

NEOCONSTITUCIONALISMO E A INTERPRETAÇÃO EM ROBERT ALEXY: ANÁLISE DA COLISÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

NEOCONSTITUTIONALISM AND ROBERT ALEXY'S INTERPRETATION: ANALYSIS OF THE IMPACT OF STANDARDS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Dirce Nazaré Andrade Ferreira*
Aloísio Krohling**

RESUMO

Aborda a interpretação hermenêutica das normas de direito fundamentais focalizando que no paradigma do Estado Democrático de Direito o neoconstitucionalismo traz a argumentação ampliativa, trabalhando para além da literalidade da lei, os elementos principiológicos no texto. Robert Alexy discute a tipologia de normas explicando a diferença entre regras e princípios, explicando que na hermenêutica neoconstitucionalista pode haver colisões entre essas duas categorias, e busca demonstrar de que maneira os conflitos entre os dois *standards* devem ser solvidos. A metodologia utilizada no trabalho é uma pesquisa qualitativa do tipo bibliográfica, fazendo uma aproximação da Teoria de Robert Alexy com outros autores. **Palavras-chave:** interpretação; colisão; princípios; regras; Robert Alexy

ABSTRACT

Discusses the hermeneutic interpretation of the rules of fundamental right that focusing on the paradigm of the Democratic State neoconstitutionalism brings ampliative interpretation, working beyond the literalness of law. Robert Alexy discusses the typology of rules explaining the difference between rules and principles, explaining that in neoconstitucionalist hermeneutics may be collisions between these two categories, and seeks to demonstrate how the conflict between the two standards should be resolved. The methodology used in qualitative research is a type of literature by making an approximation of the Theory of Robert Alexy with other authors.

Keywords: interpretation; collision; principles; rules; Robert Alexy

1 INTRODUÇÃO

Entendendo que o direito Constitucional é fruto de tensões históricas, é possível destacar que no século XXI a herança que recebemos dos paradigmas do Estado Liberal, do Estado de Bem Estar Social é o modelo denominado Estado Democrático de Direito, cuja interpretação da Constituição se revela mais argumentativa.

Tendo em vista que a atuação do Estado se remodelou com base no pluralismo político, entendemos que o papel dos intérpretes do direito é para além de promover segurança

* Professora da Universidade Federal do Espírito Santo; Mestre em Direito Constitucional; Doutoranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Vitória. ; Doutoranda em História Social das Relações Políticas; dircenazare@hotmail.com

** Pós-Doutor em Filosofia Política pela UFRJ, e doutor em Filosofia pelo Instituto Santo Anselmo em Roma, Itália; krohling@gmail.com

jurídica e crença no judiciário, “construir uma arquitetura constitucional relevante, pois ela é o pólo integrativo em torno do qual se desenvolvem as discussões teóricas” (MENELICK DE CARVALHO NETO, 1992). Assim, reconhecendo que o Estado Democrático de Direito traz consigo o neoconstitucionalismo e que este é um paradigma de interpretação lingüística e recursiva, o intérprete é um articulador entre texto normativo e realidade já que esta é permeada de valorações e pré-compreensões que envolvem o aplicador do direito evocando ambivalência e dubiedade nas interpretações. Essa fusão de horizontes produz um abalo nas relações binárias, invertendo as polaridades, trazendo para dentro do texto uma série de saltos e rupturas que o intérprete não pode desconsiderar.

Neste artigo apresentamos, sem a pretensão de exaurir o tema, relevantes linhas sobre a interpretação de textos jurídicos nos paradigmas Liberal, Estado de Bem Estar Social e Estado Democrático de Direito, para enfim, discorrer sobre o neoconstitucionalismo, movimento que abriga nova inteligência jurídica, principalmente sob a teoria de Robert Alexy. Este autor discorreu sobre a interpretação de Direitos e Garantias Fundamentais a partir do modelo alemão, criando assim a teoria de interpretação conjugada entre regras e princípios, formulando também um modelo de como dirimir conflitos e colisões entre essas normas.

Neste percurso temos a perspectiva de demonstrar a importância do tema na atualidade, e assim suscitar outros questionamentos. A metodologia adotada neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica qualitativa fazendo uma aproximação com a teoria crítica, na perspectiva de responder as seguintes questões:

-Quais as principais características da interpretação no paradigma neoconstitucionalista?

-Como lidar com o “fenômeno da colisão” à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy?

Portanto ao abordar alguns elementos históricos ou paradigmas que conformam o Direito Constitucional, analisamos a interpretação e suas roupagens ao longo desses vetores históricos para enfim dialogarmos com o a temática principiológica de Robert Alexy, tema relevante na comunidade científica, o qual passamos a discorrer.

2 O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A INTERPRETAÇÃO HERMENEUTICA NEOCONSTITUCIONALISTA

O movimento gerador do constitucionalismo moderno tem raízes localizadas em espaços diacrônicos e fornece uma complexa tessitura histórico-cultural traçando uma trajetória que vai desde o Paradigma Liberal, passando pelo Estado de Bem Estar Social, desaguando assim no paradigma atual, denominado Estado Democrático de Direito.

É característica do paradigma liberal, conceder à interpretação maior carga valorativa às leis alçando-as como a vontade do povo traduzida em textos jurídicos, isto por que o momento histórico que gerou o liberalismo estava aderente ao iluminismo aduzindo pelas vias legais, um sistema de frenagem. Às cartas liberais cabia disciplinar o poder estatal estabelecendo tanto sua estrutura, quanto a proclamação dos direitos fundamentais do indivíduo, tomando por base a liberdade dos cidadãos face ao Estado.

No Estado Liberal a utilização da lei como fonte inspiradora imediata do operador do direito, representava a perspectiva de estruturar a sociedade e criar um escudo contra o poder executivo, evitando assim o recrudescimento da monarquia. Mas o modelo constitucional liberal era tributário da sinonímia do Estado enquanto subsidiariedade, logo essa neutralidade acabou por gerar um conteúdo deslocado da realidade. Esse distanciamento tem raízes na corrente formalista¹, pois ela vê a norma jurídica como principal objeto da relação, cabendo ao intérprete adequar a moldura formal da lei ao fato, como subsunção.

A interpretação formal se inspirou nas características iluministas, na perspectiva de preconizar a certeza da aplicação do direito, e a segurança jurídica, daí a concepção do ordenamento jurídico vislumbrado qual conjunto fechado e hierarquizado de normas o que acabou por conduzir o legislador à onipotência transformando o juiz em mero aplicador da lei, fragmentando a justiça da vida e seus imperativos e reclamos. E, se todavia, a racionalidade foi importante pois converteu o Direito em ciência moderna, com ela eclodiram também vigorosos atos de resistência.

O florescimento de outros ideários sociais deslocou o campo de ação individual do Estado, que passa a desenvolver outras posturas. São do século XX, por exemplo, as lutas por direitos sociais cujas demandas se traduzem na busca pela materialização da igualdade consubstanciadas no paradigma histórico Estado de bem estar social. Desta maneira, cabia ao Estado fazer intervenções na sociedade para melhor assegurar as formas de existência social. Logo, o “Estado Providência” (grifos nossos) desenvolveu políticas sociais para equilibrar os contrastes do modelo antecessor, mitigando a interpretação liberal adstrita às leis e a descrença na Constituição cindida da sociedade. Ao assim fazê-lo emergiu a tese de que a Constituição deveria se aproximar da sociedade, com aspectos materiais bem ressaltados. Bolzan de Moraes (2002, p. 35) destaca que esta passagem “[...] do Estado mínimo ao Estado social intervencionista transformou sua atuação [...] permitindo uma flexibilização e continuidade”, e principalmente deu maior valor à Constituição.

A tese de Lassale (1988, p. 6) é que “[...] a verdadeira essência da Constituição é a acomodação das exigências sociais, ou os fatores reais de poder que regem a sociedade”, desta forma a Constituição tem nos fatores reais de poder a força ativa que informa leis

¹ As correntes “formalista” e “positivo- realista” compuseram o positivismo. Sendo que o positivismo positivo-realista se apropriou do tema da filosofia e o desdobrou nas Escolas: histórica (Savigny), Escola de jurisprudência dos interesses (Philip Heck), Escola da teoria do interesse social (Roscoe Pound), Escola de Uppsala (Alf Ross) e Escola do positivismo Sociológico (Leon Duguit).

e instituições jurídicas vigentes, pois “[...] a Constituição é uma folha de papel que deve se curvar à realidade concreta, logo os fatores reais do poder quando escritos no papel, se transformam em fatores jurídicos” (LASSALE 1988 p.18).

Hesse (2001, p.34-36) destaca que a Constituição estabelece uma relação com a realidade, por isso deve observar a situação histórica e seus condicionantes. Para ele a força normativa da Constituição depende da práxis conjugada entre sua vontade e a vontade dos partícipes, em uma adaptação às condicionantes fáticas que considera as estruturas dialéticas da própria sociedade e da Constituição.

Atendendo essas tensões necessárias e às próprias forças sociais, a protetividade do Estado de bem estar assumiu a incumbência de materializar igualdade e assim o fez por intermédio de farta legislação, o que culminou com o fenômeno “inflação legislativa” (BINENBOJM, 2006, p. 62) isso fragilizou o modelo. Ademais, a criação excessiva de normas gerou microssistemas legais atuando fora dos Códigos Civis, que acabavam por exercer força, culminando com o fenômeno da descodificação. Junte-se a esse fenômeno a complexidade dos conflitos na sociedade demandando instrumentos normativos peculiares, para questões pontuais na sociedade.

Essas transformações advindas de constelações de forças da sociedade e do Estado pressionaram o Direito, que enquanto ciência social não pode se isolar nos códigos. Como resposta o século XX conduziu os países à jurisdição constitucional, um movimento ampliativo com conotações diferenciadas. Barroso (2006, p. 5) destaca que “[...] o século XX apresenta três momentos histórico-sociais de conotações bem demarcadas”. Para o autor o Estado liberal “[...] inaugura a etapa da pré-modernidade, seguido pelo Estado de Bem Estar social na era da modernidade; e por fim a pós modernidade foi desenhada com as cores do Estado neoliberal ou Estado democrático de direito”.

Sarmiento (2005, p.xi) destaca que neste último paradigma a “[...] dogmática jurídica sofreu profundas transformações [...] que sob a denominação genérica de pós-positivismo ou principialismo tem a perspectiva de superação do legalismo escrito”. O Estado Democrático de Direito se articula com o pós-positivismo e se remodela, diz Sarmiento (2005, p.xi) e cita como exemplo dessas remodelações: “[...] a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana” (SARMENTO, 2005, p.xi).

Barroso (2006) destaca que são três os marcos delimitadores do neoconstitucionalismo: o marco histórico foi a resignificação da ciência jurídica no final da segunda guerra

mundial, foi neste momento pós guerra² que valores como ética e moral se reaproximam do Direito. O marco filosófico que traça a linha limítrofe desse momento histórico foi o questionamento do positivismo com posterior ascensão do pós-positivismo.³ E por fim o marco teórico significando uma gama de ideias de transformações nas ciências, inclusive o Direito, que traz a Constituição como polo irradiador interpretativo.

Assim a constituição ganha novo tónus, passando a representar junto às leis esparsas, um documento relevante, isso representa a superação da noção reducionista de governo regrado e de garantias individuais formais, apenas. Por via contrária, a constituição passa a ser vislumbrada como força plural capaz de impulsionar o sistema jurídico, e assim o faz como núcleo interconectado com as demais normas que com ela são complementares e dialógicas implicando verdadeira sinergia jurídica que como tal demanda novas interpretações.

O reconhecimento da importância da constituição enquanto *corpus* jurídico de regras aplicadas à sociedade conduz à ideia de que somente plasmar a ordenação em um documento escrito, não significa assegurar direitos. Nesse aspecto a ideia de Constituição ganha subjetividade significando um conjunto político imerso em forças plurais da sociedade vislumbrada como grandeza influenciadora ou nos dizeres de Sarmento (2005, pp.70-71) “[...] a constituição se transforma em estatuto fundamental do Estado e da sociedade”. O vínculo social inaugura novas conexões complexas com conflitos sociais de categorias de alta complexidade com elementos causadores multifatoriais. Diante dessa configuração dialética a lei isoladamente tem dificuldade de interpretar e de dar solução adequada aos casos heterodoxos.

Nesses tempos de incerteza no plano jurídico instaura-se novo modelo de constituição enquanto estatuto reflexivo, permitindo existência de pluralidades que por sua vez sejam capazes de compatibilização com as recorrentes rupturas advindas do mundo atual. Para Guastini (2003, p. 49) “o neoconstitucionalismo engloba o denominado pós-positivismo, apresentando-se apto a promover a efetivação dos direitos fundamentais” nas novas articulações sociais, pois representa importante aproximação entre direito e moral, significando também aderência com a ética, já que a garantia constitucional engloba uma ordem complexa de direitos.

Bello (2007, p.13) ressalta que o direito constitucional tornou-se “[...] o epicentro do ordenamento jurídico hodierno [...] representando a matriz por intermédio da qual devem ser extraídos os elementos e técnicas necessárias para a deliberação do norte de cada ramo subsidiário do Direito.” Por sua vez, Guastini (2003, p. 43) destaca que “[...] o neoconstitu-

² A constituição da Alemanha ou Lei fundamental de 1949 e a Constituição da Itália em 1947 são elementos históricos demarcadores da transmutação constitucional.

³ O pós-positivismo é uma releitura do positivismo, uma vez que significa um conjunto complementar de novas idéias entre elas a argumentação jurídica e a leitura moral do Direito com aproximação da Filosofia.

cionalismo tem impacto principalmente na cultura legiscêntrica” estabelecendo outras vias de diálogo. Para Cittadino (2004, p.34) pelo neoconstitucionalismo “[...] existe uma transformação, um jogo mutável de forças plurais” que na sociedade interagem entre si, em si, e com a Constituição. Essa interação impulsiona, dá vida ao ordenamento, transmutando a morfologia jurídica e por conseguinte a estrutura constitucional, transformando-a em tessitura aberta.

Portanto há um desafio de que as decisões constitucionais se produzam a partir de uma prática discursiva e que envolvam outros ramos do direito, sendo que a ação que se apresenta é mais dinâmica na interpretação dos fenômenos e dialoga com vários campos de produção do saber, daí a nova concepção da ciência do direito, pois ela supera as regras estáticas e se torna mais aderente aos fenômenos sócio-políticos.

Na trilha deste raciocínio, Barroso (2006, p.7) destaca que “o neoconstitucionalismo é um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito Constitucional” envolvendo elementos políticos, éticos e filosóficos. É neste sentido que para Binbenojm (2006, p.64) “se pode falar numa supremacia não apenas formal, mas também material da Constituição relacionada ao fato de que os valores mais caros a uma comunidade política costumam ser exatamente acolhidos pela Lei Maior”.

A distinção qualitativa que ora se apresenta na interpretação é dentre outros aspectos, a importante aproximação entre Direito Constitucional e Ética. Barroso (2006, p. 28) ensina que o neoconstitucionalismo ilumina valores que “migrando da filosofia [...] materializam-se em princípios abrigados na Constituição”, logo a interpretação vai além da legalidade escrita estabelecendo imbricações complexas com a leitura ética da Constituição.

Isto por que há uma rearticulação da ciência jurídica com a ética através do direito constitucional, na perspectiva de reconstrução do próprio fenômeno jurídico e sua interpretação. Barroso (2006, p. 332) para ilustrar essa gramatura destaca que “[...] a interpretação constitucional envolverá uma operação intelectual singela” envolvendo novas práticas, todavia não desprezando os critérios mais clássicos da subsunção. Daí ser possível falar na complementaridade da interpretação, uma vez que tradição e modernidade se mesclam trazendo à Constituição valores e opções políticas que devem ser considerados na interpretação, segundo o tempo histórico-social.

Logo o intérprete há de fazer intelecções dialógicas entre elementos multifatoriais que se relacionam e dão tónus ao fenômeno. Neste aspecto a Constituição é filtro donde escoam elementos do ordenamento jurídico, traçando neste fluir conexões morais, isto por que a Constituição é novo artefato para amalgamar relações jurídicas, de tal maneira que ocorre verdadeiro fenômeno de constitucionalização do direito.

Daí a importância da expansão da interpretação considerando-se a complexidade com que o fenômeno constitucionalização do direito dinamiza as relações sociais. Barroso (2006, p. 34-38) destaca que este novo olhar que remodela a interpretação passa a trabalhar

com diferentes categorias, tais como: os conceitos indeterminados, a proporcionalidade, as cláusulas gerais, a ponderação, a colisão de normas constitucionais, e os princípios.

3 A INTERPRETAÇÃO DE ROBERT ALEXY NO CONFLITO ENTRE REGRAS E COLISÃO DE PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Direito é composto por um conjunto de elementos normativos formando um complexo sistema donde o intérprete remove sentidos para aplicação dos comandos. De acordo com Barcellos (2002, p.31) “o elemento essencial do direito [...] e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade.” Todavia essa coercitividade não implica isolamento, pois as normas enquanto comandos caracterizam-se por um conjunto do qual derivam outros ordenamentos jurídicos que dialogam entre si dando maior complexidade à interpretação.

Em Alexy (2000) depreende-se que a categoria norma⁴ é gênero jurídico ou tronco donde emanam dois *standards*: regras e princípios, espécies similares que apresentem diferenciações que as individualiza. Se as normas são relatos descrevendo determinadas condutas ou elementos fáticos que serão aplicadas à situação, é possível destacar a racionalidade contida em seus comandos, pois pela lógica deôntica as normas de direitos fundamentais são enunciados de “dever-ser” que permitem, proíbem ou ordenam.

Alexy (2000, p.87) destaca que “[...] a distinção entre regras e princípios não é nova⁵ [...] e a seu respeito imperam falta de clareza e polêmica. Há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos – a terminologia é vacilante”, complementa o autor. Passamos a demonstrar as características das duas espécies, para em seguida iniciar a teoria da interpretação, segundo Robert Alexy.

3.1 A DEFINIÇÃO DE REGRAS E A FORMA DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NA INTERPRETAÇÃO

Alexy (2000) parte da diferenciação de regras e princípios estabelecidos por Ronald Dworkin estabelecendo um diálogo com o autor e se diferenciando dele a partir de caracteres intrínsecos de sua teoria da colisão. Assim destaca que as regras são comandos de exatidão ou determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível de tal forma que apresentam quase uma determinação exata de aplicabilidade imediata, pois são mandamentos definitivos que ordenam a partir do código binário do tudo ou nada: ou valem para aquela situação, ou deverão ser invalidadas.

⁴ Diniz (2005, p. 353) destaca que “as norma jurídicas, cuja pluralidade constitui a ordem jurídica vigente para cada cultura, apresentam conteúdo que varia de acordo com as épocas, lugares, políticas dominantes, etc...”

⁵ Robert Alexy explica que a diferenciação entre regras e princípios tem uma longevidade na doutrina, e que essa duração traz consigo uma série de desdobramentos, críticas e dessemelhanças que embora fortaleçam o debate, também colaboram com a geração de incertezas e maiores dúvidas.

Barroso (2006, p. 338) ensina que por serem descrições objetivas, “[...] ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo tradicional da subsunção” estabelecendo-se um liame entre fato e comando que se unem de forma inequívoca, pois as regras representam adstrita observação ao critério da legalidade, logo “a aplicação de uma regra se opera na modalidade do tudo ou nada” (BARROSO, 2006, p.338).

Disso se depreende que na visão de Alexy (2000) as regras são critérios binários no substrato fático, ou por assim dizer, elementos formalizados agindo como procedimentos ou padrões, não admitindo gradações. Enquanto fórmulas legitimadoras, as regras são escritas - geralmente codificadas - e emanadas de um centro de poder legislativo, representando a previsibilidade da conduta de uma sociedade em determinada fatia histórica; e de fato, o que impulsiona a regra é a ação humana. Daí ser possível dizer que a subsunção é o enquadramento da ação na abstratividade da regra, concretizando-a. A ação objetiva racional de interpretação na subsunção, faz uma fusão entre o comando da regra e a atividade fática, de forma a condensar o conteúdo da regra, na ação.

Dworkin (2002, p. 40) ao estabelecer diferenciação entre regras e princípios ensina que “os dois conjuntos de padrões distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada* [...]” significando dizer que vale para aquele caso e oferece resposta, ou em nada auxilia. Diante de um conflito entre regras há uma análise na dimensão de sua validade para mensurar qual delas se aplica ao caso concreto.

Para Alexy (2000) diante do conflito entre regras é possível solver o antagonismo através de dois mecanismos. O primeiro deles é a inserção de uma expressão que equivale a um “senão”, ou “salvo” (grifos nossos) criando uma condicionante entre as duas regras, que passam a ter uma convivência equilibrada ou “cláusula de exceção”. Dito isto, o autor explica como usá-la: “[...] um conflito entre regras [...] pode ser solucionado se se introduz em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito” (ALEXY, 2000, p. 92).

Se a cláusula de exceção não for possível para elucidar, diz o autor, uma das duas regras deverá ser eliminada, sendo que nessa situação “[...] uma das regras é declarada inválida e com isso extirpada do ordenamento jurídico [...] pois não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos”. E lembra que, “[...] a constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível entre regras, nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma”. Sendo assim finaliza explicando qual critério utilizar para escolha da regra a ser invalidada:

[...] esse problema [o conflito entre regras] pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori e lex speciali derogat legi generali*, mas também é possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade (ALEXY 2000, p.93).

Como se pode ver a técnica para eliminar um conflito entre regras na visão de Robert Alexy (2000) é critério que mais se aproxima da subsunção tendo afinidade com a Teoria de Ronald Dworkin, mas que em seguida dela se separa ao aplicar a teoria dos princípios.

3.2 A DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIOS E A FORMA DE RESOLVER A COLISÃO NA INTERPRETAÇÃO

Alexy (2000) diz que os princípios são normas consagradoras de valores, eis então sua característica orgânica, significando propriedades que lhes concedem conteúdos axiológicos aproximativos da moralidade, pois “formam uma exigência da justiça e da equidade” (BARCELLOS, 2002, p.47). Os princípios enunciam razões que conduzem a interpretação a determinados fins. Já na visão dworkiana princípios são deontológicos uma vez que possuem “a dimensão de importantes tipos particulares de padrões” (DWORKIN, 2002, p.46). Há paridade entre regras e princípios entre os dois autores, significando dizer que ambos consideram os *standards* como categorias simétricas, de forma que não se estabelece entre as duas normas o critério da hierarquia, embora se possa afirmar que os princípios sejam orientações diretivas de caráter mais genérico, que fundamentam o conjunto de regras de determinada sociedade.

Os princípios fazem conexões com outras normas, a ponto de lhes fornecer subsidiariedade, sem contudo sobrepujar-se a elas, pois estão envoltos em elevada carga teleológica mas nem assim rompem com os próprios objetivos contidos na Constituição. Sendo mutáveis, identificam valores com aderência aos elementos contingenciais que os cercam, daí sua volatilidade, uma vez que suas demarcações são fluidas, tem alta plasticidade sendo indetermináveis em sua ação dinamizadora.

Ao apresentarem conteúdo axiológico são normas de argumentação difusa, razões ou diretrizes generalizadas nas quais o intérprete pode lançar mão, pois “eles são mandamentos de otimização indicando que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2000). A origem dos princípios também é diferente das regras, enquanto aquelas são emanadas de um centro de poder decisório com competência para legislar; os princípios são heterônomos na sociedade. Dworkin (2002, p.64) aclara que “as origens dos princípios não se encontram na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão desenvolvida pela sociedade [...] ao longo do tempo.” Logo, eles são esparsos.

Mas a fluidez dos princípios não significa insegurança, pois embora imprecisos em seus contornos, os princípios podem ser absolutos, significando que há objetivos universalmente aceitos consagrados em seu texto. Esta é a idéia de Mello (2005, p. 84) explicando que princípios são “mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiros alicerces [significando] disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito”.

Barroso (2006, p.339) ensina que eles “[...] contêm relatos com maior grau de abstratividade, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações”.

Assim, na perspectiva principiológica é possível destacar o intercâmbio que os princípios exercem no ordenamento estabelecendo integração com as normas infraconstitucionais, destacando que enquanto consagradores de valores indicam fins a perseguir por elementos multifatoriais, e por assim dizer, diversos meios, e resultados também diferenciados. Barcellos (2002, p. 47) destaca que eles requerem portanto “[...] sopesamento e ponderação, motivando o intérprete a maior variabilidade de ação ao dialogar com o caso concreto”.

O diálogo se torna possível dado o caráter de vagueza contido nos princípios – aqui não se toma o termo como elemento pejorativo – por giro contrário, é a enunciação elástica que lhes permite irradiar-se sobre o ordenamento jurídico. Desta forma há vocação natural dos princípios para funcionar como suporte, daí ser considerado no vocábulo vagueza uma das características virtuosas que envolvem os princípios, já que “o fim a ser atingido ou o estado ideal a ser transformado em realidade não pode ser objetivamente determinado” (BARROSO, 2006, p. 340).

Na abertura principiológica cabe destacar o caráter de indeterminação pois eles são elementos informadores de sociedades pluralistas, daí sua carga de subjetividade, Rothenburg (2003, p. 18) lembra ainda que se “os princípios são dotados de generalidade, [isso] não significa imprecisão”, uma vez que seu significado pode ser colhido por intermédio da ação interpretativa hermeneutica. Isto por que os princípios são dotados de elevado grau de abstração, o que lhes confere elasticidade para ser aplicados de forma adaptativa aos casos concretos, significando plasticidade que implica alto grau de adequação. Desse caráter de polimorfia advém outra peculiaridade dos princípios implicando produção de múltiplos sentidos quando interpretados, isto porque na visão de Rothenburg (2003, p. 18) eles demonstram generalidade trazendo em seu conteúdo certo alargamento polissêmico traduzido em abertura e ampliação “não significando, todavia, impossibilidade de determinação – e conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa”.

Destaque-se que a vivacidade aberta dos princípios pode ser complementada pela via dialogical de outras normas que lhes dão tônus jurídico. Todavia a plasticidade principiológica não poderá romper o liame de significados traduzidos na constituição. Rothenburg (2003, p. 22) ressalta que “desconsiderar que os princípios carregam um certo e suficiente significado e sustentar sua insuperável indeterminação, representa desprestígio”.

Eis então um dos aspectos mais complexos da teoria neoconstitucionalista – um viés que no afã de tornar a interpretação mais aberta não poderá alargá-la demasiadamente a ponto de escapar-lhe o sentido constitucional. Também não será razoável estabelecer balizamentos demarcatórios na interpretação, caindo na armadilha positivista. Essas caracte-

rizações importam peculiaridades de uma nascente teoria ainda em curso de crescimento, e que apresenta tensões em seu desenvolver.

Cabe destacar ainda a riqueza do tema, pois junto aos princípios gerais de direito, são encontrados princípios constitucionais esparsos no ordenamento que deverão estar ligados aos princípios éticos, como forma de interpretar a Constituição. Daí que no conflito entre princípios Alexy (2000) ressalta que ocorre uma dimensão de peso ou valor, traduzida na imprescindibilidade de analisar qual deles é mais adequado ao caso concreto e desta forma será necessário, na visão do autor, fazer um sopesamento de interesses, sem contudo ser obrigatório tornar um deles inválido.

Na colisão de princípios um deles tem precedência sobre o outro a partir de determinadas condições do caso concreto, há pois uma relação de precedência condicionada obtida por critérios racionais ou as “três submáximas”, uma vez que a escolha dos princípios é cumprida sob os critérios: “[...] da necessidade, da adequação e da proporcionalidade” (ALEXY, 2000, p.20).

O autor esclarece que ao optar pelo critério da necessidade se escolhe um princípio que menos cause intervenção no outro, já a adequação implica escolha de um princípio que não prejudique o outro e a proporcionalidade significa a deliberação menos prejudicial. Por esses critérios, se adentra a lógica otimizante de Pareto, significando a tentativa de aproximação com a decisão mais adequada. Há todavia, casos complexos em que não é possível afastar custos e prejuízos na escolha principiológica; quando isso ocorre o princípio da proporcionalidade implica ponderar vantagens e prejuízos causados pela adoção de determinado princípio em detrimento ao outro, afastado.

Explica Paulo Bonavides (1996) que o princípio da proporcionalidade transforma o aplicador do direito em um funcionário da Constituição, estreitando o espaço de intervenção, já que os princípios servem de escudo aos direitos fundamentais contra os excessos do Estado, principalmente se pensarmos na assimetria entre as pessoas físicas e o Estado supremo.

Logo, Alexy ensina que para resolver a colisão entre princípios é a aplicação da Lei da Colisão ou “Lei K” a forma mais adequada, e ressalta a fórmula (P1, P, P2) C, explicando que ao fazer o sopesamento, P1 e P2 são os princípios em colisão, P é a precedência que um deles terá sobre o outro, e C representa as condições do caso concreto.

Alexy (2000) explica que essa fórmula é qualitativa, significando que ao sopesar os princípios em questão haverá de ser consideradas a contingencialidade do caso concreto, e principalmente diz ele “[...] as condições sob as quais um princípio tem precedência sobre o outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2000, p. 99). E conclui que junto à lei da colisão é possível usar também a lei da ponderação “[...] cuanto más alto sea el grado de incumpli-

mimento o de menoscabo de um princípio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del outro (ALEXY, 1993, p. 18).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria principiológica de Robert Alexy se enlaça com a proporcionalidade na interpretação, pois a natureza dos princípios implica máxima utilização de um sobre o outro pela ideia de ponderação valorativa. Ponderar significa fazer juízo de valor, e neste caso a valoração poderá se revestir dos critérios métrico, comparativo e classificatório - quando o valor é usado para apreciar os princípios colidentes usa-se o critério métrico, em seguida a valoração poderá se transformar em critério comparativo usado para cotejar, correlacionar os princípios e sopesá-los; e por fim, a valoração é critério classificatório quando usado para determinar posições hierárquicas de um princípio suplantando o outro, em uma relação de precedência condicionada, que se assemelha à racionalidade objetiva.

Não se pode obscurecer a importância da utilização do neoconstitucionalismo, tampouco a importância do trabalho de Robert Alexy (2000) ao enfrentar os dilemas da sociedade complexa. Todavia, não há como negligenciar que o autor parte de Ronald Dworkin (2000), mas com ele faz uma cisão, pois teve dificuldade de assimilar o giro hermenêutico que considera a interpretação como compreensão. O autor analisado também rompe com a ideia da hermenêutica da faticidade que conduz o homem para dentro da compreensão trazendo o intérprete com suas pré-compreensões para dialogar com o texto. Coerente com sua historicidade ele cria regras de prioridade, destacando que os princípios são regras de conteúdo moral.

A teoria alexyana destaca que a fórmula peso, as regra de colisão, e a ponderação são argumentos morais que fornecem racionalidade, jamais uma única resposta correta, pois o balanceamento muda conforme a aplicação da regra de interpretação, das contingências e do próprio intérprete. Dar uma única resposta, diz o autor, é uma pretensão de certeza que a mutabilidade dos casos não possibilita. Isto por que, para ele existe impossibilidade de construir uma teoria forte sobre os princípios capaz de extrair-lhes a resposta única como desejava Dworkin (1996). Para que isso ocorresse, seria necessário uma análise exauriente de todos os princípios e suas relações possíveis em um tempo ilimitado, com informações ilimitadas; fato impossível dada a própria natureza volátil da vida, e da transparência lingüística também ilimitada.

Assim, em Alexy (2000) não há que se falar em resposta única, pois a mobilidade dos princípios não permitiria essa condensação, diz ele que, razoável seria a criação de uma lista de princípios ou "*topoi*" (grifos nossos) como mero catálogo de consulta para guiar o intérprete e fornecer diretrizes para julgar.

Embora relevante a obra do autor alemão merece refinada análise, principalmente pelo embaralhamento que fez entre princípios e diretrizes políticas em Dworkin (2000), consideradas por este último como meras aspirações ou políticas públicas, denominadas em certas ocasiões de “porvir” (grifos nossos), e que foram trabalhadas pelo autor alemão como regras principiológicas. Além disso, Alexy (2000) considera na colisão entre princípios um mero afastamento de um deles, assertiva questionável, já que há casos em que a força do princípio é tamanha que ele invariavelmente anula o outro, invalidando-o como se regra fosse.

Some-se a isso a característica da absolutividade dos princípios, pois alguns deles são incondicionais, irrestritos, e não podem ser apostos lateralmente a outros. Daí a fragilidade da cisão alexiana entre regras e princípios, que no primeiro caso afasta a diferenciação entre regras e princípios e no segundo, elimina a ponderação fazendo-a ineficaz. Além disso, a teoria da ponderação tem uma amplitude exacerbada, o que a torna elástica podendo incorrer em critérios de subjetividade que decerto em alguns casos traria insegurança jurídica à interpretação.

Ademais o conflito entre regras nem sempre se encerra na análise de sua validade, pois as situações envolvendo regras antagônicas podem ser dirimidas por meio de ponderação tanto quanto os princípios. Consideramos ainda a técnica alexyana demasiadamente genérica, empregada na busca de soluções mais adequadas para quaisquer conflitos normativos e isso deságua no emprego exacerbado de princípios a ponderar, causando a cultura do panprincipiologismo, na qual se recorre aos princípios para dirimir conflitos, sem ter ancoragem em regras o que deixa o intérprete volúvel a decisões meramente volitivas.

Daí que em nosso entendimento pode advir a ameaça de decisionismos na esfera jurídica o que de certa forma é uma inconsistência metodológica da ponderação que abriria espaço para o subjetivismo judicial e insegurança atacando o equilíbrio da justiça, já que a ponderação não impõe critérios racionais, sendo os princípios elementos móveis ao sabor da interpretação. Consideramos também que a abordagem do balanceamento alexyano retiraria os direitos constitucionais de seu poder normativo, perdendo sua prioridade estrita, diluindo o direito constitucional no risco de decisões irracionais, já que o balanceamento pode se revelar arbitrário, irrefletido, e portanto desprovido de racionalidade. Logo, o sopesamento de valores é capaz de produzir um juízo mas não de justificá-lo, de modo que, o sopesamento sofreria uma implosão fatal.

Como se pode ver o trabalho de Robert Alexy em interpretar normas de direito fundamentais embora tenha relevante contribuição para o direito no paradigma de Estado Democrático, ainda está longe de ser considerado pronto e acabado, como deseja o autor, pelas vias de suas fórmulas da colisão e da ponderação. A interpretação é discurso de seres datados historicamente, assim em uma sociedade discursiva e aberta as fórmulas lógico-dedutivas que tanto se desejou extirpar no modelo lógico-dedutivo parecem recrudescer

no modelo alexyano, sem contudo conseguir dirimir as dubiedades advindas da sociedade complexa. Daí que, no afã de tentar sair do monopólio interpretativo ou monismo jurídico, Alexy acaba por reproduzi-lo.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.

_____. Direitos Constitucionais, balanceamento e racionalidade. In: *Ratio Juris*, Vol. 16 no. 2, junho de 2003. P.131-140.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Derechos y razon practica*. Mexico: Distribuidora Fontamara, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo* no. 240, 2006.

BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismos, democracia deliberativa e atuação do STF. In Vieira, José Ribas. *Perspectivas da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

_____. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

_____. *O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito*. Nota técnica. Belo Horizonte, 23 de março de 1999.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Taking right seriously*. Cambridge: Harvard University, 1997

GADAMMER, Hans-Georg. *Hermeneutica em retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2009.

GUASTINI, Riccardo. A Constituição do ordenamento jurídico. In: Carbonell, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)?*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988.

_____. *O que é uma Constituição política*. São Paulo: Global Editora, 1987.

ROTHENBURG, Claudius Walter. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1996.

