V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

ANA PAULA BASSO

OSCAR SARLO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ana Paula Basso, Oscar Sarlo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-275-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias do direito. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

As pesquisas apresentadas no Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico, no V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, no Uruguai, reunindo brasileiros e uruguaios, trouxe diferentes abordagens quanto à forma idealista da normatividade na ciência jurídica, especialmente sob a perspectiva do judiciário.

Diante da visão de importantes doutrinadores, sejam do lado do positivismo ou do realismo jurídico, como H. L. A. Hart, Adrian Vermeule, Dworkin, Ralph Poscher e Niklas Luhman, os trabalhos debatidos proporcionaram elementos de circunspeção quanto aos modos como atuam os juízes e às diferentes técnicas de interpretação e aplicação do Direito.

O principal aspecto que se buscou destacar foi analisar o porquê que uma decisão foi tomada, ou seja, qual foi o seu motivo e qual finalidade é a pretendida. Conjectura-se frente às fontes do Direito, o posicionamento do judiciário. Importa, ir além, examinar se essas razões admitidas pelo judiciário são aceitáveis, podendo ser tidas como certas também para a sociedade.

É no campo das teorizações que surge o realismo jurídico, não adotando todas teorias como incontestáveis e absolutas, a exemplo das formalistas e objetivas. Nesse sentido, os estudos expostos no presente Grupo de Trabalho partiram de descrições de como se processa a atividade judicial e também de conclusões e críticas de determinados resultados das decisões tomadas, remetendo o direito à realidade dos conflitos postos diante dos Tribunais, avaliando as suas causas e efeitos.

Os artigos deste Grupo de Trabalho merecem a especial atenção dos leitores, permitindo a construção do conhecimento envolvendo diversas problemáticas atinentes à Teoria Geral do Direito, contribuindo à construção das análises quanto à teoria da norma e da decisão, à visão sociológica e filosófica do Direito, assim como o estudo do discurso jurídico, quanto à judicialização e o ativismo judicial.

Presenciando as apresentações dos artigos e a qualidade do debate que surgiu a partir dos argumentos de cada um por meio de indagações e respostas persuasivas, destacou ainda mais a relevância da temática que o Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico dialoga.

O V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, representou uma extraordinária oportunidade reunindo Professores e Estudantes que se dedicam a estudos específicos para trocarem experiências e conhecimentos, e esse debate se multiplicará a partir dos trabalhos escritos que ora são compartilhados com os demais operadores do Direito que a partir de suas leituras seguirão contribuindo à Ciência e aplicação do Direito.

Profa. Dra. Ana Paula Basso - UFCG - Brasil

Prof. Oscar Sarlo - UDELAR - Uruguay

A TEORIA DOS PRINCÍPIOS: RALF POSCHER TEM RAZÃO?

THE PRINCIPLES THEORY: IS RALF POSCHER RIGHT?

Anizio Pires Gaviao Filho

Resumo

As objeções de Ralf Poscher à teoria dos princípios. Ralf Poscher tem razão? A teoria dos princípios e o conceito de Direito. A teoria dos princípios como teoria da norma jurídica. O sistema jurídico como um sistema de regras e princípios. A teoria dos princípios e a teoria da argumentação jurídica: subsunção, analogia, ponderação e argumentação. A teoria dos princípios como uma teoria dos direitos fundamentais. O caráter duplo das normas de direitos fundamentais: como princípios ou regras. Ralf Poscher não tem razão.

Palavras-chave: Teoria dos princípios, Objeções, Regras e princípios, Subsunção, Ponderação, Argumentação

Abstract/Resumen/Résumé

Ralf Poscher's objections to principles theory. Is Ralf Poscher right? The principles theory and the concept of Law. The principles theory as a theory of legal norms. The legal system as a system of legal rules and principles. Principles theory and legal reasoning theory: subsumption, analogy, balancing and reasoning. Principles theory as a constitutional rights theory: the double character of constitutional rights norms: principles or rules. Ralf Poscher is not right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principles theory, Objections, Rules and principles, Subsumption, Balancing, Reasoning

Introdução

A presente investigação tem por objeto discutir as objeções de Ralf Poscher à teoria dos princípios de Robert Alexy, formulada no artigo *The principles theory: how many theories and what is their merit?*[1] O que se pretende responder é se a teoria dos princípios responde adequadamente às críticas que lhe são formuladas.

A teoria dos princípios foi apresentada inicialmente por Alexy em seu livro *Theorie der Grundrechte*[2], publicado em 1985, mas desenvolvida em inúmeros outros artigos publicados desde então. A teoria dos princípios se insere no contexto da obra maior da filosofia e teoria do Direito de Alexy, como o livro *Theorie der juristischen Argumentation*[3], publicado em 1978, e o livro *Begriff und Geltung des Rechts*[4], publicado em 1992, bem como aproximadamente 120 artigos publicados, originalmente em alemão e inglês e, muitos, traduzidos para as mais diversas línguas, entre as quais inglês, italiano, francês, japonês, chinês, espanhol e português[5].

A evolução da obra de Alexy nos últimos trinta anos mantém as bases iniciais de seu pensamento. A teoria do discurso é a melhor teoria da racionalidade prática, pois capaz de dar conta da correção prática. A tese do caso especial diz que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático. Os direitos fundamentais são princípios e, assim, mandamentos de otimização sujeitos à ponderação. A teoria dos princípios autoriza formular que o sistema jurídico é um sistema de normas jurídicas que são regras e princípios. Esse enlace justifica um

---

[1] Cf. POSCHER, Ralf. The principles theory: how many theories and what is their merit? In: KLATT, Matthias *Institutionalized Reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: oxford University Press, 2012, p. 218-247.
[2] Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
[3] Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
[4] Cf. ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Aufl. München: Verlag Karl Alber Freiburg, 2005.
[5] Cf. ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995; *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; *The Argument from Injustice*. Trans. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Oxford University, 2002. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris*, v. 12, n. 13, Jun., p. 138-147, 2000; Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, Jun. p. 131-140, 2003; The Nature of Legal Philosophy. *Ratio Juris*, v. 17, n. 2, Jun., p. 156-167, 2004; The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, Dec., p. 374-384, 1999; On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3. Sept., p. 294-304, 2000; On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, Dec. p. 433-449, 2003; An Answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 36-55, 2007; On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris*, v. 12, n. 13, Jun., 138-147, 2000; Thirteen Replies. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 333-366, 2007; Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo e direito discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 95-113, 2010; Reflections on How My Thinking about Law Has Changed over the Year. Disponível em *www.tempereclub.org.* Acesso em 18 de maio de 2016; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Nota sobre a organização e a tradução. In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. XV-XXI, 2015.

conceito não positivista de Direito, que requer uma conexão necessária entre Direito e correção[6].

A influência da teoria de Alexy no Direito brasileiro pode ser facilmente constatada pelo grande número de referências e discussões de seu pensamento em livros, artigos e pesquisas acadêmicas[7]. A repercussão da obra de Alexy é também significativa no Direito europeu, conforme deixa saber a intensidade das discussões suscitadas a partir de seus escritos, como se pode verificar na publicação coletiva organizada por George Pavlakos *Law, Rights and Discourse*[8], resultado das discussões realizadas na série de *Workshops in Analytical Jurisprudence*, da Queen's University, Belfast, em junho de 2004. Do mesmo modo, merece destaque a obra organizada por Matthias Klat, *Institutionalized Reason The jurisprudence of Robert Alexy*, publicada em 2012[9]. Igualmente, essa importância pode ser confirmada pelas discussões desenvolvidas por Jürgen Habermas, Neil MacCormick, Aulis Aarnio, Aleksander Peczenik, Ota Weinberger, Martin Borowski, Jaap Hage, Jan-Reinard Sieckmann, Martin Kriele[10], entre tantos outros.

A dimensão desta obra no cenário jurídico brasileiro e mundial justifica que seja dada atenção às duras críticas dirigidas à teoria dos princípios por Poscher, exatamente a fim de que seja investigado se as questões suscitadas são capazes afetar um dos pilares centrais da filosofia e teoria do Direito de Alexy. Se Ralf Poscher está certo, então muitas das formulações da prática

---

[6] Cf. ALEXY, Robert. Reflections on How My Thinking about Law Has Changed over the Year. Disponível em *www.tempereclub.org.* Acesso em 18 de maio de 2016.

[7] Cf. LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; HECK, Luís Afonso (Org.). *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação.* Porto Alegre: Sergio Fabris, 2015; BUSTAMANT, Thomas da Rosa. *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de janeiro: Renovar, 2008; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005; CRUZ, Paulo Marcio: ROESLER, Claudia Rosane. *Direito e argumentação*. Rio de janeiro: Lumen juris, 2007; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de janeiro: Renovar. 2006; SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2011.

[8] Cf. PAVLAKOS, George. *Law, Rights and Discourse* (Ed.) Oxford: Hart Publishing, 2007.

[9] Cf. KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

[10] Cf. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992; MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005; AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987; PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. London: Springer, 2008; WEINBERGER, Ota. Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation. In: KRAWIETZ, Werner; ALEXY, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Buncker & Humblot, S. 159-232, 1983; BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998; HAGE, Jaap C. *Reasoning with Rules*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997; SIECKMANN, Jan-Reinard. Regelmodelle und Prinzipienmodelle der Rechtssystemns. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1990; KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1979; KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized Reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012; KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Espaços no direito público.* Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

jurídica dos tribunais brasileiros, por exemplo, estariam assentadas em concepções equivocadas quanto ao conceito de Direito – portanto, no diz com a validade e existência de normas jurídicas; estrutura e modo de aplicação das normas jurídicas e, por fim, configuração e concretização de direitos fundamentais por meio da ponderação, que é um dos princípios parciais do princípio da proporcionalidade.

Então, a discussão proposta importa porque as formulações da teoria dos princípios de Alexy se fazem perceber intensamente na prática jurídica dos tribunais brasileiros, notadamente do Superior Tribunal de Justiça[11] e do Supremo Tribunal Federal[12].

O que se pretende nessa discussão é apresentar os argumentos centrais formulados por Poscher, para, na sequencia, verificar-se se as formulações da teoria dos princípios podem ser mantidas ou devem ser abandonadas.

A presente investigação segue o método da pesquisa bibliográfica comparativa, no contexto de uma discussão dialética.

1. As críticas de Ralf Poscher

As formulações críticas de Poscher são apresentadas a partir de dois pontos.

Em primeiro lugar, propõe discutir a correção da ideia de unidade que *a* teoria dos princípios pretende representar. Nesse sentido, não seria o caso de uma teoria dos princípios, mas diferentes tipos de teorias que encontram refúgio sob um rótulo unitário. Então, *a* teoria dos princípios está mais para um conjunto de teorias diferentes do que mais propriamente para *uma* teoria dos princípios[13]. A distinção entre as diferentes camadas e faces da teoria dos princípios é decisiva para uma análise correta de seus argumentos e críticas.

---

[11] Pesquisa no sitio do Superior Tribunal de Justiça, permite comprovar os seguintes dados. O nome de Robert Alexy aparece citado em 168 decisões. A expressão *proporcionalidade* é empregada 102.647 vezes. A expressão *ponderação* é empregada 19.740 vezes e *princípios* aparece empregada 320.178 (Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 27 de maio de 2016). Esses registros estão aqui colocados em seu estado bruto, merecendo uma investigação qualitativa – para determinar se essas expressões estão empregadas no sentido da teoria dos princípios – que, contudo, somente em outro lugar pode ser desenvolvida. De qualquer modo, eles servem como indicativo significativo da presença de formulações da teoria dos princípios na prática jurídica do Superior Tribunal de Justiça.

[12] Pesquisa no sitio do Supremo Tribunal Federal, permite comprovar os seguintes dados. O nome de Robert Alexy aparece citado em 54 decisões. A expressão *proporcionalidade* é empregada 936 vezes. A expressão *ponderação* é empregada 309 vezes e *princípios* aparece empregada 4954 (Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 27 de maio de 2016). Esses registros estão aqui colocados em seu estado bruto, merecendo uma investigação qualitativa – para determinar se essas expressões estão empregadas no sentido da teoria dos princípios – que, contudo, somente em outro lugar pode ser desenvolvida. De qualquer modo, eles servem como indicativo significativo da presença de formulações da teoria dos princípios na prática jurídica do Supremo Tribunal Federal.

[13] Cf. POSCHER, The principles theory…, p. 218.

Em segundo lugar, Poscher propõe uma análise avaliativa das formulações teóricas dessas diferentes configurações da teoria dos princípios, para concluir que a teoria dos princípios está errada na maioria das vezes, exatamente porque falha ao confundir os seus diferentes níveis[14].

Segundo Poscher, a correção da teoria dos princípios deve ser analisada a partir da avaliação de cinco diferentes tipos de teorias dos princípios. A teoria dos princípios como uma teoria sobre o conceito de Direito; a teoria dos princípios como uma teoria sobre a estrutura das normas jurídicas; a teoria dos princípios como uma teoria da decisão; a teoria dos princípios como uma teoria da argumentação jurídica e a teoria dos princípios como uma teoria dos direitos fundamentais[15].

1.1 A teoria dos princípios é uma teoria sobre o conceito de Direito. A crítica à teoria dos princípios como uma teoria sobre o conceito de Direito se dirige ao conceito não positivista de Alexy, que defenda a existência de uma conexão necessária entre o Direito e a moral. Conforme esse conceito, Direito é o dado autoritatativamente conforme a ordem, que detém eficácia social e que coloca a pretensão de correção.

A crítica de Poscher diz que os princípios não mais do que indicam uma relação fraca ou frouxa entre o Direito e a moral, em nada afastando a tese positivista da separação.

O ponto de partida dessa crítica é o de que o Direito toma emprestado da moral os princípios, assim como o faz de conceitos das mais diversas disciplinas do conhecimento. Embora isso possa sinalizar alguma espécie de conexão, não significa que se trata de uma relação de necessariedade. O Direito compartilha permanentemente conceitos com outras ciências de maneira a formar concepções jurídicas destes conceitos. Ele o faz, entretanto, até o ponto em que os conceitos científicos preenchem os requisitos doutrinários específicos do Direito. Então, o que é verdade para conceitos científicos também o é para os conceitos que o Direito compartilha com a moral[16].

A prática jurídica não recorre simplesmente a regras morais, mas desenvolve seus próprios princípios jurídicos a partir de variedade de padrões e normas não jurídicas. Uma vez desenvolvidos, os princípios jurídicos, ainda que possam parecer princípios morais, são genuinamente jurídicos. Um dos objetivos de uma dogmática jurídica é precisamente adaptar conceitos e princípios originários de outras disciplinas, inclusive da filosofia moral, às

[14] Cf. POSCHER, The principles theory…, p. 218.
[15] Cf. POSCHER, The principles theory…, p. 221.
[16] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 223.

especificidades de um sistema jurídico e sua história, como refletida em suas instituições e decisões.

Segundo Poscher, essa relação frouxa entre o Direito e a moral não desafia a tese de separação, que insiste que não há uma relação necessária de validade entre o Direito e a moral, conforme sustentado Radbruch e Alexy[17]. Que o Direito se baseia em concepções e princípios morais, assim como em conceitos e princípios pertencentes a diversos outros campos do conhecimento, não significa que a sua validade dependa dessa recepção, muito menos da recepção da moral correta.

O certo é que o relacionamento entre o Direito e seu ambiente moral local não é de validade normativa, mas de funcionalidade empírica. Um sistema jurídico significativamente descompassado com seu ambiente moral correria o alto risco de tornar-se disfuncional. Essa relação funcional, empírica, entre o Direito e a moral não transforma princípios morais em Direito[18].

1.2. A teoria dos princípios como uma teoria das normas jurídica. A teoria dos princípios não acerta quando afirma que regras e princípios são normas jurídicas que diferem em sua estrutura formal, as regras prescrevendo consequências jurídicas definitivas e os princípios consequências jurídicas *prima facie*. Os princípios não constituem tipos categoricamente diferentes das regras jurídicas[19].

Segundo Poscher, uma análise de como o sistema jurídico resolve os casos de colisões de normas jurídicas deixa saber que as regras e princípios são estruturados de maneira idêntica e diferem somente em seus conteúdos contingentes dentro de uma única estrutura normativa. É que o sistema jurídico reage a conflitos entre normas com regras de conflito que variam consideravelmente em conteúdo. Essas regras de conflito levam à invalidação de uma das normas conflitantes ou são incorporadas como cláusulas de exceção em uma ou em ambas, assim evitando inteiramente o conflito[20]. Os diferentes termos das cláusulas de exceção em nada alteram a estrutura das normas jurídicas. O princípio da *lex posterior*, indicado para resolver um caso de conflito entre regras, não cria por si mesmo um tipo estruturalmente distinto de norma jurídica – a regra jurídica. Igualmente, a ponderação, indicada para resolver os casos de colisão entre princípios, não cria um tipo de norma jurídica estruturalmente distinto – o princípio.

[17] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 224.
[18] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 225.
[19] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 229-230.
[20] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 230.

A crítica de Poscher ataca a formulação da teoria dos princípios que diz que os princípios são mandamentos de otimização ou mesmo mandamentos a serem otimizados, configurando deveres ideais e, por isso, diferentes das regras jurídicas. Isso não é acertado porque a interpretação de princípios como mandados de otimização não requer que comandos sejam de fato otimizados, mas somente que eles constituem objetos não normativos de otimização[21]. Assim, por exemplo, o direito fundamental à saúde, que é tomado como princípio e, portanto, constitui mandamento de otimização ou a ser otimizado. Então, conforme a teoria dos princípios, o direito fundamental à saúde é um mandamento de otimização ou a otimizar a saúde. Contudo, adverte Poscher, a saúde não é um mandamento, mas um objeto fático. Não é, portanto, um objeto normativo[22]. A conclusão é que os objetos dos direitos fundamentais, mesmo quando eles são entendidos como mandados de otimização, são em sua maior parte condições ou liberdades empíricas e não normalizações. Esses mandamentos não são ideais, mas reais da mesma forma que os contidos no Código penal ou no Código tributário[23].

Segundo Poscher, isso não exclui destacar normas jurídicas, dentro de um sistema jurídico, que são mais gerais, mais abstratas ou mais importantes do que outras e chamá-las de princípios. Essa generalidade dá aos princípios um relacionamento especial com as formulações normativas concretas que eles fundamentam interpretativamente. Mas isso, contudo, não exclui que também as regras jurídicas sejam igualmente fonte de formulações normativas concretas a partir da interpretação jurídica. Todas as normas jurídicas, e não somente os princípios, podem ser fonte de regras mais concretas no processo de interpretação jurídica e no desenvolvimento do Direito[24].

A formulação definitiva de Poscher é que a teoria dos princípios é uma teoria sem um objeto, pois o tipo de entidade que a teoria deveria cobrir, exatamente os princípios, que não têm a estrutura das regras jurídicas, não existe[25].

1.3 A teoria dos princípios como uma teoria da decisão. As formulações de Poscher atacam a teoria dos princípios quanto a questão metodológica da aplicação das normas jurídicas. A teoria dos princípios não acerta ao propor que as normas jurídicas são regras e princípios porque as regras são aplicadas mediante subsunção e os princípios por intermédio da ponderação. Sob o ponto de vista metodológico, a teoria dos princípios propõe duas formas de aplicação do Direito. A subsunção aplica-se no caso de uma regra jurídica clara e a ponderação

[21] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 233.
[22] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 234.
[23] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 234.
[24] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 235.
[25] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 235.

no caso de princípios. Assim, então, os princípios podem ser identificados sempre que a aplicação do Direito vai além da subsunção[26]. É que as regras são aplicadas mediante subsunção.

Segundo Poscher, o significado de regra na teoria dos princípios é baseado em um ideal formalista que a própria teoria alega superar. As regras citadas na teoria dos princípios são todas tão específicas – por exemplo, a regra que diz "*fumar, multa dez reais*" – que parecem se conformar ao obsoleto ideal de subsunção da jurisprudência dos conceitos. As regras resultantes dos casos de colisão de princípios são similarmente tão específicas que a sua aplicação parece ser possível sem mais qualquer argumento ou interpretação[27].

O problema é que a aplicação das normas jurídicas, em grande número de casos, combina um conjunto de técnicas de decisão que vai muito além da subsunção e da ponderação. A aplicação de uma norma jurídica não está restrita às alternativas de subsunção de seguir uma regra jurídica nos casos fáceis ou de ponderação no sentido de um mandado de otimização em todos os outros casos, considerados difíceis. Ao lado da subsunção e da ponderação há uma série de outros métodos e de diferentes combinações de todas essas técnicas. O decisivo é que a aplicação do Direito depende do caso que está sendo julgado em referencia à norma. Em princípio, qualquer norma apresenta casos fáceis, casos nos quais a prática jurídica requer simplesmente seguir a regra, e também dá origem com certa frequência a outros casos nos quais operações analíticas, espécies de argumentos, avaliações, e possivelmente até processos de ponderação adicionais são necessários[28].

Então a teoria dos princípios falha em dois pontos. Primeiro ao sugerir que as normas jurídicas somente podem ser aplicadas mediante subsunção e ponderação e, segundo, quando pretende que a distinção dos dois métodos justifica a distinção entre regras e princípios. Poscher conclui que é um erro da teoria dos princípios ontologizar diferentes técnicas de aplicar as normas e assim tratá-las como diferentes tipos de normas[29].

1.4 A teoria dos princípios como uma teoria da argumentação. A teoria da argumentação jurídica é outro ramo da teoria dos princípios. Os princípios são normas jurídicas que cumprem papel especial na moldura da argumentação jurídica. É que os princípios são razões, que devem ser considerados como argumentos com a estrutura de mandamentos de otimização[30].

[26] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 235.
[27] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 236.
[28] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 236-237.
[29] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 238.
[30] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 238.

Segundo Poscher, nem todos os princípios podem ser interpretados como mandamentos de otimização ou razões. Se é certo que alguns princípios podem ser interpretados como razões, muitos outros no sistema jurídico não são mandamentos de otimização e tampouco podem ser aplicados mediante simples subsunção. Esse é o caso, por exemplo, do princípio da boa-fé, que não requer otimização, mas obediência estrita[31]. Mesmo o princípio da proporcionalidade pode ser entendido não como um mandamento de otimização, mas como uma garantia do mínimo existencial ou a proibição do excesso.

A respeito da argumentação jurídica mesmo, Poscher adverte que otimizações no Direito são frequentemente pré-estruturadas pelo legislador e não podem ser desafiadas por um ato de ponderação. A teoria dos princípios tenta responder este argumento redefinindo a obrigação jurídica de respeitar os atos legislativos como um princípio formal que é estruturado de forma igual aos outros princípios. Entretanto, a prática jurídica resulta desfigurada quando o Direito positivo é reduzido a um comando inerente a otimizar sua importância jurídica, que deve ser ponderado contra todos os outros princípios formais e materiais envolvidos em cada caso individual[32].

A conclusão de Poscher é que ao reduzir os diversos métodos de decisão à subsunção e à ponderação, a teoria dos princípios como uma teoria da argumentação jurídica fica atrás do estado de conhecimento já atingido e ao qual o próprio Alexy prestou uma notável contribuição com a sua teoria da argumentação jurídica. Em contraste, a simplificação nos moldes da sua teoria dos princípios debilita a diferenciação e falha em capturar a complexidade da tarefa do que faz o aplicador do Direito[33].

1.5 A teoria dos princípios como uma teoria dos direitos fundamentais. A crítica de Poscher diz que a teoria dos direitos fundamentais de Alexy é uma teoria da interpretação dos direitos fundamentais da Constituição alemã. Essa teoria diz que todos os direitos fundamentais na Constituição alemã são princípios e, como mandados de otimização, devem ser ponderados com outros princípios, em favor dos quais eles podem ser relativizados[34].

A teoria dos princípios diz que todos os direitos fundamentais são princípios, mas do fato de que as normas de direitos fundamentais não podem ser aplicadas mediante simples subsunção não resulta a implicação de que são princípios, tampouco se pode concluir que os direitos fundamentais devem ser entendidos como mandamentos de otimização que somente

[31] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 239.
[32] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 241.
[33] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 242.
[34] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 242.

podem ser aplicados mediante ponderação. Segundo Poscher, na interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais não se deve negar ao aplicador do Direito todo o conjunto de técnicas metodológicas de decisão e de argumentação jurídica. O desenvolvimento da interpretação das normas de direitos fundamentais depende desse *corpus* e não da distinção das normas jurídicas entre regras e princípios[35].

Nesse ponto, Poscher identifica a teoria dos direitos fundamentais de Alexy com a doutrina geral *ad hoc* de ponderação casuística para todos os direitos fundamentais da Constituição norte-americana. Como teoria destinada a desenvolver uma doutrina jurídica estruturada dos direitos fundamentais, a teoria dos direitos fundamentais como princípios não oferece nada mais do que a recomendação de que todos os aspectos relevantes do caso concreto sejam considerados e que eles devem ser otimizados através de ponderação[36].

Após essas formulações, a conclusão de Poscher é que os méritos da teoria dos princípios não sobrevivem as falhas da maioria de suas diferentes teorias dos princípios. O certo é que nenhum edifício teórico pode ser erguido sobre pedras angulares tais como a distinção entre regras e princípios e o dualismo entre subsunção e otimização por ponderação, noções que desmoronam sob uma inspeção mais próxima[37].

O mérito da teoria dos princípios é o que sobra das diferentes teorias após uma avaliação crítica, mas isso não representa muito. O argumento dos princípios teve um papel importante na crítica ao modelo positivista simplificado de decisão. Igualmente, serviu para destacar um relacionamento receptivo entre o Direito e a moral na formação de concepções e princípios jurídicos. Essa relação, contudo, é frouxa que de forma alguma vincula a validade do Direito à moral. No fundo, ela sequer desafia a tese de separação como uma tese destinada às condições de validade do Direito, o que é o central para o positivismo jurídico[38].

O lugar da teoria dos princípios é dentro de uma teoria da argumentação jurídica. Ao concentrar-se na análise dos argumentos que requerem otimização, a teoria dos princípios pode elucidar como tais argumentos funcionam. A lei da ponderação é um dos frutos deste trabalho. De qualquer modo, independentemente do quão importante a análise desse conjunto específico de argumentos possa ser, deve ser destacado que como uma teoria da argumentação o escopo da teoria dos princípios é limitado. Argumentos que se baseiam em otimização representam apenas um conjunto de argumentos entre outros[39].

[35] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 243.
[36] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 245.
[37] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 246.
[38] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 247.
[39] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 247.

2. Ralf Poscher não tem razão.

As críticas de Poscher atacam as formulações centrais da teoria dos princípios. Elas dizem que a correção da teoria dos princípios deve ser analisada a partir da avaliação de cinco diferentes tipos de teorias dos princípios. Eles são: a teoria dos princípios como uma teoria sobre o conceito de Direito; a teoria dos princípios como uma teoria sobre a estrutura das normas jurídicas; a teoria dos princípios como uma teoria da decisão; a teoria dos princípios como uma teoria da argumentação jurídica e a teoria dos princípios como uma teoria dos direitos fundamentais. Ao analisar a teoria dos princípios nos seus cinco tipos, Poscher conclui que ela não tem muitos méritos, fracassando em todas nas suas formulações centrais.

As objeções de Poscher à teoria dos princípios podem ser superadas.

2.1. Em primeiro lugar, Poscher não tem razão quanto levanta a objeção de que a teoria dos princípios indica uma unidade teórica inexistente[40]. Efetivamente, a teoria dos princípios é central para a teoria do Direito, a teoria da norma jurídica, a teoria da decisão, a teoria da argumentação jurídica e a teoria dos direitos fundamentais. O conceito de Direito, a estrutura das normas jurídicas, a aplicação das normas jurídicas para a resolução de casos concretos, a justificação do raciocínio jurídico e a teoria dos direitos fundamentais estão diretamente relacionadas com as formulações da teoria dos princípios. A teoria dos princípios tem um papel decisivo para responder a estas questões. O que é Direito? Qual é a estrutura das normas jurídicas? Como são aplicadas as normas jurídicas? Como se deve desenvolver o raciocínio jurídico de fundamentação racional da interpretação e aplicação do Direito? Qual é a compreensão das normas de direitos fundamentais?

A característica de a teoria dos princípios envolver diferentes dimensões do Direito não é problema, mas, antes, uma pretensão de sistematização científica do conhecimento. O seu êxito, então, está em oferecer formulações corretas sobre as questões colocadas[41].

A crítica de Poscher não acerta ao atacar o conceito de Direito formulado a partir da teoria dos princípios, negando a relação de necessariedade entre o Direito e a moral. Diferentemente do afirmado, a relação entre o Direito e a moral não é apenas frouxa ou fraca,

[40] Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada*..., p. 422.
[41] Cf. ALEXY, Robert. Comments and responses. In: KLATT, Matthias *Institutionalized Reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, p. 319-356, 2012, p. 341.

mas necessária. A validade do Direito depende do decretado conforme a ordem, da eficácia social e da pretensão de correção[42].

O argumento de Poscher de identificar a relação entre o Direito e a moral com a relação entre a matemática e o Direito tributário fracassa. Os princípios morais, diferentemente das regras da matemática, são incorporados ao ordenamento jurídico por meio dos princípios exatamente a partir da teoria dos princípios. Segundo deixa saber Alexy, as regras da matemática não podem substituir as regras jurídicas no julgamento de casos concretos[43]. As questões práticas colocadas nos litígios jurídicos são decididas com a interpretação e a aplicação das normas jurídicas. Isso porque as regras e os princípios são normas jurídicas e os casos colocados nos litígios jurídicos tratam de questões práticas, que são normativas.

Os princípios morais válidos não são incorporados ao Direito pela sua positivação, mas em razão de que o Direito coloca a pretensão de correção. A positivação dos princípios morais e, assim, a sua incorporação ao Direito é contingente, dependente da decisão do legislador. Nesse caso, então, efetivamente, a relação entre o Direito e a moral seria uma do tipo frouxa ou fraca. Contudo, não é esse o caso. A conexão do Direito e da moral é resultado da pretensão de correção colocada pelo Direito. Isso significa que o Direito essencialmente inclui princípios como elementos da sua dimensão ideal[44]. Então, que o Direito inclui necessariamente os princípios morais não é resultado da importância do papel dos princípios jurídicos na prática jurídica de aplicação das normas jurídicas para resolver casos concretos, mas da pretensão de correção que o Direito mesmo coloca[45].

Poscher não acerta quando afirma que não há relação necessária de validade entre o Direito e a moral. A fórmula de Radbruch, que expressa *extrema injustiça não é Direito*, fundamenta exatamente o contrário e isso pode ser justificado com a teoria dos princípios. Segundo Alexy, o princípio da justiça requer que todas as normas injustas não sejam classificadas como Direito e, por outro lado, o princípio da certeza jurídica requer que todas as normas autoritariamente promulgadas e socialmente efetivas sejam classificadas como Direito. A fórmula da extrema injustiça é resultado de uma ponderação que dá precedência ao princípio da certeza jurídica até o limiar da extrema injustiça, e precedência ao princípio da justiça a partir

[42] Cf. ALEXY, *Teoria discursiva do direito*…, p. 246; ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Aufl. München: Verlag Karl Alber Freiburg, 2005, S. 27.
[43] Cf. ALEXY, Comments and responses..., p. 341.
[44] Cf. ALEXY, Comments and responses..., p. 341.
[45] Cf. ALEXY, Robert. Não positivismo inclusivo. In: ALEXY, Robert. *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusive*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 303.

daí para frente. Isso significa que a ponderação e, com ela, a teoria dos princípios são parte da própria natureza do Direito[46].

2.2. O ataque à teoria dos princípios como uma teoria das normas não acerta o alvo. Segundo Poscher, diferentemente do afirmado pela teoria dos princípios, as regras e os princípios são estruturados de maneira idêntica e diferem somente em seu conteúdo contingente dentro de uma única estrutura normativa. Os casos de conflitos entre normas jurídicas são resolvidos com a introdução de cláusulas de exceção e os seus termos não implicam que uns casos sejam tratados como de regras e outros de princípios[47]. Então, não há a distinção de normas jurídicas em regras e princípios, conforme o proposto pela teoria dos princípios. As características diferentes das cláusulas de exceção não criam tipos estruturais diferentes de normas jurídicas.

A crítica de Poscher não se mantém porque identifica e unifica todos os casos de conflitos entre normas jurídicas, desconsiderando a diferença entre subsunção e ponderação[48]. Igualmente, a formulação de Poscher, ao desprezar a distinção entre regras e princípios, esquece do duplo aspecto das normas de direitos fundamentais. É que elas possuem uma cláusula de limitação, que são dadas pelos princípios concorrentes – exatamente as normas de direitos fundamentais. Essas normas não podem ser reduzidas a regras jurídicas, pois as suas cláusulas de limitação se referem a princípios e sua ponderação. Segundo Alexy, é impossível compreender a natureza das cláusulas de limitação - e, com ela, a estrutura da norma jurídica que a contém - sem recorrer a princípios como um tipo de norma fundamentalmente distinto das regras jurídicas. Por essa razão, a tentativa de Poscher de reduzir todas as normas a um simples esquema condicional das regras jurídicas fracassa definitivamente[49]. Ora, o sistema jurídico todo não pode ser reduzido a apenas regras jurídicas, pois desse modo a realidade de parte das normas constitucionais, notadamente os casos de colisão de direitos fundamentais, restariam descobertas do sistema mesmo.

O argumento que pode ser designado como *argumento da não existência*[50] de Poscher diz que o "tipo de entidade que a teoria deveria cobrir - princípios que não têm a estrutura de regras - não existe"[51].

---

[46] Cf. ALEXY, Comments and responses..., p. 343; VIGO, Rodolfo Luis. La teoria jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, p. 25-71, 2006, p. 48; ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. 2 ed. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, 2013, p. 250-251.
[47] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 230.
[48] Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada*…, p. 424.
[49] Cf. ALEXY, Comments and responses..., p. 344.
[50] Cf. ALEXY, Comments and responses..., p. 344.
[51] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 235.

O ponto de partida deste argumento é a distinção, feita pela teoria dos princípios, entre mandamentos de otimização e mandamentos a serem otimizados. Mandamentos de otimização somente podem ser obedecidos ou desobedecidos, e a execução completa é obrigatória. Eles expressam um dever definitivo. Portanto, eles são regras jurídicas. Em contraste, mandamentos a serem otimizados são objetos de um processo de ponderação. Como tais, eles expressam um dever ideal ou *prima facie*. Poscher levanta a objeção de que o conceito de um dever ideal é supérfluo, pois os objetos de otimização são, geralmente, não-normativos, como, por exemplo, a saúde ou a liberdade de expressão. Por essa razão, a conclusão de Poscher é que princípios como mandamentos ideais não existem.

Cuida-se, de um outro tipo de argumento reducionista[52]. É possível construir a ponderação exclusivamente por meio de mandamentos a serem otimizados para otimizar objetos não normativos, mas isso tem consequências.

A primeira é que o argumento reducionista de Poscher não é capaz de levar em conta uma colisão de direitos fundamentais, por exemplo, uma colisão entre o direito à liberdade de expressão e o direito à personalidade como colisão de normas ou direitos. Do ponto de vista do argumento reducionista, é simplesmente uma questão de dar prioridade a um ou a outro objeto de preferência. Isso, entretanto, falha em levar em conta a normatividade dos direitos fundamentais. Nos casos de direitos fundamentais colidentes, o direito à liberdade de expressão requer *prima facie* que a expressão contestada seja permitida, enquanto o direito à personalidade requer *prima facie* que ela seja proibida. A permissão *prima facie*, assim como a proibição *prima facie*, é, entretanto, derivável somente de uma norma[53].

Assim, por exemplo, o mandamento para otimizar a saúde alcança normatividade para a saúde, que pode ser expressada dizendo que é obrigatório *prima facie* que a saúde seja protegida. Essa obrigação *prima facie* é um dever ideal contido em um mandamento a ser otimizado[54]. Então, para o intérprete aplicador do direito fundamental à saúde, cuida-se de um mandamento para decidir de que modo a saúde pode ser otimizada. Na perspectiva do titular do direito fundamental à saúde, o mandamento corresponde a posições *prima facie* a tanto quanto possível o Estado pode atuar positivamente por meio de ações materiais concretas de modo a realizá-lo e a posições *prima facie* a tanto quanto possível ele pode exigir do Estado.

[52] Cf. ALEXY, Comments and responses..., p. 344.
[53] Cf. ALEXY, Comments and responses..., p. 344.
[54] Cf. ALEXY, Comments and responses..., p. 345.

Outro problema do argumento reducionista da não existência de Poscher concerne a construção dos direitos fundamentais[55]. O conceito de um dever ideal ou *prima facie* torna possível distinguir entre o direito fundamental *em si mesmo*, que não é limitado, por um lado, e o que sobra, uma vez que o limite é posto, isto é, o direito como já limitado, por outro lado. Esta distinção é uma das mais importantes no debate sobre a construção dos direitos fundamentais, pois ela não pode ser entendida sem o conceito de um dever ideal ou *prima facie*. Por isso, então, não só é possível aceitar a existência de princípios, mas necessário[56].

2.3. A crítica de Poscher à teoria dos princípios como teoria da decisão e da argumentação jurídica erra ao pressupor que ela sustenta, primeiro, que as normas jurídicas somente podem ser aplicadas mediante subsunção e ponderação e, segundo, que a distinção dos dois métodos justifica a diferença estrutural das normas jurídica entre regras e princípios.

A teoria dos princípios não afirma que as normas jurídicas somente podem ser aplicadas mediante subsunção e ponderação e que são esses dois métodos que justificam a distinção estrutural das normas jurídicas em regras e princípios.

O problema de Poscher é supor que a aplicação das regras jurídicas se identifica com o esquema simples do modelo lógico subsuntivo proposto pela escola da exegese ou pela jurisprudência dos conceitos do positivismo do Séc. XIX. No caso da subsunção, Poscher parece sugerir que, segundo a teoria dos princípios, as regras jurídicas são aplicadas com base em uma operação simples e mecânica, sem necessidade de interpretação e argumentação.

O erro está em não entender que a teoria dos princípios abrange um modelo altamente complexo de subsunção que está essencialmente conectado com a argumentação e a interpretação. Uma tese central da teoria dos princípios diz que existem três formas básicas de aplicação do Direito. A subsunção, a ponderação e a comparação de casos, e que essas três formas básicas estão intrinsecamente conectadas[57]. No sistema no qual as três formas básicas têm um lugar, a ponderação possui um papel central. Isso não quer dizer, entretanto, que ela predomina em todos os aspectos do discurso jurídico[58]. Deve ser compreendido que a estrutura formal da subsunção é representada pelo esquema dedutivo, que é a fórmula da subsunção. Por seu lado, a ponderação tem a fórmula peso como a sua estrutura formal. A aplicação do Direito por intermédio da comparação de casos tem a forma da analogia[59].

---

[55] Cf. ALEXY, *Teoria discursiva do direito*…, p. 148-149.
[56] Cf. ALEXY, Comments and responses..., p. 345.
[57] ALEXY, Robert. Dois ou três. In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 225.
[58] Cf. ALEXY, Comments and responses..., p. 345.
[59] Cf. ALEXY, Dois ou três..., p. 225.

A objeção de Poscher não se mantém porque pressupõe que as normas jurídicas somente podem ser aplicadas mediante a estrutura da subsunção e a estrutura da ponderação[60], quando o certo é que também a comparação de casos é um modelo estrutural de aplicação das normas jurídicas admitido na teoria dos princípios. Além disso, a crítica de Poscher não acerta ao pressupor que são os métodos de aplicação das normas jurídicas, estrutura da subsunção e estrutura da ponderação que justificam a distinção entre regras e princípios. O problema de Poscher está na incompreensão da teoria dos princípios[61].

2.4. Outra crítica de Poscher é a de que a tese da teoria dos princípios como uma teoria dos direitos fundamentais não se sustenta. Segundo Poscher, o fato de que as normas de direitos fundamentais não podem ser aplicadas mediante simples subsunção não implica que elas são princípios[62].

A crítica de Poscher não se sustenta porque despreza o caráter duplo das normas de direitos fundamentais. A interpretação das disposições de direitos fundamentais requer uma ponderação. Então, no nível dos princípios, as normas de direitos fundamentais têm um caráter de princípio, quando entram em colisão com os princípios em contrário. É essa colisão que requer a ponderação. O resultado da ponderação é uma regra, quando se entra no nível das regras[63]. Nesse nível, trata-se já de subsunção e não mais de ponderação. Então, é correto afirmar que as normas de direitos fundamentais têm um caráter duplo como regras ou princípios[64].

Com isso, fica claro que a distinção entre regras e princípios é decisiva para uma teoria dos direitos fundamentais, pois ataca os problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais por meio de seu tratamento como princípios e da conexão com os princípios da proporcionalidade. Tanto isso é acertado que a existência das normas de direitos fundamentais associadas depende do caráter de princípio das normas de direitos fundamentais[65].

O significado da distinção entre regras e princípios resulta disto, que o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade resulta logicamente da definição de princípios. Por outro lado, a definição de princípios resulta

---

[60] Cf. ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 131-153, 2007; KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Espaços no direito público.* Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 152-160.
[61] Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada*..., p. 431.
[62] Cf. POSCHER, The principles theory..., p. 243.
[63] Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*..., S 157.
[64] Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada*..., p. 376.
[65] Cf. LUDWIG, *A norma de direito fundamental associada*..., p. 381.

logicamente do princípio da proporcionalidade[66]. Assim, o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade e este implica àquele[67]. A razão para isso é que o princípio da proporcionalidade está enraizado no Estado de Direito democrático constitucional e constitui a essência dos direitos fundamentais[68].

Outro traço decisivo da teoria dos princípios como teoria dos direitos fundamentais é que reconhecer que a estrutura da norma como princípio autoriza formular a interpretação das normas de direitos fundamentais com caráter *prima facie*, o que é central para a justificação de normas de direitos fundamentais associadas.

Conclusão

Esta investigação discutiu as objeções de Ralf Poscher à teoria dos princípios. A conclusão, em resposta ao problema proposto, é que as críticas formuladas deixam intocada a teoria dos princípios na integralidade de suas dimensões. As críticas de Ralf Poscher são corretamente respondidas pela teoria dos princípios e, por isso, devem ser recusadas.

As críticas dizem que a teoria dos princípios fracassa em todas as suas dimensões. Primeiro, quanto ao seu pretensioso caráter unitário, quando pretende abarcar sob um rótulo unitário um conjunto variado de outras teorias. Igualmente, as objeções de Poscher dizem que a teoria dos princípios não é exitosa como uma teoria do conceito de Direito, como uma teoria da norma, como uma teoria da decisão, como uma teoria da argumentação e como uma teoria dos direitos fundamentais.

Ralf Poscher não tem razão.

A relação entre o Direito e a moral, diferentemente do sustentado por Poscher, é uma relação de necessariedade, porque o Direito coloca sempre a pretensão de correção. É disso que resulta a incorporação ao Direito dos princípios morais. Incorporação pela positivação, dependente da decisão do legislador, sendo, por isso, contingente. O Direito essencialmente inclui princípios como elementos da sua dimensão ideal, ao colocar a pretensão de correção. Então, o conceito de Direito inclui o elemento moral da pretensão de correção. Por isso mesmo, a validade das normas jurídicas depende de seu conteúdo.

---

[66] Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 132.
[67] Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*..., S. 100.
[68] Cf. HECK, Luís Afonso. *Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 176.

As normas jurídicas são regras e princípios. Poscher não acerta quando pretende que o sistema jurídico todo seja um sistema puro de apenas regras jurídicas. Diferentemente, o sistema jurídico é um sistema de regras e princípios. O argumento reducionista de Poscher despreza os métodos diferentes de aplicação das normas jurídicas que são regras e das que são princípios. Então, nega a distinção entre subsunção, ponderação e comparação de casos. Além disso, ao negar a existência de princípios, Poscher deixa aberta a questão sobre o caráter duplo das normas de direitos fundamentais. Nada ficaria dito sobre os casos de colisão de direitos fundamentais e a configuração de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*.

Ao discutir a teoria dos princípios como teoria da decisão e da argumentação jurídica, Poscher igualmente não acerta. A teoria dos princípios não afirma que a subsunção e ponderação justificam a distinção estrutural das regras jurídicas em regras e princípios. O sistema jurídico deve ser um sistema combinado de regras e princípios porque os problemas de um sistema exclusivo de regras e de um sistema exclusivo de princípios são insuperáveis. Além disso, a subsunção é uma parte do raciocínio jurídico, notadamente a da justificação interna. A justificação externa é o lugar da interpretação e argumentação, quando exatamente devem ser justificadas as premissas escolhidas. O resultado da ponderação é uma regra e, portanto, uma das premissas do raciocínio jurídico. Com isso, também no caso de colisão de princípios, depois da ponderação, tem-se subsunção. E não apenas isso, há, ainda, os casos de aplicação das normas jurídica por analogia.

Ao criticar a teoria dos direitos fundamentais como uma teoria dos princípios, Poscher duvida que as normas de direitos fundamentais sejam princípios. Aqui, o erro está não compreender o caráter duplo das normas de direitos fundamentais. Normas de direitos fundamentais têm a estrutura de regras e de princípios. A determinação de uma disposição de direito fundamental como regra e, então, a configuração de posições fundamentais jurídicas definitivas, não apenas *prima facie*, depende da ponderação e, assim, do princípio da proporcionalidade. É que o caráter da norma jurídica como princípio implica o princípio da proporcionalidade, o que constitui a essência dos direitos fundamentais.

Bibliografia

AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

———. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

_____. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Aufl. München: Verlag Karl Alber Freiburg, 2005.

_____. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *The Argument from Injustice*. Trans. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Oxford University, 2002.

_____. Dois ou três. In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 225-238, 2015.

_____. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, Jun. p. 131-140, 2003.

_____. The Nature of Legal Philosophy. *Ratio Juris*, v. 17, n. 2, Jun., p. 156-167, 2004.

_____. The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, Dec., p. 374-384, 1999.

_____. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3. Sept., p. 294-304, 2000.

_____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, Dec. p. 433-449, 2003.

_____. An Answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 36-55, 2007.

_____. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris*, v. 12, n. 13, Jun., 138-147, 2000.

_____. Thirteen Replies. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 333-366, 2007.

_____. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo e direito discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 95-113, 2010.

____. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 131-153, 2007.

_____. Reflections on How My Thinking about Law Has Changed over the Year. Disponível em *www.tempereclub.org.* Acesso em 18 de maio de 2016.

_____. Não positivismo inclusivo. In: ALEXY, Robert. *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusive*. Florianópolis: Qualis, p. 303-317, 2015.

_____. *Teoria discursiva do direito*. 2 ed. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.
BUSTAMANT, Thomas da Rosa. *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de janeiro: Renovar, 2008.
CRUZ, Paulo Marcio: ROESLER, Claudia Rosane. *Direito e argumentação*. Rio de janeiro: Lumen juris, 2007.
GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
_____. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 147-175, 2015
HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. HAGE, Jaap C. *Reasoning with Rules*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.
HECK, Luís Afonso. *Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
_____. HECK, Luís Afonso (Org.). *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação.* Porto Alegre: Sergio Fabris, 2015.
KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1979.
LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.
MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. London: Springer, 2008.
POSCHER, Ralf. The principles theory: how many theories and what is their merit? In: KLATT, Matthias *Institutionalized Reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: oxford University Press, 2012, p. 218-247.
KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Espaços no direito público.* Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.
SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2011.
SIECKMANN, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle der Rechtssystemns.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1990.
STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de janeiro: Renovar. 2006;

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Nota sobre a organização e a tradução. In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. XV-XXI, 2015.

VIGO, Rodolfo Luis. La teoria jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, p. 25-71, 2006.

WEINBERGER, Ota. Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation. In: KRAWIETZ, Werner; ALEXY, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Buncker & Humblot, S. 159-232, 1983.