

QUAIS AS DIFERENÇAS ENTRE A DOCTRINA DO ROBERT ALEXY E DO RONALD DWORKIN?

NOVAIS, Thyara Gonçalves¹

RESUMO: O presente trabalho objetiva realizar uma investigação da diferenciação entre as correntes concebidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para realização deste trabalho, foi utilizado o método de natureza exploratória, procurando encontrar dados nas fundamentações de literatura com a finalidade de promover uma visão geral sobre o tema. Por meio deste estudo, pode-se constatar que nos pensamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin não se pode verificar uma concordância, mas uma contradição.

Palavras-chave: Diferenças. Teoria do Direito. Ronald Dworkin. Robert Alexy.

ABSTRACT: In the present work aims to conduct an investigation of the differentiation between the currents designed by Ronald Dworkin and Robert Alexy. For the accomplishment of this work, a method of exploratory nature was used, trying to find data in the foundations of literature with the purpose of promoting a general view on the subject. Through this study it can be verified that in the thoughts of Robert Alexy and Ronald Dworkin cannot be verified a concordance, but a contradiction.

Keywords: Differences. Theory Of Law. Ronald Dworkin. Robert Alexy.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade os princípios possuem muita importância no sistema normativo brasileiro, sendo que vários deles têm natureza de norma constitucional. Como aspecto de distinção entre regras e princípios, pode-se dizer que as regras são como normas que somente descrevem certo comportamento sem se ocupar com o objetivo dessas mesmas condutas, e os princípios são como normas que determinam de forma diversa estados ideais e objetivos que devem ser alcançados (BARCELOS, 2005).

Embora seja essa o pensamento que hoje se delinea acerca de princípios e regras é imperioso o destaque de que nem Ronald Dworkin e nem Robert Alexy concordariam com a assertiva acima descrita. Isso se dá, pois, mesmo cada um tendo uma abordagem diversa e contraposta acerca dos institutos em comento. Para Alexy, por exemplo, princípios e regras são espécies de normas jurídicas. Dessa forma,

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Guanambi - FG. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Faculdade de Tecnologia e Ciência - FTC.

diante do que Alexy delinea, se existem regras as mesmas deverão ser aplicadas, no entanto, na ocorrência de um conflito de regras deverá haver uma análise do caso para que uma delas seja adotada. Já os princípios, na visão de Alexy, precisam ser ponderados, onde, em cada caso concreto deverá ser utilizado o que melhor for aplicado e tiver maior teor valorativo naquele caso em si. Desse modo, um princípio de maior valor para um caso excluirá o de menor valor neste mesmo caso. (PEDRON, 2005, p. 71).

Senão vejamos:

Dessa forma, Alexy apresenta a distinção fundamental entre regras e princípios: princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. São, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poderem ser cumpridos em diferentes graus e pela medida de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e jurídico. (PEDRON, 2005, p. 71)

Diante da citação acima exposta denota-se que de acordo com os pensamentos de Alexy há uma notória distinção entre regras e princípios. Para o célebre teórico a aplicação dos princípios pode ser tida em diferentes graus e depende muito de cada caso em si, já as regras, por sua vez, se existe uma regra para um caso, ela deve ser terminantemente cumprida ou não, mas, se ela existe para um determinado caso deverá ser terminantemente aplicada.

Expostos de maneira introdutória os pensamentos de Alexy acerca das regras e princípios há que se observar agora os pensamentos de Dworkin sobre o tema em comento. Em sua obra, *O império do Direito*, já no prefácio Dworkin questiona e traz à baila o que é o direito e qual a sua importância no seio social, observe:

Vivemos na lei e segundo o direito. Ele faz de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. E espada, escudo e ameaça: lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar o aluguel, somos obrigados a pagar nossas multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abstrato e etéreo, o direito. E discutimos os seus decretos, mesmo quando os livros que supostamente registram suas instruções e determinações nada dizem; agimos, então, como se a lei apenas houvesse sussurrado sua ordem, muito baixinho para ser ouvido com nitidez. Somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer. (Dworkin, 1999, p. 11).

Para o Teórico, a sociedade vive à sobra do Direito, pois, é ele que delinea e traceja tudo que a compõe, como ele mesmo ressalta no texto acima transcrito tudo que cada cidadão faz, questiona, se submete a fazer é realizado pois a lei deu seus mandamentos. Desde o que se discute até o que se faz é realizado porque o Direito assim o descreve, delimita e determina. Ou seja, como relata o próprio autor, somos comandados por tudo que o direito ordena, mesmo quando o questionamos.

Já no primeiro capítulo da obra *O império do direito* Dworkin além de descrever o que é o direito, descreve o positivismo e também fala acerca das chamadas Teorias semânticas.

De acordo com o que diz Pedron, Dworkin para ir de encontro aos ideais positivistas faz a distinção entre princípios e regras da seguinte forma:

Para se opor, então, à compreensão positivista do Direito, isto é, à compreensão do Direito como um conjunto de regras, Dworkin compreenderá os princípios jurídicos também como espécie do gênero norma¹⁷. Sustenta que a diferença entre princípios e regras tem natureza lógico argumentativa, de modo que os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do “tudo ou nada”. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e, nesse caso, a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e então nada contribui para a decisão. (PEDRON, 2005, p. 73)

Da leitura do texto acima descrito é possível observar distinções acerca do que pensam Alexy e Dworkin e este é o objetivo deste trabalho. Ao confrontar a ideia dos dois célebres teóricos em comento, conforme irá ocorrer no corpo do trabalho, será possível até uma melhor compreensão do direito e de todo o arcabouço jurídico na aplicabilidade de regras, princípios e normas.

Importante mencionar que embora na atualidade a Constituição Federal de 1988 compreenda um sistema normativo aberto de princípios e regras que, enquanto referência para o aplicador do direito, não haja uma hierarquia, para Alexy princípios e regras se distinguem e cada um tem sua aplicabilidade dependendo do caso em estudo, conforme relatado anteriormente. Para Dworkin, por sua vez, em oposição ao positivismo, os princípios são espécies de normas.

As fases de reconhecimento normativo dos princípios passam por várias etapas na história do direito, compreendendo três etapas, a do Jusnaturalismo, a do Positivismo Jurídico e a do Pós-positivismo Jurídico. Importante o destaque que tanto

no Jusnaturalismo quanto no Positivismo Jurídico os princípios não são considerados como normas, conforme se verá adiante.

Dessa forma, o presente estudo tem como objetivo realizar uma investigação da diferenciação entre as correntes doutrinárias defendidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para isso, o trabalho foi dividido em quatro etapas.

A primeira fase refere-se à distinção entre positivismo e jusnaturalismo, que se faz necessária a compreensão de tais institutos para uma melhor apreensão do que dizem Alexy e Dworkin; na segunda fase relata sobre a teoria da argumentação de Robert Alexy; por sua vez, na terceira fase será discutida a proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação do direito; por fim, na quarta e última fase se delineará as diferenças entre as doutrinas de Alexy e Dworkin.

Para realização deste, foi utilizado o método de natureza exploratória, buscou-se encontrar dados nas fundamentações de literatura com a finalidade de promover uma visão geral sobre o tema.

2 COMPREENSÕES ACERCA DO POSITIVISMO E JUSNATURALISMO

Antes de dar ênfase ao que dizem Alexy e Dworkin é imperioso a boa compreensão do que se entende por Jusnaturalismo e sobre o positivismo. Isso se dá, pois, principalmente nos estudos e teorias formuladas por Dworkin necessita-se do conhecimento do que sejam tais institutos para que se possa confrontá-los.

Assim é que neste momento, faz-se oportuno o entendimento das etapas acima citadas para que se possa obter uma maior compreensão futuramente do que dizem Alexy e Dworkin em suas doutrinas.

Primeiramente faz-se necessário o entendimento sobre o que venha a ser o positivismo jurídico, nas lições do célebre jurista Norberto Bobbio, o positivismo jurídico diferencia-se do positivismo filosófico, vejamos:

A expressão “positivismo jurídico” não deriva daquela de “positivismo” em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. (BOBBIO, 1909, p.15)

Para Bobbio, a compreensão de positivismo jurídico deve ser atrelada ao conhecimento do que venha a ser direito positivo:

A expressão “positivismo jurídico” deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*. Para compreender o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido de expressão de *direito positivo*. (BOBBIO, 1909, p.15)

De antemão deparamo-nos com mais um conceito que deve ser compreendido antes de um melhor estudo sobre do positivismo jurídico, qual seja o conceito de direito natural, ou seja, aquele que já nasce junto com a humanidade, que lhe é intrínseco, e o exemplo mais clássico é o direito à vida. Para Paulo Nader, o direito natural é:

Por não ser criado pelo homem, o Direito Natural, que corresponde a uma ordem de justiça que a própria natureza ensina aos homens pelas vias da experiência e da razão, não pode ser admitido como um processo de adaptação social. (NADER, 1980, p. 49)

Já, o direito positivo, por sua vez, é aquele criado pelo Estado para regulamentar a vida em sociedade, mas que também deve respeitar e atender aos anseios do Direito Natural, Nader continua descrevendo:

O Direito Positivo, aquele que o Estado impõe à coletividade, é que deve estar adaptado aos princípios fundamentais do Direito Natural, cristalizados no respeito à vida, à liberdade e aos seus desdobramentos lógicos. (NADER, 1980, p. 49)

Assim é que, diante das ideias expostas fica clara a compreensão de que o Direito Natural é aquele que é universal, que nasce com todos e acompanha desde o nascimento até o fim da vida, ou seja, se baseia pelo que é considerado justo e para todos.

Como o direito natural é considerado como aquele que já nasce com os seres da sociedade, isso significa dizer que ele é o primeiro direito reconhecido, que é anterior a todo e qualquer ordenamento positivado e surge junto com a sociedade.

Por sua vez, o Direito Positivo é considerado como o arcabouço e conjuntos de leis feitas pelo Estado com o fito de organizar a vida em sociedade. O direito positivo deve considerar para a sua existência o Direito Natural, pois, se regulamenta através de anseios e desejos da sociedade, devendo considerar como cada tipo social se porta em uma determinada situação.

Assim, o direito positivo é tido como as leis criadas pelos homens, utilizando com princípios basilares os direitos naturais e com o intuito de trazer a harmonia na convivência social.

Em síntese, o Direito Positivo vai regulamentar as questões intrínsecas a uma determinada sociedade, como, por exemplo, a brasileira. Mas este mesmo conjunto de leis não se encaixa na vida social dos argentinos, no caso.

Diante do conceito e da distinção apresentada sobre direito positivo e direito natural, volta-se agora à análise do positivismo jurídico, para o Bobbio seria:

O positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando “direito positivo” e “direito natural” não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se um pleonasma mesmo porque, se quisermos usar fórmula sintética, *o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*. (BOBBIO, 1909, p.26)

Assim, na seara do direito, o positivismo passa a ser compreendido como o direito criado pelos seres humanos, sendo considerado como o direito normativo, positivo, ou seja, o direito posto.

Apresentados os conceitos de positivismo e de jusnaturalismo agora passa-se a falar sobre as teorias e pensamentos de Robert Alexy e de Ronald Dworkin. Primeiro será feita uma abordagem separada sobre o que diz cada um desses teóricos e posteriormente será realizada uma análise acerca das diferenças em suas doutrinas.

3 ROBERT ALEXY E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Robert Alexy, teórico alemão, tem uma grande contribuição e deixa um grande legado para os estudiosos não só do direito, mas também pelos que buscam maiores conhecimentos sociológicos e filosóficos. Para que se possa falar sobre a Teoria da argumentação delineada por Alexy, primeiramente, faz-se mister uma compreensão acerca dos tipos de discussões jurídicas. Para tanto, Alexy faz a distinção entre argumentação jurídica de argumentação geral prática. Vejamos:

A questão sobre o que distingue a argumentação jurídica da argumentação geral prática é um dos problemas centrais da teoria do discurso jurídico. Um ponto pode ser estabelecido mesmo neste estágio: a argumentação jurídica é caracterizada por seu relacionamento com a lei válida; contudo, isso precisa ser determinado. Isso esclarece uma das mais importantes diferenças entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral. No contexto da discussão jurídica nem todas as questões estão abertas ao debate. Essa discussão ocorre com certas limitações. (ALEXY, 2001, p. 212).

Diante do acima colacionado tem-se a percepção de que há uma clarividente distinção acerca dos tipos de argumentação em comento, onde, na jurídica há uma intrínseca relação com a lei, desde que haja uma determinação para isso. Quanto a argumentação prática geral, há brechas para debates e discussões sobre cada caso em si.

Neste ponto, cabe aqui o destaque e estudo acerca da argumentação jurídica e da geral sob a percepção de outro autor que compreendeu demasiadamente o que quis dizer Alexy e repassou explicando no seu discurso com clareza solar o que diz renomado teórico sobre o tema:

A argumentação jurídica, então, é vista por Alexy como um caso especial da argumentação prática geral, ou seja, da argumentação moral. Sua peculiaridade, contudo, está na série de vínculos institucionais que a caracteriza, tais como a lei, o precedente e a dogmática jurídica¹¹. Mas, mesmo esses vínculos – concebidos como um sistema de regras, princípios e procedimento – são incapazes de levar a um resultado preciso. As regras do discurso serviriam, portanto, somente para que se pudesse contar com um mínimo de racionalidade, mas não para obter uma resposta correta. Assim, no máximo, ter-se-ia uma decisão aproximadamente correta. Tudo, então, para Alexy, gira em volta de um problema referente à racionalidade jurídica. Como não é possível uma teoria moral de cunho substantivo, somente se pode apelar para as teorias morais procedimentais, que formulariam regras ou condições para a argumentação ou para uma decisão racional. (PEDRON, 2005, p. 72)

Assim é que, atrelando-se os tipos de discurso em debate pode-se perceber que as regras servem para trazer racionalidade e parâmetro para as decisões que sejam tomadas, mas que, mesmo diante delas nem sempre se terá uma resposta correta para o caso.

Mas, importante o destaque de que mesmo sendo distintas as argumentações descritas por Alexy, elas se conectam. Observe:

Os capítulos precedentes tornaram claro o vínculo inextricável do discurso jurídico com o discurso prático geral. Se resumirmos o que foi dito aqui, é possível distinguir quatro aspectos desse vínculo: (1) A necessidade do discurso jurídico do ponto de vista da natureza do discurso prático geral, (2) a correspondência parcial na exigência da correção, (3) a correspondência estrutural entre regras e formas do discurso jurídico e aquelas do discurso prático geral e (4) a necessidade de argumentação prática geral no contexto da argumentação jurídica. (ALEXY, 2001, p. 267)

Quanto ao primeiro aspecto que vincula as argumentações, se faz cogente o discurso jurídico na medida em que existe uma fragilidade no discurso prático geral, pois, as decisões para serem tomadas necessitam de regras e delimitações, é o que se extrai dessa parte do texto:

Há três razões para a fraqueza: (1) as regras do discurso não estipulam que premissas normativas devem constituir o ponto de vista de partida de qualquer discurso. As atuais convicções normativas, que muitas vezes são mutuamente inconsistentes, formam o ponto inicial do discurso. Visto que (2) nem todos os passos da argumentação estão fixados, e (3) há algumas regras do discurso que só podem ser satisfeitas parcialmente, sempre resta a possibilidade de não se chegar a acordo. (ALEXY, 2001, p. 268)

Diante do que fora elencado e na iminente necessidade de decisões diante de cada caso, torna-se justificável que o discurso prático geral concorde com o discurso jurídico.

Com a compreensão acerca dos tipos de discurso, tanto o prático quanto o jurídico a Teoria da Argumentação proposta por Alexy pode ser melhor debatida. Conforme elucidado de forma preambular o doutrinador Robert Alexy, busca trazer em seus estudos a distinção entre princípios e regras e a suas aplicações no mundo do direito, assim é que:

Para Alexy, isso pode ser explicado quando se compreende que princípios podem ser equiparados a valores. Uma concepção sobre valores, ou axiológica, segundo ele, traz uma referência não ao nível do dever ser (deontológico), mas ao nível do que pode ou não ser considerado como bem. Os valores têm como características a possibilidade de qualificação, isto é, permitem que um determinado juízo possa ser classificado, comparado ou medido. Destarte, com a ajuda de conceitos de valor classificatório, pode-se dizer que algo tem um valor positivo, negativo ou neutro; com a ajuda de conceitos de valor comparativo, que um objeto a valorar corresponde a um valor maior ou ao mesmo valor que outro objeto; e, com a ajuda de conceitos de valor métricos, que algo tem um valor de determinada magnitude. (PEDRON, 2005, p. 71).

E, de forma concluinte, deixa claro a diferença entre regras e princípios:

Concluindo, se alguém estiver diante de uma norma que exige um cumprimento na maior medida do possível, estará diante de um princípio; em contrapartida, se tal norma exigir apenas o cumprimento em uma determinada medida, ter-se-á uma regra. Logo, a diferença se centraria em um aspecto da estrutura dos princípios e das regras, de uma maneira morfológica, fazendo com que regras sejam aplicadas de maneira silogística e princípios por meio de ponderação ou balanceamento. (PEDRON, 2005, p. 71)

Portanto, é neste diapasão que se torna compreensível que para Alexy que os princípios podem ser equivalentes a valores, mas, cumpre o destaque de que apesar de poderem ser comparados, eles não se confundem. Assim, fica caracterizado que para se reconhecer uma regra, estando diante de um caso concreto só existe a possibilidade de cumprimento de uma determinada atitude. Por outro lado, quando, na situação e no caso concreto houver a possibilidade de utilização da norma na

medida em que a mesma se encaixar e que for possível, se estará diante de um princípio.

Assim é que, no tocante a teoria da argumentação proposta por Alexy e de acordo com o elucidado no introito deste tópico traçando um paralelo com o que ocorre na atualidade, o julgador tem que além de julgar interpretar e entender os textos jurídicos, moldando-se aos anseios sócias e necessidades da população com o intuito da melhor aplicabilidade do direito ao caso concreto. Afinal é para isso que surge o direito, para regular a vida em sociedade.

Por isso se torna necessária a argumentação jurídica proposta por Alexy. A argumentação jurídica, traçando um paralelo do que diz Alexy com a atual conjuntura do direito, em seu viés racional e prático, possibilita ao julgador constantemente a formação do Direito, por meio de sua motivação e de suas fundamentações jurídicas.

4 RONALD DWORKIN E SUA PROPOSTA PARA UMA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Uma vez que foi compreendida a teoria da argumentação proposta e estudada por Robert Alexy, inicia-se o estudo da interpretação do direito realizada por Ronald Dworkin. Dworkin, teórico norte-americano, morreu no ano de 2013, mas, suas obras continuam vivas e são capazes de elucidar e esclarecer temas no mundo jurídico e filosófico até os dias atuais.

De antemão cumpre a elucidação do que venha a ser interpretação das palavras de Dworkin:

Infelizmente, mesmo um relato preliminar será controvertido, pois, se uma comunidade faz uso dos conceitos interpretativos, o próprio conceito de interpretação será um deles: uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos. (Desse modo, qualquer relato apropriado da interpretação deve ser verdadeiro para consigo mesmo.) Neste capítulo, apresento uma abordagem teórica particularmente destinada a explicar a interpretação de práticas e estruturas sociais como a cortesia, e defendo essa abordagem contra algumas objeções fundamentais e aparentemente vigorosas. Receio que a discussão nos leve muito além do direito, ao domínio das controvérsias sobre interpretação das quais se têm ocupado sobretudo os críticos literários, os cientistas sociais e os filósofos. Mas, se o direito é um conceito interpretativo, qualquer doutrina digna desse no me deve assentar sobre alguma concepção do que é interpretação, e a análise da interpretação que elaboro e defendo neste capítulo constitui a base do restante do livro. A mudança de direção é essencial. (Dworkin, 1999, p. 60)

Diante da leitura do trecho acima colacionado é possível a percepção de que, para o autor em estudo através da teoria da interpretação uma mesma história poderá ter diferentes interpretações a depender de quem a faça. Isso ocorre, pois, mesmo quando dito de forma redundante, a própria teoria da interpretação é uma interpretação realizada através de conceitos que sejam capazes de elucidá-la. O autor elenca que tal teoria perpassa as alçadas do direito, chegando a atingir outras ciências. Para uma melhor compreensão:

Interpretar uma prática social é apenas uma forma ou ocasião de interpretação. As pessoas interpretam em muitos contextos diferentes e, para começar, devemos procurar entender em que esses contextos diferem. A ocasião mais conhecida de interpretação - tão conhecida que mal a reconhecemos como tal - é a conversação. Para decidir o que uma outra pessoa disse, interpretamos os sons ou sinais que ela faz. (Dworkin, 1999, p. 60)

Extraímos, desse modo, a inteligência de que a única forma possível de entendimento entre os homens é a aplicação de uma palavra por meio de outra. Diante do breve conceito acerca da interpretação na perspectiva de Dworkin já podemos traçar o paralelo entre interpretação e o direito, onde, Direito é uma ciência interpretativa, subjetiva, logo há certa parcela de variação na percepção de cada caso a depender de quem o aplique.

Exemplo disso é que em um processo temos, por exemplo, a figura do advogado da parte autora, do advogado da parte ré e do juiz (demonstra-se aqui de forma sintética as figuras principais de um processo. O processo em si, versará sobre o mesmo tema, no entanto, cada uma dessas figuras terá uma interpretação acerca do caso em comento. Vejamos então um excelente comentário acerca das percepções de Dworkin sobre a interpretação no mundo jurídico:

Outro ponto importante é que Dworkin pressupõe a identificação de uma comunidade de princípios, ou seja, uma dada sociedade é compreendida como formada por pessoas que consideram ser sua prática governada por princípios comuns e não somente por regras criadas em conformidade com um acordo político. Assim, o Direito não está restrito ao conjunto de decisões tomadas em âmbito institucional, mas o transborda, devendo ser tido, em termos gerais, como um sistema de princípios construídos a partir da interpretação da história das práticas sociais, ponto que se deve pressupor nas decisões institucionais. (PEDRON, 2005, p. 74)

Diante do que fora colacionado percebe-se que o doutrinador Dworkin não enxerga a ciência jurídica como uma ciência dotada de exatidão, mas, sim, que ela nasce e se molda aos anseios sociais podendo sofrer variações em sua interpretação

a depender do caso concreto, da sociedade em questão, bem como das regras existentes.

5 DIFERENÇAS ENTRE A DOCTRINA DO ROBERT ALEXY E DO RONALD DWORKIN

O estudo de Ferreira (2010) teve como objetivo analisar o tema da colisão de princípios constitucionais, a partir do estudo da teoria dos princípios de Robert Alexy, no intuito de demonstrar os principais fundamentos e críticas a essa teoria, que aponta a ponderação como a solução mais adequada para a colisão de princípios.

Para uma maior compreensão do tema que vem sendo estudado no corpo deste trabalho importante o destaque do trecho que o teórico traz em sua obra, Robert Alexy (2001, p. 212) , conforme dito em tópico anterior o autor fala sobre a distinção entre o argumento jurídico e o argumento geral, onde:

A questão sobre o que distingue a argumentação jurídica da argumentação geral prática é um dos problemas centrais da teoria do discurso jurídico. [...] No contexto da discussão jurídica nem todas as questões estão abertas ao debate. Essa discussão ocorre com certas limitações. (ALEXY, 2001, p. 212).

Desta feita, as análises do estudo identificaram que a etapa fase normativa dos princípios ainda está por desenvolver seu completo potencial, todavia já produz efeitos concretos até mesmo no ordenamento jurídico brasileiro. A dogmática tradicional, a classificação de princípios e as regras obedeceriam a critérios como os de generalidade e abstração. Hodiernamente, tais critérios não são suficientes para se chegar a uma distinção apropriada dos mesmos.

Impende aqui o destaque de que no introito da Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy fala sobre a chamada “correção”, onde diz que:

Terá de ser fundamentado que tanto na afirmação de uma constatação prática geral, como na afirmação ou apresentação de uma constatação jurídica se propõe a reivindicação da correção. [...] A reivindicação de correção jurídica, implícita no enunciado de qualquer constatação jurídica é a reivindicação de que , sujeita às limitações estabelecidas por essas condições limitadoras, a afirmação é racionalmente justificável.” (ALEXY, 2001, p. 27)

Desta forma, Robert Alexy oferece um dos trajetos, porém não exclusivo, para se chegar a uma tipologia mais precisa. Fundamentado em uma diferenciação qualitativa, tributável, em que a atribuição de uma dimensão de peso aos princípios sugeridos por Ronald Dworkin, Alexy define regras como mandamentos definitivos e princípios como mandamentos de otimização. Logo, ocorrendo conflito de normas, as

divergências entre regras e princípios tornar-se-iam mais nítidas (FERREIRA, 2010).

Para o mesmo autor, essa teoria sugerida por Alexy deve ser estudada com cuidado, pois, além de ser possível que as regras sejam ponderadas, a distinção entre regras e princípios não é estrutural, visto que somente acontece no momento de interpretação do caso concreto e de justificação das decisões. Alexy estrutura a ponderação em três etapas, fundamentado na lei da ponderação, fazendo com que os princípios possam ser realizados em distintos graus, sendo que esta gradualidade dos princípios, contudo, só será estabelecida por meio da análise das circunstâncias e especificidades do caso concreto.

Desse modo, a ponderação não apenas é identificada com a proporcionalidade em sentido estrito, assim como, sempre que possível, procura alcançar a concordância prática. A ponderação não está isenta de críticas, sendo que muitas das oposições se referem à ausência de racionalidade e ao conseqüente subjetivismo judicial almejados por essa técnica, que acabariam produzindo a ilegitimidade de sua aplicação pelo Poder Judiciário (FERREIRA, 2010).

Assim, Alexy concebe a ponderação como um método consistente, cuja racionalidade provém de uma fundamentação específica a ser realizada pelo juiz. A racionalidade e a legitimidade da ponderação se fundamentam por meio da utilização de argumentos.

A pesquisa realizada por Sapucaia (2011) teve como finalidade analisar a pertinência do modelo de distinção entre regras e princípios concebido por Alexy, referente a concretização de um Estado Democrático de Direito. Abordou o modelo idealizado por Dworkin pela sua importância de superação do modelo positivista, bem como pela influência que a sua diferenciação exerceu sobre a obra de Alexy.

Os dados da pesquisa revelaram que com a concepção de Dworkin observa-se uma distinção em bases estruturais, na qual se mostra que a diferença entre regras e princípios ocorre geralmente na esfera da aplicação. Logo, a conduta diante de um caso concreto de uma norma que se configura em regra é decisivamente diversa do comportamento de uma norma constituída como princípio (SAPUCAIA, 2011).

Dworkin, em sua obra,erce críticas quanto ao positivismo e a toda e ao utilitarismo:

O positivismo jurídico pressupõe que o direito é criado por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas; rejeita idéia mais obscura e romântica de que a legislação pode ser o produto de uma vontade geral ou da vontade de uma pessoa jurídica. O utilitarismo econômico é igualmente individualista,

ainda que apenas até certo ponto. Fixa o objetivo de bem-estar médio ou geral como o padrão de justiça para a legislação, mas define o bem-estar geral como uma função do bem-estar de indivíduos distintos e se opõe firmemente à idéia de que, enquanto entidade separada, uma comunidade tem algum interesse ou prerrogativa independente (DWORKIN, 2002, p. 12).

Assim, o teórico no trecho acima colacionado ao criticar o positivismo eleva o direito a muito mais que um conjunto de regras e imposições, mas sim, o coloca como ciência que deve ser moldada a cada caso para que atinja a sua maior finalidade de atender aos anseios sociais.

Em outro contexto, para Sapucaia (2011), as críticas formuladas à ponderação, fundamentadas na teoria de discurso, são uma resposta e podem ser apresentadas fundamentadas num contexto da teoria de Alexy, na esfera de um conceito de Direito. Logo, pode-se inferir que, se estudada com base na proposição de criação de uma teoria procedimental, enquanto forma que estabeleça o conteúdo, concebida por Alexy, a ponderação pode resistir a boa parte das críticas, normalmente aquelas que confirmam existir na ponderação um estabelecimento de visão teleológica da moral.

Logo, a racionalidade intrínseca à própria estrutura da máxima da proporcionalidade, especialmente a referente ao balanceamento, assegura uma restrição às violações de direitos fundamentais, a qual se reputa de fundamental relevância para a conservação de uma sociedade pluralista (SAPUCAIA, 2011).

A investigação Streck (2013) teve como objetivo responder por que a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. Os resultados dessa investigação revelaram que a ponderação, seja a alexiana seja aquela realizada no Brasil, como qualquer método, tenta se esconder abstratamente, primeiro escolhe e depois encontra uma pretensa justificação, assim, esta abordagem se aproxima do pragmatismo que Dworkin tentou superar. Alexy permanece num paradigma da subjetividade, enquanto Dworkin desenvolve sua perspectiva teórica, assentado num paradigma da intersubjetividade (STRECK, 2013).

Em tempos pós-positivistas, a discricionariedade continua sendo um problema, pois permanece em todas as versões do juspositivismo. Logo, não há proposta de ruptura se o que se sugere é simplesmente uma racionalização do juízo discricional, admitindo sua inevitabilidade. Desta forma, Ronald Dworkin afasta-se de Alexy por entender essa problemática e procurar ultrapassá-la (STRECK, 2013).

Para Streck (2013), um ponto crucial do debate entre os dois filósofos seja a relação direito-moral. E, nessa linha, Dworkin e Alexy divergem acerca do sentido da

relação regra-princípio. Com base em Dworkin, é possível dizer que Direito não é moral, direito não é sociologia, direito é um conceito de interpretação e é algo que é originado pelas instituições jurídicas. Seguindo o mesmo raciocínio com Dworkin, a necessidade de uma justificação moral mais ampla para a teoria jurídica não pode significar que o direito seja tomado por moralismos pessoalistas.

Finalizando, Streck (2013) afirma que as questões de princípio se sobrepõem às questões de política. Portanto, o direito também deve segurar a moral. Isso pode ser percebido de forma mais acentuada nas cláusulas pétreas e no papel da jurisdição constitucional.

O trabalho de Dias Júnior (2015) teve como objetivo analisar as teorias de Dworkin e de Alexy, evidenciando as diferenças que são realizadas entre regras e princípios, e relatando as críticas mais comumente realizadas a esta distinção.

Seguindo a linha de Robert Alexy, que, baseando-se no modelo dworkiniano, defendeu a teoria das normas jusfundamentais, as quais podem se expressar através de regras como de princípios. A grande contribuição de Alexy foi vincular o estudo dos direitos fundamentais ao modelo de regras e princípios de Dworkin, determinando formas de solução de conflitos entre normas jusfundamentais principiológicas e limites às limitações de direitos fundamentais. O aspecto mais destacado de sua teoria foi o estudo da máxima da proporcionalidade, procedimento a colaborar com o juiz, quando da solução de caso concreto em que entram em conflito duas ou mais normas principiológicas jusfundamentais, e demonstrou particularidades da diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade, expressões empregadas nos estudos constitucionais constantemente sem critério. A proporcionalidade com seus subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, constitui-se na doutrina de Alexy como forma de delimitar e manter o centro principal de cada direito fundamental (DIAS JUNIOR, 2015).

Concluindo, Dias Júnior (2015) salienta que as críticas realizadas à teoria de Alexy e ao modelo dworkiniano de regras e princípios corroboram e ratificam a relevância de tais estudos na análise constitucional, ao passo que auxiliam para um aperfeiçoamento da aplicação de tais estudos ao direito constitucional pátrio.

A pesquisa realizada por Abdouch (2017) apresentou uma compatibilização entre a teoria do direito de Ronald Dworkin e a teoria dos direitos fundamentais com a de Robert Alexy, tratando a ponderação. Foram desenvolvidos pontos importantes

vistos como incompatíveis entre ambas as teorias, procurando desfazer concepções antecipadas que contaminam o discurso e mostrando os limites da compatibilização.

O estudo de Abdouch (2017) revelou que a teoria de Dworkin clama por um direito como integridade, em que, perante o caso concreto, o aplicador do direito deve adotar uma conduta interpretativa, de maneira a compatibilizar os dispositivos e institutos jurídicos. Referente aos direitos fundamentais, eles devem funcionar como trunfos, não podendo ser relativizados. Logo, não existe espaço para conflitos entre direitos fundamentais. De outra parte, Alexy desenvolve uma teoria conflitiva de princípios ou direitos, em divergência com a de Dworkin, porque conforme com aquela não poderia ocorrer conflitos entre os trunfos e o esforço de harmonização.

A pesquisa de Silva et.al. (2017) teve como objetivo apresentar a teoria dos direitos fundamentais concebidas pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, evidenciando sua relevância para a hermenêutica jurídica hodierna. Para tanto, foi realizado um estudo referente ao progresso normativo dos princípios jurídicos, até alcançarem o *status* de norma jurídica, assim como, mostrou a diferença estrutural entre regras e princípios jurídicos.

Os estudos demonstraram que as colisões entre princípios são resolvidas de maneira divergente dos conflitos entre regras. Para Alexy, caso dois princípios se colidem, o que acontece quando algo é proibido conforme um princípio e conforme outro princípio é permitido, um dos princípios terá que ceder. Continuando, Alexy chama a atenção que isso não quer dizer que o princípio que cedeu seja inválido, nem que nele se insira uma cláusula de exceção. Somente, em certas circunstâncias, um dos princípios terá precedência sobre o outro (SILVA et.al., 2017).

Já o jusfilósofo alemão irá ensinar que a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência, condicionada entre os princípios, baseados nas circunstâncias do caso concreto. Levando em conta o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas versa na fixação de condições nas quais um princípio tem precedência em detrimento do outro. Em outras condições, é provável que a questão da precedência seja solucionada de forma contrária. Todavia, para apurar qual princípio terá precedência sobre o outro, Alexy concebe a lei de colisão (SILVA et.al., 2017).

6 CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, podem-se compreender os conceitos conferidos aos princípios pela doutrina e as diversas correntes do pensamento, concluindo que os princípios jurídicos representam a parte permanente do direito, bem como a mutante que estabelece a evolução jurídica, garantindo que a atualização do ordenamento jurídico seja permanente, tornando real a relação entre direito e sociedade, argumentando sua própria existência. São eles que esclarecem, justificam, amparam, animam e previnem o esgotamento de todo o ordenamento jurídico.

Não tem como negar que os princípios jurídicos passaram por diversas etapas e fases para lograr o nível de juridicalidade, seja jusnaturalista, positivista ou pós-positivista.

Foi exposto nesta pesquisa o entendimento doutrinário de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, fundamentados numa perspectiva pós-positivista referentes aos Princípios e aos seus conflitos. As duas correntes de Dworkin e Alexy se completam, o primeiro engloba muitas reflexões e críticas diretas aos pensadores positivistas, expondo suas perspectivas teóricas; e o segundo, Alexy, se apropria desse pensamento e esclarece de maneira metódica e ordenada. Embora Robert Alexy realize algumas críticas às concepções de Dworkin, ele visa apenas melhor caracterizar o pensamento pós-positivista, restringindo significativamente as críticas.

Destarte, conclui-se que os Princípios possuem forças normativas, bem diferentes das regras positivadas, as quais se encontram em outra dimensão, possuindo recursos próprios para a elucidação dos conflitos e as características próprias. Assim sendo, foi possível verificar a força que os Princípios de Direito possuem, em face às normas juridicamente positivadas. Existe a conotação de que as leis positivadas se sobrepõem a qualquer tipo de Princípio. Todavia, na análise dos mais modernos pensadores juristas e jusfilósofos existe um claro entendimento de que a força principiológica se nivela às normas positivadas.

REFERÊNCIAS

ABDOUCH, Rafael Parisi. O direito como integridade e a ponderação de princípios: é possível compatibilizar a teoria do direito de Dworkin com a de Alexy? *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 23, p. 1, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BARCELOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 221, p. 159-188, jul./set. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do nosso modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BEZERRA, Raquel Tiago Bezerra, 2013. *Limites do Princípio da Presunção de Inocência*. Sobre os riscos de manipulação ideológica do discurso jurídico gerando impunidades. Trabalho de conclusão do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito na Universidade Federal da Bahia, Curso de Direito Público e Privado, Salvador.

BERALDO, Leonardo de Farias. A flexibilização da coisa julgada que vicia a Constituição. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIAS JUNIOR, José Armando Ponte. Princípios, regras e proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. *Juris Plenum Ouro*, v. 46, Seção Doutrina, 2015.

DICHER, M.; TREVISAM, Elisaide. Constitucionalização e juridicidade dos princípios: evolução e considerações sobre a teoria de Robert Alexy. In: DE OLIVEIRA JUNIOR, J. A.; TRAMONTINA, R.; SATOS, A. L. C. (Org.). *Filosofia do Direito I*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Natália Braga. Notas sobre a Teoria de Robert Alexy. *Revista Eletrônica do Curso de Direito*, PUC Minas Serro, 2010.

GOMES, Narjara Andrade. A força normativa dos princípios e a distinção entre princípios e regras. *Conteúdo Jurídico*. 2010. Disponível em : <juridico.com.br/artigo-distincao-entre-principios-e-regras,29193.html>. Acesso em: 20 jun. 2018.

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo*. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

MELLO, Celso de. *Rel. Min.do STF ADI 2.075-MC; DJ 27/06/03 - Princípio da Reserva Legal* - DJ 27/06/03. Disponível em: <<http://gpamplona.blogspot.com/2009/03/principio-da-reserva-legal.html>> -- 16/06/2010>. Acesso em: 3 jun.2018.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36ª ed. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 1014.

OLIVEIRA, Francisco Cauê Cruz de. *Os princípios constitucionais fundamentais do estado brasileiro*. 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito. *Revista CEJ*, Brasília, n.30, p. 70-80, jul./set. 2005.

REINEHR, Rosemeri. *Os Princípios Constitucionais Norteadores Da Administração Pública. Sistema Educacional Juris Way*. 2013. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=10418>. Acesso em: 06 de maio de 2018.

SACCONI, Luiz Antônio. *Grande Dicionário Sacconi: da língua portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico*. São Paulo: Nova Geração, 2010.

SANTOS, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAPUCAIA, R. V. F. O Modelo de Regras e Princípios em Robert Alexy. *Âmbito Jurídico*, v. 93, p. 10552, 2011.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, M. R. M. S. et al. A contribuição da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy para a hermenêutica jurídica contemporânea. In: *XI FEPEG*, Montes Claros, 2017.

STRECK, L. L. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, p. 343-367, 2013.