DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY:
aspectos teóricos, a questão da democracia na atuação do Poder Legislativo e técnica de resolução de conflitos de direitos fundamentais*

FUNDAMENTAL RIGHTS IN ROBERT ALEXY'S THEORY:
theoretical aspects, the question of democracy in action of the Legislative Power and conflict resolution technique of fundamental rights

DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY:
cuestiones teóricas, la Democracia en el proceso de elaboración de las leyes y técnica de solución de conflictos de derechos fundamentales

Paulo Roberto Barbosa Ramos
Diogo Diniz Lima

Resumo: O presente artigo trata do tema dos direitos fundamentais, referenciado na doutrina de Robert Alexy, buscando demonstrar as implicações do tema no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, especialmente no que toca à formação do catálogo de direitos fundamentais e a jurisdição constitucional desses direitos. O trabalho apresenta uma análise evolutiva e um panorama institucional da matéria, que vai desde a teoria da norma adotada pelo autor, passando por uma análise crítica de sua teoria dos direitos fundamentais e pela diferenciada atuação dos Poderes do Estado em torno do tema, até chegar a questões relativas ao discurso de legitimidade e à "lei de colisão".
Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Jurisdição Constitucional. "Lei de Colisão".

Abstract: This paper deals with the issue of fundamental rights, referenced in Robert Alexy's doctrine , seeking to demonstrate the implications of the issue in the Legislature and the Judiciary Powers, especially concerning to the formation of the catalog of fundamental rights and constitutional jurisdiction of those rights. The paper presents an evolutionary analysis and an overview of institutional matters, ranging from the theory adopted by the author, through a critical analysis of his theory of fundamental rights and by the different performance of the State Powers around the theme, to questions relating to the discourse of legitimacy and the "law of collision."
Keywords: Fundamental Rights. Constitutional Adjudication. "Law of Collision".

Resumen: En este trabajo se aborda la cuestión de los derechos fundamentales, se hace referencia en la doctrina de Robert Alexy, tratando de demostrar las implicaciones de la cuestión en la Asamblea Legislativa y el Poder Judicial, especialmente en lo relativo a la constitución del catálogo de derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional de esos derechos. El documento presenta un análisis evolutivo y una visión general de las cuestiones institucionales, que van desde la teoría de las normas adoptadas por el autor, a través de un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales y el funcionamiento de los distintos poderes del Estado en torno al tema, hasta las cuestiones relacionadas con el discurso de la legitimidad y la "ley de colisión".
Palabras clave: Derechos Fundamentales. Jurisdicción Constitucional. "Ley de Colisión".

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais constituem-se em temática de importância ímpar ao Direito Constitucional e à vivência política e judicial de um país, erigindo-se como fatores primários da defesa do cidadão contra os abusos do Estado. Seu real valor pode ser extraído da história, a partir dos movimentos empreendidos com o objetivo de conformar, na atuação do Estado, Poder e direitos. Grandes violações de direitos fundamentais, dando especial destaque à Segunda Guerra Mundial, trouxeram grandes mudanças políticas e teóricas, criando um processo de ressurgimento de direitos e despertando para a necessidade de doutrinas que pudessem melhor entender e aplicar os direitos fundamentais.

* Trabalho premiado durante o XXIII Encontro do SEMIC realizado na UFMA entre os dias 08 a 11 de novembro de 2011.
Artigo recebido em fevereiro 2012
Aprovado em abril 2012

Em momentos de relativa paz social, fixados os pressupostos fáticos e políticos, os direitos fundamentais passam por um período de aprimoramento e efetivação. A práxis no Poder Legislativo, no exercício legiferante em patamar infraconstitucional conduz as leis a um processo de alinhamento e reafirmação do projeto constitucional, que, no labor dos representantes, deve ser empreendido na constante prática de um discurso de legitimação, conforme se demonstrará a frente.

O Poder Judiciário por sua vez, lida com a textura aberta das normas de direitos fundamentais, sendo responsável por sua delimitação, criando um substrato sólido ao trabalho dos *jusperitos*, não apenas dos magistrados. Aclarado, ainda que parcialmente, os limites das normas de direitos fundamentais, surge um segundo ponto elementar no trabalho judicial: os conflitos entre os direitos fundamentais, que desencadeiam a necessária atuação em busca da harmonização do sistema, marcando o discurso do Poder Judiciário pela defesa de que a decisão tomada é legítima por estar diretamente amparada pelo plexo de direitos constitucionais expressamente previstos na Constituição ou advindos da regra de abertura do catálogo (art. 5º, §2º).

Neste sentido, o presente trabalho pretende analisar uma das mais destacadas teorias dos direitos fundamentais, desenvolvida por Robert Alexy, explicitando seus principais pontos, para examinar duas questões que se configuram como objetos centrais deste estudo: a relação entre direitos fundamentais e as funções legislativa e judicial do Estado e a solução de conflitos entre direitos fundamentais a partir da lei de colisão.

2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA DOUTRINA DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy, Professor Catedrático da Universidade de Kiel na Alemanha na área de Direito Público e Filosofia do Direito, constrói sua teoria dos direitos fundamentais com base na Constituição da Alemanha, mas acaba por fornecer elementos e conceitos importantes para a teoria do direito desenvolvida em todo o mundo. Trata-se de uma teoria dogmática, alinhada à jurisprudência dos conceitos, composta por três dimensões: analítica, empírica e normativa. Na dimensão analítica há um estudo aprofundado de natureza teórica do sistema jurídico, em suas estruturas e conceitos. Diz o doutrinador:

> A dimensão analítica diz respeito à dissecção sistemático-conceitual do direito vigente. O espectro de tal dimensão estende-se desde a análise de conceitos elementares (por exemplo, do conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade e de igualdade), passando por construções jurídicas (por exemplo, pela relação entre o suporte fático dos direitos fundamentais e suas restrições e pelo efeito perante terceiros) até o exame da estrutura do sistema jurídico (por exemplo, da assim chamada irradiação dos direitos fundamentais) e da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais (por exemplo, do sopesamento) (ALEXY, 2008b, p. 33-34).

A dimensão empírica avança para analisar a construção do direito por meio das normas jurídicas positivadas no ordenamento e da aplicação do direito, verificando-se, inclusive, o discurso jurídico por trás dos atos dos diversos protagonistas do direito. Cuida-se de uma análise mais ampla do que da simples construção de validade das normas contidas no ordenamento jurídico, é uma dimensão dirigida ao estudo do direito enquanto engrenagem em funcionamento, aplicada para a consecução de determinados objetivos.

A dimensão normativa tem natureza crítica. Transcende a dimensão empírica para ganhar um condão propositivo que visa melhor compreender a prática jurídica, tecendo uma análise crítica e apontando as possíveis soluções e a construção de um método capaz de fornecer respostas corretas aos casos concretos.

Alexy (2008b, p. 38), sobre a importância das três dimensões supramencionadas para a Ciência do Direito, afirma que:

> Em face das três dimensões, o caráter prático da Ciência do Direito revela-se como um princípio unificador. Se a ciência jurídica quiser cumprir sua tarefa prática de forma racional, deve ela combinar essas três dimensões. Ela deve ser uma disciplina integradora multidimensional: combinar as três dimensões é uma condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática. As razões são facilmente perceptíveis. Para se obter uma resposta a uma questão sobre o que deve ser juridicamente, é necessário conhecer o direito positivo. O conhecer do direito positivo válido também é uma tarefa da dimensão empírica. Nos casos mais problemáticos, o material normativo que pode ser obtido por meio da dimensão empírica não é suficiente para fundamentar um juízo concreto de dever-ser. Isso leva à necessidade de juízos de valor adicionais e, com isso, à dimensão normativa.

O doutrinador cuja obra é objeto da presente análise para a composição de sua teoria, adota um método integrativo, que capta postulados válidos de teorias relativas às três dimensões supramencionadas, de modo a criar uma "teoria ideal dos direitos fundamentais", a qual o próprio autor reconhece que somente é possível se aproximar de um nível que possa ser denominado ideal. Alexy (2008b) aponta

então para a necessidade de uma reformulação da lógica clássica que seja possível compreender as peculiaridades das questões envolvendo direitos fundamentais de forma que se possibilite a tomada de decisão razoavelmente aceitável.

Segundo ele, o positivismo clássico adota um modelo lógico tradicional marcado por coerência, certeza e não contradição. Tais conceitos dificilmente poderiam se aplicar ao trato dos direitos fundamentais em razão da natureza das questões trazidas à apreciação do aplicador do direito por tal matéria. Ante esta limitação, propõe uma nova lógica, menos presa às premissas puras, que não se submetem às condições variáveis e mais direcionada ao fornecimento de um resultado racional que leve em conta os interesses antagônicos postos para análise e as condições fáticas nas quais esta questão é travada.

Para melhor compreensão da teoria, é necessário também entender o conceito de norma adotado pelo autor. Cuida-se de conceito semântico que aparta norma (mandamento) de enunciado normativo (texto). Sendo que "uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo" (ALEXY, 2008b, p. 54). Desta maneira, a atenção do aplicador deve partir do enunciado rumo ao imperativo deôntico dele emanado, que definirá qual decisão está juridicamente amparada, sem prescindir da devida fundamentação.

Alexy elenca a norma jurídica como um gênero no qual estão incluídos os princípios e as regras como espécies. Reconhecendo os diversos critérios contidos na doutrina para empreender tal diferenciação, o autor escolhe uma que toma por base o nível de satisfação do preceito deôntico contido na norma. Para este autor, princípios são mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em diferentes graus, sendo que em caso de colisões aconteceria um afastamento apenas parcial da aplicação de um (que cederia espaço) para que o princípio colidente tivesse ampliado o seu grau de satisfação. Em um plano abstrato, os princípios pairariam livres de qualquer conflito. A aplicação de um princípio deve encontrar amparo tanto em possibilidades fáticas quanto jurídicas. Enuncia o autor sobre o tema:

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que 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, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEX, 2008, p. 90)

Consoante ensina o autor, os princípios e as regras são dotados de um distinto caráter prima facie. Enquanto os princípios não possuem extensão do conteúdo determinável inicialmente, as regras o possuem. Deste modo, a concepção primária que se faz de um princípio, no que toca a possibilidade de sua aplicação ao caso concreto, é revestida de grande incerteza. As regras, em razão da extensão do conteúdo estar bem determinada o que exige a satisfação do imperativo deôntico que contém, expõem um grande grau de certeza em relação ao seu objeto e a sua concretização.

As regras, por sua vez, não admitem graus diferentes de satisfação. Se as normas contidas nos enunciados forem duas regras, ambas aplicáveis ao mesmo caso, dever-se-á proceder à declaração de invalidade de uma delas, tendo por referencial os meios de resolução de conflito de normas oferecidos pela teoria do direito e pelo ordenamento jurídico. Acerca do tema, diz Alexy (2008b, p. 91):

> Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

Ante esta diferenciada estrutura, pode-se dizer que princípios colidem, enquanto as regras entram em conflito. Tal distinção também é refletida nas dimensões buscadas para a resolução da questão. A colisão de princípios é solucionada na dimensão do peso, através do mecanismo que Alexy denominou como lei de colisão, que será a seguir analisada. O conflito de regras é solucionado, como já se deu a conhecer, na dimensão da validade, podendo-se recorrer aos critérios clássicos "*Lex posterior derogat legi priori*" e "*Lex specialis derrogat legi generali*", citados pelo próprio autor.

Torna-se necessário saber, então, quais normas consideradas válidas dentro de um ordenamento jurídico podem ser consideradas normas de direitos fundamentais e quais os critérios para tal determinação. Criticando os critérios estruturais ou puramente formais para seleção dos direitos fundamentais, Robert Alexy propõe um modelo ampliativo em relação ao formal. Seguindo o entendimento apontado pelo doutrinador, norma de direito fundamental é aquela expressamente denominada pela

Constituição como tal. Isso é feito por meio da inserção destas normas em capítulo próprio que trate desta espécie de direitos.

Ao lado das normas de direito fundamental diretamente estabelecidas, em razão da textura aberta desta e da possibilidade de preenchimento de seu conteúdo com outros direitos dotados de maior especificidade, surgem as normas de direito fundamental atribuídas. Este conteúdo possui especial relevo para a perspectiva aqui desenvolvida. A textura flexível das normas de direitos fundamentais gera a possibilidade de inclusão ou de especificação de seu conteúdo a partir da aplicação do direito por meio de duas relações denominadas por Alexy de "relação de refinamento" e "relação de fundamentação".

A relação de refinamento faz-se necessária no quando da aplicação da norma constitucional ao caso concreto levado à análise do órgão judicante (adotando-se aqui a perspectiva do juiz). A indeterminação tanto em relação à aplicabilidade como em relação à configuração exige o refinamento da norma contida na disposição de direito fundamental, cabendo-se definir: a) se o direito de fato é aplicável ao caso; b) caso seja aplicável, qual o alcance da norma; c) se o conteúdo da norma é um direito subjetivo negativo, positivo ou ativo.

A relação de fundamentação consiste em legitimar a norma que é encontrada como produto da relação de refinamento, tendo como fonte legitimadora a própria norma que foi refinada. Cuida-se de uma operação de argumentação que seja suficientemente apta a demonstrar que o direito aplicável ao caso ou é diretamente decorrente da disposição de direito fundamental ou a ela pode ser atribuída. Após a apresentação das normas de direito fundamental do ponto de vista externo, de sua escolha no ordenamento jurídico. É necessário proceder à análise interna, compreendendo o conteúdo destas normas e seus desdobramentos possíveis.

Disposições de direitos fundamentais são continentes de direitos subjetivos. Estes, por sua vez, conferem aos seus possuidores uma posição jurídica diferenciada por um lado e uma prerrogativa processual para ingressar na Justiça e pleitear esse direito por outro. Somente a primeira parte constitui-se em objeto da ora intentada análise. Ademais, o próprio Alexy (2008b) adverte para os casos em que a fixação dos direitos subjetivos na capacidade processual pode levar a impedimentos indesejáveis no acesso a tais direitos.

Baseando-se nos ensinamentos de Jhering, para quem direitos subjetivos são interesses que são protegidos juridicamente, aponta para um pólo substancial destes direitos, consistente na utilidade, na vantagem ou no lucro concedido pela norma e o polo formal implícito que garante a capacidade processual. O modelo de direitos subjetivos está estratificado em três níveis: a) de razões para direitos subjetivos; b) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas; c) exigibilidade jurídica.

Os direitos subjetivos em seu sentido positivo (direito a algo), conforme a teoria de Alexy, assumem a forma de uma relação triádica. O que se quer dizer com isso é que três grandezas interagem nessa relação em sua forma básica. Tomando por base a estrutura básica, Alexy (2008b, p. 185) discorre que: "se a norma individual, segundo a qual *a* tem, em face de *b*, um direito G é válida, então, *a* encontra-se em uma posição jurídica caracterizada pelo direito a G". Esta demonstração tem importância principalmente na análise que se faz das relações jurídicas que se desenvolvem entre pessoas ou entre pessoas e ações.

Em sentido negativo, os direitos subjetivos podem assumir a forma de liberdades também denominadas direitos de defesa. O destinatário destes direitos é o Estado. Esta espécie de direito subjetivo é dividida pelo autor em comento em três grupos: não-embaraço, não-afetação e não-eliminação. O não-embaraço consiste em vedação destinada ao Estado cujo conteúdo torna violadoras as ações estatais que tendam a dificultar ou impedir o exercício de direitos fundamentais. Tanto faz que as ações impeçam a fruição do direito de modo direito ou que o Estado se utilize do Poder Legislativo ou de outros meios normativos para criar barreiras jurídicas à concretização de tal direito fundamental.

Os direitos à não-afetação correspondem a uma proibição de que o Estado aja, qualquer que seja o meio utilizado, para afetar situações consolidadas e garantidas por normas de direitos fundamentais. O uso de prerrogativas pelo Estado para violar tais direitos devem ser excepcionais ou constitucionalmente previstas, sob pena de um inaceitável desvirtuamento do próprio Estado Constitucional.

Por fim, os direitos à não-eliminação de posições jurídicas protegem da ação do Estado direitos subjetivos contidos no patrimônio jurídico do sujeito, desde que haja uma norma de direito fundamental para ampará-lo. Não é dado ao ente estatal, sob motivos outros,

avançar arbitrariamente sobre direitos constitucionalmente protegidos, eliminando posições jurídicas que são primordialmente dirigidas a ele – Estado –, pois o Estado de Direito tem por característica essa restrição de poderes ilimitados, em especial, ao seu uso contra os particulares para a imposição de uma vontade despida de reflexos da soberania popular.

O desenvolvimento acerca da textura que deve ser aplicada aos direitos fundamentais – regras ou princípios –, a lei de colisão e as críticas de Friedrich Müller a esse modelo serão objeto de análise dos capítulos seguintes.

3 ATUAÇÃO LEGISLATIVA, LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A QUESTÃO DA DEMOCRACIA

A questão dos direitos fundamentais é delicada e requer análise apurada, em especial naquilo que se refere à relação entre a atuação legiferante, o poder de decisão e o discurso de legitimação que deve estar contido em todo este processo.

Consoante esboçou Alexy (2008b), os direitos fundamentais são aqueles expressamente acolhidos no sistema jurídico através de normas jurídicas detentoras da estrutura de um princípio, além daqueles mais específicos, que encontram apoio em um direito expressamente referenciado, abrigados nas denominadas normas de direito fundamental atribuídas. Desta maneira, é característico da função legiferante esta atuação inicial, que é de crivo e construção do catálogo de direitos fundamentais. Isto se inicia por meio da ação do constituinte originário.

Por serem os direitos fundamentais núcleo duro da Constituição e por ser este tema materialmente constitucional, tem-se que a Lei Maior é o receptáculo primeiro das normas de direitos fundamentais que são inseridas no ordenamento jurídico. Este processo não é puramente volitivo. O constituinte necessita buscar legitimidade para sua atuação. Não é por ser constituinte que está livre desta questão central da democracia. Também não se pode erguer o caráter inaugural da Constituição ou seu amplo poder de reconstruir o ordenamento jurídico para sustentar tal desprendimento das balizas da legitimidade.

Na linha ora encampada, chama a atenção o que vaticinou Müller (2004, p. 58-59) sobre a limitação ao Poder Constituinte e acerca da legitimação parlamentar, *in verbis*:

> A lei fundamental de um Estado sempre vige na sua versão *atual*. Ela é, portanto, atribuída nessa respectiva versão atual ao "povo", enquanto titular de legitimação, sem ter sido "constituída" nesses casos (originariamente) pelo povo; aqui o sistema representativo – alteração da constituição por meio de legitimação parlamentar qualificada – sobrepõe-se à metáfora da "constituição" da constituição, que sugere, enquanto tal, essa imediatidade. O "constituir" no casa da *constituante* – representativo do povo, embora inserindo este como sujeito de atribuição, mas sem mediações no caso do plebiscito constituinte – não constitui para o Estado uma "Constituição", mas "constitui" o Estado *enquanto* Estado Constitucional, constitui-o enquanto tal, *constitui* um Estado não apenas no sentido de detalhamento institucional, mas inicialmene no sentido de sua fundamentação.

Deste modo, demonstrado que a Constituição é fruto de uma representação qualificada que encontra base de legitimação no povo, que funciona como sujeito de atribuição (de legitimidade, sem participar além dos limites da escolha de um cidadão para representá-lo), a questão democrática encontra limites na aceitação da norma representativamente produzida por parte daqueles que atribuíram essa legitimidade ao Poder Constituinte. Ou seja, há um voto de confiança de conteúdo aberto dado pelo povo a seus representantes com poder constituinte (voto que é mais extenso do que aquele dado ao legislador ordinário). No entanto, o resultado do trabalho precisa encontrar aceitação posterior por parte do povo, que deve reconhecer as regras postas como parte de sua própria vontade.

Por ser a mais política das normas, por se tratar de um pacto do Estado, um segundo contrato social que se propõe a racionalizar a estrutura estatal, conforme os termos postos pelo movimento constitucionalista, a Lei Fundamental deve estar também de acordo com as correntes de poder contidas na sociedade. Ao modo como previu Lassalle (1998), a Constituição não tem o poder de transformar as coisas sem encontrar algum eco nas correntes detentoras da força política.

É necessário, contudo, na linha do que fez Hesse (1991), em uma obra que dialoga (contrapondo-se) à obra de Lassalle, conferir à Constituição força normativa, sem negar a fundamental incidência dos fatores reais de poder. Ao modelo do que fez Gomes Canotilho, tratar a relação entre Constituição e sociedade como de reflexo e refletor.

Em um segundo momento, esta atividade seletora de direitos fundamentais continua por meio da atuação do Poder Constituinte derivado, que atua – em uma Constituição ao modelo brasileiro (dotada de cláusulas pétreas) – rumo ao aprimoramento do catálogo, em um processo de expansão dos direitos fundamen-

tais. Numa atuação final, tem-se o legislador ordinário, constituído como concretizador do projeto constitucional. Como aquele responsável por levar os ditames constitucionais a todas as normas do ordenamento jurídico.

A partir daí, é possível analisar a questão da legitimidade. Posta a norma de direito fundamental no ordenamento jurídico, ela opera eficácia em dois sentidos: horizontal, que reprime a atuação de indivíduos contra esses direitos; e vertical, que impõe ao próprio Estado o dever de se abster (liberdades), de prestar (direitos a algo) ou de ampliação do direito de agir do indivíduo por meio da ampliação de suas liberdades (competências).

Isto posto, a legitimidade destas normas são aferidas, para Friedrich Müller (2004, p. 30), a partir do momento em que a práxis jurídica mantém o pacto firmado por meio destas normas. Neste ponto se encontram as teorias acima elencadas. Consoante aponta Alexy (2008a, p. 20) em outra obra de grande relevo, a pretensão primária do Direito é a correção trata-se de um requisito próprio do Direito, logo, próprio da feitura das normas jurídicas. Esta pretensão dilata-se do Direito para ser um objetivo do próprio Estado. Assim sendo, o labor legislativo e a prática dos imperativos deônticos dele emanados devem guardar fidelidade ao projeto constitucional, sob pena da perda de legitimidade não apenas de sua atuação, mas de todo o sistema.

Do ponto de vista do Poder Legislativo, o cerne da questão encontra-se na representação. Ante a impossibilidade de que todos participem da produção legislativa, criou-se uma solução, que é a democracia representativa. Nesta, os detentores da condição de cidadãos, que trazem em seu patrimônio jurídico o direito que é o sufrágio, apontam entre seus iguais, aqueles que representarão seus ideais no processo democrático de produção de leis. Assim sendo, a legitimidade da atuação legislativa alinha-se ao ideal contratado na representação e permanece estável enquanto o parlamento mantiver em seu discurso os termos pactuados. Elucidando o tema, Alexy (2008a, p. 163-164) enuncia que:

> Representação é uma relação de duas variáveis entre um representandum e um repraesentas. No caso da dação de leis parlamentar, a relação entre o repraesentandum – o povo – e o repraesentans – o parlamento – é determinada essencialmente, por eleições (...) a democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso tão amplamente quanto possível, como meio de tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos. Deste modo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou discursiva.

A atuação legislativa, ainda na linha do supracitado doutrinador, compreende então a junção entre três dimensões: uma normativa, uma fática e uma ideal. Na primeira, está o processo legislativo que deve pautar-se de acordo com um projeto da nação, limitado pela Constituição; na segunda, está a vontade do povo de ter aquela representação, dimensão que confere estabilidade à relação; e, por fim, a terceira é a própria pretensão do direito, o ideal de correção que motivou a escolha na dimensão fática e deve pautar a atuação dos representantes na dimensão normativa.

Situando o Poder Judiciário na teoria aqui explanada, a representação deste braço do Poder estatal é meramente argumentativa, do ponto de vista de Alexy (2008a), pois o elemento volitivo configurado pela seleção dos indivíduos não se faz presente. O Judiciário precisaria, então, convencer de que a aplicação do direito perpetuada nos tribunais é compatível com a dimensão normativa, mas, principalmente, com a dimensão ideal.

A argumentação de que aqui se fala não é apenas jurídica. Deve ser desenvolvida de tal modo que encontre respaldo no maior número de pessoas. Não se quer aqui revolver a polêmica da questão acerca dos limites entre Direito e Democracia. Mas se está a dizer que nenhum órgão do Estado pode se valer do Direito para praticar um discurso incompatível com a realidade social. É neste sentido que se conduz Alexy (2008a), baseando seu posicionamento na doutrina de John Rawls (2000).

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, a legitimação pautada na concretização das normas referentes a tais direitos passível de avaliação a partir da sua concretização na práxis jurídica, deve ser avaliada a partir da atuação do Estado, por meio de todos os seus Poderes, nos três tipos básicos de normas: liberdades, direitos a algo e competências. No aspecto da concretização na práxis jurídica, deve-se ter em conta que esta não ocorre apenas no Poder Judiciário, por meio das decisões, mas deve pautar a atuação legislativa. Nesta linha, as competências ganham especial valor.

Em um Estado de Direito, o pressuposto basilar é a legalidade. A partir daí, tem-se que a postura do ente estatal pautar-se-á por este caminho. Daí a necessidade de se estabelecer

um sistema de competências, que nada mais significam do que a capacidade do poder jurídico de agir.

As competências, na teoria de Alexy (2008a), podem ser divididas em dois grandes grupos; competências do cidadão e competências do Estado. Entre as competências dos cidadãos estão aqueles poderes jurídicos conferidos ao Estado como uma missão que se destina a concretizar direitos fundamentais normativamente inseridos no patrimônio jurídico dos sujeitos de direitos. Para utilizar os exemplos de Alexy, a regularização do matrimônio, da propriedade, etc. Nestas, tanto a atividade legislativa quanto a judicante, ambas devem ser exercidas no sentido de prover a proteção do Estado ou atuar no sentido de permitir a fruição de um direito que vige sob condição suspensiva, que só virá a ser concreto por meio de uma atividade legislativa ou judicial.

As demais competências são do Estado, estampando seu poder de agir em seguimento à legalidade. Em relação a estas, as normas de direitos fundamentais funcionam como restrições: são competências negativas ou negativas de competências. A atividade estatal, inclusive no exercício fiel das competências que lhes são próprias, está restrita a este arcabouço jurídico construído pela própria Constituição para os indivíduos. A Constituição que funda o Estado e confere competências, é a mesma que guarda em si normas de direitos fundamentais que devem ser conformadas com o poder exercido pelo ente estatal.

Alexy (2008a, p. 53-54) firma uma distinção, nos moldes das considerações aqui construídas, acerca da distinta atuação entre parlamento e tribunal em razão da diferenciada função que estes exercem em sua relação com o povo, ipsi verbis:

> A chave para a solução é a distinção entre a representação política e argumentativa do cidadão. A proposição fundamental: "todo o poder estatal provém do povo" exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento.

De modo negativo e positivo, passa a teoria dos direitos fundamentais a delinear a atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário: de modo negativo, por meio das competências dos cidadãos e dos direitos fundamentais como limitadores do agir do Estado; de modo positivo, a partir da criação de um programa de direitos a ser concretizado inicialmente a partir de leis, mas que também se dirige ao Poder Judiciário e, aqui, ganham destacado relevo as políticas públicas, instrumento de grande valia para o empreendimento de mudanças sociais.

4 LEI DE COLISÃO EM ROBERT ALEXY: técnica de solução de conflitos entre direitos fundamentais

Cabe pontuar inicialmente, com base no substrato teórico aqui já fornecido, que a lei de colisão é aplicável tão-somente aos princípios. As regras, por sua especificidade, ou valem ou não valem. Quando forem conflitantes, a demanda será solucionada na dimensão da validade, a partir de critérios oferecidos pelo próprio ordenamento jurídico ou por princípios gerais de direito.

São os princípios que atraem a aplicação da denominada lei de colisão. Sua consistência aberta e seu modo de existir no ordenamento jurídico exigem do jurista maior atenção. Cobra daquele que se defronta com a colisão a necessária análise do caso concreto, que servirá de base, de constante ao modelo matemático, sobre a qual será construída uma norma de decisão, que dará preponderância a um dos princípios (direitos fundamentais) para aquele fato específico, dotando tal norma da textura de uma regra, que é uma norma de direito fundamental (cujo fundamento de validade encontra esteio em outra norma de direito fundamental expressamente posta no ordenamento).

A existência de uma lei de colisão pressupõe que os princípios colidentes possuem, *ab initio*, mesmo valor no ordenamento jurídico. Isso se dá, pois os princípios presentes em um ordenamento jurídico, por seu caráter aberto (prima facie) não colidem entre si. Pairam no ordenamento sem se chocar. Contudo, ao trazerem consigo direitos fundamentais que podem, em determinado caso, estar presentes em patrimônios jurídicos de sujeitos diferentes, amparando ações antagônicas de ambos. Aí, sim, tem-se um caso de colisão.

A primeira solução seria a fixação de uma relação de precedência por meio de princípios absolutos. Mas o ordenamento assim não o fez. Não há, na teoria dos direitos fundamentais, princípios absolutos. Por meio deles, em qualquer situação, em confronto com quaisquer outros direitos, a relação de precedência sempre ocorreria, indubitavelmente.

Há, por outro lado, princípios que possuem alto nível de certeza, nas palavras do autor. No entanto, este nível de certeza pode ser afastado ante as peculiaridades de cada caso. Pode dar como exemplo o direito à vida, que possui grande grau de certeza de sua explicação, mas o próprio ordenamento jurídico cria expressamente casos em que este pode ceder para dar espaço a outros direitos, cuja dimensão do peso foi ampliada frente ao caso concreto.

Havendo a colisão, o princípio não mais é princípio como inicialmente o fora, conforme foi explanado, ele colide enquanto direito fundamental inserido no patrimônio jurídico de um sujeito que tem a pretensão de vê-lo satisfeito em dada situação. O conteúdo deste direito pode ser, negativo (liberdade), positivo (direito a algo) ou, pode ainda, ser apenas uma pretensão, não aplicável ao caso em questão. A aplicabilidade desses direitos está condicionada às limitações causais e jurídicas presentes em cada situação.

Deste modo, a solução para os conflitos deverá passar pelo estabelecimento de "relações condicionadas de precedência", em que o fiel é o pressuposto fático de precedência (o caso concreto). É este que poderá fazer com que um direito com alto grau de certeza seja afastado para dar lugar a outro, que em uma circunstância diferente não poderia ser aplicado. Isso não implica dizer que o direito afastado tenha sido negado, apenas teve sua aplicabilidade deslocada no caso concreto, ou mesmo, pode ter sido apenas satisfeito em menor grau (possibilidade permitida a uma norma com textura de princípio.

A partir do momento que se define que um direito X tem precedência sobre um direito Y, nas circunstâncias C. Todas as ações que sejam compatíveis com C serão proibidas pelo ordenamento jurídico. Isso ocorre porque o direito X se sobrepôs ao direito Y, em razão da ocorrência de C, este passa então a ter dupla função: suporte fático da norma de decisão (regra) e delimitador das ações proibidas sob pena de afronta ao direito escolhido como precedente.

Em linhas resumidas, Alexy (2008b, p. 99) explica da seguinte forma a lei de colisões:

> As condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio que tem precedência (...) ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, a referência a ações e situação que não são qualificáveis.

Ainda segundo Alexy (2008b), sua teoria principiológica dos direitos fundamentais tem como esteio na resolução das questões a máxima da proporcionalidade, subdividida em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A primeira das máximas parciais, a adequação, é um elemento negativo. Elimina todos os meios que não são adequados à solução do conflito. Assim, ante o conflito, poderia ser impostas várias decisões em face do poder decisório de que são dotados os julgadores, mas nem todas seriam adequadas à correta resolução do conflito, pois, para tanto, deve-se atentar à própria natureza dos princípios: mandamentos de otimização.

A segunda é a necessidade, que é o segundo passo após o crivo da adequação. Entre os meios adequados à resolução do conflito de direitos fundamentais, a solução adotada deve ser aquela, entre as razoavelmente adequadas, que provoque uma intervenção menos intensa. Uma posição pode ser tonificada sem que, para isso, implique em uma intervenção negativa em outra posição (teorema de Pareto[1]). Essa máxima parcial não é negativa, não elimina os meios "menos necessários", mas é positiva, permite a escolha entre aquele que melhor soluciona a questão, otimizando o princípio (direito fundamental) e intervindo de modo menos intenso no patrimônio jurídico daquele sujeito detentor do direito que não teve precedência.

Ambas as máximas parciais supramencionadas encontram-se no campo da análise fática, mas isso não quer dizer que sejam de fácil manejo. Trazem dificuldades ao operador, pois a discricionariedade pode ser preenchida com concepções que desvirtuem o caráter meio-fim de tais máximas, para camuflar concepções avessas ao direito, por meio de ações personalistas dos aplicadores do direito.

A proporcionalidade em sentido estrito é semelhante à lei de colisão e pode ser expressa, segundo Alexy (2008b, p. 593), com a seguinte redação: "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que se a importância da satisfação de outro".

Alexy (2008b, p. 594) segue para dizer que:

> A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da

satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não-satisfação do outro princípio.

Fica, assim, apresentada, em breves linhas, a teoria de Robert Alexy, tendo sido escolhidos os elementos fundamentais para a compreensão do presente objeto de estudo, em especial em relação à textura das normas de direitos fundamentais e a sua relação com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais pautam o agir do Estado. No entanto, suas implicações em cada Poder são diferenciadas, principalmente em razão da interação peculiar ente Legislativo e Judiciário com o povo do qual extraem a legitimidade para agir.

Se por um lado é claro que a afirmação e garantia dos direitos fundamentais é um compromisso de todo o Estado; de outro, a forma como cada Poder atuará neste sentido é diversa, pois diversos são os pressupostos em que se baseiam. Para o Poder Legislativo, a questão central pauta-se no compromisso com o ideal que move o cidadão na escolha dos seus representantes, devendo este Poder, em sua ação legiferante, reafirmar o discurso contratado pelo eleitor. Seguindo, claro, o equilíbrio que se deve ter entre Direito e Democracia, evitando-se os excessos.

Já para o Poder Judiciário, que recebe o catálogo de direitos fundamentais vindo do Constituinte e especializado com o labor do legislador ordinário, a função primária, realizada por meio argumentativo em suas decisões, é a conformação dos direitos fundamentais dos diversos sujeitos de direitos. Mas a complexidade da função judicial vai além, confrontando-se com colisões entre esses direitos, as quais necessitam de um método minimamente racional, que possa embasar uma decisão e legitimar também o Judiciário junto ao povo, por meio da dimensão ideal que permeia sua atuação institucional.

É neste sentido que se encaminha a doutrina de Robert Alexy, fornecendo ricos substratos para o exercício das funções institucionais por parte de ambos os Poderes.

AGRADECIMENTOS

Agradecemos à UFMA e ao CNPq, que financiaram e apoiaram esse projeto de pesquisa.

NOTAS

1. Cita-se aqui o teorema como utilizado na economia, segundo o qual não é possível que todos melhorem. Deste modo, serão aceitas diferenciações entre as pessoas, desde que não interfira negativamente nas condições daquelas que não forem beneficiadas com as mudanças.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008a.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. *Uma teoria da constituição.* São Paulo: Saraiva, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HÄBERLE, Peter. *A Sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista.* Tradução Hiltomar Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição.* Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 2.ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil I.* Tradução Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 27.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de. *Do espírito das leis.* Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Direito:* linguagem – violência. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

_____. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria estruturante do direito. Trad. Peter Naumann*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional:* sistema de fuentes. 2.ed. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1997.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional.* 2.ed. São Paulo: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* 6.ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SORIANO, Raúl Rojas. *Manual de pesquisa social.* Trad. Ricardo Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia e constituición.* Tradução Miguel Carbonell. Torino: Minima Trotta, 2011.