

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB

SARAH RAINA DE MELO OLIVEIRA

O PROBLEMA DA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E SUA POSSÍVEL SOLUÇÃO  
SOB A ÓTICA DE TRÊS PERSPECTIVAS TEÓRICAS

Brasília

2012

SARAH RAINA DE MELO OLIVEIRA

**O PROBLEMA DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS E SUA  
POSSÍVEL SOLUÇÃO SOB A ÓTICA DE TRÊS  
PERSPECTIVAS TEÓRICAS**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Ivan Cláudio Pereira Borges

**BRASÍLIA**

**2012**

## RESUMO

O presente trabalho analisa o problema da colisão de princípios, propondo sua possível solução sob a ótica de três filósofos – Ronald Dworkin, Miguel Reale e Robert Alexy. Verificou-se que, atualmente, os juízes têm estado em uma difícil situação na hora de decidir sobre casos apreciados, em razão dos vários princípios colidentes que se apresentam para solucionar o caso. Em uma situação como essa, Dworkin defende que, como não há hierarquia principiológica, a melhor maneira de resolver o caso é atribuir pesos aos princípios, de forma que o princípio com maior peso seja o escolhido para solucionar o caso, sendo que o peso é atribuído conforme as condições do caso. Para Reale, a solução encontrada para o problema está na validade do princípio, de forma que o princípio deve estar alicerçado na cultura e costumes de uma comunidade. Alexy defende que o meio adequado para solucionar o problema é o método do sopesamento, no qual se pondera sobre a utilização de um princípio em detrimento do outro, verificando o quanto um princípio é utilizável para certo caso, e o quando o outro princípio não o é.

Palavras-chave: princípio, colisão, solução, Dworkin, Reale, Alexy, peso, cultura, sopesamento.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	4
<b>1 A PERSPECTIVA TEÓRICA DA COLIDÊNCIA DE PRINCÍPIOS EM RONALD DWORKIN.....</b>	<b>6</b>
1.1 Superando o positivismo .....	8
1.2 <i>Hard cases</i> , o juiz Hércules e a única resposta correta.....	11
1.3 Argumentos de princípio e argumentos de política.....	15
1.4 O princípio da integridade.....	20
1.5 Colisão de princípios .....	21
1.6 Análise de jurisprudência .....	22
<b>2 A PERSPECTIVA TEÓRICA DA COLIDÊNCIA DE PRINCÍPIOS EM MIGUEL REALE .....</b>	<b>25</b>
2.1 O culturalismo de Reale.....	26
2.2 A nova razão e a sistemática inter, intra e extra. ....	30
2.3 Análise de jurisprudência .....	33
<b>3 A PERSPECTIVA TEÓRICA DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS EM ROBERT ALEXY.....</b>	<b>35</b>
3.1 A lei de colisão.....	37
3.2 O princípio da proporcionalidade.....	38
3.3 A lei do sopesamento/ponderação .....	39
3.4 Análise de casos concretos .....	45
CONCLUSÃO.....	49

## INTRODUÇÃO

As atuais situações sociais vividas no mundo contemporâneo resultaram na ocorrência de novas oportunidades de convivência e, em virtude disso, criaram também oportunidades jurídicas únicas, o que possibilitou a ampliação da aplicação dos direitos humanos na apreciação judicial. Essa expansão acarretou no estabelecimento de princípios de direito, muitos desses considerados constitucionais, o que gerou uma superpopulação de princípios constitucionais. Essa superpopulação de princípios tem gerado sérias controvérsias em sua aplicação nos casos concretos, pois muitas vezes os princípios entram em colisão. Em razão disso, faz-se necessário criar formas aptas a resolver o impasse decisório em razão da colisão de princípios.

Sendo assim, o objetivo do presente trabalho é propor hipóteses de solução para a colisão de princípios. Para isso, foram utilizadas as teorias que três filósofos – Ronald Dworkin, Miguel Reale e Robert Alexy – apresentam para solucionar a problemática apontada. A pesquisa possui relevância acadêmica e profissional, pois o tema em questão é corriqueiro e detém aspectos polêmicos. Além disso, é importante que seja elaborado, no Brasil, um sistema capaz de solucionar a colisão de princípios constitucionais. Ressalte-se ainda que o método utilizado baseou-se em pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial.

No primeiro capítulo, que é dividido em seis subtópicos, será analisada a questão da colidência de princípios sob a perspectiva do filósofo Ronald Dworkin. Para isso, será preciso demonstrar a tese de Dworkin desde o seu início, de modo a trilhar da melhor maneira o caminho por ele utilizado para resolver o problema da colisão. Dessa forma, em um primeiro momento será estudada a forma como Dworkin refuta o positivismo, com a exposição de suas respectivas críticas ao modelo. Em seguida, passar-se-á a demonstrar a forma como o filósofo resolve o problema dos chamados *hard cases*, apresentando, para tanto, a figura do juiz Hércules, como também a possibilidade da única resposta correta, defendida por Dworkin. Logo depois serão apresentados os argumentos de princípio e argumentos de política. Adiante, será explicado o princípio da integridade. No quinto subtópico, enfim, será apresentada a resposta de Dworkin para os casos de colisão de

princípios. Por fim, será exemplificada a solução da colisão de princípios, por meio da análise de decisões judiciais.

O segundo capítulo tratará da tese de Miguel Reale a respeito da resolução do problema da colisão de princípios. Para tanto, o capítulo será subdividido em três partes. Na primeira proceder-se-á a uma explanação sobre o culturalismo de Reale, para logo depois expor a teoria do jurista baseada na razão inter, intra e extra sistemática. Em seguida, será explicada a teoria tridimensional desenvolvida por Reale. Ao final, será feita uma análise jurisprudencial de um caso que foi resolvido com base na teoria tridimensional criada pelo jurista.

O terceiro e último capítulo, subdividido em quatro partes, tratará da técnica desenvolvida por Robert Alexy para responder à questão da colisão de princípios constitucionais. Em um primeiro momento será apresentada a lei de colisão e sua principal característica. A segunda parte tratará do princípio da proporcionalidade, bem como suas três máximas parciais. Em seguida, será estudada a lei do sopesamento/ponderação, com a exposição de seu conceito e classificações. Para finalizar, será feita uma análise de casos concretos usados pelo próprio Alexy para explicar e exemplificar sua tese, como também a exposição de um caso hipotético feito de acordo com o código civil brasileiro, portanto, um caso atual.

## 1 A PERSPECTIVA TEÓRICA DA COLIDÊNCIA DE PRINCÍPIOS EM RONALD DWORKIN

Em razão de sua insatisfação com a discricionariedade dos juízes, defendida pelo positivismo, Ronald Dworkin formulou uma tese na qual ele defende a importância da fusão da moral e do direito, demonstrando, para tanto, que a moral deve estar presente no direito para que ele seja completo. Isso porque o conceito de moral é ligado ao conceito de princípios, que são necessários ao direito.<sup>1</sup>

Dworkin explica sua teoria afirmando que o juiz, ao decidir a respeito de um caso concreto, na falta de uma regra que regule o caso, deverá fazer uso de princípios que facilitem a solução do caso. Esses princípios conferirão mais justiça à decisão.<sup>2</sup>

Com isso, Dworkin afirma que o direito é formado por regras, princípios e políticas. Assim sendo, um direito baseado apenas em regras é um direito incompleto, pois não contempla os princípios e as políticas, os quais têm grande importância na resolução dos impasses decisórios.<sup>3</sup>

Com essas considerações, Dworkin defende a importância dos princípios dentro do direito. Além disso, ele acredita que os princípios, muitas vezes, serão critérios determinantes na hora da resolução dos conflitos sociais. Assim, o filósofo jurídico atribui relevante importância à presença de princípios no sistema jurídico.<sup>4</sup>

Em sua tese, o filósofo faz a distinção entre regras e princípios, afirmando que os princípios, juntamente com as regras, são componentes das normas constitucionais. As regras são aplicadas de forma integral, ou não são aplicadas, e dispõem acerca de fatos determinados e fechados. Os princípios indicam situações fáticas de caráter indeterminado e aberto, de forma que essas situações fáticas se dão por meio do intérprete, que é orientado pela equidade - que busca a justiça no caso concreto.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

<sup>2</sup>Ibidem, p. 35-36.

<sup>3</sup>Ibidem, p. 35-36.

<sup>4</sup>Ibidem, p. 35-36.

<sup>5</sup>Ibidem, p. 37-42.

Apesar de no campo abstrato os princípios se igualarem em força e importância - inexistir hierarquia entre uns e outros -, diante de situações concretas eles têm pesos diferentes. Por esse motivo, quando ocorrer a colisão de princípios, o caso concreto determinará o princípio a ser aplicado para que a situação seja solucionada. Essa determinação será feita por intermédio do intérprete, que verificará o peso correspondente a cada princípio, em relação às condições do caso concreto.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42-43.

## 1.1 Superando o positivismo

Dworkin afirma não haver distinção entre a moral e o direito. Para isso, ele critica o pensamento positivista, no qual há a separação total entre a moral e o direito. Para Dworkin, a moral é ligada ao direito porque o direito é composto por regras, princípios e políticas, de forma que os princípios baseiam-se em valores morais.<sup>7</sup> Os princípios buscam a justiça, a equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.<sup>8</sup>

Interpretando Dworkin, Paulo Farias afirma: “A concepção de direito não pode ser construída com uma separação absoluta entre direito e moral”<sup>9</sup>. Isso porque o direito deve ligar-se à moral para ser válido, além disso, “na prática jurídica, a distinção entre direito e moral não é tão evidente como pregam os positivistas mais extremados”<sup>10</sup>, haja vista que os juízes recorrem à moral para decidir as situações conflituosas.

Dessa forma, o direito, por intermédio dos princípios, tem conexão com a moral. Daí a crítica aos positivistas, que se atêm apenas às regras, não dando valor aos princípios e políticas, motivo pelo qual não veem ligação entre a moral e o direito, uma vez que para enxergarem a moral no direito, precisam admitir a presença dos princípios como elementos constitutivos do direito.<sup>11</sup>

O descaso do positivismo com os princípios e as políticas pode ser percebido no método usado para reconhecer a norma. De acordo com os positivistas, as normas são aplicáveis no todo ou não são aplicáveis. E para saber se uma norma é assim considerada, utilizam a regra de reconhecimento. Esse é o teste de origem da norma, ou seja, ela será considerada norma conforme sua origem. Entretanto, esse teste de origem não é adequado para se reconhecer um princípio ou política, pois eles não podem ser identificados por sua origem, mas sim por seu conteúdo e força de argumentação.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>9</sup> LEITE FARIAS, Paulo José. Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 10, n. 02, p. 25, abr./jun. 1998.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>11</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

Os aplicadores do direito utilizam-se tanto de regras quanto de princípios para resolver os casos por eles analisados. Tal fato provoca problemas para a tese positivista do teste de reconhecimento, que não é apto a reconhecer princípios, mas apenas regras. Por essa razão torna-se necessário fazer uma distinção entre regras e princípios, pois se fossem a mesma coisa, o teste de reconhecimento dos positivistas reconheceria também os princípios, o que não acontece.<sup>13</sup>

O direito é um sistema constituído por regras e princípios. Os princípios são normas que não objetivam controlar de forma prévia sua própria aplicação. As regras, ao contrário, são normas que buscam controlar a sua aplicação.<sup>14</sup> Isso quer dizer que quando as condições do caso são dadas, as consequências jurídicas apresentadas pelos princípios não acontecem obrigatoriamente. No entanto, nas regras acontece de maneira diferente. Quando ocorrem os fatos que uma regra estipula, então a solução que essa regra apresenta deve ser aceita e seguida, caso contrário, a regra não será válida.<sup>15</sup>

Importante ressaltar que decisões jurídicas baseadas em conteúdos morais – princípios – não são decisões extrajurídicas, uma vez que os princípios fazem parte do próprio ordenamento jurídico.<sup>16</sup> De acordo com Paulo Farias, o direito é um “sistema jurídico aberto às influências do ambiente externo”<sup>17</sup>, logo não é formado apenas por regras.

Com isso, Dworkin demonstra a falha que há no conceito de direito determinado pelo pensamento positivista, por não compreender um teste adequado para identificar princípios e políticas, mas apenas regras. E fazendo essa crítica ao modelo positivista, o filósofo não só expõe sua rejeição a esse modelo, como também defende a teoria de que o verdadeiro direito é aquele que compreende regras, princípios e políticas.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

<sup>14</sup> MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. A implosão e superação do projeto positivista no direito. In: MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito – A produtividade das tensões[...]**, p. 63.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40.

<sup>16</sup> MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. A implosão e superação do projeto positivista no direito. In: MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito – A produtividade das tensões[...]**, p. 75

<sup>17</sup> LEITE FARIAS, Paulo José. Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 10, n. 02, p. 25, abr./jun. 1998.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27-28 e 36.

As regras são insuficientes e incompletas na composição do direito, pois os juristas, na apreciação de um caso, se utilizam não apenas de regras, mas também de princípios e políticas capazes de dar maior validade e justiça à solução encontrada. Assim, princípios e políticas são necessários à boa administração da atividade judicial.<sup>19</sup> Interpretando Dworkin, o autor do texto “Ensaio sobre Dworkin”, esclarece:

As diretrizes fazem referência a objetivos sociais que devem ser alcançados e são considerados socialmente benéficos. Os princípios fazem referência à justiça e à equidade. Enquanto as normas se aplicam ou não se aplicam, os princípios dão razões para decidir em um sentido determinado, mas, diferindo das normas, seu enunciado não determina as condições de sua aplicação. O conteúdo material do princípio - seu peso específico - é o que determina quando deve ser aplicado em uma situação determinada.<sup>20</sup>

Por esse motivo, considerar apenas as regras na aplicação do direito é torná-lo injusto e incompleto, pois são os princípios que vão conferir a justiça e a equidade, fazendo com que a decisão de um juiz, baseada em princípios, tenha um caráter mais puro e justo, tendo em vista que a solução encontrada estará alicerçada na moralidade, presente no conceito de princípio.<sup>21</sup>

Dessa forma, a regra de reconhecimento usada pelos positivistas não confere validade ao direito, pois identifica apenas regras, deixando de lado os princípios e diretrizes políticas. E é a partir dessa falha presente na regra de reconhecimento que Dworkin se vale para identificar o direito.<sup>22</sup>

Isso acontece porque, ao apontar os erros da regra de reconhecimento, o filósofo, ao mesmo tempo, mostra que há diferença entre regras e princípios. A regra de reconhecimento só reconhece as regras, os princípios não, logo há distinção entre eles.<sup>23</sup>

Com relação à teoria de Dworkin, na qual ele defende a fusão entre a moral e o direito, percebe-se que o filósofo tem motivos coerentes para tal defesa. Isso porque para que um juiz decida de forma justa, ele deve levar em conta as regras, princípios e políticas.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>20</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 36-46.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 36-46.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 36.

Além disso, no momento de formar sua decisão, ele deve se basear em argumentos que justifiquem a decisão tomada <sup>25</sup>, ao invés de decidir com base em suas opiniões particulares - doutrina positivista. <sup>26</sup>

A argumentação apresentada pelo juiz deve ser formada por questões alicerçadas no direito, logo deve ser uma argumentação jurídica <sup>27</sup>. E essa argumentação jurídica é fundamentada em princípios que, por natureza, são morais, assim toda argumentação jurídica tem como base a argumentação moral. <sup>28</sup>

Dessa forma, a argumentação jurídica depende da argumentação moral para ser construída <sup>29</sup>. Com isso, Dworkin prova que a teoria positivista é falha, pois não há como separar a moral do direito, tendo em conta que o direito é alicerçado em valores morais e possui a moralidade como uma de suas bases. <sup>30</sup>

## 1.2 *Hard cases*, o juiz Hércules e a única resposta correta

Um caso é difícil quando há incerteza, ou seja, quando não se visualiza rapidamente a sua solução. <sup>31</sup> Sendo assim, um *hard case* é aquele que tem diversas normas que gerarão respostas contraditórias ou é aquele em que nenhuma norma é aplicável. No entanto, por mais difícil ou insolúvel que o caso pareça ser, Dworkin argumenta que todo caso tem resposta. <sup>32</sup>

Isso porque, mesmo que não haja alguma norma que se aplique a ele, há sempre um princípio ou política que poderá solucioná-lo oferecendo a resposta correta, haja vista que o direito não é formado apenas por regras, mas também por princípios e políticas, aptos a tornar a decisão mais justa. Assim, quando um caso for complexo, os juízes, ao invés

<sup>25</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 49-50.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 35-46.

<sup>28</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 113-125.

<sup>30</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-128.

<sup>32</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

de exercerem a discricionariedade, devem se socorrer dos três tipos de normas referidas, conforme as necessidades do caso, pois apenas dessa forma encontrarão a resposta correta.<sup>33</sup>

Independentemente de o caso ser ou não difícil, o juiz tem o dever de descobrir os direitos de cada parte.<sup>34</sup> A função dos juízes não é criar, eles devem apenas aplicar direitos aos casos apreciados, sendo assim, é um erro dar ao juiz a capacidade de criar algum direito, atuando com discricionariedade.<sup>35</sup>

Dworkin discorre sobre a função judicial, afirmando que o juiz não deve ter a liberdade de decidir determinado caso como bem entender, ou seja, não deve haver discricionariedade em sua decisão, como defendem os positivistas. Para eles, quando um caso é de difícil solução por não estar previsto na norma legal - visto que ele não tem resposta - o juiz deve decidir discricionariamente.<sup>36</sup>

Por esse motivo o positivismo, sem perceber, incorre em falhas severas, pois só leva em consideração as normas, e na falta delas, opta pela discricionariedade do juiz. E isso não pode acontecer, porque se vive em uma democracia, logo o juiz não deve ter o poder de decidir como quer. Ele não pode ditar normas. Pelo contrário, deve decidir com base em teorias que justifiquem sua decisão.<sup>37</sup>

Ao decidir com discricionariedade, o juiz não tem como justificar sua decisão no Direito, visto que a solução por ele encontrada baseia-se em algo que inventou. Assim, só há como justificar da forma devida – com base no Direito – se ele utilizar normas e princípios para fundamentarem sua decisão. Normas e princípios que conferirão a argumentação jurídica necessária para a validade do caso e defendida no modelo de Dworkin.

38

Nos *hard cases* o juiz não consegue encontrar uma interpretação que limite a outra. Por isso tornou-se necessário criar uma nova teoria da decisão - baseada em

<sup>33</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>34</sup> DWORKIN, **Ronald**. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

<sup>35</sup> CALDEIRA FIGUEIREDO, Marco Túlio. Levando os direitos a sério: casos difíceis. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 223, jan./jun. 2005.

<sup>36</sup> DWORKIN, **Ronald**. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50-63.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 50-63.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 50-63.

princípios -, que possibilite a uma das partes o direito a uma solução favorável. Assim, o juiz não deve criar novos direitos, como defendem os positivistas.<sup>39</sup>

Nos *hard cases*, o juiz deve invocar princípios, e como esses muitas vezes fundamentam decisões distintas, o juiz deve balanceá-los e decidir qual deles tem maior peso para a solução do caso<sup>40</sup>. Diferentemente das regras que são utilizadas da maneira tudo ou nada, sendo afastadas apenas quando não são válidas ou quando é introduzida em alguma delas uma cláusula de exceção, um princípio, ao ser afastado, o é em razão de seu menor peso para o caso, o que não implica sua invalidade.<sup>41</sup>

Nesse sentido, Dworkin apresenta a figura do juiz Hércules, que é o juiz de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas. Essa figura ideal criada pelo filósofo encontra resposta para todos os casos com base em teorias coerentes, capazes de justificar suas decisões.<sup>42</sup>

O juiz não pode decidir como quer, pois qualquer norma está baseada em um princípio e o juiz não pode criar normas retroativas.<sup>43</sup> Ele é obrigado, na falta de uma norma solucionadora, a se valer de princípios para justificar sua decisão, pois o princípio relaciona a argumentação moral com a argumentação jurídica, tornando a solução do caso mais justa e completa.<sup>44</sup>

O juiz deve garantir os direitos, não criá-los.<sup>45</sup> Sendo assim, o juiz que cria não leva a sério os direitos individuais, pois se vale de suas próprias crenças e convicções e atropela os direitos das partes integrantes do caso concreto, ao invés de se valer de princípios preestabelecidos, que teriam o condão de tornar sua decisão verdadeiramente justa.<sup>46</sup>

---

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 128.

<sup>40</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42-43.

<sup>42</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-131.

<sup>44</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 108-113.

<sup>46</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

Dworkin tenta relacionar a incerteza e a função da teoria, afirmando que a função da teoria é diminuir o nível de incerteza da decisão. E mais do que isso, a função da teoria é solucionar a incerteza.<sup>47</sup> Isso porque a referida teoria baseia-se na aplicação de regras, princípios e políticas ao caso, o que trará mais certeza à solução encontrada, por ter o amparo de maior número de fontes, que conferirão justiça ao caso concreto.<sup>48</sup>

Tentar encontrar a resposta correta ao caso é buscar a racionalidade, pois a irracionalidade, concretizada pela discricionariedade do juiz<sup>49</sup> - pregada pelos positivistas - resulta na negligência em relação aos direitos individuais. Com isso, Dworkin não oferece o fim da incerteza, mas a sua redução.<sup>50</sup>

Para decidir corretamente, o juiz deve se basear na racionalidade, logo numa teoria do direito. Interpretando Dworkin, o autor do texto “Ensaio sobre Dworkin”, afirma:

Em um caso difícil, a teoria serve para que o juiz decida com fundamento racional. A teoria é o fundamento da validade da tese da resposta correta. Sem uma teoria do direito não é possível solucionar os casos difíceis. O juiz ao utilizar uma teoria como critério para a resolução dos conflitos sociais aplica o direito. A teoria não apenas descreve, mas também toma parte do direito.<sup>51</sup>

Dworkin se baseia nos direitos individuais para compor sua tese<sup>52</sup>. Ele afirma que os direitos individuais são muito importantes e devem sempre prosperar sobre os objetivos sociais. Ademais, sustenta que os objetivos sociais só são considerados legítimos quando respeitam os direitos individuais, que devem ser sempre priorizados.<sup>53</sup>

Há direitos previstos na lei - legais ou jurídicos - e há direitos morais. De acordo com Dworkin, todos esses direitos andam juntos, sendo que cada um tem sua importância. Sendo assim, quando eles entram em conflito, nem sempre o direito jurídico triunfará sobre o direito moral. O fato de um estar previsto na lei não o torna mais importante

<sup>47</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>48</sup> DWORKIN, **Ronald**. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 50-63.

<sup>50</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> DWORKIN, **Ronald**. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141-158.

<sup>53</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

do que o outro – que não está previsto na lei.<sup>54</sup> E dentro de toda essa idéia, é função do direito garantir os direitos individuais.<sup>55</sup>

Aliado a essa concepção, Dworkin afirma, ainda, que os juízes não têm grande poder político, eles não podem inventar direitos.<sup>56</sup> Pelo contrário, suas decisões devem vir constituídas de coerência e adesão. E essas decisões serão consideradas decisões satisfatórias se conseguirem diminuir a incerteza, baseando-se, para isso, em critérios objetivos.<sup>57</sup>

Dessa forma, pode-se descrever o modelo da função judicial apresentado por Dworkin como sendo um modelo no qual, por mais que haja incerteza na hora de se decidir pela solução do caso, ainda assim o juiz consiga encontrar a resposta correta. Uma resposta que será baseada não em sua discricionariedade, mas em um direito preestabelecido. Além disso, nesse modelo, o juiz não cria normas, ele apenas garante normas já criadas.<sup>58</sup>

Cumprido ressaltar que mesmo nos casos em que não há uma regra preestabelecida prevendo o caso, uma das partes tem o direito de ter sua pretensão resolvida de forma favorável.<sup>59</sup> Dessa forma, o juiz tem a obrigação de descobrir quais os direitos pertencentes a cada parte.<sup>60</sup>

### 1.3 Argumentos de princípio e argumentos de política

Nos casos em que uma das partes tenha seu direito assegurado por meio de uma norma expressa, o que se exige é o argumento de princípio, mesmo que o direito previsto na norma tenha se originado em argumentos de política.<sup>61</sup> É o argumento de princípio que

<sup>54</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>55</sup> DWORKIN, **Ronald**. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141-158.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 50-63.

<sup>57</sup> [Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

<sup>58</sup> *Ibidem*

<sup>59</sup> MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. A implosão e superação do projeto positivista no direito. In: MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito – A produtividade das tensões [...]**, p. 55.

<sup>60</sup> DWORKIN, **Ronald**. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

<sup>61</sup> MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. A implosão e superação do projeto positivista no direito. In: MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito – A produtividade das tensões [...]**, p. 56.

garante à parte o seu direito, visto que é um argumento destinado a proteger um direito individual.<sup>62</sup>

Quando o aplicador trabalha com casos difíceis, deve justificar a solução aplicada com base em tipos de argumentação. Caso os juízes trabalhem como legisladores delegados,<sup>63</sup> poderão fazer uso de todo o complexo de argumentos de política que precisarem. Isso se deve ao fato de que se não existirem regras que prevejam uma solução para o caso, ele pode ser solucionado com base na prevalência de valores sociais considerados superiores, sem que eles sejam, necessariamente, princípios. Contudo, caso os juízes sejam meros aplicadores do direito, não fazendo o papel do legislativo, a argumentação deles irá basear-se em princípios.<sup>64</sup>

Nesse sentido, Dworkin traz a concepção da resposta correta, que ocorrerá não com base nas normas gerais e abstratas, mas com base nos casos concretos em que as questões não são reguladas pelo ordenamento. Por essa razão deverão basear-se em princípios jurídicos, presentes tanto nos costumes daquela comunidade, onde se apresenta o caso, quanto na reafirmação desses costumes pelos órgãos oficiais.<sup>65</sup>

Princípios contraditórios não são apenas opostos, mas necessitam um do outro. Nesse sentido eles não podem ser considerados isoladamente, mas de forma a um complementar o outro no momento da aplicação do direito. Dessa maneira a integridade estará presente na aplicação da decisão.<sup>66</sup>

Com efeito, todas as normas válidas, nada mais são do que densificações dos princípios constitucionais, de forma que, por si sós, essas normas nada regulam. Para serem devidamente aplicadas, necessitam de um intérprete que consiga não apenas aplicar o texto normativo, mas também adequá-lo ao caso concreto, respeitando as pretensões das

---

<sup>62</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 141-158.

<sup>64</sup> MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. A implosão e superação do projeto positivista no direito. In: MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito – A produtividade das tensões [...]**, p. 57.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 64.

partes, e o fato de que cada caso é único e irrepetível. Daí vem a tese da única resposta correta.<sup>67</sup>

Apesar de ser contra a teoria positivista defensora da discricionariedade do juiz, Dworkin admite que ao aplicar o direito, o juiz cria novo direito, como se ele fosse um delegado do poder legislativo. Sendo assim, o filósofo busca diferenciar os argumentos de princípio dos argumentos de política, mostrando que apesar de ambos justificarem a decisão política, os primeiros buscam provar que a decisão está em conformidade com os direitos fundamentais dos indivíduos. Já os argumentos de política tentam mostrar que a decisão tomada respeita os direitos da coletividade. Com essa ideia, Dworkin afirma que as decisões deverão ser sempre baseadas em argumentos de princípio.<sup>68</sup>

Mesmo os casos difíceis possuem uma resposta, e as partes têm o direito ao melhor juízo do magistrado acerca de seus direitos. Logo, com a boa apreciação dos casos e a constante melhoria no âmbito jurídico, o juiz conseguirá encontrar resposta para qualquer caso a ele dado, construindo, assim, a resposta correta.<sup>69</sup>

Quando os juristas vão discutir sobre casos considerados difíceis a serem apreciados pela justiça, não se valem apenas de um conjunto de regras. Os casos, por sua natureza e nível de complexidade, demandam uma análise mais completa, baseada também em princípios (que abarcam questões relacionadas à moralidade) e políticas (que abarcam situações de melhoria na ordem econômica, social ou política da comunidade) e não apenas em regras (como defendem os positivistas), visto que as mesmas não são suficientes para resolver o caso.<sup>70</sup>

Para descobrir os direitos que a parte tem, faz-se necessário conhecer os princípios políticos que inspiraram a Constituição e que auxiliam na sua compreensão. Por conseguinte, auxiliarão também nos casos difíceis. Importantes decisões de tribunais foram tomadas com base em princípios, pois foram baseadas nos direitos individuais contidos no

---

<sup>67</sup> MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. A implosão e superação do projeto positivista no direito. In: MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito – A produtividade das tensões [...]**, p. 66.

<sup>68</sup> CALDEIRA FIGUEIREDO, Marco Túlio. Levando os direitos a sério: casos difíceis. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 224, jan./jun. 2005.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

ordenamento jurídico, e não em políticas – que tem por escopo realizar objetivos coletivos.<sup>71</sup> As decisões judiciais que apenas aplicam termos de uma lei de validade não questionável são justificadas por argumentos de princípio, mesmo que a lei aplicada tenha sido feita por um argumento de política.<sup>72</sup>

Importante ressaltar que argumentos de princípios e argumentos de política são facilmente confundidos. Por esse motivo deve-se atentar para a ideia de que argumentos de princípio referem-se a direitos que os indivíduos têm em face do ordenamento jurídico, ao passo que argumentos de política referem-se a metas que o estado objetiva alcançar.<sup>73</sup>

De acordo com Dworkin, para descobrir a resposta correta, o juiz Hércules aplica a teoria dos direitos. Para isso ele deve descobrir a intenção da lei e o conceito de princípios que antecedem as regras positivas do direito, fazendo uma ligação entre os casos semelhantes – que devem ser decididos da mesma maneira –, e os casos difíceis – onde não está claro o que a regra requer.<sup>74</sup>

Dessa forma, o primeiro passo de Hércules é estudar a Constituição e entender as regras nela dispostas, assim como as interpretações judiciais anteriores e a filosofia política que deu fundamento aos princípios ali contidos.<sup>75</sup> O segundo passo é encontrar a interpretação que une da melhor maneira o disposto pelo legislativo, por meio das leis promulgadas e a responsabilidade de Hércules como juiz.<sup>76</sup>

O terceiro passo é se perguntar qual argumento de princípio e qual argumento de política faria com que o poder legislativo promulgasse determinada lei. O quarto passo é descobrir o fim da lei sob análise, por meio de uma teoria política que possibilite sua interpretação. O quinto passo para descobrir a melhor resposta é analisar os precedentes, sendo que para isso, Hércules levará em conta os argumentos de princípio que deram fundamento à lei.<sup>77</sup>

---

<sup>71</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 133.

<sup>72</sup>Ibidem, p. 131.

<sup>73</sup>DMITRUCK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da UniFil**, n. 04, p. 149.

<sup>74</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165-168.

<sup>75</sup>Ibidem, p. 165-168.

<sup>76</sup>Ibidem, p. 169.

<sup>77</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 168-173.

Quando estuda os precedentes, Hércules diferencia a força desses precedentes nas decisões posteriores. Essa força é constituída de equidade, sendo que os casos semelhantes devem ser tratados da mesma forma.<sup>78</sup> Para encontrar a força de um precedente, Hércules leva em conta os argumentos de princípio que justificam esse precedente.<sup>79</sup>

Para estudar sobre os precedentes, Hércules irá criar uma cadeia de princípios que fundamentam o direito, a partir das justificações dadas nas decisões anteriores.<sup>80</sup> Esses princípios deverão ser aptos a justificar como as decisões foram tomadas.<sup>81</sup> Para isso, a tarefa de Hércules se dividirá em duas partes. Primeiro ele deverá especificar a teoria constitucional.<sup>82</sup>

Como Hércules sabe que pode encontrar decisões ilógicas, ele utiliza uma teoria dos erros, distinguindo autoridade específica – poder de lei, precedente ou decisão executiva de produzir efeitos nela previstos – das consequências institucionais, que definem o poder de uma lei. Ainda dentro da teoria dos erros, Hércules determinará quais erros são enraizados – onde houve a perda do poder, mas os efeitos ainda continuam - diferente dos erros passíveis de correção, onde houve a perda do poder e como consequência a perda da autoridade específica.<sup>83</sup> Em segundo lugar, Hércules deverá demonstrar que é melhor que sua teoria exista do que não reconhecer os erros, ou reconhecê-los de outra forma.<sup>84</sup>

Com efeito, Hércules usará dois tipos de argumento para afirmar que uma jurisprudência está errada, mostrando que o princípio utilizado para embasar a decisão judicial não é mais importante como era no passado. Dessa forma, o princípio não tem força suficiente para gerar uma decisão – argumentos históricos ou de percepção geral da comunidade. Hércules também mostrará que a decisão judicial foi alicerçada em um princípio que viola a equidade, um princípio injusto – argumentos de moralidade política.<sup>85</sup>

---

<sup>78</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 176.

<sup>79</sup>DMITRUCK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da UniFil**, n. 04, p. 150.

<sup>80</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 181.

<sup>81</sup>Ibidem, p. 182.

<sup>82</sup>Ibidem, p. 183.

<sup>83</sup>Ibidem, p. 189-190.

<sup>84</sup>Ibidem, p. 190.

<sup>85</sup>Ibidem, p. 191.

## 1.4 O princípio da integridade

As pessoas só são membros de uma verdadeira comunidade quando aceitam estar ligadas umas as outras, de forma que são dirigidas por princípios comuns àquela comunidade. A política é baseada em princípios adotados pela coletividade, e não por um pequeno grupo, de forma que todos os indivíduos participantes dessa comunidade debatam e cheguem a um senso comum sobre o conceito de justiça e equidade - componentes dos princípios que guiarão a comunidade.<sup>86</sup>

Assim, cada membro da sociedade aceita os direitos dos outros membros, e os seus próprios deveres decorrentes do sistema, não porque concorda com o sistema de princípios escolhidos para aquela comunidade, mas porque aceita o sistema de princípios. Isso acontece em razão do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, de forma que todos os indivíduos se adéquem a esse sistema, ao invés de cada um tentar fazer valer suas opiniões.<sup>87</sup>

Dessa forma, os membros da sociedade trabalham juntos para a concretização de um bem maior constituído pelos princípios adotados - a integridade política. Integridade política, portanto, nada mais é do que o reflexo das características da estrutura de uma comunidade, regida por princípios e ideais de justiça e equidade, criados pela própria comunidade.<sup>88</sup>

Com efeito, os juízes que aceitam o princípio da integridade, tentarão, nos casos difíceis, decidir com base nos princípios adotados pela sociedade. Farão, assim, a melhor interpretação da estrutura de direitos e deveres das pessoas, de forma a garantir a maior coerência possível de suas decisões, balizadas na estrutura política e doutrina jurídica da comunidade.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 254.

<sup>87</sup> *Ibidem*, 2007, p. 255.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 271-272.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 305.

## 1.5 Colisão de princípios

Características inerentes aos princípios são o peso e a importância presentes em cada um deles. Dessa forma, quando eles se cruzam, o fator que determinará a aplicação de um ou de outro será o peso e a importância correspondentes a cada um.<sup>90</sup>

Paulo Leite assevera: “Os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão de peso ou de importância. Assim, quando se chocam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles.”<sup>91</sup> Os princípios, quando em colisão uns com os outros, fornecem uma razão que apontará para certa solução, mas apenas indicam a possível solução, não a estipulam.<sup>92</sup>

Diferentemente do que acontece com as regras, os princípios não necessariamente aplicam-se quando ocorrem as situações previstas para a sua aplicação. Isto é, o fato de determinado princípio fazer parte de um ordenamento jurídico não implica na obrigação de sua aplicação a certo caso que ele prevê. Para ilustrar tal afirmação, Dworkin trabalha com o princípio de que ninguém poderá beneficiar-se de sua própria torpeza. Contudo, em algumas situações, o direito não se opõe a que alguém tenha proveito de alguma fraude praticada, como por exemplo, no caso do usucapião, onde uma pessoa adquire o direito de ficar com um imóvel, caso tenha nele permanecido reiteradamente, durante longo período de tempo.<sup>93</sup>

Nesse sentido, apesar de haver um princípio proibindo a obtenção de benefícios por meios fraudulentos, em alguns casos esse princípio não será atendido, pois irá de encontro com situações reguladas pelo ordenamento, nas quais se admite que indivíduos, atendendo aos requisitos previstos na lei, beneficiem-se de sua torpeza. Esse caso, assim como também outros, comporta exceção ao princípio referido, mas isso não quer dizer que o princípio será excluído da ordem jurídica. Deve-se frisar que os princípios não devem ser

---

<sup>90</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

<sup>91</sup>LEITE FARIAS, Paulo José. Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 10, n. 02, p. 23, abr./jun. 1998.

<sup>92</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

<sup>93</sup>Ibidem, p. 40.

obrigatoriamente aplicados em situações que ensejem a sua aplicação, pois dependendo do caso concreto, eles terão sua aplicação limitada por diversos enunciados.<sup>94</sup>

O enunciado contido em um princípio não obriga que haja determinada consequência jurídica a um caso que apresenta certas condições. Nas palavras de Dworkin, os princípios “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.”<sup>95</sup>

Quando um princípio não prevalece frente a determinado caso, o afastamento de sua incidência não implica na exclusão desse princípio do sistema jurídico, visto que em outros casos ele poderá aplicar-se em detrimento de outros que serão deixados de lado.<sup>96</sup>

## 1.6 Análise de jurisprudência

No caso do acórdão abaixo, nota-se que dois princípios entram em colisão: o princípio que assegura ao particular, que recebeu valores do Estado indevidamente, o direito de não ter esses valores descontados, em razão de ter recebido os valores de boa-fé. E o princípio que proíbe que alguém se beneficie indevidamente.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - DESCONTO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA -FÉ POR SERVIDOR PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DE LIMINAR OBTIDA EM AÇÃO JUDICIAL -IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO.

O requisito estabelecido pela jurisprudência, para a não devolução de valores recebidos indevidamente pelo servidor, não corresponde ao erro da Administração, mas, sim, ao recebimento de boa-fé. Mesmo que o servidor tenha recebido determinado valor, de maneira indevida, por força de decisão judicial, se acreditou que o recebimento era legítimo - e ressalte-se que a boa-fé é presumível, enquanto o dolo há de ser comprovado - não cabe falar em dever de restituição. Não bastasse, os descontos, uma vez admitidos, deverão ser efetuados, observando-se o percentual máximo de 10% dos rendimentos ou dos proventos do servidor, por força dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e deverão ser precedidos das garantias do contraditório e da ampla defesa. Recurso ordinário provido.<sup>97</sup>

<sup>94</sup>LEITE FARIAS, Paulo José. Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 10, n. 02, p. 22-23, abr./jun. 1998.

<sup>95</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

<sup>96</sup>Ibidem, p. 35-36.

<sup>97</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 18121/RS. Sexta Turma. Recorrente: Francisco de Souza. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator (a): Min. Paulo Medina. Brasília, 13 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ronald+dworkin&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>. Acesso em 29 de abril de 2012.

Nesse caso, uma das teses utilizadas para se chegar à decisão foi a tese de Dworkin <sup>98</sup>, qual seja, a dimensão de pesos e importância dos princípios colidentes. Verificou-se que o princípio a amparar o particular deveria prevalecer sobre o outro princípio, visto que o particular não agiu de má-fé ao receber indevidamente os valores. Ao contrário, na época do pagamento ele achou que estava recebendo quantia regularmente devida pelo Estado. Sendo assim, ele agiu de boa-fé, razão pela qual os julgadores do caso entenderam por bem não descontar a quantia do salário do particular.

No caso abaixo, está em colisão o princípio que garante à prefeita a honra; e o princípio que garante a liberdade de informação. Os julgadores, usando a dimensão de pesos de Dworkin <sup>99</sup>, conferiram maior peso ao princípio que ampara a prefeita, em detrimento do princípio da liberdade dos meios de comunicação.

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÕES OFENSIVAS RELATIVAS A PREFEITA MUNICIPAL VEICULADAS EM RÁDIO LOCAL. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CONDENAÇÃO EM VALOR INFERIOR AO PRETENDIDO PELA AUTORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

É incontroverso o fato de a recorrente ter programas de rádio em que imputou à recorrida, então prefeita municipal, atos cuja reprovabilidade é manifesta, quais sejam: furar poços em propriedades de fazendeiros ricos em troca de votos e utilizar-se de propaganda mentirosa. Ademais, a afirmação de que o Município possui Prefeita eleita pelo povo, mas quem governa é o marido, mostra-se ultrajante, além de patentear preconceito em relação a administradoras do sexo feminino. As pessoas públicas, malgrado mais suscetíveis a críticas, não perdem o direito à honra. Alguns aspectos da vida particular de pessoas notórias podem ser noticiados. No entanto, o limite para a informação é o da honra da pessoa. Com efeito, as notícias que têm como objeto pessoas de notoriedade não podem refletir críticas indiscriminadas e levianas, pois existe uma esfera íntima do indivíduo, como pessoa humana, que não pode ser ultrapassada. Por outro lado, não prospera o argumento de que inexistia o animus de ofender a vítima. O exame das declarações difundidas nos programas de rádio revela evidente a vontade consciente de atingir a honra da ora recorrida, mediante imputação de atos tipificados como crime, como corrupção passiva, ou de atos que simplesmente a desmoralizam perante a sociedade. Com efeito, estando evidente o abuso do direito de informar, a indenização por danos morais é medida que se impõe. Não é o só fato de a autora ter pleiteado indenização em valor superior ao deferido nas instâncias ordinárias que caracteriza

<sup>98</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 42.

sucumbência recíproca, uma vez que o valor da indenização deduzido na inicial é meramente estimativo. Recurso especial não conhecido.<sup>100</sup>

Os julgadores entenderam que o direito da prefeita estava sendo violado, em razão das acusações feitas a ela estarem ultrapassando a esfera da pessoa pública, para entrar na esfera da pessoa privada, Tal fato atingiu gravemente a honra da lesionada, de forma que houve abuso do direito de informar, haja vista que o programa de rádio ultrapassou os limites de seu direito. Por esse motivo o princípio da livre informação foi afastado, dando-se preferência ao princípio do direito à honra, em razão das condições do caso.<sup>101</sup>

Mister enfatizar que em ambos os casos os princípios preteridos não deixaram de ser válidos ou foram excluídos do ordenamento, ao contrário, eles continuam vigendo. Apenas não foram utilizados nesses casos em razão das particularidades de cada um, que atribuíram um peso maior aos princípios escolhidos.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. RESP 706769/RN. Quarta Turma. Recorrente: Rede Resistência de Comunicação Ltda. Recorrido: Rosalba Ciarlini Rosado. Relator (a): Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 14 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ronald+dworkin&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 29 de abril de 2012.

<sup>101</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

<sup>102</sup>Ibidem, p. 42-43.

## 2 A PERSPECTIVA TEÓRICA DA COLIDÊNCIA DE PRINCÍPIOS EM MIGUEL REALE

Reale apresenta em sua tese a importância e influência que o culturalismo tem dentro das normas, pois elas são compostas pelos laços culturais presentes em cada sociedade. Sendo assim, quando uma norma é feita, leva-se em consideração os aspectos culturais da sociedade que será sujeita àquela norma.<sup>103</sup>

O objetivo da presença da cultura nas normas é fazer com que essas normas abarquem, da melhor maneira possível, as necessidades, desejos e anseios da sociedade, pois a cultura de uma sociedade é a sua essência, é o sentir humano, e quando as normas carregam essa cultura, elas se mostram mais aptas a atender à sociedade.<sup>104</sup>

Reale também expõe seu modelo intra, inter e extra sistemático, demonstrando a importância que a intertextualidade e a comunicação têm no direito. Isto é, com a nova concepção da razão, ela começou a compreender uma interpretação mais aberta, e menos lógica e totalitária, permitindo, assim, que haja a comunicabilidade entre normas de diferentes leis, princípios e até mesmo fontes que não pertencem ao campo do direito.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 699-700.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 699-700.

<sup>105</sup> COSTA, Judith Martins. Culturalismo e experiência no novo código civil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18, n. 06, jun. / 2006.

## 2.1 O culturalismo de Reale

A cultura é a unidade resumida de todas as questões de interesse, conhecimento e criação humanas. Dessa forma, a cultura é constituída por objetos religiosos, filosóficos, artísticos, econômicos, físicos, psíquicos, lógicos e matemáticos. Esses objetos componentes do conceito de cultura conferem a ela autonomia e integralidade. A cultura é uma junção resumida de tudo que existe de objetivo e subjetivo na experiência humana.<sup>106</sup>

Os objetos físicos correspondem não a fatos concretos, mas a fatos feitos pela mente como estruturas dotadas de lógica e capazes de rebater novas teorias. Os objetos psíquicos têm sua lógica conforme a natureza dos fatos da consciência ou até mesmo do inconsciente humano, o que facilita variadas perspectivas.<sup>107</sup>

Para expressarem a cultura da maneira adequada, tornando-se uma fotografia exata da realidade, os referidos elementos devem ser considerados de forma dinâmica, haja vista que a realidade está em constante processo de desenvolvimento. Dessa forma, todo esse conceito de cultura constitui o culturalismo.<sup>108</sup>

Na perspectiva de Reale, a cultura tem relevante contribuição na estrutura do direito. É nela que o legislador se baseia para criar normas e princípios, que são espelhados nos costumes de cada sociedade. Dessa forma, as leis tornam-se mais justas para os membros da sociedade regulada por essas leis, haja vista que são baseadas no modo de viver dessa sociedade. E isso resulta na adequação das leis em relação às pessoas a elas sujeitas.<sup>109</sup>

A experiência jurídica é refletida pela história da sociedade e doutrinas dos seus intérpretes. Dessa forma, o direito é uma realidade histórico-cultural da sociedade, atribuída segundo valores de convivência, ou seja, as decisões judiciais são alicerçadas nos valores histórico-culturais, logo costumes e exigências dos membros da sociedade como um todo.<sup>110</sup>

Com efeito, apenas o caráter objetivo dos valores das relações sociais possibilitará que o direito seja constituído por uma conduta ética. Para que o direito seja assim

<sup>106</sup> REALE, Miguel. **Cinco temas do culturalismo**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15-18.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 20-21.

<sup>109</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 699-702.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 699-700.

considerado, é preciso que ele caminhe ao lado da justiça, o que só acontecerá se ele for constantemente atualizado com os novos tipos de sociedade, convivência, cultura e costumes. Nas palavras de Reale, “Realizar o Direito é, pois, realizar os valores de convivência...”<sup>111</sup>

O direito deve coincidir com a experiência social, sendo que essa experiência das relações sociais atribuirá a si mesma qualificação jurídica. O direito não é subordinado à vontade de um ou outro indivíduo, mas sim à vontade e exigência de um todo coletivo. O direito é condicionado à sociedade, logo se não existe sociedade, não existe direito.<sup>112</sup>

Esse culturalismo decorrente do reflexo da cultura de uma sociedade nas leis nela vigentes não é estático. Pelo contrário, está em constante transformação, é caracterizado por sua dinamicidade. Isso acontece porque, com o passar do tempo, novas gerações de pessoas vão se formando, logo novas sociedades vão aparecendo. Sociedades que se diferenciam das sociedades anteriores por seu modo de pensar, agir, comportar. Enfim, sociedades com características próprias que se diferem das características das sociedades que as antecederam.<sup>113</sup>

Dessa forma, se as leis acompanham o desenvolvimento da sociedade para a ela se adequarem, então, a cada nova sociedade criada, são criadas também novas leis, baseadas no comportamento daquela sociedade, em seus costumes e em sua cultura. As leis têm, assim, o objetivo de conduzirem da melhor maneira possível aquela sociedade.<sup>114</sup>

Na visão de Reale, aplica-se ao mundo da cultura uma teoria tridimensional, na qual o jurista afirma que toda experiência decorrente das relações sociais é resultado da correlação entre fatos e valores. Partindo desse pressuposto, alcança-se as três divisões da teoria, quais sejam os elementos de fato que condicionam o modo de agir das pessoas; os valores e fins buscados, ou já adquiridos, que dão origem ao valor que é dado a bens historicamente constituídos; e as formas que os bens culturais assumem com o passar do tempo.<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 700-701.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 702-703.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 699-702.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 699-702.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 511.

Importante ressaltar que essas três partes da teoria tridimensional não são separadas, pelo contrário, elas são consideradas em sua totalidade para que tenham o efeito previsto por Reale.<sup>116</sup> Isso porque a cultura se caracteriza por sua natureza de integralidade, complementaridade, interdisciplinaridade, ou seja, a cultura é sempre vista como um conjunto. Ela integra momentos históricos característicos de cada sociedade criada.<sup>117</sup>

Ademais, a cultura tem como aspecto a racionalidade. Ela considera a contribuição racional como uma de suas mais importantes peculiaridades. Sendo assim, a cultura não é tida apenas como o começo do conhecimento e da ação humana, mas também como a sua consequência.<sup>118</sup>

Nesse sentido, a cultura determina o modo do indivíduo de ser, de se comportar em cada situação pela qual passa, de pensar, de se relacionar, de viver. Determina o modo como as relações sociais vão se construir, e, assim sendo, determina também o modo como as relações jurídicas, resultantes das relações sociais, vão se constituir.<sup>119</sup>

É bom enfatizar que a cultura não é estática ou imutável. Ela vai se alterando à medida que os avanços vão acontecendo, e as pessoas são influenciadas por esses avanços. Entretanto, apesar de seu aspecto passageiro, a cultura é também histórica. Assim afirma Judith Costa: “Daí o a priori cultural, o qual não é, todavia, absoluto ou imutável: toda a cultura é histórica, constituindo, sempre, um processo de realização de valores que se compõem, continuamente, na dimensão do tempo cultural”<sup>120</sup>.

Dentro desse contexto cultural de dinamicidade, o direito é considerado experiência cultural, pois é relacionado à sociedade existente em sua vigência. E se a sociedade é determinada pela cultura, então o direito também o é. Nesse sentido, a experiência social entre os indivíduos decorrente da cultura será emprestada para a experiência jurídica.

---

<sup>116</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 511.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 699.

<sup>118</sup> COSTA, Judith Martins. Culturalismo e experiência no novo código civil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18, n. 06, jun. / 2006.

<sup>119</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 699-702.

<sup>120</sup> COSTA, Judith Martins. Culturalismo e experiência no novo código civil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18, n. 06, jun. / 2006.

Isso porque as relações jurídicas têm início nas relações sociais, logo também são influenciadas pela cultura.<sup>121</sup>

Isso acontece para que o sistema jurídico se adéque ao sistema social, tornando-se, dessa forma, o mais justo possível para os indivíduos. Então as peculiaridades presentes em uma comunidade devem ser observadas e estudadas. Assim, devem ser normatizadas pelos líderes dessa comunidade, ou seja, pelas pessoas responsáveis pela regulação jurídica dessa sociedade.<sup>122</sup>

Assim, as relações jurídicas são derivadas das relações sociais, que se mantêm fiéis aos costumes, valores, ideais e culturalismo de uma sociedade, fazendo, assim, com que as relações jurídicas também sejam definidas e ditadas por esses costumes, valores e ideais presentes na sociedade. Nas palavras da autora Judith Costa: “Os usos, a autonomia negocial, a legislação e a jurisdição constituem as quatro fontes que expressam a objetivação dos modos de sentir, de pensar e querer, culturalmente conformados”<sup>123</sup>.

Sendo assim, pode-se afirmar que o comportamento, a forma de agir, a forma de pensar, a forma de sentir, a forma de se relacionar, enfim, a forma de viver faz com que o direito seja estruturado. Isso decorre do fato de o direito ser baseado nas relações existentes na sociedade, que por sua vez é baseada na cultura. Logo, se o direito tem por base a sociedade, e a sociedade é baseada na cultura, então o direito é baseado na cultura.<sup>124</sup>

Importante esclarecer que, diferentemente do que pregavam os positivistas, a experiência jurídica deve ser espelhada no modo em que os indivíduos vivem de fato. Assim, o direito deve expressar o modo concreto da experiência humana, o modo como a sociedade realmente vive.<sup>125</sup>

Se o sistema jurídico for baseado no formalismo, não estará capturando a verdadeira essência da vivência humana. Para que o direito consiga ser justo e construa sua estrutura de forma fiel à sociedade, ele deve tomar como referência os costumes e a cultura

---

<sup>121</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 699-702.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 699-702.

<sup>123</sup> COSTA, Judith Martins. Culturalismo e experiência no novo código civil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18, n. 06, jun. / 2006.

<sup>124</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 699-702.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 699-702.

presentes naquela sociedade. Só assim, o direito estará verdadeiramente atado às características da experiência humana.<sup>126</sup>

De acordo com Reale, a experiência jurídica deve estar sempre em contato direto com as relações sociais<sup>127</sup>. Assim, a experiência jurídica só conseguirá atender com eficácia aos desejos e necessidades dos indivíduos presentes em uma sociedade caso se mantenha em constante correlação com ela.<sup>128</sup>

Reale afirma também que o jurista opera por intermédio de normas “produzidas segundo o processo correspondente a cada tipo de fonte que espelha a solução exigida por cada campo de interesses ou valores.”<sup>129</sup> Sendo assim, o direito é composto pela racionalidade e pela contribuição dada pela sociedade, impulsionada pela cultura.<sup>130</sup>

Reale entende o direito como ordenamento racional e processual da experiência humana. Para ele, o direito é uma ordenação jurídica composta por uma ordenação humana, ou seja, derivada das experiências humanas. Isso porque, dentro do direito, há o momento normativo, que não é imutável ou absoluto, ele vai se alterando à medida em que a sociedade também se altera.<sup>131</sup>

Essa idéia de ordenação derivada das experiências humanas se faz de forma prospectiva, e essa dimensão prospectiva opera em ligações denominadas por Reale de: intra, extra e intersistemáticas. Tais ligações têm a finalidade de possibilitar a comunicação entre as normas, as situações fáticas ocorridas na sociedade e os valores do ordenamento.<sup>132</sup>

## 2.2 A nova razão e a sistemática inter, intra e extra.

Antigamente era adotada a razão totalitária, uma razão que se atinha apenas à lógica formal, preocupada com a análise da forma, mas não da substância. Era uma razão fria e excludente, dotada de irracionalidade, pois era tida como absoluta, muitas vezes

<sup>126</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 699-702.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 699-702.

<sup>128</sup> COSTA, Judith Martins. Culturalismo e experiência no novo código civil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18, n. 06, jun. / 2006.

<sup>129</sup> Ibidem

<sup>130</sup> Ibidem

<sup>131</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 699-702.

<sup>132</sup> COSTA, Judith Martins. Culturalismo e experiência no novo código civil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18, n. 06, jun. / 2006.

ignorando questões que deveriam ser levadas a sério. Era uma razão injusta, que não se preocupava em atender às necessidades dos indivíduos.<sup>133</sup>

Entretanto, essa razão, felizmente, foi posta de lado, para dar lugar a uma razão sensível, substantiva e comunicativa. Razão essa que transcende o sujeito e o objeto, fazendo com que cada relação social seja analisada não como uma simples relação que compreende as figuras do indivíduo e do objeto, mas como uma relação composta pela cultura, pelo sentir de cada indivíduo, ou seja, uma racionalidade que comporta as condições do sentido humano.<sup>134</sup>

Essa razão mais comunicativa preocupa-se em relacionar a experiência jurídica aos dados culturais. Sendo assim, a razão tenta unir a experiência humana – constituída e originada nos laços culturais - à experiência jurídica, criando, dessa maneira, um conjunto de características que irão compor o ordenamento jurídico.<sup>135</sup>

A preocupação que a razão tem em possibilitar a comunicabilidade humana com o direito, pode ser verificada no novo código civil. Diferentemente do que acontecia no Código de Bevilacqua, que sustentava a lógica formal da razão, resultando em sua incomunicabilidade com a experiência humana, e logo, com a cultura presente naquela sociedade.<sup>136</sup>

O novo código civil, preocupado em comportar tanto as experiências dos indivíduos como a experiência jurídica, usa a razão comunicativa para possibilitar a intertextualidade entre a sua própria estrutura e outras fontes presentes no sistema jurídico, e até mesmo fora dele. Ou seja, proporcionou a comunicação entre o jurídico e as instâncias sociais.<sup>137</sup>

A intertextualidade da estrutura de uma lei e as estruturas de outras leis, ou até mesmo de fontes que não sejam leis, está fundada em certos princípios, como os princípios da sociabilidade, da eticidade e da operabilidade. Além disso, essa intertextualidade é

---

<sup>133</sup> COSTA, Judith Martins. Culturalismo e experiência no novo código civil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18, n. 06, jun. / 2006.

<sup>134</sup> Ibidem

<sup>135</sup> Ibidem

<sup>136</sup> Ibidem

<sup>137</sup> Ibidem

garantida por três tipos de comunicação sistemática: intrasistemática; intersistemática; e extrasistemática.<sup>138</sup>

A comunicação intrasistemática estava presente na vigência do antigo modelo de razão. Isto é, as normas interagiam apenas entre si, não havia a comunicação delas, na prática, com as outras normas do ordenamento. Contudo, com a nova visão adquirida em relação à racionalidade, novas concepções foram criadas. Isso porque, antes, na racionalidade lógica e totalitária, juntamente com cada dispositivo previsto no ordenamento, vinha também a previsão dos pressupostos e conseqüências daquilo que estava disposto.<sup>139</sup>

Dessa forma, achava-se erroneamente que todas as respostas para se solucionar um caso concreto estavam naquele dispositivo, e então, não era preciso procurar em outras fontes dizeres que pudessem solucionar aquele caso concreto. Sendo assim, a finalidade de toda essa previsão era fazer com que qualquer caso concreto que estivesse submetido ao ordenamento jurídico encontrasse, em uma só norma, a solução para a sua situação, sem precisar consultar outras fontes jurídicas ou extrajurídicas.<sup>140</sup>

Entretanto, no atual modelo de razão, a intertextualidade das normas, ou seja, a comunicabilidade entre elas possibilita a existência de uma interpretação aberta. A partir dessa interpretação aberta pode-se buscar em variadas fontes de direito ou até mesmo fora do âmbito jurídico a solução para os casos concretos.<sup>141</sup>

Isso porque não há mais dispositivos que têm em si mesmos seus meios e fins, pelo contrário, as previsões presentes no ordenamento jurídico dão liberdade à busca de soluções para as situações apresentadas em vários lugares distintos. Abre-se, assim, caminho para os princípios, porquanto, se antes eram apenas as normas que importavam, agora com a liberdade de uma interpretação aberta do direito, os princípios também podem e devem ser usados como fontes buscadas para se resolver determinada situação.<sup>142</sup>

---

<sup>138</sup> COSTA, Judith Martins. Culturalismo e experiência no novo código civil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18, n. 06, jun. / 2006.

<sup>139</sup> Ibidem

<sup>140</sup> Ibidem

<sup>141</sup> Ibidem

<sup>142</sup> Ibidem

A comunicação intersistemática é percebida quando, por exemplo, na solução de um caso, o juiz utiliza, para fundamentar sua decisão, algumas normas previstas no código civil, e ao notar que elas não são suficientes, busca a complementariedade dessas normas - princípios contidos na constituição. É na busca desses princípios, contidos em uma lei maior, que se dá a conexão intersistemática.<sup>143</sup>

A comunicação extrasistemática ocorre quando, na solução de um conflito, não são suficientes as normas previstas em diversas leis. Por essa razão, o juiz precisa valer-se de fontes que não estão dentro do direito, ou seja, busca resolver o conflito baseando-se em sistemas sociais.<sup>144</sup>

Importante atentar para o valor distinto da ligação intersistemática. É ela que garante a entrada dos princípios constitucionais e direitos fundamentais na tomada de decisão acerca de determinada situação de fato que esteja sendo regulada pelo ordenamento jurídico. Isso se deve ao fato dessa ligação intersistemática propiciar a comunicabilidade dos princípios.<sup>145</sup>

Com isso, nota-se que uma única lei não tem o poder de abarcar todo o direito, necessitando, assim, do auxílio e complementação de outras fontes, a saber, outras leis, princípios e instâncias sociais. E isso possibilita uma decisão mais justa e humana por parte do juiz que vai decidir a causa.<sup>146</sup>

### 2.3 Análise de jurisprudência

No caso abaixo, os julgadores decidiram proteger a entidade familiar, declarando a impenhorabilidade do único imóvel que a família possuía, sendo então seu único meio de moradia. Ao decidir o caso, parte da argumentação utilizada foi baseada na teoria tridimensional de Reale, onde há a presença de uma norma, aplicada a certo fato, que pressupõe certo valor.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> COSTA, Judith Martins. Culturalismo e experiência no novo código civil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18, n. 06, jun. / 2006.

<sup>144</sup> Ibidem

<sup>145</sup> Ibidem

<sup>146</sup> Ibidem

<sup>147</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 511.

RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - BENS DE FAMÍLIA – LEI N. 8.009/90 - ÚNICO IMÓVEL DA FAMÍLIA LOCADO A TERCEIROS - IMPENHORABILIDADE - PRECEDENTES.

Predomina nesta egrégia Corte Superior de Justiça o entendimento segundo o qual a locação a terceiros do único imóvel de propriedade da família não afasta o benefício legal da impenhorabilidade do bem de família (art. 1º da Lei n. 8.009/90). Com efeito, o escopo da lei é proteger a entidade familiar e, em hipóteses que tais, a renda proveniente do aluguel pode ser utilizada para a subsistência da família ou mesmo para o pagamento de dívidas (cf. REsp 462.011/PB, da relatoria deste Magistrado, DJ 02.02.2004). "Dentro de uma interpretação teleológica e valorativa, calcada inclusive na teoria tridimensional do Direito-fato, valor e norma (Miguel Reale), faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma foi observado, a saber, o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família" (REsp 159.213/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 21.06.99). Recurso especial improvido.<sup>148</sup>

Dessa maneira, pode-se perceber que houve a aplicação do culturalismo do direito, defendido por Reale, visto que a proteção dada à família é costume que se faz presente na sociedade atual. É na convivência familiar que se tem o primeiro contato com as relações sociais, e a família é considerada núcleo da sociedade, devendo ser protegida e assegurada a sua convivência. Assim, tem-se que o direito foi devidamente aplicado, pois levou em conta a cultura e os costumes predominantes na sociedade atual.<sup>149</sup>

<sup>148</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. RESP 445990/MG. Segunda Turma. Recorrente: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Mário Henrique de Brito Aguiar. Relator (a): Min. Franciulli Netto. Brasília, 09 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=miguel+reale+teoria+tridimensional&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=15>. Acesso em 29 de abril de 2012.

<sup>149</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 699.

### 3 A PERSPECTIVA TEÓRICA DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS EM ROBERT ALEXY.

Para resolver o problema da colisão de princípios, o filósofo alemão Robert Alexy começa sua tese diferenciando princípios de regras, afirmando que é uma diferença não meramente de grau, mas também qualitativa. Para isso ele embasa-se na teoria de Dworkin, defendendo que regras são utilizadas da maneira tudo ou nada - se forem válidas deverão ser total e imediatamente aplicadas, se não forem aplicadas, então ou não são válidas, ou foi introduzida nelas uma cláusula de exceção. Ao passo que os princípios não ordenam sua total aplicação, apenas orientam a direção do intérprete.<sup>150</sup>

Dessa forma, os princípios possuem uma dimensão de peso. Assim, para que sejam aplicados, deve-se levar em conta as circunstâncias do caso, que determinarão uma relação de precedência entre os princípios, de forma que um prevaleça sobre o outro em razão de seu maior peso.<sup>151</sup>

Partindo da concepção de Dworkin sobre a distinção de regras e princípios, Alexy cria a sua tese, aperfeiçoando a anterior, afirmando que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, eles são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.<sup>152</sup>

Isso não quer dizer que os princípios, assim como as regras, contêm mandamentos definitivos, pois apenas ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, a depender de certas condições, ou seja, as razões dos princípios são determinadas pelas circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, um princípio que à primeira vista é aplicável a certo caso, pode ser afastado para dar lugar a outro princípio de razões opostas, em virtude das condições do caso.<sup>153</sup>

Com efeito, os princípios têm um caráter *prima facie* - são deveres prioritários - que é reforçado com a introdução de uma carga argumentativa em favor de

---

<sup>150</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 90-91.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 93-94.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 93-94.

certos princípios. Essa carga argumentativa conferirá maiores chances de aplicação desses princípios em determinado caso.<sup>154</sup>

Na colisão entre princípios, um deles deve ceder ao outro, considerando as condições do caso, o que não significa que o princípio não escolhido terá que ser excluído do ordenamento, ele apenas não será aplicado para aquele caso, tendo em vista que o outro princípio teve peso maior. Assim, para saber qual princípio usar, em uma colisão, recorre-se a ponderação dos princípios para saber qual deles tem maior preferência.<sup>155</sup>

Dessa forma, Alexy cria a lei de colisão, que formula um enunciado de preferência condicionada entre os princípios. Nesse sentido, na ponderação, faz-se necessário observar as condições do caso, para se estabelecer a precedência de um princípio em face de outro.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 103-106.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 99-103.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 94-99.

### 3.1 A lei de colisão

De acordo com Alexy, “... princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização...”. Isto é, um princípio, para ser aplicado, depende tanto das possibilidades jurídicas quanto das possibilidades fáticas.<sup>157</sup>

Ademais, em razão dos princípios serem considerados mandados de otimização, em sua realização, podem ser satisfeitos em variados graus, ou seja, em sua aplicação em um caso concreto, não obrigam que aconteça determinada decisão que eles orientam, pelo contrário, eles são flexíveis. Sua única determinação é que sejam realizados na maior medida possível, o que não quer dizer que têm que ser totalmente aplicados.<sup>158</sup>

Os princípios são caracterizados pelo seu caráter *prima facie*, ou seja, eles contêm obrigações que devem ser cumpridas, a não ser que existam outras obrigações com igual valor e conteúdo contrário, assim, são deveres prioritários, que quando em colisão, serão usados ou não a depender do caso concreto.<sup>159</sup>

Daí vem a ideia de que os princípios devem ser realizados na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Por essa razão, diferente do que ocorre com as regras, eles não têm um mandamento definitivo, que obriga que sejam totalmente aplicados ou não ao caso concreto. Pelo contrário, em razão de seu caráter *prima facie*, os princípios apenas precisam ser realizados de acordo com as possibilidades, o que não quer dizer que eles devem ser realizados de forma absoluta.<sup>160</sup>

Dessa maneira, quando um princípio é relevante para um caso concreto, nem sempre o que ele orienta para o caso, será obedecido, pois a qualquer momento, outro princípio com ideias contrárias ao primeiro pode afastar sua aplicação. E essa relação entre os princípios colidentes não é prevista pelo princípio. Nas palavras de Alexy, “... os princípios,

---

<sup>157</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 90.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 103-106.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 103-104.

portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes...”. Na verdade, tudo vai depender das possibilidades fáticas e jurídicas presentes.<sup>161</sup>

Assim, a aplicação de um princípio dependerá das condições do caso concreto, por essa razão Alexy criou a teoria da colisão, que tem como função estabelecer a relação de precedência condicionada dos princípios. Isto é, quando um princípio é aplicado a determinado caso em detrimento de outro princípio, quer dizer que ele tem precedência em face do princípio que foi afastado, e essa precedência se deve às condições presentes no caso concreto, pois foram elas que atribuíram a precedência ao princípio.<sup>162</sup>

Cumprido destacar que a observância das condições do caso, é condição necessária para que se faça corretamente a relação de precedência condicionada, haja vista que não existe relação de precedência de forma abstrata, pois ela só se dará conforme as circunstâncias do caso concreto.<sup>163</sup>

### 3.2 O princípio da proporcionalidade

A ideia de Alexy de que os princípios são mandamentos de otimização é expressa pelo princípio da proporcionalidade. Esse princípio é subdividido em três máximas parciais, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>164</sup>

Para Alexy, a natureza dos princípios decorre da máxima da proporcionalidade, assim como a máxima da proporcionalidade decorre da natureza dos princípios. Sendo que a máxima da proporcionalidade é composta por três máximas parciais, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, sendo que essa última se refere ao sopesamento dos princípios.<sup>165</sup>

A adequação se dá quando são excluídos meios que, por visarem a aplicação de certo princípio, terminam prejudicando outro princípio, sem dar força ao princípio que eles devam servir.<sup>166</sup> A necessidade consiste na escolha - entre duas formas que possibilitam que

<sup>161</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 104

<sup>162</sup> Ibidem, p. 94-99.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 94-99.

<sup>164</sup> CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos Direitos Fundamentais: Uma análise Comparativa das Perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 64, jul. / set. 2005.

<sup>165</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 116-120.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 116-120.

um princípio seja realizado – da forma que intervenha o mínimo possível no outro princípio.<sup>167</sup> A proporcionalidade em sentido estrito consiste em ponderar sobre as vantagens e desvantagens causadas pela adoção de determinada medida. Dessa forma, a ponderação faz parte do princípio mais amplo, qual seja, o princípio da proporcionalidade.<sup>168</sup>

Com isso, o filósofo alemão defende que a necessidade e adequação referem-se ao fato de que uma ideia pode ser melhorada caso essa melhora não traga prejuízo para outras ideias. Ao passo que a proporcionalidade em sentido estrito se deve ao fato de que não há como evitar adotar uma ideia, mesmo que ela traga desvantagens à outra, logo a ponderação torna-se necessária.<sup>169</sup>

Nesse sentido, a necessidade e adequação referem-se à uma otimização em relação às possibilidades fáticas, ao passo que a proporcionalidade em sentido estrito refere-se à otimização quanto às possibilidades jurídicas.<sup>170</sup> Ressalte-se que o terceiro princípio parcial – princípio da proporcionalidade em sentido estrito – é o meio para a solução das colisões entre princípios, tendo em vista que ele refere-se às possibilidades jurídicas, além do fato de que nele é necessária a utilização do método da ponderação.<sup>171</sup>

### 3.3 A lei do sopesamento/ponderação

Não existe conflito total entre dois princípios, pois caso existisse, todas as regras comandadas por um princípio se chocariam com todas as regras comandadas por outro princípio.<sup>172</sup> Não existe também conflito de princípios em caráter abstrato. Na verdade a colisão só vai ocorrer no caso concreto. Dentro de um princípio há regras que têm determinado valor, que por sua vez é concretizado por meio do caso concreto, e o princípio comanda a concretização do valor. Então o conflito entre princípios ocorrerá quando a regra de um princípio chocar-se com outra regra de outro princípio. Dessa forma, para haver conflito, é necessário que ocorra primeiro o caso concreto.<sup>173</sup>

<sup>167</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 116-120.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 116-120.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 116-120.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 116-120.

<sup>171</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 111.

<sup>172</sup> RANGEL, Helano Márcio Vieira. Breves apontamentos sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 05, n. 05, p. 301-316, dez. / 2006.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 301-316.

Sendo assim, como o conflito principiológico depende do caso concreto, então não há como aproveitar a solução dada a um conflito entre princípios, para outra situação em que haja a colisão entre esses mesmos princípios, ou para uma situação com características semelhantes, pois para cada caso haverá uma solução própria, que dependerá do próprio caso concreto.<sup>174</sup>

Relacionado ao problema da colisão entre princípios, Alexy também tenta resolver o problema da discricionariedade das decisões judiciais. Isso porque o jurista percebe que em muitas situações, os juízes resolvem certos casos com base em suas próprias opiniões, o que acontece quando, por exemplo, o caso é de difícil solução.<sup>175</sup>

Contudo, Alexy defende que em casos de conflito entre princípios de difícil solução, não há uma resposta correta, pois nem sempre a solução que o juiz dá ao caso concreto, mostra-se verdade absoluta. Para isso, o citado jurista expõe duas variantes, sendo uma fraca e outra forte.<sup>176</sup>

A versão fraca sustenta que deveria haver uma lista com todos os princípios constantes em um ordenamento jurídico. Todavia, a lista conteria apenas os princípios, sem especificar o peso abstrato de cada um deles.<sup>177</sup> De acordo com Andrea Cezne, o jurista distingui as variantes fraca e forte, dizendo que a versão fraca lista todos os princípios que compõem o ordenamento jurídico, sem, contudo especificar as relações de prioridades abstratas existentes entre eles.<sup>178</sup>

Na versão forte, a lista, além de conter os princípios, apresentaria também o peso de cada um, e assim a prioridade abstrata e concreta de um em detrimento de outro. Dessa forma, poder-se-ia, no caso concreto, decidir qual princípio estaria mais apto a atender as peculiaridades do caso.<sup>179</sup> De acordo com Cezne, a lista forte, além de listar os princípios

---

<sup>174</sup> RANGEL, Helano Márcio Vieira. Breves apontamentos sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 05, n. 05, p. 301-316, dez. / 2006, p. 301-316.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 301-316.

<sup>176</sup> Ibidem, p. 301-316.

<sup>177</sup> Ibidem, p. 301-316.

<sup>178</sup> CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos Direitos Fundamentais: Uma análise Comparativa das Perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 64, jul. / set. 2005.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 64.

contidos no ordenamento jurídico, também expõe as prioridades abstratas e concretas de cada princípio, o que tem como resultado a indicação de qual decisão será tomada em um caso.<sup>180</sup>

Vale ressaltar que, caso a versão forte fosse possível, tornaria perfeita a tese da resposta correta. Isso porque levaria a apenas uma solução, que seria a solução tida como correta e por isso, a única a ser tomada. De acordo com a autora Andrea Nárriman Cezne:

(...) tem-se demonstrado a impossibilidade de uma ordem que conduza em cada caso precisamente a um resultado, ou seja, uma ordem estrita. Essa somente seria possível se o peso dos valores e princípios e sua intensidade de realização fosse expresso de maneira calculável. A busca de uma ordem numérica fracassa nos problemas de medição de peso e de intensidade de realização dos princípios jurídicos ou dos valores jurídicos, que são mais uma ilustração de um resultado já encontrado.<sup>181</sup>

Depois de apresentar as duas versões, Alexy rebate a versão fraca, afirmando que listar os princípios contidos em um ordenamento jurídico, sem expor seus pesos relativos, não resolve nada, pois não dá ao problema a solução necessária. Isso porque os pesos dos princípios têm extrema importância na hora de se buscar uma solução para um caso.<sup>182</sup>

Não obstante a crítica de Alexy à versão fraca, ele também não se satisfaz com a versão forte. O filósofo afirma que não há nada nela que mostre como se resolver um caso difícil, ou seja, em nenhum momento ela demonstra como encontrar a resposta para o caso difícil.<sup>183</sup>

Isso porque, em tese, todos os princípios contidos em um ordenamento jurídico, têm o mesmo peso – em um campo abstrato, eles se igualam em importância – dessa forma, a diferença de pesos se dará na colisão entre eles, em um caso concreto, quando for verificado que um se adéqua melhor que outro. Nesse momento é que haverá pesos e grau de

<sup>180</sup> CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos Direitos Fundamentais: Uma análise Comparativa das Perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 62, jul. / set. 2005.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>182</sup> RANGEL, Helano Márcio Vieira. Breves apontamentos sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 05, n. 05, p. 301-316, dez. / 2006.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 301-116.

importância, de forma que determinado princípio seja mais bem aplicado a certo caso, do que outro princípio.<sup>184</sup>

Com as devidas críticas feitas a ambas as versões, Alexy apresenta a sua solução para resolver o problema da colisão de princípios, denominado-a de lei do sopesamento/ponderação. A partir dessa técnica de solução de conflitos principiológicos, na análise do caso, passa-se por três etapas: primeiro é estabelecido o grau de restrição a um princípio; depois se verifica a necessidade de se usar outro princípio; e por último, pondera-se se a realização do segundo princípio justifica a restrição ao primeiro.<sup>185</sup>

Como não há possibilidade de hierarquizar os princípios, a lei do sopesamento veio com a função de colocá-los em uma ordem frouxa. Dessa forma, essa ordem mais flexível possibilita a aplicação dos princípios de forma ponderada, e não de forma arbitrária.<sup>186</sup>

Importante ressaltar que a escolha da utilização de um princípio em detrimento do outro, não implica que o princípio não utilizado tenha menor importância - sendo inferior ao que foi utilizado - ou que ele seja até mesmo inválido. Ele será apenas afastado naquele caso em decorrência de seu menor peso.<sup>187</sup>

Pelo contrário, não há hierarquia entre os princípios, além disso, princípio para ser considerado princípio deve ser válido. A escolha de um princípio “x” ao invés do princípio “Y” significa apenas que naquele caso concreto o princípio “x” atende melhor às necessidades daquele determinado caso.<sup>188</sup>

Quando dois princípios colidem, um deles deve ceder. Entretanto, não se deve invalidar o princípio cedente, nem introduzir nele uma cláusula de exceção. Assim, o que ocorre é que sob certas condições um princípio tem precedência sobre o outro, logo são as

---

<sup>184</sup> RANGEL, Helano Márcio Vieira. Breves apontamentos sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 05, n. 05, p. 301-316, dez. / 2006.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 301-316.

<sup>186</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 267.

<sup>187</sup> RANGEL, Helano Márcio Vieira. Breves apontamentos sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 05, n. 05, p. 301-316, dez. / 2006.

<sup>188</sup> Ibidem, p. 301-316.

peculiaridades do caso que irão atribuir precedência a um princípio, em que pese que em outras condições, outro princípio teria precedência.<sup>189</sup>

Dessa forma, na colisão de princípios, por intermédio da lei do sopesamento, ligada a precedência, um princípio deve deixar de ser aplicado, para que outro mais adequado seja aplicado em seu lugar, sem que, no entanto, o princípio preterido seja declarado inválido e, por conseguinte, seja excluído do ordenamento jurídico, ou até mesmo seja atribuída a ele uma cláusula de exceção.<sup>190</sup>

Ademais, quando se verifica que um princípio não é tão relevante para um caso, como outro o é, procede-se apenas ao seu afastamento, haja vista que o outro princípio tem maior precedência. Mas apenas ao seu afastamento naquele caso, pois em outras circunstâncias, ele provavelmente será o escolhido para regular a situação fática, por isso o seu afastamento é para aquele caso e não para todos.<sup>191</sup>

Alexy defende que nos casos concretos cada princípio tem um peso - diferente do que ocorre em abstrato, onde todos os princípios tem o mesmo peso, de forma que nenhum tem maior importância do que o outro - e é esse peso que atribuirá a precedência de um princípio em face de outro.<sup>192</sup>

Assim sendo, o juiz não deve resolver casos difíceis com discricionariedade, ou hierarquizando princípios, mas sim, valer-se da lei do sopesamento, que na visão de Alexy, é o método mais indicado para a resolução de um caso, em que há a colisão de princípios. Isso porque a referida lei pondera sobre a utilização ou não de cada princípio.<sup>193</sup>

Desse modo, a lei do sopesamento de princípios procura a relevância específica que certo princípio tem em determinado caso individual, o que não quer dizer que o princípio que sofreu restrição será sempre preterido. Tudo vai depender, como já afirmado, do caso concreto. Isso mostra que não é o princípio que determina a sua própria utilização em um

<sup>189</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 93-103.

<sup>190</sup> BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. Os Princípios na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 35, n. 182, p. 356. abr. / 2010.

<sup>191</sup> Ibidem, p. 357.

<sup>192</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 93-94.

<sup>193</sup> RANGEL, Helano Márcio Vieira. Breves apontamentos sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 05, n. 05, p. 301-316, dez. / 2006.

caso concreto, mas o caso concreto que determinará o princípio a ser usado para sua solução.  
194

Nesse sentido, o princípio não escolhido para regular determinado caso, apesar de não prevalecer, permanece intacto. Motivo pelo qual não é declarado inválido, mas apenas retrocede, devido ao peso maior que o outro princípio – que foi escolhido – exerce sobre o mesmo caso concreto.<sup>195</sup>

Por essa razão, diferente do que ocorre com as regras – que são consideradas em relação à sua validade ou não – os princípios são considerados de acordo com o peso que exercem sobre o caso concreto. Peso esse que pode ter uma intensidade em certo caso, e outra intensidade em outro caso, pois como já exaustivamente exposto, tudo vai depender do caso concreto.<sup>196</sup>

Com isso, a lei do sopesamento permitirá que se chegue à escolha de qual princípio usar em cada caso concreto. Contudo, o jurista faz uma ressalva a sua teoria, observando que o método da ponderação/sopesamento não é perfeito, pois ele não permite que se chegue sempre a uma resposta correta ao caso. Por essa razão não se pode afirmar com precisão que para todos os casos apresentados, sempre haverá uma única resposta que é a correta e por isso, absoluta.<sup>197</sup>

Vale afirmar ainda que, de acordo com Alexy, na colisão de princípios, cada princípio propõe uma razão que irá levar o caso para uma direção, mas isso não quer dizer que essa razão obriga que, a certo caso, seja dada certa decisão. Isto é, os princípios orientam o caminho para se chegar à solução, não estipulam ou obrigam a ocorrência de determinada decisão.<sup>198</sup>

---

<sup>194</sup> RANGEL, Helano Márcio Vieira. Breves apontamentos sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 05, n. 05, p. 301-316, dez. / 2006.

<sup>195</sup> CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos Direitos Fundamentais: Uma análise Comparativa das Perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 54, jul. / set. 2005.

<sup>196</sup> BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. Os Princípios na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 35, n. 182, p. 356. abr. / 2010.

<sup>197</sup> RANGEL, Helano Márcio Vieira. Breves apontamentos sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 05, n. 05, p. 301-316, dez. / 2006.

<sup>198</sup> CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos Direitos Fundamentais: Uma análise Comparativa das Perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 54, jul. / set. 2005.

Isso porque, conforme o referido jurista afirma, o fato de um princípio ser escolhido para regular determinado caso, não implica que a decisão que o princípio exige para esse caso seja considerada resultado definitivo, pois uma das características dos princípios, ainda de acordo com a visão de Alexy, é que eles não contêm mandados definitivos. Eles apenas determinam que algo aconteça na maior medida possível dentro de todas as possibilidades fáticas e jurídicas.<sup>199</sup>

Alexy também afirma existir uma conexão entre a moral e o direito. Ele defende que, no momento em que o aplicador do direito julga o caso concreto, ele precisa se valer de critérios argumentativos que tenham concordância com a lei do sopesamento. Dessa forma, o aplicador do direito, quando da argumentação, tem uma pretensão de correção, que irá tornar válido o argumento utilizado.<sup>200</sup>

O direito contém uma dimensão que o liga a moralidade, de forma que essa dimensão é a pretensão da correção, presente tanto nas decisões jurídicas, quanto no sistema jurídico.<sup>201</sup> Com isso, essa pretensão de correção é um dos pontos que liga a moral e o direito. Pois quem tem certa pretensão de correção, tem pretensão de que a moral seja levada em conta para que a solução encontrada tenha a maior validade possível, estando de acordo com os valores morais. Sendo assim, o direito é ligado à moral, de forma que as normas do direito estejam dentro de um campo ainda maior, que é o campo das normas da moral.<sup>202</sup>

### 3.4 Análise de casos concretos

Para exemplificar a colisão de princípios, o jurista alemão apresenta dois casos: o caso da incapacidade para participar de audiência processual e o caso Lebash. O primeiro caso tratava-se do problema que um acusado tinha em participar de uma audiência, pois corria o risco de ter um derrame ou um infarto em razão da tensão da situação. Nesse caso havia uma colisão entre o direito à saúde do acusado, e à obrigação de garantia da correta

<sup>199</sup> CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos Direitos Fundamentais: Uma análise Comparativa das Perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 53, jul. / set. 2005.

<sup>200</sup> RANGEL, Helano Márcio Vieira. Breves apontamentos sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 05, n. 05, p. 301-316, dez. / 2006.

<sup>201</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 269.

<sup>202</sup> RANGEL, Helano Márcio Vieira. Breves apontamentos sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 05, n. 05, p. 301-316, dez. / 2006.

aplicação do direito penal, considerando que os dois vinculam o estado, de forma que o estado é obrigado a proteger ambos.<sup>203</sup>

O problema não pode ser resolvido com base em uma precedência total de um interesse sobre o outro, ele deve ser resolvido com base no sopesamento de interesses, para que seja analisado qual princípio tem maior peso, dada a real situação.<sup>204</sup>

No caso apresentado, a colisão de princípios acontece quando, de um lado visa-se garantir ao máximo a aplicação de lei penal, e do outro lado, visa-se garantir ao máximo a integridade física do acusado. Essas duas garantias que o estado deve prestar, devem ser aplicadas na maior medida possível dentro de suas possibilidades fáticas e jurídicas, conforme os princípios determinam.<sup>205</sup>

Dessa forma, considerando que esses dois princípios – integridade física do acusado e aplicação da lei penal – caminham em direções opostas, sendo que um contém orientação contrária ao outro, então para fins de solução, segundo Alexy, deve-se proceder à análise da relação de precedência condicionada que um princípio tem sobre o outro, e essa precedência será determinada pelo caso concreto.<sup>206</sup>

Para facilitar a compreensão da relação de precedência condicionada, solucionadora da colisão de princípios, Alexy se utiliza de letras representativas, afirmando que em relação ao caso supracitado, o direito a integridade física do acusado é representado por P1, e o dever da aplicação da lei penal é representado por P2. Nesse sentido, se P1 e P2 fossem isoladamente considerados, apresentariam ideias opostas, de forma que um enunciaria que é proibido realizar a audiência, ao passo que o outro enunciaria que é obrigatória a realização da audiência.<sup>207</sup>

Por essa razão, Alexy afirma que esse problema pode ser resolvido de duas formas: por uma relação de precedência incondicionada ou por uma relação de precedência condicionada. Para isso, o jurista apresenta, por meio de fórmulas, as referidas relações, onde P representa a precedência e C representa as condições que determinarão a precedência. Com

---

<sup>203</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 94-98.

<sup>204</sup> Ibidem, p. 94-98.

<sup>205</sup> Ibidem, p. 94-98.

<sup>206</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 94-98.

<sup>207</sup> Ibidem, p. 96.

isso, são previstas duas hipóteses de decisão na forma de precedência incondicionada e duas na forma de precedência condicionada.<sup>208</sup>

A precedência incondicionada se dá quando há prioridade de um princípio em relação ao outro, em âmbito abstrato, ou seja, sem que haja o caso concreto. Assim, Alexy, apesar de citar as duas hipóteses de relação de precedência incondicionada, quais sejam, P1 **P** P2 (o princípio 1 tem precedência sobre o princípio 2) e P2 **P** P1 (o princípio 2 tem precedência sobre o princípio 1), já se antecipa dizendo que esse tipo de relação não é válido.<sup>209</sup>

Sendo assim, essa relação de precedência não é levada em consideração, haja vista que não existe precedência entre os princípios de forma abstrata. Na verdade a precedência acontecerá apenas quando os princípios estiverem diante de um caso concreto, pois serão as condições do caso que irão indicar a precedência de um princípio sobre o outro.  
210

As outras duas hipóteses se referem às relações de precedência condicionadas, também conhecidas como relações de precedência concretas assim representadas: (P1 **P** P2) C e (P2 **P** P1) C. Na primeira fórmula o princípio 1 tem precedência sobre o princípio 2 de acordo com as condições C; na segunda fórmula o princípio 2 tem precedência sobre o princípio 1 de acordo com as condições C.<sup>211</sup>

Com o auxílio das fórmulas apresentadas, vai se chegar ao peso de cada princípio em relação às condições de precedência, e assim, será encontrada a solução para o caso analisado. Nesse diapasão, se for decidido que a realização da audiência implica em ofensa a integridade física do acusado, então, verificar-se-á que, em relação às condições do caso concreto, esse princípio tem maior peso do que o princípio que exige a aplicação da lei penal, logo aquele terá precedência sobre este.<sup>212</sup>

No caso Lebach, uma emissora de televisão pretendia apresentar um documentário sobre o assassinato de alguns soldados e o roubo de suas armas, em local

---

<sup>208</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 97.

<sup>209</sup> Ibidem, p. 94-98.

<sup>210</sup> Ibidem, p. 94-98.

<sup>211</sup> Ibidem, p. 94-98.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 94-98.

próximo à cidade de Lebach. Entretanto, na época em que seria apresentado o documentário um dos condenados pelo crime, estava perto de ser libertado, razão pela qual ele entendeu que o documentário iria prejudicar sua ressocialização e, por conseguinte, ferir seu direito fundamental previsto na Constituição.<sup>213</sup>

Com isso, o tribunal competente para julgar o caso, decidiu com base em uma argumentação, que ele dividiu em três partes: em primeiro lugar, o tribunal admitiu haver uma colisão de princípios, na qual, havia o princípio que garantia o direito de personalidade do condenado, e havia o princípio que garantia a liberdade de informar; em segundo lugar, o tribunal entendeu existir uma precedência geral de informar sobre um crime; em terceiro lugar, o tribunal proferiu sua decisão, afirmando que devido à repetição da notícia, e por não haver tanto interesse atual em sua divulgação, então o direito de personalidade do acusado tinha mais peso do que o direito à informação, razão pela qual, o princípio que amparava o acusado teve precedência sobre o princípio de proteção à informação.<sup>214</sup>

Outro exemplo é o caso da impossibilidade do pedido de separação judicial consensual antes do período de um ano de casamento – determinação prevista no Código Civil. Ora, se a Constituição Federal prevê o princípio da liberdade, então, à primeira vista, não haveria motivos para obrigar que duas pessoas continuem legalmente casadas por certo período de tempo, não obstante não ser esse o desejo delas.<sup>215</sup>

Para isso, recorrendo-se da teoria de Alexy, dever-se-ia fazer a ponderação entre o princípio da liberdade e o princípio da aplicação da lei prevista no Código Civil, para saber qual deles tem maior peso, sendo que a solução dada deveria ter sua argumentação baseada no peso do princípio escolhido – atribuído pelas condições do caso.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 98-103.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 101 e 102

<sup>215</sup> ZANETTI DE AZEREDO ORSELLI, Helena Maria. A obrigação de permanecer casado e o princípio da liberdade: uma análise a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Revista **Síntese de direito de família**, Porto Alegre, n. 61, p.119-120, ago/set. 2010.

<sup>216</sup> ZANETTI DE AZEREDO ORSELLI, Helena Maria. A obrigação de permanecer casado e o princípio da liberdade: uma análise a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Revista **Síntese de direito de família**, Porto Alegre, n. 61, p.121-124, ago/set. 2010.

## CONCLUSÃO

Por meio da presente pesquisa, pode-se entender que na visão de Ronald Dworkin, a única maneira de se resolver o problema da colisão de princípios é estabelecer o peso relativo que cada princípio tem frente ao caso concreto, pois só depois de considerar as condições presentes no caso, é que o julgador poderá atribuir certo grau de importância a determinado princípio, tornando-o apto a resolução do caso. Resolução que se converterá na única resposta correta – defendida pelo referido filósofo.

Conforme a teoria de Miguel Reale, para que um princípio seja considerado apto a ser escolhido - em uma situação de colisão de princípios – para regular o caso, ele deve ter sido criado com base na cultura e costumes de uma comunidade, pois somente assim ele poderá regular devidamente o caso concreto, de forma que confira à decisão um caráter de justiça, haja vista ter em sua constituição os valores existentes naquela comunidade.

De acordo com a tese de Robert Alexy, a forma ideal de solucionar um caso de colisão de princípios, é verificar a precedência de um princípio em face de outro, por meio de seu peso, que será atribuído conforme as circunstâncias do caso concreto. Além disso, deve-se submeter o princípio à lei de sopesamento, para que seja feita a devida ponderação sobre a utilização ou não de certo princípio.

Dessa forma, conclui-se, diante da pesquisa detalhada realizada e das evidências apresentadas neste estudo, que diversas são as formas já criadas para tentar solucionar o problema da colisão de princípios. As três teorias aqui estudadas pertencem a grandes estudiosos e percebe-se que todas possuem a sua lógica e sentido, mas que não são suficientes para determinar o encerramento da questão, para que seja superada.

Nos dias atuais, não se pode aplicar apenas uma das teses. Não há como eleger uma única teoria, julgando-a a mais correta, e desprezar as outras, julgando-as equivocadas. Por essa razão, a elaboração de uma teoria que venha a ser o padrão utilizado, no caso de impasses decisórios decorrentes da colisão de princípios, ainda carece de muito estudo. Não se esgota, assim, o assunto. Pelo contrário, espera-se que algum dia seja encontrado um denominador comum totalmente capaz de resolver o problema.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2002.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. Os Princípios na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 35, n. 182, 2010.

CALDEIRA FIGUEIREDO, Marco Túlio. Levando os direitos a sério: casos difíceis. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, 2005.

CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos Direitos Fundamentais: Uma análise Comparativa das Perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 52, 2005.

COSTA, Judith Martins. Culturalismo e experiência no novo código civil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 18, n. 06, 2006.

DMITRUCK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da UniFil**, n. 04.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEITE FARIAS, Paulo José. Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 10, n. 02, 1998.

MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. A implosão e superação do projeto positivista no direito. In: MENELICK DE CARVALHO NETTO, Guilherme Scotti. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito – A produtividade das tensões [...]**.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. Breves apontamentos sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Diálogo Jurídico**, Fortaleza, v. 05, n. 05, 2006.

REALE, Miguel. **Cinco temas do culturalismo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

[Home Page]. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em:  
<http://pt.scribd.com/doc/12881582/Ensaio-Sobre-Dworkin>. Acesso em: 30 abril 2012. 16:00.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. RESP 706769/RN. Quarta Turma. Recorrente: Rede Resistência de Comunicação Ltda. Recorrido: Rosalba Ciarlini Rosado. Relator (a): Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 14 de abril de 2009. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ronald+dworkin&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 29 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial. RESP 445990/MG. Segunda Turma. Recorrente: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Mário Henrique de Brito Aguiar. Relator (a): Min. Franciulli Netto. Brasília, 09 de novembro de 2004. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=miguel+reale+teoria+tridimensional&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=15>. Acesso em 29 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. RMS 18121/RS. Sexta Turma. Recorrente: Francisco de Souza. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator (a): Min. Paulo Medina. Brasília, 13 de dezembro de 2005. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ronald+dworkin&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>. Acesso em 29 de abril de 2012.

ZANETTI DE AZEREDO ORSELLI, Helena Maria. A obrigação de permanecer casado e o princípio da liberdade: uma análise a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Revista Síntese de direito de família**, Porto Alegre, n. 61, 2010.