

Regras e princípios em Dworkin e Alexy

FRANCISCO BRIOSA E GALA

Resumo: O presente trabalho pretende expor, acriticamente, as noções de regras e de princípios de Ronald Dworkin e de Robert Alexy com o objectivo final de salientar as diferenças entre os autores e concluir se são meros esteticismos ou se, pelo contrário, são noções estruturalmente distintas.

Palavras-chave: Normas; Regras; Princípios; Dworkin; Alexy.

Abstract: With this paper it was our intention to present in a non-critical manner Ronald Dworkin and Robert Alexy's notions of rules and principles with the goal of highlighting the differences between the authors and conclude whether they are mere aestheticisms or, on the contrary, structurally distinct notions.

Keywords: Norms; Rules; Principles; Dworkin; Alexy.

1. Hart e a origem da *vexatio quaestio*

Neste ponto, *a priori* do contacto com o problema dogmático da distinção entre regras e princípios, temos presente que o *quid* analisado surge, e não pode ser desligado, de um longo e ancestral debate sobre o que é o direito.

Limitar-nos-emos, aqui, tendo em conta os objectivos restritos do presente trabalho, a não mais do que fazer um enquadramento histórico-filosófico, ainda que tal possa ser algo simplista, do trajecto que pensamos ser importante para a correcta compreensão da origem da distinção entre regras e princípios, levada a cabo por Dworkin e posteriormente reformulada por Alexy.

Se é certo que Dworkin na obra em que desenvolve, *aliquid novi* – pelo menos com aquela frontalidade, clareza e desenvolvimento –, os conceitos de regras e princípios como tipos normativos distintos, tem como objectivo lançar uma feroz crítica ao positivismo “e, em particular, à sua versão mais subtil e refinada, tal como surge na obra de Hart”²², vale a pena não perder de vista que o próprio positivismo surgiu como uma alternativa a outras concepções sobre o “que é o direito”, num encadeamento reflexivo que remonta ao pensamento clássico. Na verdade, já Sócrates perguntava: devo sujeitar-me ao castigo da desobediência ou fugir²³?

Nestes termos, a concepção de regras e princípios de Dworkin a que, ulteriormente, Alexy recorre para a sua própria reformulação, não surge como uma dogmática autónoma e desligada do mais amplo debate de qual é, afinal, a melhor teoria explicativa do fenómeno complexo “o direito”. Na verdade, essa distinção essencial é parte crucial da teoria interpretativa do direito de Dworkin²⁴.

¹ Se é com Dworkin que, pela primeira vez, é apresentada uma distinção tão clara e frontal entre regras e princípios, já Eike Von Hippel tinha defendido o carácter principiológico dos direitos fundamentais no início dos anos 40, apontando claramente para a existência de algo mais do que regras jurídicas e, também, Roscoe Pound, no início dos anos 20, tinha equacionado a existência de princípios jurídicos no conjunto do sistema de normas, quando disseram sobre a teoria sociológica do direito. Contudo, a nosso ver, é a Dworkin que se deve atribuir o mérito de ter levado a distinção a um ponto de “nato renascimento”. Contributos fundamentais sobre a discussão e a natureza estrutural dos princípios foram trazidos, também, e em alguns casos em a natureza anterior por Esser, Joseph. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Vaclenti. Barcelona: Ed. Bosch, 1961; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lanego. 3.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. 3.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002; e, como veremos, pelo próprio HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 5.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

² LAMICO, José. “A discussão sobre os princípios jurídicos”, in *Revista Jurídica*. Lisboa: AADL, 4 – Out/Dez, 1985, p. 103.

³ V. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 22: “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart’s version as a target, when particular target is needed”.

⁴ Na realidade, em torno de todo o julgamento de Sócrates encontram-se referências por demais interessantes em volta da questão sobre o que é o direito e a visão deste como fundamento da própria sociedade. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, v. PLAVIÃO, *Apologia de Sócrates e Criton*. Lisboa: Edições 70, 2009.

⁵ V. DWORKIN, Ronald. cit., p. 22: “My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason on rights about legal rights...”

Neste quadro, parece-nos demasiado reduzir a origem da *revolto quæstio* na resposta de Dworkin a Hart, na qual o primeiro esboça a noção de princípios jurídicos como parte integrante do direito, a par com regras jurídicas, naquilo que mais não se trata do que um esforço para desmontar a argumentação positivista através de uma inovadora teoria explicativa do fenómeno social “o direito”.

Nestes termos, não é de descartar uma visão de conjunto da questão que se exprimiu em vários palcos de contraposições, no plano das ideias e das conceptualizações, imprescindível para o correcto enquadramento histórico-filosófico que marca profundamente a obra de Dworkin.

Posto isto, assim, se pretendemos ir além do estrito plano dos conceitos e passarmos aos palcos analíticos, devemos enquadrar a questão à luz das sucessivas contribuições (apesar de muitas vezes completamente antagónicas entre si) trazidas, entre outras, pelas teorias do direito natural, pelo jusnaturalismo racionalista, pelas teorias do contrato social, ou, mais recentemente, pelas brilhantes reformulações do positivismo operadas por Hans Kelsen²⁵ através do conceito de norma fundamental, ou, na forma de um positivismo mais moderado, pela norma de reconhecimento de Herbert Hart²⁶.

Se é certo que nos circunscrevemos ao “diálogo” Dworkin/Alexy²⁷, não é menos certo que, explícita ou implicitamente, todos os autores *“when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sort of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules”* ou, de modo completamente frontal, na p. 36, “[...] we are interested in the status of principles because we want to evaluate the positivist’s model”.

²⁵ Para mais desenvolvimentos, v. AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined* [1832]. Lição V. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

²⁶ V. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2.ª edição. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1984.

²⁷ Para desenvolvimentos sobre este modelo, v. HART, Herbert. cit., pp. 113 e ss.

²⁸ Não se ignora o facto de haver quem tenha já recensado diferenças entre estas duas concepções de regras e princípios. Contudo, o nosso objectivo não é, apenas, o de apontar essa diferença mas, antes, o de as levar ao campo analítico até final, nomeadamente, concluir se as mesmas são apenas superficiais, ou se, de per si, são diferentes para um claro distanciamento ideológico entre os autores. Apontando estas diferenças entre as concepções, v., desde logo, ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores,

supra referenciados, e muitos outros, tiveram um importante contributo para o estado da arte como ela agora aqui se nos apresenta.

2. Levando os direitos a sério: o conceito de regras e de princípios de Dworkin

Feito este rápido esboço cartográfico, é tempo de descer um pouco mais ao objecto da nossa análise, *in casu*, o conceito de regras e de princípios, desenvolvido no âmbito da teoria interpretativa do direito de Ronald Dworkin.

De uma maneira muito genérica, e tão-só como um esboço, direi que Dworkin vem afirmar que uma correcta análise do conceito de obrigação jurídica deve atender ao importante papel desempenhado pelos princípios na formulação de decisões judiciais específicas. Em boa verdade, afirma que a obrigação que os princípios impõem aos juízes, para a decisão de um caso, em nada difere do tipo de obrigação que as regras lhes impõem¹⁰. São ambas obrigações jurídicas. Em ambos os casos, o juiz tem de atender ao direito vigente, e não a qualquer forma de discricionariedade, que abrange tanto as regras como os princípios. O que difere quando um juiz se defronta com um princípio ou ao invés com uma regra, para a decisão de um caso concreto, é o seu modo de aplicação e de colisão, que já analisaremos.

Nestes termos, ao analisar a argumentação judicial utilizada nos casos *Riggs vs. Palmer*¹¹ e *Hemmgren vs. Bloomfield Motors, Inc*¹², o autor

2008, pp. 104 e ss.; Nowais, Jorge: *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 326 a 333; Leão, Anabela Costa: “Em torno dos conceitos de regra e princípio – A polémica entre Hart e Dworkin”, em: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; ALMEIDA, Marta Tavares de (orgs.), *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 36.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. cit., pp. 35-36.

¹¹ 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889) – Neste caso, fora negado a um neto receber a herança do avô por ter sido o próprio a assassiná-lo. A argumentação resumiu-se, no essencial, à invocação do princípio: *Beneficium legis frustra imploratur qui committit in legem*. No direito português, veja-se o instituto da indignidade sucessória, previsto no art. 2034 do Código Civil.

¹² 32 N.J. 358, 161 A. 2d 69 (1960) – Neste caso, foi analisado até que ponto um fabricante de automóveis podia limitar a sua responsabilidade no caso de o automóvel ser defeituoso. Foi decidida a responsabilização, considerando o tribunal que “o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito ao fabrico, promoção e venda de carros”

chega à seguinte conclusão: “The standards set out in these quotations are not the sort we think of a legal rules. They seem very different from propositions like ‘The maximum legal speed on the turnpike is sixty miles per hour’ or ‘A will is invalid unless signed by three witnesses’. They are different because they are legal principles rather than legal rules. The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction”¹³.

Para Dworkin, a distinção entre regras e princípios surge, assim, não de um diferente grau de generalidade mas, pelo contrário, assenta num critério relativo à natureza lógica dos dois tipos de norma. Esta diferente estrutura lógica, como explica o autor, vai reflectir-se a dois níveis: o diferente modo de aplicação e o diferente modo de colisão.

i) Diferente modo de aplicação

Apesar de ambos os tipos de norma apontarem para decisões particulares, acerca da obrigação jurídica em face das circunstâncias do caso, elas distinguem-se pela natureza da orientação que oferecem¹⁴.

As regras são proposições que exigem uma linha específica de conduta nas circunstâncias que elas especificam, ou seja, verificando-se as condições de aplicação, aplicam-se de uma forma disjuntiva. Utilizando as palavras de Dworkin: “Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”¹⁵.

O facto de uma regra poder comportar excepções não é negado por Dworkin, mas conclui que isso em nada altera o seu carácter disjuntivo de aplicabilidade: na realidade, “as excepções são parte integrante da norma, delimitam o âmbito da previsão normativa; assim, pelo menos em teoria, é possível catalogar as excepções e quanto mais exaustiva for essa catalogação tanto mais acabada será a formulação da regra”¹⁶.

A dimensão fundamental dos princípios é colocada por Dworkin sob o prisma do peso (“dimension of weight”), o que significa que, ao contrário das regras, aqueles têm uma aplicabilidade variável,

¹³ DWORKIN, Ronald. cit., p. 24.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. cit., p. 24.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. cit., p. 24.

¹⁶ LAMKO, José. cit., p. 106.

condicionada ao seu diferente peso ou importância relativa, nas circunstâncias do caso concreto, operando, assim, como um “*starting point*” para a conformação da decisão, pelo que, apontando o argumento numa certa direção, ainda assim, necessitará de uma decisão particular¹⁷⁻¹⁸. O princípio jurídico não é, assim, “uma norma jurídica em sentido técnico, no sentido de que contenha uma injunção vinculativa de tipo imediato para um determinado campo de questões”¹⁹.

Nestes termos, e independentemente da solução encontrada para o caso concreto, ambos os princípios permanecem igualmente válidos na ordem jurídica e com a exacta formulação que tinham.

Outra importante consideração quanto à aplicabilidade dos princípios, é formulada quando Dworkin nos dá conta de, quanto a estes, não ser possível sequer, mesmo em teoria, a enumeração das suas excepções devido aos inumeráveis casos imaginários, aos quais sabemos de antemão que o princípio não se aplica, mais afirmando que isso em nada contribuiria para um enunciado mais exacto ou completo do princípio²⁰.

ii) Diferente modo de colisão

Para além da diferente aplicabilidade, regras e princípios têm, também, para Dworkin um diferente modo de colisão.

Nestes termos, no caso de duas regras entrarem em conflito, uma delas não pode ser válida, sendo que a sua invalidade significa o seu afastamento. A questão de saber qual delas é válida e de qual deve ser postergada, é uma questão que extravasa o domínio daquelas regras específicas para encontrar resposta no sistema jurídico em geral, o qual poderá regular esses conflitos através de outras regras, como disposições de competência ou de hierarquia.

Os princípios jurídicos, atendendo à sua “*dimension of weight*”, quando se entrecruzam impõem uma ponderação de acordo com o peso relativo de cada um para a decisão do caso concreto. O princípio ao qual for atribuído, *in casu*, menor peso, deverá ser afastado, não logrando

¹⁷ DWORKIN, Ronald. cit., p. 26.

¹⁸ Alfina LAMECO, José. cit., p. 106, com toda a razão a razão a nosso ver, ter sido JOSEPH ESSER “quem primeiro, e de modo claro, chamou a atenção para este plano de diversa estrutura formal de princípios e normas”.

¹⁹ Esser, Joseph. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, p. 50, *apud* LAMECO, José. cit., p. 106.

²⁰ DWORKIN, Ronald. cit., p. 25.

determinar a decisão, mas, não obstante, sobreviverá intacto e passível de ser utilizado noutros casos em que possa prevalecer, atendendo ao círculo problemático aí em causa.

Como Dworkin adverte, “*the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is*”²¹. Ou seja, quando os princípios interagem uns com os outros, o decisor terá que ponderar e argumentar com todos os princípios conflitantes e chegar a uma decisão através dessa avaliação, uma vez que a natureza de “*starting point*” destes apenas lhes permite fornecer razões em favor de determinada solução, mas não a estipulam.

Noutro plano de contraposições, para Dworkin, aos princípios não se contrapõem apenas as regras: há um outro padrão autónomo que o autor designa “*policies*”, o que poderá ser com demasiada ligeireza traduzido como políticas.

Na definição do autor, por *policy* deve entender-se “aquele tipo de *standard* que estabelece um objectivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto económico, político ou social da comunidade”, ao passo que *principle* é, antes, o “*standard* que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação económica, política ou social tida por desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²².

Os princípios são argumentos a favor de direitos²³, enquanto as *policies* são argumentos a favor de objectivos colectivos²⁴, delimitando, deste modo, o conceito de princípio de um modo mais restrito do que a justa contraposição ao tipo normativo de regras.

²¹ DWORKIN, Ronald. cit., pp. 26-27.

²² DWORKIN, Ronald. cit., p. 29: “*I call a policy that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a principle a standard that is to be observed, not because it will attain or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality*”.

²³ Como exemplo, refere o autor “o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar dos seus próprios delitos”.

²⁴ Como exemplo, refere o autor “o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos”.

3. A concepção de Alexy

Na concepção de Robert Alexy, está patente uma notável continuidade-transformação. Nestes termos, se a distinção conceptual é feita nos mesmos moldes, contudo é bastante mais desenvolvida agora por Alexy. Mantém o autor que a distinção entre regras e princípios é forte e estrutural e não apenas de grau. Os princípios continuam a conflitar, as regras continuam a colidir. A transformação encontra-se, então, a dois níveis: i) quanto ao critério máximo de distinção entre regras e princípios, fruto de diferentes entendimentos quanto ao modo de aplicabilidade das regras e à caracterização, por Alexy, dos princípios como mandamentos de optimização; ii) na amplitude do conceito de princípio.

Não devemos considerar que se trata de um mero retoque estético ou semântico. Às consequências da “transformação” dedicaremos o próximo ponto. Por agora, faremos uma breve incursão histórico-ideológica no surgimento e desenvolvimento dos conceitos de regra e princípio para Alexy e desenvolveremos os precisos moldes em que a distinção é feita.

Para Alexy, a distinção entre regras e princípios surge indissociável da sua teoria sobre direitos fundamentais²⁵.

Neste sentido, Alexy começa por afirmar que uma adequada teoria integrativa dos direitos fundamentais passa por uma teoria estrutural sobre os mesmos. Coloca-se, assim, numa “perspectiva qualitativamente distinta, ou seja, ao invés de elaborar sobre a natureza dos limites ou restrições aos direitos fundamentais, faz decorrer a sua concepção de limites de uma elaboração sobre a natureza dos próprios direitos fundamentais ou, mais rigorosamente, das normas de direitos fundamentais. Partindo de uma distinção capital entre normas/princípio e normas/regra, chega a uma diferenciação da natureza dos correspondentes direitos – com uma decisiva e consequente projecção no domínio da sua eventual limitação – em direitos *prima facie* e direitos definitivos, consoante eles assentem, respectivamente, em normas que

são princípios ou em normas que são regras. [...] O que há de novo em Alexy é a forma como faz assentar a sua teoria jurídica geral dos direitos fundamentais naquela distinção lógica, agora minuciosa e rigorosamente elaborada e sistematicamente aplicada, produzindo, com isso, relevantes consequências dogmáticas no domínio da teoria dos limites dos direitos fundamentais”²⁶.

3.1. Conceito de regras e princípios

Para Alexy, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas, uma vez que regras e princípios, de acordo com o conceito semântico de norma avançado pelo autor, dizem o que “deve ser”, podendo ambos ser formulados através de expressões deontológicas básicas do dever, de permissão e de proibição. Toda a norma é, nestes termos, uma regra ou um princípio, pelo que considera correcta a tese, segundo a qual, a diferença entre regras e princípios é uma diferença qualitativa, existindo, portanto, uma separação forte entre os dois tipos de normas²⁷. Abandona e critica, assim, qualquer ideia de diferenciação apenas gradual²⁸, bem como se opõe à ideia de que, dada a diversidade existente, não seria possível diferenciar os dois tipos de normas.

Se, em boa verdade, Alexy retoma o desenvolvimento dos conceitos de regra e princípio de acordo com a orientação principialista de Dworkin, naquilo a que chamámos um movimento de continuidade-

²⁵ Novais, Jorge, cit., pp. 322-323.

²⁷ Neste ponto, em completa consonância com Dworkin.

²⁸ Tese defendida sobretudo pelos autores que vem no grau de generalidade o critério decisivo para a distinção, segundo o qual os princípios serão normas com elevado grau de generalidade, enquanto que as regras serão normas com um grau de generalidade relativamente baixo. V., por exemplo, HART, Herbert, cit., pp. 322 e ss. Segundo Alexy, a existência de normas de alto grau de generalidade, que são regras e não princípios, demonstra que o critério da generalidade é apenas relativamente correcto. Como exemplo, refere o autor o enunciado normativo do art. 103, n.º 2 da Constituição alemã: “Só serão penalmente puníveis os actos que a lei previamente definir como crimes”. Estabelece-se uma regra, já que aquilo que ali se exige é algo que ou é sempre cumprido, ou não. Argumentando que esta norma penal não é uma regra mas sim um princípio, v. PRINYO, Ricardo de Couvêa, “Os princípios jurídicos: breve reflexão sobre o seu sentido e a sua natureza”, em: *Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto – Liberdade e compromisso*. Vol. II. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, pp. 379 a 411.

²⁵ A construção de Alexy veio contradizer as teorias clássicas no que respeita à fundamentação teórica das restrições aos direitos fundamentais. Sobre os diferentes argumentos da teoria interna dos limites, da teoria externa dos limites ou do modelo puro de princípios e do diferente modo como Alexy constrói a sua teoria das regras e princípios, v., por todos, NOVAIS, Jorge, cit., pp. 289-361.

-transformação, não é, contudo, redundante olharmos ao modo como este autor conceptualiza regras e princípios e como olha à arquitectura dos seus confrontos. Pensamos que se trata de uma cartografia importante, atendendo quer ao maior desenvolvimento (“continuidade”) dos conceitos, quer às subtilezas diferenças (“transformação”) que levarão a importantes consequências dogmáticas.

Alexy define regras como “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. E acrescenta: “Se uma regra vale, então, deve fazer-se exactamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fáctica e juridicamente possível”²⁹.

Por seu turno, princípios são definidos como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de optimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo facto de a medida devida da sua satisfação não depender somente das possibilidades fácticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”³⁰.

3.2. *Colisões entre princípios e conflito entre regras*

No domínio da interacção entre regras e princípios, afirma Alexy que “em comum às colisões entre princípios e conflitos de regras é o facto de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. Mas elas distinguem-se pela forma de solução do conflito”³¹.

i) *Conflito de regras*

Nestes termos, e aqui à semelhança de Dworkin, perante um conflito entre regras, ou é introduzida uma cláusula de excepção que elimine o

conflito, ou uma das regras deverá ser declarada inválida e eliminada do ordenamento jurídico.

De facto, como bem já afirmava Dworkin, uma regra que contém uma excepção a outra regra não está em conflito com ela, uma vez que, em conjunto, as duas normas determinam o resultado de uma maneira não contraditória. Por outro lado, “se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem de ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é: [...] Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de excepção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida”³².

ii) *Colisão de Princípios/ A metáfora do peso e a lei de colisão*

No caso de dois princípios colidirem, a solução não passará pela declaração de invalidade de um deles, nem pela introdução de uma cláusula de excepção. O que ocorre é que um dos princípios terá prevalência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, o resultado poderá ser o oposto. Para Alexy, “isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto que as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”³³.

A questão decisiva na colisão de princípios é, assim, a de saber sob que condições um princípio deve prevalecer e outro deve ceder, uma vez que não é possível, *a priori*, determinar a relação de preferência.

Para solucionar a colisão deverá, então, recorrer-se à “*metáfora do peso*”³⁴: ou seja, deverão ser sopesados os interesses presentes no caso concreto a resolver – que abstractamente estão no mesmo nível – e,

²⁹ ALEXY, Robert, cit., p. 91.

³⁰ ALEXY, Robert, cit., pp. 90-91.

³¹ ALEXY, Robert, cit., p. 92.

³² ALEXY, Robert, cit., p. 92.

³³ ALEXY, Robert, cit., p. 94.

³⁴ ALEXY, Robert, cit., p. 98.

através dessa correcta ponderação, por meio de uma utilização da argumentação jurídica racional, chegar à conclusão de qual o princípio com um maior peso relativo *in casu*. Independentemente da solução encontrada, ambos os princípios permanecem igualmente válidos na ordem jurídica e com a exacta formulação que tinham.

Para ilustrar a sua tese, Alexy utiliza o exemplo do “*Caso Lebach*”³⁵, no qual, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu de acordo com o modelo de princípios. Pela sua importância, vale a pena dar conta de alguns tópicos:

Quanto à matéria de facto, tratava-se de uma emissora de televisão (ZDF) que pretendia exibir um documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”, que narrava a história de quatro soldados de sentinela a um depósito de munições do exército alemão, perto da cidade de Lebach, que foram mortos enquanto dormiam e as armas roubadas para cometer outros crimes. Um dos condenados, como cúmplice desse crime, e que estava prestes a ser solto da prisão, entendia que, sendo ele nominalmente identificado e apresentadas fotografias suas, seria violado no seu direito à protecção da personalidade, sobretudo porque a sua reintegração social ficaria comprometida.

A decisão do Tribunal Constitucional Federal desenvolveu-se em três passos fundamentais e esclarecedores, para Alexy, da correcta dogmática da ponderação.

Em primeiro lugar, constatou o Tribunal a existência de uma colisão entre o princípio da protecção da personalidade (P1) e o princípio da liberdade de informar, por meio de radiodifusão (P2), ambos direitos fundamentais consagrados na Lei Fundamental alemã. Afirmou que esse conflito seria solucionado por meio da ponderação na qual, em abstracto, os princípios se encontram ao mesmo nível, ou seja, nenhum terá precedência absoluta³⁶ sobre o outro.

Depois dessa constatação, numa segunda fase, o Tribunal sustenta uma precedência geral da liberdade de informar – P2 – no caso de uma informação actual sobre actos criminosos (C1), ou seja, (P2PP1) C1. Estabelece assim, uma precedência geral ou básica, o que significa que nem toda a informação actual é permitida.

Na terceira fase, o tribunal decide, considerando que, no caso da repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, mas não revestido de um interesse actual pela informação e que põe em risco a reintegração social do autor (C2), a protecção da personalidade (P1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P2), o que levou à decisão da proibição da transmissão do documentário, ou seja, (P1PP2) C2.

Por outras palavras, e como brilhantemente nota Alexy, é o mesmo que dizer que C2 é composto, assim, por quatro condições: 1 – repetição de notícia; 2 – ausência de interesse actual da informação; 3 – grave crime; 4 – risco sobre a ressocialização. Daqui decorre que a regra (R) C2 tem a seguinte estrutura: T1 + T2 + T3 + T4 = R, ou seja, uma notícia repetida (T1), não revestida de interesse actual da informação (T2), sobre um grave crime (T3) e que põe em risco a reintegração social do autor (T4), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Alexy conclui, assim, que sendo possível uma correcta fundamentação de direitos fundamentais, a que se chegue por via de uma correcta ponderação, esta última norma a que se chega é uma *norma atribuída com estrutura de regra*: ela permite subsumir os elementos do caso concreto, como se fosse uma norma positiva. A esta norma, o autor chama “*lei da colisão*”. A lei de colisão significa, então, que as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro, constituem o suporte fáctico de uma regra que enuncia a consequência jurídica do princípio que tem precedência.

Perante esta conclusão, Alexy afirma que, “como resultado de todo sopesamento que seja correcto do ponto de vista dos direitos fundamentais, pode ser formulada uma norma de direitos fundamentais atribuída que tem a estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido. Nesse sentido, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais directamente estabelecidas tivessem a estrutura de

³⁵ BVerfGE 35, 202.

³⁶ Este ponto é importante, nomeadamente atendendo à *communis opinio* de que o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto. Tal não é verdade, como é bem demonstrado por ALEXY, Robert. cit., p. 112: “O art.º 1 n.º 1 da Constituição Alemã dispõe que a dignidade humana é inviolável. Contudo, tal não significa o estabelecimento de um princípio absoluto. Como exemplos de casos onde outros princípios prevalecem, temos a imposição de prisão perpétua (protecção da comunidade estatal); a possibilidade de escutas telefónicas (protecção do Estado). [...] Apenas significa que a norma da dignidade da pessoa humana é tratada em parte como regra e em parte como princípio,

e também no facto de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra princípios colidentes”.

princípios – o que, como ainda será demonstrado, não ocorre –, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras³⁷.

3.3. Desenvolvimento do Modelo de Alexy

O modelo de Alexy baseia-se, assim, na própria estrutura das normas de direitos fundamentais, que tanto podem apresentar a estrutura de regras, consagrando direitos a título definitivo, como, mais frequentemente, a estrutura de princípios como comandos de otimização, e, portanto, sujeitos a uma fundamentada ponderação com princípios colidentes. Antes da ponderação, os princípios apenas atribuem direitos *prima facie* que só serão convertidos em direitos definitivos através do resultado deste método da ponderação e de onde surgirá uma relação de prevalência que apresenta, para Alexy, a estrutura de uma regra de direitos fundamentais. Isto significa que, em casos futuros, estando presentes as mesmas circunstâncias e os mesmos princípios em colisão, a solução será substitutiva, ou seja, aplicar-se-á a regra de preferência encontrada e anteriormente fundamentada.

Desta construção, surgem outras duas importantes concepções: i) A existência de uma hierarquia do nível das regras sobre o nível dos princípios, hierarquia essa não rígida nem absoluta, uma vez que apesar de se “aplicar a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia face ao nível dos princípios”, tal pode não acontecer se “outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado”³⁸; ii) A constatação de um duplo carácter das normas de direitos fundamentais: Como qualquer norma jurídica, *ab initio*, ou são regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas adquirem este duplo carácter se forem construídas de forma a que ambos os níveis estejam nelas reunidos³⁹.

Importante é, ainda neste *quid*, mostrar como Alexy desenvolve o modo de realizar a ponderação de princípios colidentes.

Com efeito, e este é um aspecto particularmente relevante da obra de Alexy, ao mesmo tempo que responde às críticas de que o seu modelo equivaleria a uma “fórmula vazia”, faz a conexão com a teoria da argumentação jurídica por si defendida, expondo o modo como consideraria plausível justificar logicamente decisões jurídicas com base em princípios⁴⁰. Utilizando as palavras do próprio autor, a crítica não procede porque “ainda que a ponderação em si não estabeleça um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o modelo de ponderação como um todo oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional”⁴¹.

Adverte, contudo, que na realidade o modelo que defende não é um procedimento que, em todo e qualquer caso, conduz a um resultado único e inequívoco⁴². Mas, em boa verdade, que outro modelo o permitiria?

Tal conclusão não equivale a dizer que a ponderação como modelo seja um procedimento não racional e sujeito ao arbítrio de quem decide. Como o próprio Alexy afirma, “uma ponderação é racional quando o resultado de preferência ao qual conduz pode ser fundamentado de forma racional”⁴³.

Ademais, “de acordo com a lei de colisão, dos enunciados de preferências condicionadas decorrem regras que, diante de determinadas condições coninam a consequência jurídica do princípio prevalente. Nesse sentido, a fundamentação de enunciados de preferência é uma fundamentação de regras relativamente concretas, que devem ser articuladas às disposições de direitos fundamentais. Para a sua fundamentação podem ser utilizados todos os argumentos possíveis na argumentação constitucional”⁴⁴.

³⁷ Para desenvolvimentos sobre Robert Alexy e a argumentação jurídica como discurso racional, v. ARENZA, Manuel. *Las razones del derecho: Teoría de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 233 a 313. Sobre a natureza do discurso que, em boa verdade, muito influenciou a teoria da argumentação jurídica de Alexy, v. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.

³⁸ ALEXY, Robert. cit., pp. 164 a 179.

³⁹ Este é um dos pontos onde Alexy se distancia de Dworkin, pois para este último haveria a ponderação de princípios, tal como a aplicação de regras, deve levar sempre a um resultado único e inequívoco.

⁴⁰ ALEXY, Robert. cit., p. 165.

⁴¹ Para mais desenvolvimentos, v. ALEXY, Robert. cit., pp. 165-166.

³⁷ ALEXY, Robert. cit., p. 102.

³⁸ ALEXY, Robert. cit., pp. 140-141.

³⁹ Para mais desenvolvimentos sobre o duplo carácter das normas de direitos fundamentais, v. ALEXY, Robert. cit., pp. 143 e ss.

Essa argumentação, quando ligada especificamente com a ponderação, leva a formulações como as seguintes: “A pretensão de liberdade dos indivíduos manifesta-se [...] tanto mais intensamente quanto mais se colocar em questão o seu direito à liberdade de escolha profissional” ou “quanto mais a intervenção legal afectar as manifestações elementares da liberdade de acção humana, tão mais cuidadosa deve ser a ponderação das razões contrárias à pretensão elementar de liberdade do cidadão”⁴⁵.

Para Alexy, estas formulações fazem referência a uma regra que é constitutiva para a ponderação do Tribunal Constitucional Federal Alemão e que se aplica a todo o tipo de ponderações, a que chama a *lei da ponderação*:

“*Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afectação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*”.

Esta é a regra ou ideia base da resolução de conflitos entre princípios. Como Alexy afirma, “na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula dentro das possibilidades jurídicas, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. A lei de colisão expressa em que é que essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar de pesos relativos”⁴⁶, pelo que, refere o autor, o modelo de ponderação por si defendido, equivale ao “chamado princípio da concordância prática”⁴⁷.

4. A distinção entre as concepções

Estamos agora em condições de inventariar, ou melhor, recortar o modelo de Alexy perante a concepção de Dworkin.

Passadas em revista ambas as teorias é momento de as contrapor. Do ponto de vista metodológico, a tarefa que agora nos ocupará será expor e analisar as consequências das concepções *supra* desenvolvidas.

O contraste entre as posições assumidas pelos dois autores mostra-se, afinal, muito revelador. Na verdade, apesar de ambos concordarem com uma distinção forte entre os dois tipos de norma, um e outro apontam critérios de separação distintos. Dworkin entra-se no carácter disjuntivo da aplicabilidade das regras, enquanto Alexy põe o acento tónico no diferente carácter *prima facie* entre regras e princípios, que se funda, por sua vez, no carácter dos princípios enquanto comandos de optimização.

Atendendo a esta parametrização, vejamos a que se deve a referida discordância. Para Dworkin, como vimos, pelo menos em teoria, é possível catalogar as excepções a uma regra. Quanto mais exaustiva for essa catalogação, tanto mais acabada será a formulação da regra. Pelo contrário, Alexy afirma que, podendo ocorrer a introdução de uma cláusula de excepção por efeito de um princípio, estas excepções não são, nem mesmo teoricamente, enumeráveis⁴⁸.

⁴⁵ Esta questão foi, *ab initio*, levantada quando Josepn Rz, objectando à distinção entre regras e princípios de Dworkin, afirmou que ela não procedia porque regras podem conflitar com princípios, caso em que terá que se ponderar o peso relativo da regra e o peso relativo do princípio. Dworkin, Ronald, cit., pp. 77-78, respondeu que tal descrição, certamente, representa de maneira equivocada a interação entre regras e princípios. Para Dworkin, o que está nesses casos em jogo é o conflito entre um princípio e o princípio que sustenta a regra e não um conflito entre uma regra e um princípio, a ser superado através da ponderação dos seus pesos relativos. Mas, como Alexy nota, *simpliciter* pela possibilidade de um princípio excepcionar uma regra, mesmo que através da superação dos princípios que sustentam a regra, deixa de ser *previsível* a enumeração, mesmo que teórica, de todas as excepções às regras, pelo que estas perdem o seu carácter de aplicabilidade tudo-outa-nda. Na verdade, e julgamos da mesma importância, o próprio Dworkin reconhece que não é possível a enumeração teórica de excepções a princípios. Ora, se vem a admitir que uma regra pode ser superada por um princípio que conflite com o princípio que sustenta a regra, parece que o passo lógico seguinte seria concluir que, também quanto às regras, não é assim possível enumerar todas as suas excepções, mesmo que no estrito palco teórico. Digamos que também Hart chegou a esta mesma conclusão quando, referindo-se a Dworkin, afirmou que “os seus exemplos mais antigos concluem no sentido de que as regras podem entrar em conflito com os princípios e que um princípio ganhará algumas vezes em concorrência com uma regra, e perderá outras vezes. Os casos que ele cita em *Northwestern Riggs vs. Palmer*, no qual foi aplicado o princípio de que não pode permitir-se a uma pessoa que se aproveite do seu próprio acto ilícito, não obstante a linguagem literal das regras legislativas que regulavam o efeito de um testamento, de forma a impedir que um assassino herdasse por força do testamento da sua vítima. Isto é um exemplo de um princípio que prevalece em concorrência com uma regra, mas a existência de tal concorrência mostra, seguramente, que as regras não têm um carácter *de facto* ou nada, uma vez que são passíveis de entrar num conflito com princípios,

⁴⁵ Formulações do Tribunal Constitucional Federal Alemão retiradas em ALEXY, Robert, cit., p. 166.

⁴⁶ ALEXY, Robert, cit., pp. 167-168.

⁴⁷ ALEXY, Robert, cit., p. 173.

Destas conclusões derivam importantes consequências: a regra perde para a decisão do caso o seu carácter definitivo. Por outras palavras, o carácter tudo ou nada da aplicação das regras estaria intrinsecamente dependente da enumerabilidade, pelo menos teórica, de todas as suas excepções. Contudo, o carácter *prima facie* que adquirem continua a ser distinto do carácter *prima facie* dos princípios.

É a partir daqui que Alexy nega a concepção de Dworkin de aplicabilidade disjuntiva das regras, enquanto critério básico de distinção em face dos princípios. E se propõe também um critério de distinção forte entre regras e princípios, o certo é que toma por base o diferente carácter *prima facie* entre regras e princípios, o qual se funda, por sua vez, no postulado dos princípios enquanto comandos de optimização⁵⁰. Fundamental para a sua distinção é, então, a constatação de que “princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma excepção, razões definitivas”⁵⁰.

Neste contexto, “se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto – o que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa a excepções – então, ela é uma razão definitiva. Se o juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então esse direito é um direito definitivo. Princípios são, ao contrário, sempre razões *prima facie*. Isoladamente considerados, eles estabelecem apenas direitos *prima facie*. Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até ao direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de

que as podem superar. Mesmo se descrevêssemos tais casos (como Dworkin por vezes sugere) não como conflito entre regras e princípios, mas como um conflito entre o princípio que explica e justifica a regra em análise e um outro qualquer princípio, o contraste pronunciado entre regras de tudo ou nada e princípios não conclusivos desaparece; porque, deste ponto de vista, a regra não conseguirá determinar um resultado, num caso em que seja aplicável de harmonia com os seus termos, se o princípio justificativo for superado por outro” – HART, Herbert. *cit.*, pp. 324-325.

⁵⁰ Como afirma ALEXY, Robert. *cit.*, p. 104, “diante disso, alguém poderia imaginar que os princípios têm sempre um carácter *prima facie*, e as regras um mesmo carácter definitivo. Um tal modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto que os princípios apenas contêm razões que indicam uma direcção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão. Esse modelo é, contudo, muito simples. Um modelo diferenciado é necessário. Mas, também, no âmbito desse modelo diferenciado o diferente carácter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido”.

uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas”⁵¹.

Ademais, para Alexy, “um princípio cede quando, em determinado caso, é conferido um maior peso a um outro princípio antagónico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário que sustenta a regra”. E conclui: “É necessário que sejam superados, também, aqueles princípios que estabelecem que as regras, que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto, devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida”⁵².

Importa, quanto a este ponto, pôr em evidência o facto de que, nesses casos, será exigido um nível mais complexo de argumentação jurídica na justificação suplementar da decisão. Tratando-se de uma excepção em que uma regra é exceptcionada por um princípio, é necessário encontrar argumentação suplementar relevante ao nível da autoridade de quem decide, nomeadamente, atendendo a que se a regra é válida porque não colidente com qualquer outra regra, mas, *in casu*, é exceptcionada por um princípio que a contradiz, remete-nos para o perigoso campo da separação de poderes – ou seja, da extensão da autoridade judicial – e da legitimidade constitucional de tal fundamentação. Isto apenas significa que, no palco da argumentação jurídica, será necessário um exame mais rigoroso das premissas que vigoram valorativamente sustentam a decisão.

Outra diferença substantiva entre os dois autores refere-se à *amplitude do conceito de princípio*.

Com efeito, para Alexy nada impede que um princípio se possa referir tanto a direitos individuais como colectivos, como será o caso do princípio da ordem democrática ou o princípio da saúde pública, entre outros.

Explica que “o facto de um princípio se referir a esses tipos de interesses colectivos significa que ele exige a criação ou a manutenção

⁵¹ ALEXY, Robert. *cit.*, p. 108.

⁵² ALEXY, Robert. *cit.*, p. 105.

de situações que satisficam – na maior medida do possível, diante das possibilidades jurídicas e fácticas – critérios que vão além da validade ou da satisfação de direitos individuais⁵³. Trata-se de um enfoque filosófico que tem vindo a ser confirmado pela prática constitucional, quer na Alemanha, quer em Portugal. Na realidade, como Alexy bem infere, “a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal oferece inúmeros exemplos de princípios vinculados a interesses colectivos”⁵⁴.

Ao contrário, Dworkin classifica este tipo de normas na categoria “*polices*”⁵⁵, uma vez que, segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais, propugnando, assim, uma noção mais restrita de princípios. Para este último autor, as *polices* não devem ser considerados verdadeiros princípios por se tratarem, em boa verdade, de argumentos finalísticos que estabelecem objectivos sociais a ser alcançados.

Contudo, a diferente tónica dada pelos autores à amplitude do conceito de princípio será agora mais semântica do que real. Como Dworkin adverte, apesar da distinção conceptual que faz, utiliza praticamente em toda a sua obra o termo princípios de forma genérica, para designar todos os *standards* que não sejam regras, fazendo, deste modo, uma aplicação prática da noção ampla de princípios.

5. Conclusões

Procurámos sintetizar e contrapor as concepções de regras e princípios de Ronald Dworkin e de Robert Alexy.

Adoptamos preferencialmente uma postura acrítica⁵⁶ perante todas as formulações referidas.

Na verdade, o importante é justamente circunscrever os diferentes contributos de peso trazidos pelos dois autores à discussão sobre os princípios jurídicos e os critérios pelos quais estes se distinguem das regras.

⁵³ ALEXY, Robert. cit., pp. 114-115.

⁵⁴ BERTGE 51, 324 (345); BERTGE 7, 377 (414-415) ou BERTGE 28, 175 (186), *apud* ALEXY, Robert. cit., pp. 114-115.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. cit., pp. 82 e 90.

⁵⁶ Para uma análise crítica da teoria de Alexy sobre os princípios como mandatos de optimização, v. AITENZA, Manuel e MANERO, J. Ruiz. *Las piezas del Derecho: Teorías de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

Chegados a este ponto, as nossas principais conclusões podem enunciar-se da seguinte forma:

- Enquanto que para Dworkin a controvérsia sobre regras e princípios aparece num contexto histórico-filosófico ligado ao círculo problemático de qual a melhor teoria explicativa do fenómeno social o direito, para Alexy a distinção é indissociável da sua teoria sobre direitos fundamentais, *maxime*, na procura da fundamentação para restrições aos mesmos;
- Ambos os autores propugnam uma tese de separação forte entre os dois tipos de normas;
- Para Dworkin, o critério básico de distinção entre regras e princípios é a aplicabilidade disjuntiva das regras; para Alexy é o diferente carácter *prima facie* entre regras e princípios que se funda, por sua vez, no carácter dos princípios enquanto comandos de optimização;
- O distanciamento entre os autores deve-se à constatação de Alexy, a que outros autores – como Hart – também fazem referência, de que as regras não são aplicáveis de um modo tudo-ou-nada, em virtude da possibilidade de serem excepcionadas por princípios;
- Este diferente enfoque tem consequências a dois níveis: i) quanto ao critério distintivo entre os dois tipos de normas; ii) no plano da argumentação jurídica;
- No plano da argumentação jurídica, enquanto Alexy afirma que mesmo respeitadas as regras do procedimento da discussão racional, o resultado pode não ser consensual, para Dworkin tal possibilidade não ocorre;
- De resto, Alexy adopta um conceito mais amplo de princípio, em consonância com o que tem sido prática em várias jurisdições constitucionais.

Bibliografia citada

- ALEXY, ROBERT. *Teoría dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008
- AITENZA, MANUEL. *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 233 a 313
- AITENZA, MANUEL e MANERO, J. RUIZ. *Las piezas del Derecho: Teorías de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996

- AUSTIN, JOHN. *The Province of Jurisprudence Determined* [1832]. Lição V. Cambridge: Cambridge University Press, 1995
- CANARIS, CLAUD-WILHELM. *Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. 3.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002
- DWORKIN, RONALD. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977
- ESSER, JOSEPH. *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Vaelenti. Barcelona: Ed. Bosch, 1961
- HABERMAS, JÜRGEN. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996
- HART, HERBERT. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007
- KEISEN, HANS. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ª edição. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1984
- LAMEGO, JOSÉ. "A discussão sobre os princípios jurídicos", in *Revista Jurídica*. Lisboa: AAFDL, 4 – Out/Dez, 1985
- LARENZ, KARL. *Metadologia da ciência do direito*. Tradução de José Lanego. 3.ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997
- LEÃO, ANABELA COSTA. "Em torno dos conceitos de regra e princípio – A polémica entre Hart e Dworkin", em: Amaral, Diogo Freitas do; Almeida, Carlos Ferreira de; Almeida, Maria Tavares de (orgs.). *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2008
- NOVAS, JORGE. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003
- PINHO, RICARDO DE GOUVEA. "Os princípios jurídicos: breve reflexão sobre o seu sentido e a sua natureza", em: *Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto – Liberdade e compromisso*. Vol. II. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, pp. 379 a 411
- PRATO, APOLOGIA DE SOCRATES e CRITON. Lisboa: Edições 70, 2009
- RM, JOSEPH. "Legal Principles and the Limits of the Law", em *Vale Law Journal*, 81, 1974, pp. 823-854.

CLS/TJUE – Indeterminação do Direito e Activismo Judicial

CLS/EUCJ – Legal Indeterminacy and Judicial Activism

HELENA GASPAR MARTINHO

Resumo: O movimento *Critical Legal Studies* questiona a tradicional visão do juiz como neutro aplicador do Direito e defende que este deve ser ideologicamente comprometido, trabalhando os materiais jurídicos para fazê-los corresponder àquele que é, do seu ponto de vista, a decisão justa e correcta. Tendo também em conta as críticas de que foi alvo o Tribunal de Justiça da União Europeia por, abertamente, utilizar o Direito como máscara para adoptar decisões políticas, este trabalho pretende ser uma breve reflexão sobre os limites da discricionariedade do poder judicial e a divisão ou relação entre Direito e política.

Palavras-chave: estudos críticos do direito; indeterminação jurídica; activismo judicial; decisão judicial; fundamentação jurídica.

Abstract: The Critical Legal Studies movement puts into question the traditional notion of the judge as a neutral law adjudicator and claims that he/she should be ideologically engaged, working the legal materials in order to make fair and right decisions from his/her point of view. Considering also the criticism targeted to the European Court of Justice, for, allegedly, using law as a mask to adopt political decisions, this paper aims to be a brief reflection on the limits of the margin of discretion of the judicial power and the division or relation between law and politics.

Keywords: critical legal studies; legal indeterminacy; judicial activism; legal adjudication; legal justification.