

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 143

julho/setembro – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação

Marcelo Campos Galuppo

O estudo dos princípios jurídicos é um velho tema da Filosofia¹ e da Teoria do Direito, e compreender corretamente como eles são aplicados, em especial pelos tribunais, não é importante apenas do ponto de vista técnico do operador jurídico, como também para lançar luzes sobre o fundamento ético do direito moderno.

Tal estudo ganhou maior destaque com o período das codificações, no século XIX (Arce Y Flórez-Valdés, 1990: 34), pois até então sua validade e função eram universalmente reconhecidas pela doutrina jurídica correspondente ao período do Iluminismo, e só quando os Códigos passaram a assumi-los ou a recusá-los como fonte ou meio de integração é que a questão passou a ser controversa no nível da Teoria do Direito. O problema ganha ainda mais relevo quando o *Tribunal Internacional Permanente de Haia* assume-os como fonte de suas decisões, afirmando que os princípios gerais de direito reconhecidos pelas “nações civilizadas” constituiria direito positivo a ser aplicado por aquele tribunal (Esser, 1961: 16).

A primeira questão que se colocava acerca desses princípios, nos primeiros 60 anos de nosso século, era acerca de seu caráter normativo. Tanto juspositivistas² quanto jusnaturalistas³ foram unânimes em reconhecer sua força vinculante. E essa posição ainda é a dominante na Teoria do Direito⁴. Mas ain-

Marcelo Campos Galuppo é Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Sociologia Jurídica e de Teoria Geral do Direito nos cursos de Graduação em Direito e Relações Internacionais da PUC/Minas e de Teoria da Argumentação Jurídica no curso de mestrado em Direito da PUC/Minas. Advogado.

da hoje subsiste na Teoria do Direito uma disputa, que constitui a segunda questão que se coloca sobre tais princípios, acerca da sua natureza e, conseqüentemente, de seu conceito. Podemos identificar contemporaneamente três teorias que visam explicar o que são tais princípios.

A primeira teoria é aquela que identifica os princípios com normas gerais ou generalíssimas de um sistema. Desde o início do século, autores como Del Vecchio e Bobbio tentaram compreender os princípios jurídicos como fruto de processos de generalização operada pela ciência do direito. Del Vecchio afirmou, por exemplo, que os princípios gerais são descobertos por meio da generalização crescente de outras normas do ordenamento jurídico (Del Vecchio, 1948: 51). Já Bobbio afirmou que os princípios gerais do direito são tão-somente “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais” (Bobbio, 1993: 271). Desde Kelsen sabemos, no entanto, que essa tese dificilmente é sustentável, pois, aprendemos com ele, como o sistema jurídico é um sistema dinâmico⁵, não é possível deduzir de conteúdos (mais gerais) outros conteúdos normativos (mais particulares) (Kelsen, 1992: 200 e 201). Como Esser já observara (Esser, 1961: 66), não é a maior ou menor generalidade que distingue o princípio da regra⁶. A generalidade não é um critério adequado para a distinção, porque, apesar de muitas vezes os princípios serem normas com elevado grau de abstração, *eles não se formam* por um processo de generalização (ou de abstração) crescente. Por exemplo: o princípio federativo, adotado pela Constituição brasileira, seria uma generalização de quê? O princípio da legalidade generaliza quais normas⁷? De outro lado, existem *regras* excessivamente genéricas, como o tipo constante do art. 12 da Lei Anti-Tóxicos (Lei 6.368/76), sobretudo se entendermos *generalidade* como abstração, ou seja, como “conduta-tipo” (Ferraz Jr., 1994: 122), quer dizer, a qualidade de se prescrever uma conduta cujo conteúdo é genérico, não correspondente a uma situação con-

creta e particularizada. Esse não pode ser portanto o critério adotado. Não se nega com isso que, na maioria das vezes, os princípios possuam um maior grau de generalização. O que se quer dizer é que a generalidade não é uma *causa*, mas, quando muito, uma conseqüência do conceito de princípio, e não diferencia *essencialmente*, mas só *geralmente* as duas categorias. Como diz Alexy, “os princípios *costumam* ser relativamente gerais, porque não estão referidos às possibilidades do mundo real ou normativo” (Alexy, 1993b: 103, Grifo meu). Há outro problema implicado nessa teoria, que poderia ser chamado de *incompatibilidade da aplicação dos princípios*, causada pela tentativa de se aplicar dois princípios que levem a soluções contraditórias⁸. Como esse marco teórico que estamos analisando (a teoria dos princípios como normas generalíssimas) pressupõe que, por serem normas generalíssimas, os princípios se aplicam *a todas as situações*, a incompatibilidade surge toda vez que dois princípios levam o intérprete a soluções distintas de um caso concreto. Por exemplo, na análise de um contrato, a cláusula *pacta sunt servanda* pode levar, obviamente, a soluções distintas do princípio *rebus sic stantibus*. Portanto, os dois princípios representados nesse exemplo não podem ser aplicados, de modo compatível, em algumas situações. Há toda uma construção da doutrina para tentar estabelecer tal compatibilidade onde ela é realmente impossível. Ao contrário de seus livros, a prática dos operadores jurídicos lhes ensina que essa aplicação universal dos princípios é irrealizável. É fácil observar isso em um processo judicial. Quando uma das partes alega um princípio para defender sua pretensão, a outra contra-argumenta mostrando que aquele princípio, por qualquer razão, não pode ser aplicado àquele caso⁹. Portanto, ao contrário do que pressupõe essa teoria, um princípio *não é uma norma que se aplica em qualquer circunstância*¹⁰.

Por isso a segunda teoria, defendida sobretudo por Alexy, é aquela que entende que os princípios não se aplicam integral e ple-

namente em qualquer situação. Antes, esses princípios são identificados com “mandados de otimização”¹¹. Alexy entende que, como as regras, os princípios são normas jurídicas¹², mas, diferentemente das regras, eles são normas jurídicas que dizem que algo deve ser realizado *na maior medida possível*. Como ele mesmo diz,

“Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas (...). De outro lado, as *regras* são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do fático e juridicamente possível” (Alexy, 1993b: 86-7).

Conseqüentemente, os princípios

“não contêm *mandados definitivos* mas somente *prima facie*. Do fato que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio requer deste caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser ultrapassadas por outras razões opostas (...). Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente como nelas se ordena, contêm uma *determinação* do âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (Alexy, 1993b: 99. Grifos meus.).

Portanto, o que diferenciaria basicamente princípios de regras seria o fato de os primeiros serem *razões prima facie*, enquanto as segundas seriam *razões definitivas* (Alexy, 1993b: 101).

Em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy tenta compreender, nos moldes de uma

teoria argumentativa do direito, como se deve resolver o conflito de princípios jurídicos ou, mais precisamente, a colisão ou *tensão* entre princípios jurídicos, o que lançará luzes sobre a diferença quanto ao tipo de validade dos princípios e das regras. Segundo ele, o Tribunal Constitucional Alemão fala não em contradição, mas de *tensão entre princípios*, no sentido que nenhum dos princípios em conflito “goza simplesmente de primazia perante outro” (Alexy, 1993a: 13). Mas é preciso entender o que significa essa expressão do Tribunal Constitucional Alemão. Para Alexy, significa que uma possível colisão entre princípios jurídicos existe quando, aplicadas separadamente, as normas principiológicas que se encontram nessa situação “conduzem a resultados incompatíveis, quer dizer, a dois juízos de dever-ser jurídico contraditórios¹³” (Alexy, 1993b: 87). Exatamente por isso a solução do conflito entre princípios difere da solução do conflito de regras: é que este último tem existência em abstrato, enquanto o conflito entre princípios só tem existência, e portanto solução, no caso concreto. Por conterem *determinações* do âmbito fático e jurídico, duas regras em conflito não podem ser simultaneamente válidas, a não ser que seja inserida uma cláusula interpretativo-argumentativa de exceção em uma delas (Alexy, 1993b: 88). Os princípios conflituosos, ao contrário, não deixam de ser ambos válidos por serem conflituosos, o que significa que a validade dos princípios, ao contrário da validade das regras, não depende da validade de outras normas *do mesmo grau*.

É evidente que princípios que, no caso concreto, estão em conflito não podem ser aplicados simultaneamente (ou pelo menos na mesma intensidade). Como diz Alexy,

“Quando dois princípios entram em colisão (...), um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isto não significa declarar inválido o princípio que não teve curso, nem que haja de se introduzir no princípio que não teve curso uma cláusula de exceção.

Ao contrário, o que acontece é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada de forma inversa” (Alexy, 1993b: 89).

Isso significa que o conflito de regras se dá na dimensão da validade, e o de princípios na dimensão do peso (Alexy, 1993b: 89 e 91). E essa idéia de peso significa que o conflito entre princípios será resolvido tendo em vista uma *hierarquização* dos mesmos. Não se trata de uma hierarquização absoluta, mas de uma hierarquização tendo-se em vista o caso concreto, realizada pelo procedimento de *ponderação* dos princípios envolvidos na situação. A ponderação, como concebida por Alexy, refere-se a “qual dos interesses, *abstratamente do mesmo nível*, possui *maior peso no caso concreto*” (Alexy, 1993b: 90. Grifos meus). Como já disse, essa precedência não é absoluta. Ao contrário, trata-se, como entende o autor, de uma precedência condicionada, cuja determinação “consiste em que, tomando-se em conta o caso, indiquem-se as *condições* sob as quais um princípio precede a um outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente” (Alexy, 1993b: 92).

Alexy está preocupado em encontrar mecanismos racionais de ponderação, repelindo assim as teorias decisionistas do direito e a discricionariedade postulada pelo positivismo jurídico. Segundo ele,

“uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente. Desta maneira, o problema da racionalidade da ponderação conduz à questão da possibilidade da fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios opostos” (Alexy, 1993b: 159).

Uma fundamentação é racional se apresenta ou puder apresentar suas razões, ou seja, as razões de sua preferibilidade. Para se fundamentar um enunciado de precedência

ou de preferibilidade, as razões apresentadas podem ser, a título de exemplo, a intenção original do legislador, as conseqüências sociais benéficas ou malélicas de certa decisão, as opiniões dogmáticas e a jurisprudência (Alexy, 1993b: 159).

No caso alemão, as decisões do Tribunal Constitucional Alemão tendem a levar em conta a formulação de uma regra constitutiva de ponderações, que pode ser assim expressa: “Quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro¹⁴” (Alexy, 1993b:161). Essa seria a “lei da ponderação”, capaz de transformar a ponderação mesma em um processo racional. Isso também significa que “o peso dos princípios não é determinável em si mesmo ou absolutamente, mas sempre se pode falar, tão-somente, de pesos relativos” (Alexy, 1993b:163) aos outros princípios e aos prejuízos pelo descumprimento destes no caso concreto. Nas ponderações, por exemplo entre o princípio de liberdade de imprensa e de segurança externa, trata-se não exatamente de “quão grande é a importância que alguém concede à liberdade de imprensa e à segurança externa, mas de quão grande é a importância que se *deve* conceder a elas” (Alexy, 1993b:163. Grifo meu.), o que implica que “um grau muito reduzido de satisfação ou uma afetação muito intensa da liberdade de imprensa em benefício da segurança externa só é admissível se o grau de importância relativa da segurança externa fôr muito alto” (Alexy, 1993b:163).

Essa *lei da ponderação*, a seu turno, implica uma *lei de colisão*. Colisão significa que “um princípio só pode ser satisfeito à custa de outro” (Alexy, 1993b:161), e a *Lei de Colisão* pode ser assim expressa: “As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto fático de uma regra que expressa a conseqüência jurídica do princípio precedente” (Alexy, 1993b: 194). Ou seja, “a determinação de uma relação de preferência é, de acordo com a lei da colisão, o esta-

belecimento de uma regra” (Alexy, 1993b:103) que vale *naquelas* (e somente naquelas) condições fáticas e jurídicas. Isso significa que, quando um tribunal diz que em um determinado caso (ou seja, sob dadas condições fáticas e jurídicas) um princípio precede a outro, ele diz, em essência, haver uma regra (que deve ser aplicada de modo incondicional e absoluto) que manda aplicar, naquele caso, aquele princípio, ou melhor, que os princípios apóiam a aplicação de regras conflitantes (Alexy, 1993b:100). A ponderação dos princípios implica a existência de uma regra segundo a qual em toda situação em que o condicionamento jurídico e o condicionamento fático forem *exatamente os mesmos* prevalecerá sempre um único e mesmo princípio. Como ele afirma, “como resultado de toda ponderação jusfundamental correta, pode se formular uma norma de direito fundamental adscrita, com caráter de regra, sob a qual pode ser subsumido o caso” (Alexy, 1993b:98 e 134).

Em sua argumentação, Alexy pretende ainda demonstrar que o conceito de princípio não se confunde com o conceito de valor. Em regra, os tribunais utilizam esses dois termos como sinônimos, mas, segundo ele, a distinção entre princípio e valor conduz à distinção entre Deontologia e Axiologia. Ora, todos os conceitos deônticos referem-se ao conceito deôntico fundamental do “*dever-ser*”, ao passo que os conceitos axiológicos “são caracterizados pelo fato de seu conceito fundamental não ser o do comandado ou do dever-ser, mas o do *bem*” (Alexy, 1993b:139). É exatamente nesse ponto que os princípios se diferenciam dos valores, pois

“Os princípios são mandados de um determinado tipo, quer dizer, mandados de otimização. Enquanto mandados, pertencem ao âmbito deontológico. Em contrapartida, os valores têm que ser incluídos no nível axiológico” (Alexy, 1993b:141).

A confusão decorre do fato de que normas jurídicas podem desempenhar uma função axiológica (aquilo que é tido como o bem

pela comunidade) e uma função deontológica (aquilo que é o dever para a sociedade), ou seja, que as normas jurídicas, sendo uma prescrição de dever (sendo portanto, intrinsecamente, operadores deontológicos), podem possuir ou conter também valores (possuindo portanto, extrinsecamente, operadores axiológicos). Evidentemente, esses valores em si mesmos são importantes no processo de ponderação. Mas a ponderação jurídica propriamente dita (por tratar o direito do que é devido, e não do que é bom para a sociedade) é uma ponderação de princípios (Alexy, 1993b:147), ou seja, de normas, e não de valores. Isso implica que, se de um lado é verdade que toda colisão de princípios pode ser expressa como uma colisão de valores (Alexy, 1993a:6), não é verdade porém que toda colisão de valores possa ser expressa como uma colisão de princípios.

Apesar de sua aparente consistência, a teoria dos princípios como mandados de otimização, defendida por Alexy, será objeto de críticas pelos autores ligados à Ética do Discurso e às análises pragmáticas da comunicação humana, o que dará origem à terceira teoria, que identifica os *princípios com normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas*¹⁵. Para compreendermos essa teoria, devemos antes compreender a crítica que ela elabora à Alexy.

Tendo como referência a obra de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas criticará a inconsistência e os problemas internos e externos da teoria alexyana¹⁶, no que será seguido, de maneira mais radical, por Klaus Günther. Para esses autores, Alexy esvazia o caráter normativo dos princípios, entrando em contradição com a compreensão deontológica do direito que pretende defender. Por trás dessa questão, há um pressuposto da teoria desenvolvida por Alexy, que renuncia implicitamente à questão da justiça envolvida pelos princípios em favor da segurança do direito, por meio da adoção de um procedimento ligado estritamente à *metodologia* do direito. Mesmo a teoria dos princípios como normas generalíssimas não renunciou, como Alexy in-

conscientemente o faz, à questão acerca da justiça, e, portanto, à questão acerca do fundamento ético do próprio direito (Bobbio, 1993: 237 a 273 e Del Vecchio, 1948: 77 e 41 e ss.). Por que e como Alexy renuncia a tal questão?

Habermas entende que a maneira pela qual Alexy concebe as leis de colisão e de ponderação implica uma concepção axiológica do direito, pois a ponderação, nos moldes pensados por Alexy, só é possível porque podemos *preferir* um princípio a outro, o que só faz sentido se os concebemos como valores. Pois é apenas porque são concebidos como valores que os seres podem ser objetos de mensuração por meio de preferibilidade, constitutiva do próprio conceito de valor, uma vez que o valor, conforme aponta Lalande, pode ser entendido como o “caráter das coisas consistindo em que elas são *mais ou menos estimadas* ou desejadas por um sujeito ou, mais ordinariamente, *por um grupo de sujeitos* determinados” (Lalande, 1960: 1183. Grifos meus). Ao assumir tal posição, Alexy confunde as normas jurídicas (e em especial os princípios) com valores, o que torna sua teoria inconsistente. Pois, de um lado, Alexy afirma:

“A diferença entre princípios e valores se reduz a um ponto. O que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Assim, os princípios e os valores se diferenciam em virtude de seu caráter deontológico e axiológico respectivamente. No direito, do que se trata é do que é *devido*. Isto fala em favor do modelo dos princípios” (Alexy, 1993b: 147)¹⁷.

Mas, de outro lado, ao tentar resolver o problema dos conflitos entre os princípios, Alexy adota um procedimento típico da axiologia. Ainda que alegando que a precedência de um princípio seja condicionada pelo caso concreto, Alexy afirma ser possível, ain-

da que apenas *no caso*, estabelecer uma *hierarquia* entre princípios¹⁸, mesmo que tal hierarquia não assuma um caráter sistemático e só possa ser apresentada, em sua opinião, posteriormente à ocorrência do caso concreto. Se é possível uma aplicação gradual dos princípios, eles não podem ser caracterizados como normas jurídicas. Uma vez que as normas jurídicas se referem ao conceito de *dever*, como pressupõe o próprio Alexy, então elas somente podem ser cumpridas ou descumpridas. O dever, e conseqüentemente as normas, possuem um código binário, e não um código gradual. Portanto, dizendo entender que as normas jurídicas são conceitos deontológicos, Alexy se contradiz ao adotar um modelo axiológico para explicar o funcionamento desse tipo específico de norma (os princípios). Alexy esvazia os princípios jurídicos de sua função prescritiva quando fala em uma precedência (mesmo que condicionada) de um princípio normativo sobre outro em razão de seu peso, pois, seguindo a definição de Lalande, os valores indicam muito mais o registro de uma preferibilidade em um grupo social do que um dever para esse mesmo grupo¹⁹, o que implica a possibilidade de concebê-los de forma hierarquizada.

Não cabe confundir as normas com os valores:

“Normas e valores distinguem-se respectivamente, em primeiro lugar, por suas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, pela codificação respectivamente binária ou gradual de suas pretensões de validade; em terceiro lugar, por sua obrigatoriedade respectivamente absoluta ou relativa; e, em quarto lugar, pelos critérios aos quais o conjunto de sistema de normas ou valores deve satisfazer” (Habermas, 1994: 311).

O argumento de Habermas é o seguinte: ao considerarmos os valores como fundamento para nossas ações, estamos assumindo uma perspectiva ligada à racionalidade instrumental (aquela que, teleologicamente,

procura adequar os meios aos fins). Isso porque, quando argumentamos com base nos valores, estamos levando em conta não propriamente o que é correto, mas aquilo que é *bom* para que uma *determinada* comunidade realize seus próprios fins. Evidentemente, nem sempre aquilo que é bom é aquilo que é devido, sobretudo na perspectiva da própria axiologia. E uma fundamentação axiológica implica sempre uma hierarquização *relativa* a *uma* comunidade, pois aquilo que é o melhor para uma comunidade não é necessariamente o melhor para outra, sendo portando uma fundamentação iminentemente *histórica*, e não *racional*.

Ao contrário, uma fundamentação deontológica (com base em normas, e, em nosso caso, em princípios) da ação pressupõe, de modo direto, não uma fundamentação histórica (que tenha em vista aquilo que é bom para *aquela* comunidade), mas uma fundamentação que leve em conta a correção normativa, que pressupõe exatamente a possibilidade de se fundamentar em termos racionais definitivos, que para Habermas quer dizer tão-somente *universais*, uma determinada ação²⁰. Isso quer dizer, em outras palavras, que quem procura fundamentar uma ação com base em valores procura aquilo “que é bom para nós” (Habermas, 1994: 312), enquanto aquele que procura fundamentar uma ação com base em normas (e em especial em princípios) procura aquilo que é “universalmente correto”. Aqui emerge a diferença entre aquilo que Habermas chama de fundamentação ética e fundamentação moral do agir, entre a deliberação ética e a deliberação moral: “Ao contrário das deliberações éticas, que são orientadas pelo *telos* da minha/nossa boa vida, deliberações morais requerem uma perspectiva livre de todo egocentrismo ou etnocentrismo” (Habermas, 1994: 127). Segundo Habermas,

“Nós devemos (*sollen*) obedecer a preceitos morais porque nós sabemos que eles são corretos, e não porque esperamos realizar certos fins agindo assim (...) Questões de justiça dizem

respeito às pretensões controversas em conflitos interpessoais. Nós [só] podemos julgá-las imparcialmente à luz de normas válidas. (...) Por esta razão, justiça não é um valor no meio de outros. Valores sempre disputam com outros valores. Eles dizem que bens específicos, pessoas ou coletividades buscam ou preferem sob circunstâncias específicas. Apenas da perspectiva delas podem os valores ser temporariamente apresentados em uma ordem hierárquica. Pois os valores pretendem uma validade relativa, enquanto a justiça pretende uma validade absoluta: preceitos morais pretendem ser válidos para toda e cada pessoa” (Habermas, 1994: 190).

Se aquilo que uma comunidade considera bom para si é realmente o *melhor* para ela, e se o que é melhor para uma comunidade é o que deve ser levado em conta para se fundamentar ações, então direitos contra aquilo que fosse o “melhor para uma comunidade” não poderiam valer de modo algum²¹. Os direitos, entendidos apenas como valores, não permitem qualquer tipo de proteção para o indivíduo contra a sociedade e o Estado. E toda a história da formação do constitucionalismo, sobretudo da formação do conceito de direitos fundamentais, mostra-nos o contrário.

Na verdade, Alexy parece esquecer-se que o tipo de *argumentação* que valores e princípios (normas) implicam é essencialmente *diferente*. Como aponta Habermas, “à luz de normas, decide-se o que é mandado fazer; no horizonte dos valores, qual comportamento é recomendado” (Habermas, 1994: 312). Se a norma é um comando, o valor é antes um conselho. E, como já mostrou Bobbio, comando e conselho são dois conceitos diferentes²².

Enquanto uma norma (como o princípio) deve ser avaliada como “válida” ou “inválida”, os valores são objetos de um escalonamento que considera sua preferibilidade, ou seja, de uma avaliação que considera o seu “peso” e a sua gradualidade. Portanto, não

faz sentido afirmar que os valores sejam obrigatórios na mesma medida e em qualquer contexto. Ao contrário das normas, os valores só podem valer diante de determinadas circunstâncias, sendo portanto de obrigatoriedade relativa. Um valor que tem precedência em uma determinada cultura pode não ter tal precedência em outra cultura. Como diz Habermas, ao contrário das normas,

“Valores diferentes concorrem para obter precedência; uma vez que encontram reconhecimento intersubjetivo no interior de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e tensas” (Habermas, 1994: 311).

A dificuldade de Alexy em reconhecer isso decorre do fato que, mesmo reconhecendo uma distinção entre a deontologia e a axiologia, ele subavalia as diferenças entre essas duas. Evidentemente isso faz muita diferença. Como diz Oliveira,

“Um direito não pode ser compreendido como um bem, mas como algo que é devido e não como algo que seja atrativo. Bens e interesses, assim como os valores, podem ter negociada a sua ‘aplicação’, são algo por que se pode ou não optar, já que se estará tratando de preferências otimizáveis. Já direitos, não. Tão logo os direitos sejam compreendidos como bens ou valores, eles terão que competir no mesmo nível que esses pela prioridade no caso individual” (Oliveira, 1997: 112)²³.

Como lembra Habermas, “cada valor é tão particular como qualquer outro, enquanto normas devem sua validade a um teste de *universalização*”, pelo menos em princípio (Habermas, 1994: 315. Grifos meus.). A consequência disso é que

“Normas e princípios (*Grundsätze*) possuem uma força de justificação maior do que a de valores, porque podem pretender, com base em seu sentido deontológico de validade, não apenas uma especial dignidade de preferência, mas uma obrigatoriedade geral; valores têm que ser, caso a caso,

inseridos numa ordem transitiva de valoração” (Habermas, 1994: 315).

Evidentemente, os princípios não precisam ser concebidos como contraditórios no plano da justificação, mas devem ser vistos como concorrentes no plano da sua aplicação²⁴. Para mostrar como isso é possível, preciso explicar o conceito de *integridade* de Dworkin, que está por trás dos conceitos apresentados por Habermas.

Integridade é um conceito central da teoria de Dworkin, responsável pela atribuição de legitimidade a um sistema jurídico. *Integridade* não é um conceito sinônimo de consistência. Se por consistência entendermos a repetição de soluções passadas para casos aparentemente iguais, então uma decisão inconsistente pode ainda assim cumprir a exigência de *Integridade* do direito; da mesma forma, uma decisão consistente pode ferir a exigência de *Integridade*²⁵. *Integridade* (*Integrity*) é um conceito ligado às razões que constituem o substrato das normas jurídicas (Dworkin, 1986: 222) e se conecta diretamente com os conceitos de justiça, de imparcialidade (*Fairness*) e de igualdade, como assinala Chueiri (1997: 183). Uma decisão é justa (ou seja, respeita a *Integridade* do direito) se fornece a resposta correta (mesmo que esta não se baseie na estrita legalidade) para o caso.

Dworkin parte do pressuposto que todo caso possui uma resposta correta (*right answer*)²⁶, o que garante *Integridade* ao sistema jurídico. Essa resposta correta funciona como um modelo ou como um norte para a atividade do juiz, pois seria necessário um trabalho sobre-humano para se chegar a ela. Por isso ele imagina que essa resposta correta poderia ser alcançada por um juiz Hércules (Dworkin, 1978:105), mesmo nos casos difíceis (*hard cases*), ou seja, aqueles em que “nenhuma regra estabelecida dita uma decisão, seja em um sentido, seja em outro” (Dworkin, 1978: 83).

Dois tipos de argumentos poderiam ser invocados, em tese, para se solucionar os casos difíceis: argumentos de orientação política

e argumentos de princípio. Segundo Dworkin, um princípio é “um modelo (*standard*) que deve ser observado, não porque ele avançará ou assegurará uma situação econômica, política ou social julgada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou de imparcialidade (*fairness*) ou de qualquer outra dimensão da moralidade” (Dworkin, 1978: 22). Já os argumentos de orientação política (*policy*) são aqueles modelos (*standards*) que “revelam uma meta a ser alcançada, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (Dworkin, 1978: 22). Na prática, por causa da exigência de Integridade, apenas os argumentos de princípio podem desempenhar a tarefa de resolver os casos difíceis sem se comprometer a democracia²⁷. Uma vez que os argumentos de princípio estabelecem direitos individuais e os argumentos de orientação política estabelecem metas coletivas (Dworkin, 1978: 90), são os primeiros que devem servir de substrato para tais decisões (Dworkin, 1978: 84). Não que os argumentos de orientação política não justifiquem direitos: apenas não podem fazê-lo nos casos difíceis, quando não existe uma regra clara à disposição da aplicação judicial, pois, nas democracias contemporâneas, o estabelecimento de políticas não é competência primária do poder judiciário, cuja função é a decisão sobre a controvérsia acerca de *direitos*²⁸.

Ao contrário das regras, que se aplicam de uma maneira “ou tudo ou nada (*in an all-or-nothing fashion*)” (Dworkin, 1978: 24), e que portanto comportam exceções enumeráveis previamente à sua aplicação (Dworkin, 1978: 25), os princípios comportam exceções à sua aplicação que não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência (Dworkin, 1978: 25), porque qualquer outro princípio pode, abstratamente, representar uma exceção à aplicação de um princípio. Ao contrário de Alexy, o que Dworkin está dizendo é que não se trata de imaginar uma ponderação, ou seja, imaginar-se um conflito resolvido pela aplicação de um e não

aplicação de outro princípio, orientada pela hierarquização dos mesmos, mas de se imaginar que os princípios são normas que se excepcionam reciprocamente nos casos concretos²⁹, vez que não podem, muitas vezes, ser contemporaneamente aplicados. É claro que um princípio só pode excepcionar a aplicação de outro quando isso for suficientemente fundamentado de um ponto de vista discursivo. Mas efetivamente os *discursos* de aplicação podem apresentar tal fundamentação.

Pelo fato de os princípios não poderem ser contemporaneamente aplicados, não devemos pressupor que a decisão chegue a ferir a *Integridade* do direito. Não é a aplicação contemporânea de todos os princípios que se exige do juiz Hércules, mas a decisão justa.

Trata-se, ao contrário, de admitir como ponto de partida que as possíveis contradições existentes no direito “não são tão universais e intratáveis (...) a ponto de sua tarefa ser impossível” (Dworkin, 1986: 268). A aparente inconsistência do direito pode ser resolvida encontrando-se “princípios racionalmente plausíveis” (Dworkin, 1986: 268) que permitam suficientemente considerá-la uma questão de perspectiva³⁰. Com isso, a questão passa a ser não de contradição ou de tensão entre direitos, mas de concorrência entre os mesmos (Dworkin, 1986: 268), pois os princípios podem ser concebidos como independentes entre si³¹,

“e seria um grave mal-entendido sobre a lógica dos princípios considerá-los contraditórios. Não há nenhuma incoerência em reconhecer ambos (princípios concorrentes) como princípios; ao contrário, todo ponto de vista moral seria incompleto se ele não admitisse completamente uma ou outra motivação (*impulse*). Mas em alguns casos eles irão conflitar, e a coerência então requer um esquema não arbitrário de prioridade (...) ou acomodação entre os dois, um esquema que reflita as suas respectivas fontes num nível mais profundo da

moralidade política” (Dworkin, 1986: 269).

Ao contrário de Alexy, esse procedimento não pressupõe uma gradação, mas uma cessão *no caso concreto* de um princípio perante outro, por meio de exceções de aplicação³²: “Um dos dois princípios deve ceder *nestas circunstâncias*” (Dworkin, 1986: 270), e não necessariamente em outras circunstâncias. Ao contrário de Alexy, Dworkin pressupõe que o que move essa decisão é a exigência contingente de prosseguimento da jurisdição e do processo, ligada à *Integridade* do direito:

“é exigido de mim que encontre um lugar em toda interpretação geral de nossa prática legal para todos os princípios (...). Nenhuma interpretação geral que negasse qualquer uma delas seria plausível; a Integridade não poderia ser satisfeita se qualquer um deles fosse completamente rejeitado. Mas a Integridade exige que alguma solução para seu impacto competitivo (...) seja emanada. (...) A integridade exige isto porque exige que eu termine a questão” (Dworkin, 1986: 270).

Para compreendermos a solução do conflito de princípios, como a concebe Dworkin, devemos ter em mente o conceito de direito que ele apresenta, e que é um conceito de direito inerente às sociedades que se caracterizam pelo pluralismo:

“O direito não se exaure em nenhum catálogo de regras ou princípios, cada um com seu próprio domínio sobre alguma arena separada do comportamento.(...) O império do direito é determinado pela atitude, não pelo território, ou pelo poder, ou processo. (...) Ele é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva endereçada à política no sentido mais amplo. É uma atitude de protesto que torna cada cidadão responsável por pensar o que os compromissos públicos de sua sociedade são em princípio, e o que estes compromissos exigem em novas circunstâncias. O

caráter de protesto do direito (...) almeja, no espírito interpretativo, assentar princípio sobre a prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a fé correta no passado. É, finalmente, uma atitude fraternal, uma expressão de como nós estamos unidos em comunidade, apesar de divididos em projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer maneira, o que o direito é para nós, para o povo que nós queremos ser e para a comunidade que nós pretendemos ter.” (Dworkin, 1986: 413)

Portanto, se tivermos em mente a exigência de *Integridade* do direito (que se cumpre, antes de mais nada, de forma interpretativa), os princípios devem ser concebidos como direitos decorrentes do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, que não podem ser nem enumerados *previamente* ao caso concreto, nem hierarquizados (Günther, 1993: xvii), e que podem excepcionar a aplicação de outros direitos, vez que, não podendo permanecer concorrendo uns com os outros no caso concreto, caso se deseje respeitar a *Integridade* do direito, às vezes não podem ser contemporaneamente aplicados. Portanto, antes que uma questão de avaliação (valores), a questão é uma questão hermenêutica³³ acerca do que é relevante para se atingir uma decisão justa (vale dizer, que respeite a *Integridade*) no caso concreto.

Isso implica um modo diferente da solução de conflito de princípios:

“No caso de colisão com outras prescrições jurídicas, não há necessidade de nenhuma *decisão* para saber em que medida valores concorrentes são a cada vez satisfeitos. Como mostrado, a tarefa consiste, pelo contrário, em encontrar aquela, dentre as normas aplicáveis *prima facie*, que melhor se adapte, de todos os pontos de vista relevantes, à situação de aplicação descrita do modo mais completo (possível). Com isto, deve-se estabelecer um nexo, cheio de sentido, entre a norma

correspondente e aquelas que, sem prejuízo de sua validade³⁴, *ficam em segundo plano*, de tal maneira que, desta forma, a coerência do sistema de regras permaneça a salvo em seu todo” (Habermas, 1994: 317. Grifo meu).

A solução para a concorrência de princípios apresentada por Habermas e Günther não é definitivamente a mesma solução apresentada por Alexy, e segue ao contrário a orientação da teoria de Dworkin. O argumento de Habermas e de Günther é que a diferença entre princípio e regra não se dá pela dimensão de peso, e portanto não é uma diferença morfológica. Ora, se não é pelo caráter de peso que regras e princípios se diferenciam, como podemos diferenciar ambos tipos de normas? Günther responde a essa questão dizendo que regras e princípios representam dois tipos diferentes de razões para se fundamentar a ação: razões *prima facie* e razões comparativas [*on balance*]:

“O primeiro tipo simplesmente justifica que uma ação deve ou não ser executada (...). Baier designa como razões comparativas aquelas que propõem que, *consideradas todas as coisas*, nós devemos ou não fazer algo. Neste caso, o proponente expressa a convicção que ‘nenhuma outra razão contrária pode ser oferecida de forma capaz de sobrepujar a razão ou razões nas quais ele baseia seu julgamento’ (Günther, 1993: 208).

Ao contrário daquelas envolvidas pelas regras, as razões envolvidas pelos princípios são razões comparativas. Essa distinção afetará também, tendo em vista os tipos de razões que lhes são afetadas, o tipo de validade ligada a cada um dos tipos de normas, ou seja, a validade das regras e dos princípios. Isso porque “uma norma que é uma razão *prima facie* tem conseqüentemente apenas o caráter de ‘dever *prima facie*’, enquanto um predicado de balanço caracteriza um ‘dever *comparativo*’ (Günther, 1993: 208), já que não pré-seleciona de forma definitiva as condições e os limites de sua aplicação. Esse *dever*

comparativo exige que uma quantidade muito maior de informações seja apresentada para justificá-lo como razão para a ação, do que no caso de um dever *prima facie* (Günther, 1993: 209). Isso também significa que uma norma *prima facie* (ou seja, uma regra) é em princípio válida em qualquer situação que reproduza as mesmas circunstâncias previstas no próprio tipo (Günther, 1993: 209), o que não pode acontecer no caso envolvendo princípios. Princípios, ao contrário de regras, são fluidos e abstratos e precisam ser densificados ante o caso concreto por um esforço discursivo-interpretativo, não se aplicando em quaisquer situações que reproduzam suas circunstâncias de aplicação. Isso nos traz de volta à crítica da teoria de Alexy. Apesar de permanecerem abstratamente válidos, os princípios não valem incondicionalmente no caso concreto, uma vez que nem sempre se verificam todas as condições necessárias à sua aplicação. Exatamente por isso, Günther entende que a diferença entre princípio e regra não diz respeito propriamente à sua estrutura, mas à forma de sua aplicação, ou melhor, “às pressuposições da ação com a qual as normas são aplicadas” (Günther, 1993: 217). A diferença, portanto, não é de morfologia, como pretendia Alexy, mas de aplicação. As regras

“requerem uma aplicação inequívoca que está ligada à presença do componente condicional ‘se’ em uma situação concreta³⁵ (...). Nem todas as características da situação são relevantes, mas somente aquelas que pertencem à extensão semântica do componente condicional ‘se’. (... Ao contrário,) falamos em aplicar uma norma como princípio quando entramos em um procedimento argumentativo que nos obriga a considerar todas as características da situação e a pesar os pontos de vista normativos relevantes”. (Günther, 1993: 271 e 272).

Günther vai dizer que na aplicação dos princípios é preciso levar em conta um juízo de adequabilidade, pois um princípio, em um

caso concreto, pode excepcionar a aplicação de outro princípio. Essa exceção, no entanto, não é uma exceção abstrata como aquela inerente às regras, que valha para todo e qualquer caso, porque ela não é determinada pelos princípios, mas *pelo caso* no qual o juiz deve realizar a exigência de *Integridade*, ou seja, de justiça. Nesse ponto é evidente a conexão da Teoria Discursiva do Direito, que Günther integra juntamente com Habermas, com o conceito de princípio adotado por Kohlberg, autor que provavelmente mais contribuiu para a compreensão de uma “teoria do funcionamento do raciocínio principiológico”.

A principal preocupação teórica desse autor é construir uma teoria do desenvolvimento moral (Kohlberg, 1981: 6), que já se apresentava de forma embrionária em Piaget (Piaget, 1994) e nos três níveis de moralidade em que este pôde classificar o desenvolvimento moral da criança (heteronomia, semi-autonomia e autonomia moral), a fim de compreender como formulamos decisões acerca de normas de ação.

Kohlberg constata, de maneira empiricamente comprovada, a existência, no interior desses três níveis, de seis estágios de desenvolvimento moral, que vão da heteronomia à forma mais desenvolvida de autonomia moral, a saber, a argumentação baseada em princípios. Esses estágios possuem características específicas: os dois primeiros estágios encontram-se no nível pré-convencional, os dois estágios intermediários no nível convencional e os dois últimos estágios no nível pós-convencional. O termo “convencional” significa para Kohlberg “conformidade e manutenção de normas e de expectativas e acordos da sociedade ou da autoridade pelo mero fato de serem regras, expectativas ou acordos da sociedade” (Kohlberg, 1992a: 187). No nível pré-convencional, o indivíduo não chega a compreender que as regras e valores se baseiam em tal acordo, e as reificam. No nível pós-convencional, os indivíduos percebem que esses acordos, por seu turno, baseiam-se em princípios que, inclusive, podem

fundamentar a alteração desses acordos. O nível pós-convencional, que aqui nos interessa de modo mais direto, é dividido em dois estágios: o estágio 5 (nível do contrato social ou da utilidade e dos direitos individuais) e o estágio 6 (nível dos princípios éticos universais). O que difere ambos estágios é que o estágio 5 tende a ver tais princípios como *intrínsecos* à sociedade e a conceber um escalonamento rígido e prévio *entre* esses princípios. Já o estágio 6 reconhece que esses princípios podem ser postulados (ou reivindicados) universalmente, mas que não existe um escalonamento *rígido e prévio* entre os mesmos porque não estão em uma relação de subordinação, mas de coordenação entre si. Isso significa que, apesar da pretensão universalizadora dos princípios no estágio 6, os indivíduos desses estágios reconhecem que, em algumas situações, é necessário não dar curso a um princípio para que outro princípio possa se atualizar de modo mais perfeito e eficaz, princípio este considerado mais adequado para a solução de um impasse de ação determinado. Neste último estágio, a *reciprocidade* é a nota diferenciadora do modo de solução de dilemas morais³⁶ que lhe é próprio. Para a solução de um dilema (e consequente aplicação de princípios, pois é aplicando-os que solucionamos, nesse estágio, os dilemas), é preciso que cada pessoa possa colocar-se no papel dos outros envolvidos e pensar a solução da perspectiva de cada envolvido. Isso permite, por exemplo, que, com base em um ou mais princípios, um indivíduo decida-se por cumprir ou descumprir uma regra (convencional) do grupo. Por isso afirma Kohlberg:

“Uma solução justa para um dilema moral é uma solução aceitável para todas as partes, cada qual considerada livre e igual e na suposição de que nenhuma saiba que papel viria assumir na situação (problemática)” (Kohlberg, *apud* Habermas, 1989: 53).

A partir daí é possível compreendermos a nova dimensão que Kohlberg vê nos princípios: apesar de universais (ou melhor, uni-

versalizáveis), os princípios (práticos) não são absolutos *em todo e qualquer caso concreto*. Eles não são portanto uma solução preconcebida (*a priori*), mas uma “forma geral de ver as situações concretas” em que se envolvem os seres humanos (Kohlberg, Levine e Hewer, 1992: 295), que deve ser desenvolvida e mesmo modificada nos casos concretos (dilemas morais). Apesar de intrinsecamente universais, eles são relativizáveis pelo (e no) caso concreto. Ou, melhor dizendo, “os princípios morais adequados *consideram o contexto*” (Kohlberg, Levine e Hewer, 1992: 296. Grifo meu). Como afirmam esses autores,

“Nossa idéia de princípio, como a de Dewey, não é a de um princípio como regra estabelecida; antes, entendemos também que um princípio é uma forma de construir uma situação moral concreta. É certo que a argumentação com base em princípios leva a uma compreensão do valor de respeitar a personalidade humana, expressada por Kant como ‘Trata a cada pessoa como um fim em si mesma e não somente como um meio’. Sem embargo, é argumentação de princípios a que não utiliza este valor como uma regra estabelecida, porque entende que este valor necessita de uma interpretação em situações concretas. Assim, pois, a argumentação de princípios é a que entende o valor da pessoa humana como uma forma de construir uma solução de um dilema moral, mas não entende este valor como uma regra substancial que dita *a priori* o que esta solução deveria ser”. (Kohlberg, Levine e Hewer, 1992: 292 e 293).

Exatamente por não serem absolutos, uma vez que não representam soluções pré-concebidas, eles não podem também ser hierarquizados.

Portanto, para Kohlberg, os princípios são um ponto de partida constituinte (seja objetivamente, seja subjetivamente) da própria realidade, a ser posteriormente desenvolvido

pela argumentação no processo de conhecimento e de ação, tendo em vista a própria realidade, que exige sempre sua consideração contextual, não sendo portanto passíveis de hierarquização. Com a modernidade, a tendência é pensar os princípios cada vez mais como constituintes lógicos que orientam os processos de comunicação e de argumentação. Conseqüentemente, cada vez mais os princípios são empregados como princípios racionais, e não causais, da realidade. Por isso mesmo, a tendência está em se conceber que, no caso dos princípios práticos, eles decorrem de padrões de escolhas contextualizadas, geralmente determinadas pelo estágio moral da própria sociedade que se coloca a questão acerca dos princípios.

Pelo menos em uma sociedade moralmente desenvolvida, ou seja, que corresponda ao último estágio moral pós-convencional, a *aplicação* de princípios exige que se considerem todos os determinantes e todas as circunstâncias do caso, ao contrário das regras, que pré-selecionam que tipo de circunstância deve ou não ser considerada (ou seja, que tipo de circunstância é ou não relevante), exatamente porque não há um rol hierarquizado de princípios a aplicar, e inclusive das condições para sua aplicação. O termo adequabilidade, utilizado por Günther, significa que o juiz, quando excepciona concretamente a aplicação de princípios concorrentes em um determinado caso, apenas reconhece que os mesmos são ou não adequados para realizar a exigência de *Integridade* e de justiça *naquela* situação³⁷. Isso leva à conclusão de que os princípios se diferenciam das regras pela *indeterminação maior quanto às condições de sua aplicação*, indeterminação ligada ao fato de não se poder estabelecer um escalonamento entre os mesmos. E essa indeterminação não é propriamente “um problema da estrutura da norma; é simplesmente um contorno do procedimento de aplicação imparcial” (Günther, 1993: 274).

Com isso Günther abre uma nova perspectiva: não é propriamente no contexto da justificação que podemos falar em conflitos

de normas ligadas às razões comparativas, mas no contexto de sua aplicação³⁸ (Günther, 1993: 212). E, então, a questão da justiça (ou *Integridade*) não se esgota no contexto de justificação.

Como diz Carvalho Netto,

“Os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pela exigência de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato do que Klaus Günther denomina *senso de adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões” (Carvalho Netto, 1996: 146).

Os princípios jurídicos devem ser *aplicados* nos limites e nos contornos das circunstâncias fáticas (adequabilidade), o que não quer dizer que eles sejam propriamente determinados por essas circunstâncias. Antes, eles funcionam como pressupostos que orientam os processos de aplicação das regras e dos próprios princípios jurídicos, que transferem correção a esses processos. O conflito, na verdade, é fruto da concorrência de princípios distintos *em um caso concreto*. Como afirmava o próprio Alexy,

“quando tem que se passar do amplo mundo do dever-ser ideal ao estreito

mundo do dever-ser definitivo ou real, produzem-se colisões ou, para usar outras expressões frequentes, tensões, conflitos e antinomias” (Alexy, 1993b: 133).

Com isso tocamos o ponto em que a teoria de Habermas (e Günther) volta a Peirce, para quem o *logical leading principle* (princípio lógico condutor) é responsável pela transferência da racionalidade das premissas à conclusão³⁹, e que, agora, permite compreender a diferença entre princípios e regras também nos discursos de *justificação*.

Os princípios (jurídicos) são, no plano da justificação, o fundamento (formal) normativo dos demais direitos, o seu ponto de partida, como na célebre definição de Aristóteles⁴⁰. É a isso que Canotilho se refere ao dizer que os princípios, entre outras características, possuem o caráter de *fundamentabilidade* do sistema, e portanto uma natureza *normogênética*, uma vez que “são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas” (Canotilho, 1993: 167).

Como não podemos pensar propriamente em uma hierarquia entre esses princípios, talvez devêssemos abandonar, no plano da justificação, o modelo piramidal de representação do sistema jurídico, como apresentado por Kelsen. Ao invés de recorrermos a um modelo escalonado que remete, em última instância, a validade de todas as normas a apenas uma norma, talvez devamos pensá-lo como um sistema composto por várias normas-origem, já que não podemos reduzir os princípios uns aos outros, uma vez que eles são expressão do pluralismo das sociedades complexas contemporâneas⁴¹. Nas sociedades pluralistas, em que muitas vezes competem em pé de igualdade argumentos e projetos de vida, a democracia só pode ser levada a sério se considerarmos que os princípios jurídicos são expressão dessa diversidade, e que por isso mesmo concorrem entre si em pé de igualdade, não se podendo estabelecer, *a priori*, uma hierarquia entre si.

É interessante que, na teoria do direito contemporânea, esse modelo não seja abso-

lutamente refutado. Ferraz Jr., por exemplo, já aponta para um modelo composto não de uma única norma origem, mas de várias:

“os sistemas normativos contêm não uma única, mas várias normas-origem e correspondentes séries normativas, constituindo um todo coeso, integrado, não necessariamente hierárquico, regido não pelo princípio regressivo a um ponto inicial e irradiador único, mas pelo princípio da *equifinalidade*, isto é, que um mesmo ponto final pode ser atingido a partir de diversas origens e por diversos meios” (Ferraz Jr., 1994: 237).

É de se notar que, no momento atual, a concepção dos princípios jurídicos

“não pode desvincular-se de uma referência à Constituição. Porque a Constituição, por ser a Norma jurídica suprema da organização jurídica de uma Nação, não só encerra os princípios gerais do ordenamento e reflete a filosofia da vida jurídica – no dizer de Perlingieri –, senão que, ademais, enquanto ‘síntese das aspirações de um povo’ – na expressão de Battle –, é lógico que de alguma maneira consagre os princípios básicos de sua organização” (Arce Y Flórez-Valdés, 1990: 13).

No plano da justificação, a Constituição desempenha um papel especial quanto aos princípios no Estado Democrático de Direito. Apesar de não poder ser concebida como o único repositório dos mesmos, é tarefa sua, por excelência, indicar (e preservar) aqueles princípios reputados mais importantes pelos cidadãos por meio do representante constituinte sensível à sociedade. A concorrência entre os princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito: não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque são, todos eles, igualmente valiosos para a auto-identificação de uma sociedade pluralista. É o conjunto deles, e não um ou outro, que revela quem somos e quem queremos ser. A concorrência dos princípios deriva do fato que nossa identidade é uma identidade pluralista.

A questão que se coloca é: como solucionar a tensão entre princípios expressos na Constituição? No contexto do Estado Democrático de Direito, devemos procurar solucionar os impasses gerados nos discursos de aplicação sem abrimos mão, na medida possível, do maior número possível de princípios. Só assim uma sociedade pluralista terá sua auto-identidade (também pluralista) preservada. Mas também não devemos excluir a possibilidade de ocorrência de situações em que isso seja impossível. Em ambos os casos, o procedimento capaz de dar um curso para a tensão entre os princípios (sobretudo os princípios constitucionais) é aquele que envolve a racionalidade discursiva (ou seja, que avalia por meio de *razões* a correção normativa envolvida por esses princípios para o caso concreto), que não é neutra a argumentações práticas (Habermas, 1994:549). Sendo possível ou não a aplicação do maior número de princípios constitucionais, o que se deve sempre buscar em tais procedimentos é a *imparcialidade* na fundamentação e aplicação de normas jurídicas (Habermas, 1994: 563), ou, para retomarmos o conceito de Dworkin, *Integridade*.

Notas

¹ Kant, por exemplo, dizia na *Crítica da Razão Pura*: “é um antigo desejo (...) poder encontrar, em vez da variedade sem fim das leis civis, seus princípios; pois só aí está o segredo de simplificar a legislação”, Cf. KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft* – 2ª Aufl. In:_____. *Kant's Werke*. vol. III. Berlin, Georg Reimer, 1911. p. 239.

² Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino, G. Giappichelli, 1993. p. 271; da mesma forma em BOBBIO, Norberto. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino, Giappichelli, 1994. p. 264.

³ Cf., FRANÇA, R. Limongi. *Dos princípios gerais do direito como complemento da lei omissa*. São Paulo, [s.n.], 1963. p. 234.

⁴ Alexy, por exemplo, define a norma como o significado de um enunciado que diz que algo deve-ser. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993b: 83. Como tanto as regras quanto os princípios expressam que algo deve-ser (juridicamente), ambos devem ser entendidos como normas jurídicas

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica. *Derecho y razón practica*. México, Fontamara, 1993a. p. 11.

⁵ Dizer que o sistema jurídico é dinâmico decorre do fato que a vinculação que existe entre as normas jurídicas não se dá em razão de seu conteúdo, como na moral, mas em razão da autorização (uma norma, por exemplo a Constituição, autoriza um poder, por exemplo o legislativo, a produzir outras normas válidas, por exemplo a lei, que, se não violarem os limites estabelecidos pela norma superior, são tidas como pertencentes ao ordenamento jurídico - isto é, são tidas como válidas).

⁶ O próprio Bobbio já havia percebido que nem todos os princípios se formam a partir de generalização de outras normas particulares. BOBBIO, Norberto. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino, G. Giappichelli, 1994. p. 277.

⁷ Tais princípios não generalizam outras normas. Antes, as outras normas é que se subsumem a tais princípios.

⁸ Uma contradição, ensina-nos a lógica, consiste em uma situação em que dois enunciados não podem ser nem ao mesmo tempo verdadeiros, nem simultaneamente falsos. Em termos jurídicos, uma situação em que duas normas não podem ser ambas válidas ou ambas inválidas, só podendo ocorrer a situação em que uma seja necessariamente válida e a outra necessariamente inválida. Cf. infra nota 13.

⁹ Por exemplo, em um período com um índice inflacionário altamente elevado, um credor argumenta em favor de sua pretensão levantando o princípio segundo o qual os pactos devem ser obedecidos. Já o devedor argumentará, defendendo-se, o princípio contido na cláusula *rebus sic stantibus*.

¹⁰ É evidente que, como adverte Alexy, existe também uma variação quanto ao número de situações a que um determinado princípio se aplica ou não. Alguns se aplicam a um maior número de casos e, assintoticamente, a quase todos os casos. É o exemplo alemão do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Isso porque, para o Tribunal Constitucional Alemão, “existe um amplo grupo de condições de precedência nas quais existe um alto grau de segurança acerca de que, sob elas, o princípio [da dignidade da pessoa humana] (...) preceda aos princípios opostos”. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993b. p. 106. É a isso que o Tribunal Constitucional Alemão dá o nome de “âmbito essencial absolutamente protegido”. Não significa, portanto, que haja uma precedência absoluta, mas uma probabilidade muito elevada de precedência, pois “quase não existem razões jurídico-constitucionais indemostráveis para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições”. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993b. p. 109. Da mesma forma no caso brasileiro. Por exemplo: o princípio da prote-

ção à vida não tem, no Brasil, precedência absoluta e incondicionada sobre qualquer outro, como uma leitura apressada do art. 5º da Constituição Federal poderia sugerir. Há casos em que o dever de proteção do Estado deve ser colocado acima daquele princípio. O que ocorre é que as condições fáticas para que este princípio tenha precedência sobre aquele (ou seja, a existência de guerra externa) são tão remotas que, na prática, aquele outro princípio tem sempre gozado de precedência.

¹¹ Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. A releitura dos Princípios Gerais do Direito como Princípios Jurídicos na década de 80: Alexy e a caracterização axiológica dos princípios jurídicos. *Direito, discurso e democracia*. O princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte, UFMG, 1998. Tese de Doutorado. p. 65-80.

¹² Veja nota 4.

¹³ O termo contraditório aqui é empregado como o faz a lógica clássica e significa: são incompatíveis por não ser possível a existência simultânea das situações descritas (ou prescritas) em ambas as proposições, ou seja, a validade de uma proposição implica a invalidez da outra, e a invalidez de uma proposição também implica a validade da outra. Cf. COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2. ed. São Paulo, Mestre Jou, 1978. p. 146 e ss. Veja nota 8.

¹⁴ Essa importância, é preciso lembrar, é sempre uma importância avaliada *para uma comunidade*, e não necessariamente para todas comunidades.

¹⁵ O primeiro autor a defender esse ponto de vista foi, provavelmente, Josef Esser. Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. A contribuição de Esser para a problemática dos princípios jurídicos. *Direito, discurso e democracia*. O princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte, UFMG, 1998. Tese de Doutorado. p. 49-64.

¹⁶ Para uma resposta de Alexy a Habermas, conferir ALEXY, Robert. Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse. ROSENFELD, Michel, ARATO, Andrew (orgs.). *Habermas on Law and Democracy*: critical exchanges. Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1998. p. 228-231.

¹⁷ Enquanto a axiologia é uma teoria dos valores, a deontologia é uma teoria dos deveres. LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. 8. ed. rev. e aum. Paris, Presses Universitaires de France, 1960. p. 104-216.

¹⁸ Já Esser criticava a tendência do modo de argumentar axiomático em se hierarquizar os princípios. Como ele diz, apoiando-se em Simonius, “não existe um ‘princípio supremo’, já que todas as funções do direito podem-se expressar em princípios que cada vez atuam antinomicamente”. ESSER, Josef. *Princípio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona, Bosch, 1961. p. 64 e *passim*, existindo portanto uma “tensão polar entre

vários princípios”, ESSER, Josef. *Princípio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona, Bosch, 1961. p. 103., tensão esta inerente às sociedades pluralistas e multiculturais.

¹⁹ Ao criticar a concepção axiológica do direito, não quero dizer com isso que as normas não possam conter valores, mas que o seu caráter vinculante decorre não do valor que contêm, mas do fato mesmo de elas serem *normas*, ou seja, deveres, que revelam não apenas quem somos, mas também, ao contrário dos valores, quem desejamos ser, estabelecendo um projeto para nossa própria sociedade.

²⁰ Habermas está-se referindo à hipótese da *possibilidade* de uma fundamentação universal, que funciona normativamente para avaliação de argumentações morais ou jurídicas. Habermas demonstra que esse é um pressuposto normativo (contrafático) que pode não corresponder à realidade sem com isso deixar de ser, em si, válido. O princípio democrático, envolvido nos discursos jurídicos, pressupõe que toda argumentação real se dá no contexto de uma comunidade real, sendo portanto uma argumentação *circunstancial* e *contingente*, apesar de também orientada por critérios de imparcialidade e de universalidade. A distinção que aqui está sendo invocada é a distinção entre a comunidade real de comunicação e a comunidade ideal de comunicação, que já explorei em outro lugar. GALUPPO, Marcelo Campos. O princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado Democrático de Direito. *Direito, discurso e democracia*. Belo Horizonte, UFMG, 1998. Tese de Doutorado.

²¹ Lembremo-nos, por exemplo, da importância que Aristóteles conferia ao *ethos*, à *pólis* e à *phrónesis* em sua ética.

²² Procedendo da diferenciação entre comando e conselho elaborada por Hobbes no *Leviatã*, Bobbio conclui que a diferença mais importante entre comando e conselho diz respeito ao comportamento da pessoa do destinatário, pois enquanto estes “são *obrigados* a seguir um comando, têm a *faculdade* de seguir um conselho”. BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino, G. Giappichelli, 1993. p. 72.

²³ É interessante notar que essa axiologização do direito goza de muitos adeptos, nem sempre conscientes, na Alemanha. Veja-se, por exemplo, o seguinte texto de Hesse: “Os bens constitucionalmente protegidos devem ser ordenados uns perante os outros de tal forma que cada um deles ganhe realização. Onde há colisão, não se pode, em precipitadas compensações de interesse ou de valores, sacrificar um ao custo do outro.” HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg, C. F. Müller, 1995. p. 28.

²⁴ No plano da aplicação, efetivamente ocorrem questões de concorrência (e não de contradição entre princípios), e discursivamente, agora com base não mais nas normas, mas nos fatos envolvidos no caso

concreto, é possível fazer um princípio concorrente passar para um segundo plano, a fim de dar uma solução para um caso que não permita a compatibilização de dois princípios. Para a diferenciação dos dois planos, ver GÜNTHER, Klaus. *Application Discourses in Morality and Law. The Sense of Appropriateness*. Albany, State University of New York, 1993.

²⁵ Um estudo interessante sobre esse conceito encontra-se em CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (org.) et alii. *Percursos da teoria jurídica contemporânea. Paradoxos da auto-observação*. Curitiba, JM Editora, 1997. p. 182 e ss.

²⁶ Sobre a questão da tese da “resposta correta”, ver DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, em especial p. 331-338 e DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 119-145. Evidentemente, como aponta CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (org.) et alii. *Percursos da teoria jurídica contemporânea. Paradoxos da auto-observação*. Curitiba, JM Editora, [s.d.], p. 171 e ss., a “resposta correta” significa para Dworkin apenas a melhor resposta possível.

²⁷ Isto é aquilo que Dworkin chama de *tese dos direitos*, que concerne à disputa entre argumentos de política e princípios jurídicos na fundamentação de decisões em casos difíceis. Ver DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1978. p. 82 e ss.

²⁸ Habermas adverte que, nos Estados Democráticos de Direito, apenas o legislador tem acesso tanto às questões morais quanto às ético-políticas e pragmáticas. HABERMAS, Jürgen. *Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Faktizität und Geltung*, 2 ed. Frankfurt. Suhrkamp, 1994. p. 235.

²⁹ Assim, cobra novo sentido a frase do Tribunal Constitucional Alemão segundo a qual nenhum princípio “goza simplesmente de primazia em frente de outro” ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica. Derecho y razón practica*. México, Fontamara, 1993a. p. 13. todos os princípios possuem a possibilidade de excepcionar a aplicação de outros princípios.

³⁰ E isso porque, em alguns casos, as condições (jurídicas e fáticas) que compõem o problema tornam um princípio adequado e outro inadequado à solução do caso, para usar a terminologia de Günther.

³¹ Como mostrei em outro lugar, GALUPPO, Marcelo Campos. O princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado Democrático de Direito. *Direito, discurso e democracia*. Belo Horizonte, UFMG, 1998. Tese de Doutorado, a sua independência decorre do fato que são expressão do pluralismo das sociedades contemporâneas .

³² Vale dizer: os princípios podem-se excepcionar em sua aplicação, apesar de não se revogarem mutuamente.

³³ Preciso advertir que entendo que a interpretação é um ato de atribuição discursiva de sentido. Portanto, não é o caso de se *descobrir* um sentido, mas de *atribuí-lo*. É preciso lembrar que mesmo a norma não é algo que tenha existência *per se*. Já Kelsen entendia, na *Teoria Pura do Direito*, que a norma é o *sentido* que podemos encontrar em um costume ou em um texto normativo, que por isso mesmo funciona como *esquema de interpretação*. Mas esse sentido não é encontrado pelo intérprete como algo já existente no texto. Ao contrário, ele é *atribuído* por meio da argumentação jurídica, argumentação que possui diferenças, caso se trate de um discurso de aplicação ou um discurso de justificação. Evidentemente, essa atribuição do sentido é algo que vai longe da *discricionariedade* do juiz no julgamento do caso concreto. As condições dessa atribuição de sentido pressupõem antes a existência de uma comunidade (no caso, jurídica) *lingüisticamente estruturada*, o que significa que esse sentido é atribuído por intermédio do discurso e da universalização. Sobre a questão da hermenêutica, seria interessante a leitura de HABERMAS, Jürgen. In: Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre, L&PM, 1987. 136 p.

³⁴ Dizer que não perdem sua validade significa que continuam válidas e *apenas não são aplicadas*.

³⁵ Isso significa que a estrutura das normas jurídicas genéricas preconizada por Kelsen é, na verdade, a estrutura de *um tipo* de normas jurídicas: as regras.

³⁶ Para a caracterização dos dilemas morais, ver sua formulação em KOHLBERG, Lawrence. *Psicologia del desarrollo moral. Los nueve dilemas hipotéticos*. Bilbao, Desclée De Brouwer, 1992b. p. 589-599.

³⁷ O que significa que os princípios *são normas que valem em um contexto* (mas não, necessariamente, e ao contrário do que pensavam Del Vecchio e Bobbio, em qualquer situação).

³⁸ Sobre as diferenças entre os discursos de aplicação e discursos de justificação, ver GÜNTHER, Klaus. *Application Discourses in Morality and Law. The Sense of Appropriateness*. Albany, State University of New York, 1993. p. 23-58; e HABERMAS, Jürgen. *Remarks on Discourse Ethics. Justification and Application*. Cambridge, MIT, 1993. p. 35-39.

³⁹ Ver, a propósito, GALUPPO, Marcelo Campos. Peirce. O princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado Democrático de Direito. *Direito, discurso e democracia*. Belo Horizonte, UFMG, 1998. Tese de Doutorado. p. 102 e 103.

⁴⁰ No livro V da *Metafísica*, a partir da reunião dos vários sentidos da palavra “princípio”, Aristóteles vai apontar seu sentido básico: “Chama-se *princípio*, em primeiro lugar, (a) ao ponto de uma coisa desde onde alguém pode começar a mover-se; por exemplo, o princípio da longitude e do caminho será,

por esta parte, leste, e pela contrária, oeste. Em segundo lugar, se chama também princípio (b) ao ponto desde onde cada coisa pode fazer-se do melhor modo; por exemplo, a instrução não deve às vezes principiar-se desde o primeiro e desde o princípio da coisa, mas desde onde com mais facilidade pode aprender o discípulo. Em terceiro lugar, se chama princípio (c) aquele desde o qual, sendo intrínseco à coisa, esta começa a se fazer; por exemplo, de uma nave, a quilha, e de uma casa, a argamassa [...]. Em quarto lugar, (d) aquilo desde o que, sem ser intrínseco à coisa, esta começa a fazer-se e desde onde principiam naturalmente o movimento e a mudança; por exemplo, o filho, desde o pai e a mãe, e a luta, desde a injúria. Em quinto lugar, (e) aquilo cujo desígnio faz que se movam as coisas que se movem e mudem as que mudam, como nos Estados os magistrados, as potestades, os reinos e as tiranias se chamam princípios [...]. Ademais, (f) o ponto desde onde uma coisa chega a ser cognoscível também se chama princípio da coisa; por exemplo, as demonstrações, as premissas. [...] *A todos os princípios é comum ser o primeiro desde o qual algo é ou se faz ou se conhece*. E destes (princípios) uns são intrínsecos e outros extrínsecos”. ARISTÓTELES. *Metafísica de Aristóteles*. Trad. por Valentín García Yebra. 2. ed. Madrid, Gredos, 1990. p. 216-218. Grifo meu.

⁴¹ Adverte Baracho que existe um princípio, constitucionalmente adotado no Brasil, que é o princípio do *pluralismo* BARACHO, José Alfredo de Oliveira. In A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. *Teoria Geral da Cidadania*. São Paulo, Saraiva, 1995. p. 33.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel et ARATO, Andrew (orgs.). *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998.
- ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica. Derecho y razón practica*. México: Fontamara, 1993a.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.
- ARISTÓTELES. *Metafísica de Aristóteles*. Trad. por Valentín García Yebra. 2 ed. Madrid: Gredos, 1990.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. *Teoria Geral da Cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995.

- BOBBIO, Norberto. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: Giappichelli, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação de valores contratados como contraprestação por obras realizadas. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Brasília: OAB, v. 63, ano XXVI, julho/dezembro de 1996. p. 123-152.
- CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo (org.) et alii. *Paradoxos da auto-observação*. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.
- COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1948.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- ESSER, Josef. *Princípio e norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FRANÇA, R. Limongi. *Dos princípios gerais do direito como complemento da lei omissa*. São Paulo: [s.n.], 1963.
- GALUPPO, Marcelo Campos. O princípio jurídico da igualdade e a autocompreensão do Estado Democrático de Direito. *Direito, discurso e democracia*. Belo Horizonte: UFMG, 1998. Tese de Doutorado.
- GÜNTHER, Klaus. Application discourses in morality and law. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre: L&PM, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. *Faktizität und Geltung*. 2. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. Remarks on Discourse Ethics. *Justification and Application*. Cambridge: MIT, 1993.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.
- KANT, Immanuel. Kritik der reinen Vernunft. 2ª Aufl. In: _____. *Kant's Werke*. vol. III. Berlin: Georg Reimer, 1911.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Österreichische Staatsdruckerei Wien, 1992.
- KOHLBERG, Lawrence, LEVINE, Charles, HEWER, Alexander. La formulación actual de la teoría. in: KOHLBERG, Lawrence (org.). *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao: Desclée De Brouwer, 1992.
- KOHLBERG, Lawrence. Estadios morales y moralización: la via cognitiva-evolutiva. in: KOHLBERG, Lawrence (org.). *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao: Desclée De Brouwer, 1992a.
- KOHLBERG, Lawrence. Los nueve dilemas hipotéticos. in: KOHLBERG, Lawrence (org.). *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao: Desclée De Brouwer, 1992b.
- KOHLBERG, Lawrence. *The Meaning and Measurement of Moral Development*. Worcester: Clark University Press, 1981.
- LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*. 8. ed. rev. e aum. Paris: Presses Universitaires de France, 1960.
- PIAGET, Jean. *O juízo moral na criança*. São Paulo: Sumus, 1994.