricionarietà. Para isso, é necessário examinar o sistema que dá base à construção das escalas do sopesamento e analisar em detalhe o modelo de três níveis.

Combinando as possibilidades de graduação das escalas em três níveis, observam-se três casos de impasse no sopesamento, quando há empate entre as intensidades de intervenção e os graus de importância de realização dos princípios. Segundo Alexy, esses casos de impasse levam a uma discricionarietà estrutural para sopesar (p. 603). Para entender a existência desses impasses, é preciso ter em mente que a escala formada pelos três níveis do modelo proposto não pretende fazer uma metrificação das intensidades e dos graus por meio de uma escala cardinal como, por exemplo, de 0 a 1, já que os escalonamentos jurídicos não podem ser metrificados dessa forma, mas somente por limiares rudimentares (p. 603)¹¹. Com efeito, as escalas não podem ser divididas de forma tão refinada a ponto de excluir impasses estruturais — isto é, impasses reais no sopesamento (p. 611).

Para os casos de impasse, tem-se a equivalência de valores entre os princípios em exame. Tal equivalência leva à discricionarietà estrutural. Isso porque, nesses casos, é permitido ao legislador tanto agir como não agir. Aquilo que as normas de uma constituição facultam é abarcado pela discricionarietà do legislador (p. 584). Ela é estrutural, pois decorre daquilo que é válido em virtude dos direitos fundamentais.

A partir daí, como diferenciar os impasses que decorrem da estrutura normativa desses direitos daqueles que surgem somente porque as possibilidades cognitivas são limitadas? Apenas os primeiros fundamentam uma discricionarietà estrutural; os outros poderão ser, no máximo, objeto de uma discricionarietà epistêmica, vinculada à dificuldade de se identificar o que a constituição determina. Trata-se de uma capacidade limitada de se reconhecer as determinações da constituição. Para encontrar a resposta, Alexy procura analisar, por meio dos princípios formais, as diferenças entre as discricionarietàs.

Observam-se dois tipos de discricionarietà epistêmica: a empírica e a normativa. A primeira diz respeito à cognição de fatos relevantes. A segunda relaciona-se à “incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo e ao reconhecimento em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações” (p. 612). O princípio formal que está em jogo é o da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. É formal, porque não determina conteúdo, apenas diz quem deve definir conteúdos (p. 615) — espécie de “princípio procedimental”. Ele determina quais decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado. Nesse sentido, a tensão entre o princípio material e formal é, em última análise, a mesma que ocorre entre direitos fundamentais e democracia.

[11] Há, para além dessas afirmações de Alexy, uma discussão sobre incomensurabilidade e incomparabilidade. A esse respeito, ver Silva. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, op. cit., pp. 173ss., e Chang, Ruth (ed.), *Incommensurability, incomparability, and practical reason*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997.

Se existisse uma precedência absoluta do princípio material de direito fundamental, a consequência seria que o legislador somente poderia perseguir seus objetivos com base em premissas empíricas comprovadamente verdadeiras, o que praticamente nunca ocorre nos casos minimamente complexos (p. 616). Em um cenário como esse, haveria pouca margem de ação para o legislador, o que torna procedente a crítica de Böckenförde. A outra solução extrema também não seria possível, pois daria permissão ao legislador para se basear “em prognósticos extremamente incertos e até mesmo intervenções muito intensas em direitos fundamentais” (p. 617).

Nesse ponto, Alexy é a favor de soluções intermediárias, que levam em consideração os diferentes graus de certeza dependentes das diferentes intervenções. Essa solução poderia ser definida pela “segunda lei do sopesamento”: “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” (p. 617). Essa lei está associada à qualidade epistêmica das razões que sustentam a intervenção, e não se vincula à importância material das razões, que embasa a primeira lei.

A discricionariedade epistêmica normativa, por sua vez, está relacionada com a discricionariedade estrutural. Em um caso concreto, quando há impasse estrutural no sopesamento, é necessário apenas que os interesses em jogo sejam classificados como sendo de importância similar, para se chegar à conclusão de que tanto uma ação como outra estão inseridas na discricionariedade estrutural, pois ambas são facultadas ao legislador (p. 621). O resultado é que os princípios de direitos fundamentais podem constituir objetos de sopesamento na discricionariedade estrutural, mas eles não podem determinar o sopesamento em razão do impasse.

A mesma situação pode ser construída com o auxílio de uma discricionariedade para sopesar do tipo epistêmico-normativo. É nesse ponto que ambas as discricionariedades se relacionam. Seus limites são, nesses casos, idênticos. A diferença, conforme Alexy, reside somente na não-eliminação do elemento jurídico e na diversidade de possibilidades jurídicas. De um lado, o caso concreto se caracteriza como sendo fundamentável, ou seja, possível que os direitos fundamentais em jogo não só permitam como também obriguem determinada ação; de outro, considera-se impossível reconhecer qual das possibilidades pode ser mais bem fundamentada. Visto que há direitos fundamentais de ambos os lados, há entre eles um impasse epistêmico (p. 622). Cada um dos direitos exige a solução mais vantajosa para si, mas nenhum deles possui, em razão do impasse, força para decidir o conflito. Por isso nesses casos pode se falar da existência de uma discricionariedade cognitiva também de tipo normativo (p. 622).

A tradução de *Teoria dos direitos fundamentais* proporciona uma visão de conjunto da obra de Alexy, que até então permanecia quase que exclusiva ao problema do sopesamento. Em um primeiro momento do debate nacional, formou-se uma corrente de entusiastas da ponderação, a qual foi exaustivamente estudada e aplicada em decisões judiciais. Em seguida, passou-se a criticar o protagonismo judicial gerado pelo uso exagerado e sem critérios desse método. Atualmente, iniciaram-se estudos que dialogam com os novos apontamentos de Alexy, que dizem respeito à racionalidade da técnica¹² e à existência de uma discricionariedade do legislador na teoria dos princípios, questionando as críticas direcionadas ao sopesamento em um primeiro momento.

[12] Ver, por exemplo, Barcellos, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, e Bustamante, Thomas. *Teoria do direito e decisão racional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PAULA GORZONI é mestranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP e membro do Núcleo Direito e Democracia do Cebrap.

ESTE NÚMERO FOI FINANCIADO PELA
FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS