

## O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS NA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FRIEDRICH MÜLLER

### *THE CONFLICT AMONG PRINCIPLES IN FRIEDRICH MÜLLER'S STRUCTURAL THEORY*

Leandro Caletti

Mestrando no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito da Faculdade Meridional (PPGD-IMED). E-mail: cttlers@gmail.com

Márcio Ricardo Staffen

Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia - Itália. Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor na Faculdade Meridional IMED. E-mail: submissoesppgd@gmail.com

Recebido em: 13/03/2016

Aprovado em: 15/04/2016

Doi: 10.5585/rdb.v13i6.371

**RESUMO:** O estudo que ora se apresenta tem por escopo abordar, a partir do constructo teórico de Friedrich Müller (2009), o modo de tratamento do conflito entre princípios na Teoria Estruturante do Direito. O âmbito normativo, a partir da metódica estruturante, se constitui em elemento da norma, sinalizando que o direito não se encerra num conjunto lógico de proposições, constituindo-se, antes, em sistema normativo que intenta dirigir a sociedade e, em paralelo, é influenciado por esta. O artigo procura demonstrar que a solução delineada pela Teoria Estruturante do Direito melhor atende o problema do conflito entre princípios, visto que considera o sistema jurídico como produto da ação concreta das pessoas, se consubstanciando numa proposta interpretativa eminentemente prática.

**Palavras-chave:** Âmbito Normativo. Concretização Racional. Conflito entre Princípios. Friedrich Müller. Teoria Estruturante do Direito.

**ABSTRACT:** The paper presented here aims to address, from Friedrich Muller's theoretical construct, the treatment mode of the conflict among the principles of the Law Structuring Theory. The regulatory framework, from the methodical structuring, constitutes in rule element, signaling that the Law does not end in a logical set of propositions, constituting itself, before, in a regulatory system which tries to run the society and, in parallel, is influenced by it. The study attempts to demonstrate that the solution outlined by the Law Structuring Theory best fits the problem of the conflict among principles, since it considers the legal system as a product of people concrete action, consolidating itself in an eminently practical interpretive proposal.

**Keywords:** Regulatory Framework. Rational Realization. Conflict Among Principles. Friedrich Müller. Law Structuring Theory.

**Sumário:** Introdução; 1 A Teoria Estruturante do Direito e o cenário pós-positivista; 2 A influência da Teoria Estruturante do Direito sobre as normas de direitos fundamentais; 3

Conflitos entre princípios na Teoria Estruturante do Direito; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo principal examinar a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, relativamente à forma que soluciona eventuais casos de conflitos entre princípios<sup>1</sup>.

Para tanto, se fixa como diretiva mestra que dois são os elementos a sustentarem o predito método estruturante, quais sejam, a norma e a realidade. A imbricação desses dois componentes permeia toda a construção normativa que serve de tema ao presente ensaio.

Analisa-se o âmbito normativo a partir da metódica estruturante, erigindo-o como elemento da norma, de forma a sinalizar que o direito não se encerra num sistema de lógico de proposições, constituindo-se, antes, em sistema normativo que intenta dirigir a sociedade e, em paralelo, é influenciado por essa.

A justificativa do trabalho repousa na crescente banalização, por juízes, tribunais e demais intérpretes, da utilização dos princípios na motivação das decisões, ou, mesmo, na própria tentativa de obtenção de proteção jurídica (exigência de direitos), cenário pródigo em equívocos cognitivos acerca das teorias que intentam solucionar a tensão entre princípios.

A partir desses pontos, o critério metodológico utilizado é o método dedutivo<sup>2</sup>, cuja premissa maior é a utilização das diretrizes da Teoria Estruturante do Direito para a solução dos conflitos entre princípios, o que se verifica por meio da “concretização racional” (premissa menor). A técnica de que se vale para o estudo é a pesquisa bibliográfica<sup>3</sup>.

Elabora-se a seguinte hipótese, a ser confirmada: a solução encontrada pela Teoria Estruturante do Direito é a que melhor responde ao conflito entre princípios?

Dentre os teóricos das posições neoconstitucionalistas<sup>4</sup> ou pós-positivistas<sup>5</sup>, Friedrich Müller e Robert Alexy despontam como profícuos expoentes.

A norma jurídica, compreendida pelo positivismo<sup>6</sup> unicamente como produto de um juízo hipotético, passa a ser percebida como resultado de uma interação que considera o

---

<sup>1</sup> Optou-se, neste ensaio, por utilizar a locução “conflito entre princípios” para padronizar e unificar a categoria que poderia conter outras expressões como “colisão de direitos fundamentais” ou “conflito entre normas de direitos fundamentais”, por exemplo.

<sup>2</sup> No dizer de Pasold (2011, p. 205), a “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral”.

<sup>3</sup> “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. (PASOLD, 2011, p. 207).

<sup>4</sup> No entender de Pozzolo (1998, p. 342): “Aquello que distingue la doctrina neoconstitucionalista es la adopción de un peculiar modelo constitucional. Tal modelo ha sido denominado ‘modelo axiológico de la constitución concebida como norma’. ‘Constitución’ designa aquel conjunto de reglas jurídicas positivas, fundamentales respecto a las demás reglas del conjunto, pero que pasan a ser ‘constitución’ en razón del particular contenido que expresan, y no en razón del sujeto que ha redactado el documento.

<sup>5</sup> “O pós-positivismo deve ser entendido com o sentido de superação e não (mera) continuidade ou complementaridade. Pós-positivismo será compreendido, neste contexto, no interior do paradigma do Estado Democrático de Direito instituído pelo constitucionalismo compromissório e transformador social surgido no segundo pós-guerra”. (STRECK, 2009, p. 7).

<sup>6</sup> Segundo Bobbio (1995, p. 15), “a expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural”. Já para Streck (2010, p. 160), “o positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O ‘positivo’ a que se refere o termo positivismo é entendido

direito e a realidade social como elementos da ação jurídica, operacionalizada por meio da linguagem na construção democrática do Estado de Direito.

Desse modo, inaugura este ensaio o traçado das linhas gerais da Teoria Estruturante do Direito (ou “metódica estruturante”), através da qual Friedrich Müller desenvolve uma abordagem pragmática que considera, no significado do texto normativo, as diversas variáveis porventura ocorrentes no caso concreto específico.

Num segundo momento, debruça-se sobre a influência da Teoria Estruturante do Direito nas normas de direitos fundamentais, estabelecendo o necessário cotejo com a teoria mais aceita acerca do tema, a saber, a de Robert Alexy (2008).

Por derradeiro, se analisa a solução dada pela “teoria estruturante” para as situações de conflitos entre princípios, a saber, a “concretização racional”, técnica interpretativa que não prevê regramento preciso para a solução do caso concreto, mas retrata a estrutura de concretização da norma num caso particular, estabelecendo critérios de aferição da racionalidade das decisões judiciais.

## 1. A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO E O CENÁRIO PÓS-POSITIVISTA

É inferência mais ou menos generalizada a que observa o ocaso do positivismo jurídico, mormente a partir dos últimos anos do século passado.

Como escrito alhures, a doutrina positivista resumia a interpretação normativa ao esquema lógico-dedutivo, sem atentar para uma necessária atualização, baseada em critérios mais adequados à realidade constitucional, principalmente com o escopo de fomentar o desenvolvimento de métodos de efetivação e concretização dos comandos constitucionais.

O próprio Müller (2005b, p. 25) reconheceu essa insuficiência:

Insistindo na mera positividade do direito, transfigura-se longe da realidade da vida, o positivismo aceitou o preço da redução ou perda da normatividade jurídica, cujas condições específicas bem como, genericamente a peculiaridade do direito saíram do campo visual à medida que o ideal de método de uma ciência natural que ainda não tinha começado a questionar-se foi transferido acriticamente a prescrições jurídicas. Assim o direito é compreendido equivocadamente como um ser que repousa em si, que só deve ser relacionado *ex post facto* com as relações da realidade histórica. A norma jurídica é compreendida equivocadamente como ordem, como juízo hipotético, como premissa maior formalizada segundo os princípios da lógica formal, como vontade materialmente vazia.

Ademais, nesse plano de ruptura entre sociedade e Estado, em que este último era admitido unicamente como produtor exclusivo das leis, se vislumbrava, como pano de fundo, uma alegada neutralidade axiológica – inerente ao liberalismo dominante – em que o direito era pré-concebido em termos ideais e dotado de legalidade automática e compulsória<sup>7</sup>.

O advento das novas premissas interpretativas pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, no entanto, se encarregou de desvelar a falácia que cobre a noção de narração constitucional ou de produção normativa neutrais.

---

aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de ‘empirismo lógico’). Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento. No âmbito do direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos”.

<sup>7</sup> “A premissa de um dos erros mais fundamentais do positivismo na ciência jurídica, a compreensão e o tratamento da norma jurídica como algo que repousa em si e preexiste, é a separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade”.(MÜLLER, 2009, p. 16).

Essa pretensa imparcialidade se constitui num mito – entendido, segundo Abbagnano (2007, p. 673), como “verdade imperfeita ou diminuída” –, porquanto sempre há, no mínimo, uma tradição a fundamentar qualquer regime. É por essa razão que se afirma a inexistência de grau zero<sup>8</sup> na interpretação constitucional.

Seja como for, a pós-modernidade<sup>9</sup> e suas sociedades complexas exigiram da interpretação constitucional mais do que a simplória subsunção mecânica e o avanço para além da aplicação restrita. Era inexorável, assim, o divórcio com o sistema de ideias que considerava o direito – e a Constituição – um sistema engessado, pronto e acabado, ausente de lacunas e cuja decisão se restringia a uma subsunção estritamente lógica e supressora de componentes não retratados no texto da norma.

A Teoria Estruturante do Direito emerge e se insere exatamente no terreno dessas modernas correntes do pensamento jurídico que advogam uma conjuntura de trespasse da legalidade estrita, sem ignorar, todavia, o direito posto.

A construção desse novo paradigma pressupõe o reconhecimento da normatividade dos princípios e a sua interação com valores e regras. Afora isso, se faz necessária a construção de uma teoria dos direitos fundamentais fulcrada na dignidade da pessoa<sup>10</sup>.

Mais concretamente no que atine com a delimitação temática deste estudo, importa sublinhar que a opção de Müller pela teoria constitucional decorre da maior necessidade de fundamentação racional dos provimentos jurisdicionais. Daí o desenvolvimento da Teoria Estruturante do Direito, que se passa a examinar com mais vagar.

Já na nota prévia ao seu Teoria Estruturante do Direito, Müller (2009, nota prévia) vaticina:

A proposta aqui apresentada objetiva a racionalidade na medida em que transmuda a pergunta por “norma e fato” na pergunta pela normatividade e pela estrutura da norma, tratando-a assim como questão de teoria da norma, em vez de trata-la como questão de filosofia geral do direito. Com a redefinição do conceito de norma, dessarte esboçada, a proposta tem por objetivo fazer com que as descobertas da discussão realizada até o momento sobre questões de método adquiram maior serventia para a dogmática e práxis jurídicas.

---

<sup>8</sup> Habermas (2007, p. 57), tratando da influência da religião, por exemplo, na ideologia do poder do Estado, ratifica a ilação: “A neutralidade ideológica do poder do Estado que garante as mesmas liberdades éticas a todos os cidadãos é incompatível com a generalização política de uma visão do mundo secularizada. Em seu papel de cidadãos do Estado, os cidadãos secularizados não podem nem contestar em princípio o potencial de verdade das visões religiosas do mundo, nem negar aos concidadãos religiosos o direito de contribuir para os debates públicos servindo-se de uma linguagem religiosa”.

<sup>9</sup> “A pós-modernidade, na acepção que se entende cabível, é o estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada na condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionismo crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. A pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural que haverá de alargar-se por muitas décadas até a sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois, em verdade, ela inaugura sua mescla com os restos da modernidade. Do modo como se pode compreendê-la, deixa de ser vista somente como um conjunto de condições ambientais, para ser vista como certa percepção que parte das consciências acerca da ausência de limites e de segurança, num contexto de transformações, capaz de gerar uma procura (ainda não exaurida) acerca de outros referenciais possíveis para a estruturação da vida (cognitiva, psicológica, afetiva, relacional, etc.) e do projeto social (justiça, economia, burocracia, emprego, produção, trabalho, etc.)”. (BITTAR, 2014, p. 94).

<sup>10</sup> Pela necessária delimitação adotada no presente estudo, esses temas, de fundamental importância, vão apenas referidos. Sugere-se ao leitor, todavia, conferir, a título de aprofundamento: Alexy (2008), Peces-Barba Martínez e García (1998), Pérez-Luño (2011) e Silva (2009).

A primeira barreira a ser derrubada quando se trata da Teoria Estruturante do Direito é a que sustenta a oposição entre “ser” e “dever ser”, cunhada a partir da segunda edição da Teoria Pura do Direito de Kelsen (1998), para quem a norma, enquanto ordem, designava mero modelo para uma série de possibilidades decisórias. Cada ato que preenchesse formal ou logicamente aquele molde, estaria em conformidade com o direito, sem nenhuma investigação acerca da materialidade ou do conteúdo.

A condenação dessa separação, entretanto, conduziria a uma outra tormentosa questão: a interpretação e a aplicação do direito a partir da facticidade social e da sociologia não colocariam em cheque a normatividade? Para Müller (2009, p. 35), essa dúvida pertence à metodologia jurídica, não ao sistema normativo. Acrescenta ele que os aspectos da realidade social só devem ingressar na metódica e na dogmática jurídicas no interesse da própria normatividade, a serviço de uma racionalidade jurídica vinculativa da norma.

Se as teorias positivistas, como a kelseniana, confundiam texto normativo com norma, a Teoria Estruturante do Direito assevera que o artigo de lei não contém a norma, apenas o seu texto, o qual deve, aliás, por meio de um trabalho de concretização, ser transformado em norma jurídica. Noutras palavras, a norma jurídica é criada em face do caso específico, consubstanciando-se no resultado de uma concretização fundamentada na metódica estruturante.

Importa pontuar que a Teoria Estruturante do Direito qualifica como “normativas” todas as circunstâncias capazes de direcionar o processo de decisão, sejam dados de linguagem (textos de normas), sejam dados reais. Assim, normatividade, para a teoria predita, é uma qualidade dinâmica da norma, aferível unicamente na regulamentação de questões jurídicas concretas.

Logo, a normatividade surge como uma composição entre o programa normativo, que significa o recorte ou o espaço da realidade utilizado para compor a norma (também pode ser dito como dados linguísticos do texto da norma), e os preditos dados reais. Tem-se, aqui, a dimensão jurídica da Teoria Estruturante do Direito.

Essa união – programa normativo e dados reais – compõe o âmbito normativo, que, de seu turno, se relaciona à realidade que se pretende regular. Dito de outra forma, abrange tudo o que fulcra os textos normativos, tais como: fatos relacionados ao caso, estudos doutrinários, jurisprudência etc. Aqui, vê-se a dimensão fática da Teoria Estruturante do Direito.

Nesse norte, há intensa inter-relação entre as dimensões fática (âmbito normativo) e jurídica (programa normativo) – designando o que se poderia denominar de uma porosidade recíproca –, cujo produto é, em princípio, uma norma jurídica geral e abstrata, todavia, numa perspectiva valorante do seu próprio programa.

Das palavras do próprio Müller (2005a, p. 11), colhe-se o seguinte excerto:

O que existe na realidade, na prática concreta, onde se encontra o fenômeno chamado “norma jurídica”, é sempre um conjunto de dados linguísticos e dados (primariamente ou secundariamente) reais. Em outras palavras, há sempre uma conexão entre um programa da norma e um âmbito da norma. Por isto, não somente a antiga dicotomia entre “ser” e “dever-ser” está superada, como também a verdade que está contida nela (isto é, a que dados linguísticos e dados reais não são os mesmos) está, a partir de então, teoricamente modernizada e praticamente operacionalizada.

De fato, apenas na fase de decisão do caso é que se formará a norma de decisão, individual e concreta, através do cotejo entre os dados jurídicos ou normativos e a realidade.

É essa a razão teórico-normativa para designar como “âmbito” normativo a estrutura material normativamente assumida, sendo que o âmbito normativo não é um “objeto isolado”, mas na linguagem figurada indica o escopo do qual a concretização prática

sempre necessita. E “concretização prática” significa que tanto o âmbito normativo como também, de antemão, o programa normativo – e, com isso a norma jurídica no todo – somente são produzidos pelo operador do direito no caso específico. Concretização da norma é *construção* da norma. (MÜLLER, 2009, p. 230-231).

É por essa razão que a norma é sempre produto da inter-relação entre texto normativo e realidade, concretizando-se em norma jurídica diante de um caso individuado, como já escrito alhures. E é igualmente por esse motivo que se pode afirmar que a Teoria Estruturante do Direito se vale do método indutivo para interpretar e concretizar a norma jurídica.

Para Müller (2007, p. 241), essa última “não é apenas um dado orientador apriorístico no quadro da teoria da aplicação do direito, mas adquire sua estrutura em meio ao processamento analítico de experiências concretas no quadro de uma teoria da geração do direito”.

De efeito, se se pudesse resumir a Teoria Estruturante do Direito numa frase, referentemente à teoria da norma, poder-se-ia cunhá-la como: “a norma não é o início da interpretação, é o produto final dessa atividade”.

Estabelecidos os principais conceitos e pontuadas as nodais características da Teoria Estruturante do Direito, é imperioso que se passe a tratar da influência dela na interpretação e na concretização das normas de direitos fundamentais. É o que se articula na seção seguinte.

## 2. A INFLUÊNCIA DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO SOBRE AS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira análise a ser feita, na espécie, diz com a equivocada equiparação das normas de direitos fundamentais a cláusulas gerais.

Essas últimas ostentam alto grau de abstração e se exteriorizam, comumente, por locuções como “boa-fé”, por exemplo. Tratam-se de preceitos éticos, morais, convenções sociais e práticas corriqueiras que, em alguma medida, podem adentrar ao direito positivo, através da positivação.

Ainda que positivadas, todavia, têm a concretização limitada, uma vez que apenas auxiliam na construção do âmbito da norma. Isso é assim porque, nas cláusulas gerais, ainda não existe uma norma, que só será desenvolvida para cada caso específico.

Müller (2009, p. 270) adverte, nesse tocante, que diferentes âmbitos normativos vão sendo incorporados pela jurisprudência aos programas normativos das cláusulas gerais, de modo que, por meio da tipologia, se vê reunirem-se inúmeras normas debaixo de um único texto normativo. Em paralelo e como consectário, o campo de discricionariedade da decisão judicial, antes largo, pela especialização do texto normativo, resulta circunscrito. Prosseguindo, o autor predito assinala ser justamente por essa razão que princípio e norma jurídica se diferenciam; não pelo caráter abstrato dos primeiros, mas, sim, pelo caráter definidor dos casos de aplicação, afeto unicamente às segundas.

Vale dizer, o princípio não pode ser definido numa cláusula geral, antes, a justifica e serve de causa ou critério. O mesmo vale para as normas de direitos fundamentais.

Alexy<sup>11</sup>, de outro lado, acena com entendimento oposto, visto que, a uma, não abandona o direcionamento de regras e princípios para juízos de dever-ser, e, a duas, alicerça

---

<sup>11</sup> A Teoria dos Direitos Fundamentais defendida por Alexy, seguramente, a mais difundida e estudada no cenário brasileiro, desenvolve uma dogmática dos direitos fundamentais que se baseia em três dimensões, a saber, analítica, empírica e normativa. A dimensão analítica aponta para um rigor conceitual da teoria, nominalismo esse responsável pela definição das observações verificadas na dimensão empírica (por exemplo: a

sua teoria dos direitos fundamentais justamente na distinção entre regras e princípios, espécies que são do gênero normas.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90, grifo do autor).

Objetando, a Teoria Estruturante do Direito advoga que, na forma como concebida a sistemática alexyana dos direitos fundamentais, as normas inerentes a esses últimos gozam de baixo grau de concretização, sobretudo do âmbito normativo, porquanto confunde norma com texto normativo. É essa debilidade a responsável pela perniciosa e indesejável equiparação entre normas de direitos fundamentais e cláusulas gerais.

Partindo-se, entretanto, da correta individuação do que seja norma e texto de norma – numa perspectiva estruturante, portanto –, não se labora na confusão censurada, não obstante normas de direitos fundamentais e cláusulas gerais comunguem, materialmente, na referência a preceitos éticos, repousando o signo distintivo, todavia, na relação materialmente mais forte do âmbito normativo das primeiras com a Constituição.

A propósito, aliás, das normas de direitos fundamentais, se pode afirmar que ostentam um âmbito normativo altamente factível, singular e denso. Tanto assim, que algumas sequer têm gênese jurídica, tal como a que prevê o direito à liberdade religiosa (fonte religiosa), caractere que facilita a submissão da norma de direito fundamental a abordagens as mais diversas, raramente teórico-normativas.

Seja como for, é possível afirmar que a metódica estruturante auxilia na concretização das normas de direitos fundamentais. Essa conclusão, todavia, não ignora que os espaços sociais que se referem aos textos normativos prossigam abertos e só possam ser compreendidos com a ajuda das chaves de entendimento teórico-normativas do programa e do âmbito normativos.

Ao fim e ao cabo, o conceito de norma construído a partir da Teoria Estruturante do Direito dá lugar à concretização de todas as espécies de normas jurídicas, especialmente as inerentes a direitos fundamentais. Isso porque a sua aplicação não se limita ao texto normativo, considerando também a dimensão fática e outras condicionantes. Todavia, a predita aplicação encontra limite na norma, que tem a normatividade concreta atrelada ao caso específico.

À guisa de uma conceituação de “concretização” a partir da Teoria Estruturante do Direito, Adeodato (2002, p. 240) bem sintetiza:

O procedimento genérico através do qual se procura adequar normas e fatos e decidir, tradicionalmente conhecido por “interpretação” ou “interpretação e aplicação do direito”, Müller denomina “concretização da norma” (*Normkonkretisierung*), procurando justamente afastar-se da hermenêutica tradicional e determinar mais precisamente seus conceitos e procedimentos. Nessa tarefa insiste que concretização não significa silogismo, subsunção, efetivação, aplicação ou individualização concreta do direito a partir da norma geral.

---

proteção jurisprudencial dada ao casamento homoafetivo [constatação empírica] se baseia nos conceitos de casamento, homoafetividade etc.). A dimensão empírica, por sua vez, corresponde a um observatório da conjuntura social, cotejada com o conhecimento do regramento jurídico válido, da jurisprudência, da doutrina etc. A dimensão normativa, por último, designa a aplicação da legislação de regência. Para aprofundamento na teoria alexyana, consultar as seguintes obras: Alexy (2008, 2014a e 2014b).

Delineado o influxo da Teoria Estruturante do Direito nas normas de direitos fundamentais e na sua concretização, na seção seguinte, este estudo se debruçará sobre o conflito entre princípios a partir do método estruturante.

### 3. CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS NA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

Ao se adentrar ao ponto, se está pisando, para além de nas teorias dos direitos fundamentais, no movediço terreno da interpretação constitucional.

Zagrebelsky (1987, p. 171) já advertia, nesse tocante, não existir, nem na doutrina, nem na jurisprudência, uma teoria dos métodos interpretativos da Constituição apta a definir qual o método ou o princípio de interpretação constitucional corretos. Quando se trata de solver conflitos entre princípios, então, há ainda mais discordância.

No roteiro proposto, importa que se parta do conhecimento do que se está a tratar. Significa perquirir pelo conceito de princípios e indagar no que consiste o conflito entre eles.

Ávila (2005, p. 70), que desenvolve teoria crítica acerca da distinção entre regras e princípios e sobre o próprio conceito desses últimos, define:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Logo, a noção de princípios enquanto normas finalísticas exige a consecução de um estado ideal de coisas que só pode ser atingido se determinados comportamentos forem implementados. Portanto, a noção conceitual de princípios ultrapassa em muito a ideia de que se consubstanciariam em meros valores dependentes de preferências pessoais para a realização.

Em tempos de banalização da utilização dos princípios na motivação das decisões judiciais ou, mesmo, na fundamentação para a obtenção de proteção jurídica (exigência de direitos), Ávila (2005, p. 72-75) desenvolve as interessantes “diretrizes para a análise dos princípios”, mecanismo para a identificação do que é princípio, dentro do conceito alhures colacionado. Registra-se que essas abordagens não são esmiuçadas no corpo do artigo em face da inexorável delimitação temática proposta.

Um princípio jurídico, assim, pode se conformar (estar contido) numa norma de direito formalmente constitucional ou em várias delas. Como consectário, uma vez verificada a justaposição de exercícios dos direitos decorrentes dessas normas, nasce a situação de conflito.

No que diz com a definição de conflito entre princípios, Andrade (1987, p. 220) considera ocorrente "sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta".

Já para Steinmetz (2001, p. 63), a sementeira do conflito se encontra nos caracteres aberto e móvel das normas de direitos fundamentais. Confira-se:

[...] não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisão *in concreto*.

Em última análise, o conflito entre princípios se constitui no choque entre o exercício de um direito fundamental titularizado por “A”, por exemplo, com o exercício de um outro direito fundamental, de titularidade de “B”.

A Teoria Estruturante do Direito, nesse andar, intenta solucionar os conflitos preditos através da concretização racional, por meio da análise dos âmbitos normativos das normas.

Faz-se necessário rememorar o escrito na seção 1 deste estudo acerca de âmbito normativo. Disse-se que a normatividade constitui uma adição de programa normativo (recorte ou o espaço da realidade utilizado para compor a norma ou dados linguísticos do texto da norma) e dados reais (no que se teria a dimensão jurídica da Teoria Estruturante do Direito).

Advogou-se, ainda, que a normatividade (união entre programa normativo e dados reais) compõe o chamado âmbito normativo, que, de seu turno, se relaciona à realidade que se pretende regular (abrange tudo o que embasa os textos normativos, tais como: fatos relacionados ao caso, estudos doutrinários, jurisprudência etc.), no que se denominaria a dimensão fática da Teoria Estruturante do Direito.

Afirmou-se também que, dessa forte inter-relação entre as dimensões fática (âmbito normativo) e jurídica (programa normativo), resulta, em princípio, uma norma jurídica geral e abstrata, sem, no entanto, ignorar a perspectiva valorante do seu próprio programa.

Analisar, por consequência, o âmbito normativo dos princípios (contidos nas normas de direitos fundamentais) em conflito significa perquirir pelo seu conteúdo material, que, junto com a normatividade, como visto, compõe a norma. Por isso, em muitas situações que o senso comum afirma colidirem princípios, em verdade, há solução através da delimitação estrutural e material dos teores de validade concorrentes.

Silva (2009, p. 34), neste particular, lembra que o célebre exemplo cunhado Friedrich Müller, relativo ao artigo da Constituição Alemã que garante a liberdade artística, sintetiza com propriedade o modo de solução do jurista e filósofo alemão, linhas atrás delineado de forma conceitual. Embora a referida norma assegure a liberdade artística, ela não alberga ações como “pintura em um cruzamento entre ruas movimentadas” ou “improvisações de trombone durante a noite na rua”. A ideia central, aqui, é demonstrar que o intérprete não está diante de um conflito de princípios, mas, sim, de uma situação de não-proteção de algumas ações pelo âmbito normativo material e factível das normas.

No concreto, por ocasião do exame, no Supremo Tribunal Federal, do *habeas corpus* n. 70.814, ainda que de modo não declarado, se proferiu julgamento cabível para exemplificar a ilação levada a cabo no parágrafo anterior.

No voto condutor do ministro relator, acompanhado à unanimidade, constou que “a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”.

Semelhante posição foi adotada no julgamento do *habeas corpus* n. 82.424, também pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do emérito e famoso “Caso Ellwanger”, como se pode denotar da seguinte lavra do ministro Maurício Corrêa, relator para o acórdão: “um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra”.

Em ambos os casos, há a exclusão de ações que, aparentemente, estariam protegidas, respectivamente, pelos incisos XII (sigilo de correspondência) e IV (liberdade de expressão) do artigo 5º da Constituição Federal.

À toda evidência, nas duas hipóteses retratadas, conforme preconizado pela Teoria Estruturante do Direito, ao invés de se verificar conflito entre princípios, há solução através da delimitação estrutural e material dos teores de validade concorrentes. Vale dizer, as

condutas excluídas não faziam parte do âmbito normativo de ambas as normas; logo, não se pode falar em conflito, mas em norma não aplicável.

Todavia, Müller (2009, p. 286) não previu que somente falsos conflitos ocorreriam. Há entendimento de sua Teoria Estruturante do Direito também para as situações de real conflito:

Em casos que não podem ser razoavelmente solucionados por meio da delimitação estrutural e material dos teores de validade concorrentes, os componentes irracionais, que co-fundamentam toda concretização jurídica de acordo com a compreensão da ciência jurídica aqui desenvolvida, são mais intensamente colocados no primeiro plano. A colisão que deve, então, ser com razão aceita, pode frequentemente ser remediada apenas por meio da discussão ponderativa da questão, a qual parece melhor conduzir às possíveis soluções. Ponderação nesse sentido restrito precisa igualmente valorizar a racionalização de seus pressupostos por possibilidade, e precisa, sem sombra de dúvida, admitir especialmente seu componente apreendido de modo não racional.

A proposição, então, é de uma interpretação – e, em Müller, interpretação equivale a concretização, lembra Adeodato (2002, p. 240) – harmonizadora das normas de direitos fundamentais (que possuem, em seus âmbitos normativos, insertos os princípios) que engloba a nuance normativa e material dos princípios conflitantes num ordenamento racional.

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, de outro canto, sugere solução diversa para o problema do conflito entre princípios.

Assim o faz, a uma, porque parte de um conceito peculiar de princípio (como já escrito no final da seção 2), cujo signo marcante é o da flexibilidade.

Os princípios seriam caracterizados como comandos a serem otimizados, cuja realização seria somente feita de maneira aproximativa em virtude das condições reais envolvidas. Influenciariam, nesse processo, as condições fáticas e jurídicas, que determinariam como a passagem do ideal seria feita para o real. Em dimensão lógica diferente, os comandos de otimização – ou mandamento de otimização – estariam num metanível, obrigando, o seu objeto, os princípios, a sua máxima otimização. Assim, os princípios envolveriam ordens que deveriam ser cumpridas *prima facie*, contudo, a sua aplicação concreta estaria condicionada às condições fáticas e jurídicas. Ou seja, compreender os princípios envolveria um elemento de regra – deveriam os princípios seguir a regra da sua realização máxima possível, todavia, na sua dimensão aplicativa, seriam realizados apenas de acordo com a mensuração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas. (MORAIS, 2013, p. 51).

A duas, porque considera que a “colisão entre princípios”, em face da peculiaridade de se constituírem em “mandamentos de otimização” (ordens *prima facie*, realização gradual), pressupõe uma relação de precedência entre eles. Na especificidade do caso concreto, tendo-se em linha de consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, um dos princípios deve ceder, sem que, com isso, o vencido seja expurgado do sistema. (ALEXY, 2008, p. 93).

Alexy defende, como solução para a colisão, que a própria natureza dos princípios avoca a máxima da proporcionalidade<sup>12</sup>, composta de suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento de meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). Para ele, a regra da proporcionalidade decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2008, p. 116-117).

---

<sup>12</sup>Alexy(2008, p. 117, nota de rodapé 84) alerta que, comumente, a máxima da proporcionalidade tem sido tratada como “princípio da proporcionalidade”. Sucede, todavia, que ela não cabe no conceito de princípio colmatado por sua teoria, visto que as três máximas parciais funcionam como regras, que aferem a satisfação ou não de suas premissas, considerando a não consecução como consectário de uma ilegalidade. Logo, a máxima da proporcionalidade deve ser considerada como regra, não como princípio.

No ponto, há clara objeção de Müller, que investe contra a alegada irracionalidade do sopesamento, que se constitui na terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade (ou proporcionalidade em sentido estrito), a ser implementado depois de verificadas as máximas parciais anteriores (adequação e necessidade).

Segundo Müller (2009), o sopesamento é um método irracional, uma mistura de “sugestionamento linguístico”, “pré-compreensões mal esclarecidas” e “envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos”, cujo resultado não passa de mera suposição; a teoria desenvolvida por Müller não é conciliável com a ideia de sopesamento.

A Teoria Estruturante do Direito [como já se referiu alhures], advoga que a racionalidade e a possibilidade de controle intersubjetivo na interpretação e na aplicação do direito só são possíveis por intermédio de uma concretização da norma jurídica após árdua análise e limitação do âmbito de cada norma.

Realizada essa tarefa, não há espaço para colisões, porque a norma simplesmente se revela como não-aplicável ao caso concreto e não se vê envolvida, portanto, em qualquer colisão jurídica relevante. (GRAU, 2009, p. 67-68).

Demais disso, importa considerar que, não obstante Alexy tenha respondido a essas críticas de Müller (2008, p. 76-84) – designando, inclusive, seção própria –, a teoria que propõe o sopesamento não logrou indicar como os direitos a serem ponderados podem racionalmente ser delimitados e avaliados em seu peso (a despeito de terem sido criadas fórmulas até matemáticas).

Nesse passo, a ponderação, finalisticamente, apenas contorna diferenças de estrutura de âmbito normativo, não as resolvendo ou atualizando, como faz a Teoria Estruturante do Direito, por meio da concretização da norma, entendida como a construção da norma jurídica no caso concreto.

É por esse motivo que se afirma que a concepção da Teoria Estruturante do Direito, no entender deste estudo, resolve com mais praticidade e eficiência o problema do conflito entre princípios, porquanto considera o sistema jurídico como produto da ação concreta das pessoas, se consubstanciando numa proposta interpretativa eminentemente prática.

Nessa toada, o operador do direito é o responsável por atualizar os âmbitos normativos, com base no programa da norma, perquirindo se os fatos prosseguem relevantes para o programa normativo previsto e se ainda são compatíveis com o conteúdo dele.

Essa é a atualização responsável por justificar estruturalmente cada decisão (norma jurídica individual) de forma atual e crítica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A superação do positivismo jurídico e de sua premissa interpretativa lógica-dedutiva resulta de uma interação que considera o direito e a realidade social como elementos da ação jurídica, operacionalizada por meio da linguagem na construção democrática do Estado de Direito.

Mormente a teoria constitucional, em cujo âmbito foi forjada a Teoria Estruturante do Direito, necessitava de critérios mais adequados à realidade, principalmente com o escopo de fomentar o desenvolvimento de métodos de efetivação e concretização dos comandos constitucionais.

A Teoria Estruturante do Direito, nessa conformidade, mira a racionalidade, porquanto inverte o eixo da lógica norma-fato na indagação pela normatividade e pela estrutura da

norma, tratando-a como questão de teoria (da norma), ao invés de observá-la como questão filosófica.

Essa redefinição do conceito de norma é sempre um sistema de dados linguísticos e reais que desvela uma constante e imbricada conexão entre o programa da norma e o âmbito da norma.

Por essa razão, não apenas a antiga dicotomia entre ser e dever-ser está superada, como também a noção que ela trazia historicamente (dados linguísticos e reais não são os mesmos) está, a partir de então, teoricamente modernizada e praticamente operacionalizada na Teoria Estruturante do Direito.

Diretamente no tocante às normas de direitos fundamentais, o conceito de norma construído a partir da Teoria Estruturante do Direito dá especial lugar à sua concretização, visto que a sua aplicação não se limita ao texto normativo, considerando também a dimensão fática e outras condicionantes.

Todavia, a predita aplicação encontra limite na norma, que tem a normatividade concreta atrelada ao caso específico.

Por derradeiro, se confirma a hipótese erigida para o estudo, assinalando a solução dada pela Teoria Estruturante do Direito, a saber, a concretização racional, como a melhor resposta para as situações práticas de conflito entre princípios.

A predita concretização se consubstancia em técnica interpretativa que não prevê regramento preciso para a solução do caso concreto conflitivo, mas retrata a estrutura de concretização da norma num caso particular, estabelecendo critérios de aferição da racionalidade das decisões judiciais.

Os cientistas jurídicos e sociais, nessa medida, são os responsáveis por atualizar os âmbitos normativos, com base no programa normativo, das normas de direitos fundamentais em conflito, perquirindo se os fatos prosseguem relevantes para o programa previsto e se ainda são compatíveis com o conteúdo dele.

Essa atualização diuturna advogada pela Teoria Estruturante do Direito justifica estruturalmente cada decisão (norma jurídica individual), de forma atual e crítica, de modo a permitir uma concretização da Constituição por meio de sua interpretação no caso concreto, na lide posta, no bem da vida que é objeto daquela relação jurídica em específico e na influência direta que esse bem e o que o rodeia tem na vida das pessoas envolvidas.

A concretização conjugada, assim, da Constituição e dos princípios que a orientam e conformam, numa imbricação necessária e sistemática por ela própria instituída, redundará na exigibilidade e na otimização de ambos.

Satisfazem-se, assim, de forma prática, os bens da vida das pessoas, numa aproximação salutar e necessária entre direito, Constituição e realidade.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014a.

\_\_\_\_\_. **Teoria discursiva do Direito**. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014b.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal: promulgada em 5 de outubro de 1988**. 24. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** n. 70.814, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Impetrante: Ulisses Azevedo Soares. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 24 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=70814&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** n. 82.424, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Impetrantes: Werner Cantalício e João Becker. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discussão sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Fundamentos pré-políticos do estado de direito democrático. In: SCHÜLLER, Florian (Org.). **Dialética da Secularização: sobre razão e religião**. Tradução: Alfred J. Keller. Aparecida (SP): Ideias & Letras, 2007. p. 23-57.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAIS, F. S. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. 2013. 346 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2013.

MÜLLER, Friedrich. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Seqüência**. Florianópolis, n. 51, v. 26, 2005a, p. 9-30.

\_\_\_\_\_. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Tradução: Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005b.

\_\_\_\_\_. **O Novo Paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PECES-BARBA, Gregório; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusébio. **Historia de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2011.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación. **Doxa: cuadernos de filosofía del derecho**. Madrid, n. 21, v. II, 1998, p. 339-353.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**. n. 1, v. 15, jan./abr. 2010, p. 158-173.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución. In: **División de poderes e interpretación**: hacia una teoría de la praxis constitucional. Madrid: Tecnos, 1987.