

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO – UAPPG
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL- MINTER UNISINOS/FACID
NÍVEL MESTRADO**

LORENA DUARTE SANTOS LOPES

**A (IN)ADEQUADA RECEPÇÃO DA PONDERAÇÃO ALEXYANA
PELO DIREITO BRASILEIRO**

São Leopoldo/Teresina

2014

LORENA DUARTE SANTOS LOPES

**A (IN)ADEQUADA RECEPÇÃO DA PONDERAÇÃO ALEXYANA
PELO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, pela turma especial de Mestrado Interinstitucional-Minter UNISINOS/FACID do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo/Teresina

2014

L864i Lopes, Lorena Duarte Santos
A (In)adequada recepção da ponderação Alexyana pelo
direito brasileiro / Lorena Duarte Santos Lopes. – 2014.
118 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado em Direito) -- Universidade do Vale
do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito,
São Leopoldo, RS, 2014.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Direito. 2. Discricionariedade judicial. 3. Ponderação. 4.
Teoria da decisão judicial. 5. Alexy, Robert. I. Título. II. Streck,
Lenio Luiz.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “A (IN)ADEQUADA RECEPÇÃO DA PONDERAÇÃO ALEXYANA PELO DIREITO BRASILEIRO”, elaborada pela mestranda Lorena Duarte Santos Lopes, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 02 de dezembro de 2014.


Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

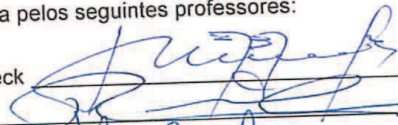
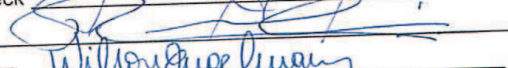
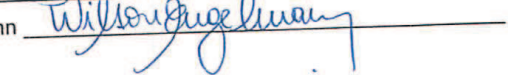
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Ricardo Aronne

Membro: Dr. Wilson Engelmann

Dedico esta dissertação aos meus exemplos de vida, Luís Evandro Santos Lopes e Jussi Duarte Lopes, que estimularam este grande passo e que, com muita sabedoria, discernimento, bom senso e dedicação estiveram ao meu lado, encorajando nas horas difíceis e aplaudindo nos momentos de glória. Obrigada por serem meus pais, profissionais corretos e competentes, fonte de inspiração, de apoio e de ensino diário.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, pela brilhante demonstração de conhecimento jurídico e filosófico com que estimula a todos e pela contribuição determinante para a conclusão deste trabalho, despertando nesta humilde estudante o intenso desejo pelo conhecimento.

Ao Prof. Dr. Wilson Engelman, pelo carinho com que aponta aos seus alunos o caminho acadêmico, pelas respostas praticamente imediatas às nossas solicitações, pela lucidez com que analisa nossos problemas, contribuindo sobremaneira para a sua solução. Registro aqui minha total consciência acerca da insuficiente capacidade de desenvolver este texto sem sua dedicada colaboração.

Ao Prof. Dr. Anderson Teixeira, pelos ensinamentos constantes, pela atenção dispensada em cada momento, pela simpatia no decorrer de todo curso de Mestrado.

À Prof.^a Dra. Taysa Schiocchet, que soube construir um relacionamento amigável com todos para além da sala de aula, honrando-nos com sua presença e com sua distinta companhia, de forma verdadeira e extremamente simpática. A distância de casa nos fez valorizar imensamente seu comportamento, confortando-nos profundamente.

À Prof.^a Dra. Sandra Regina Martini Vial, por nos brindar com seus conhecimentos, por abrir as portas da sua casa para todos nós, pelo abraço afetuoso com que nos recebeu sempre.

A todos os professores que enriqueceram os nossos conhecimentos e demonstraram tamanha competência, pelos quais desenvolvemos admiração e sincera amizade.

À Sra. Vera Loebens, que nos tratou com tanto carinho em todas as oportunidades, demonstrando que eficiência não deve estar dissociada de simpatia e de calor humano.

À *Facid-Devray* e à *Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)*, por proporcionarem, através deste Mestrado Interinstitucional, uma oportunidade única em nossa vida profissional e acadêmica, tornando possível a realização deste sonho.

Aos meus pais, ao meu irmão e ao meu noivo, que sempre me deram amor e força, valorizando meu potencial, compreendendo a ausência constante e sabendo dar o impulso necessário à luta pelos meus objetivos.

A todos os meus amigos e amigas, que sempre estiveram presentes, aconselhando e incentivando, com carinho e com dedicação.

A todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a execução desta Dissertação de Mestrado, possibilitando a conclusão de mais uma etapa da minha vida.

A Deus, pelo amparo nos momentos difíceis, pela força interior e pela capacidade física, mental e financeira para atingir mais um objetivo traçado.

Compreender e interpretar, enquanto um acontecer do sentido, cuja historicidade jamais esgotamos, confluem para um vasto painel numa época histórica determinada. Podemos trabalhar de modo semelhante, tendo dele aprendido a lição fundamental de que todo saber racional se enraíza numa compreensão que nunca pode ser levada a um termo definitivo [...] a hermenêutica se baseia no jogo da pergunta e resposta, e por isso, sempre está num acontecer, em que ela não pretende ter a última palavra. (STEIN, 2011, p. 24).

RESUMO

A importância do ato de decidir em um Estado Democrático de Direito passa pela perfeita compreensão acerca da diferença existente entre escolher e decidir, de acordo com os termos preconizados por Lenio Streck. Portanto, não deve o juiz, ao tomar suas decisões, intuir de forma parcial ou discricionária, já que não se trata puramente de um ato de escolha: decidir exige verdadeiro compromisso constitucional. Todavia, hodiernamente no Brasil, o que se constata é a recepção de teorias estrangeiras cujos elementos e técnicas enfatizam a discricionariedade judicial - dentre as quais, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy e sua técnica da ponderação em caso de colisão entre direitos fundamentais. Faz-se necessário então analisar as origens de tal princípio em seu ambiente jusfilosófico de formação - qual seja, a jurisprudência dos valores - para enfim verificar os principais elementos que a constituem. Ademais, se apura a incorporação da teoria no Direito brasileiro por sua constante presença nas mais diversas obras jurídicas nacionais - sobretudo em sede de Direito Constitucional - observando a menção recorrente aos elementos alexyanos nos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF). Em razão da alta carga de discricionariedade vinculada à teoria, tais posturas doutrinárias e jurisprudências devem ser combatidas. Como instrumento para o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial, escolheu-se a proposta a Teoria da Decisão Judicial, de Lenio Luiz Streck.

Palavras-chave: Discricionariedade Judicial. Ponderação. Teoria da Decisão Judicial.

ABSTRACT

The importance about decide in a Law Democratic State are associated with the perfect notion about difference between choosing and deciding, according to Lenio Streck. To render their decisions the judge can't act partially, discretion. Because judging is not an act of choice, to decide requires a real constitutional commitment. However, at present, there is in Brasil the introduction of international theory that whose elements and techniques highlights the judicial discretion. Including the "teoria da Argumentação Jurídica" os Robert Alexy, and the technique of weighting, when happen the collision between fundamental rights. It's necessary to analyze the origin of this theory in their legal and philosophical environment, namely, the jurisprudence of values in Germany, and and their evidence to conclude it was inadequate to Brazilian law. It is possible to observe the incorporation of this theory in Brazilian Law for his constant presence in several national legal works, especially in constitutional lawbooks, and the jurisprudence of the Supreme Court. Because of the high burden of discretion linked to this theory this attitude must be fought. Like a way of coping against judicial discretion it is proposed the "theory of judicial decision" of Lenio Luiz Streck.

Key-words: Judicial discretion. Weighting. Judicial decision theory.

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNISINOS	Universidade do Vale do Rio dos Sinos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 TEORIA ALEXYANA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO	16
2.1 Contexto Jusfilosófico de Emergência da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Técnica da Ponderação de Robert Alexy: Jurisprudência dos Valores	18
2.2 Caracterização da Tese Alexyana e o Problema da Discricionariedade Judicial.....	31
2.3 A Discricionariedade Judicial e os seus Potenciais Danos à Autonomia do Direito	40
3 A RECEPÇÃO INADEQUADA DA PROPOSTA ALEXYANA NO BRASIL	45
3.1 Incongruências Verificadas na Incorporação das Teses Alexyanas pela Doutrina Nacional Brasileira	49
3.2 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	54
3.2.1 Pesquisa Quantitativa.....	55
3.2.2 Pesquisa Qualitativa: Análise de Julgados.....	56
3.2.2.1 <i>Caso Elwanger</i>	57
3.2.2.2 <i>Caso dos Anencéfalos</i>	62
3.2.2.3 <i>Caso do Exame de Sangue Forçado em Investigação de Paternidade</i>	65
3.2.2.4 <i>Caso Glória Trevi</i>	67
3.2.2.5 <i>O Caso da Farra do Boi</i>	70
4 DA CARÊNCIA DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: APORTES SOBRE A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL DE LENIO LUIZ STRECK	73
4.1 Aspectos Críticos Introdutórios.....	75
4.2 O Equívoco que é o <i>Pamprincipiologismo</i> : Reforço à Discricionariedade Judicial.....	79
4.3 Os Verdadeiros Princípios: Padrões Hermenêuticos ou Virtudes do Estado Democrático de Direito	83
5 CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS	91
ANEXO A – CASO ELWANGER	100
ANEXO B – CASO DOS ANENCÉFALOS	103

ANEXO C – CASO DO EXAME DE SANGUE FORÇADO EM INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	108
ANEXO D – CASO GLÓRIA TREVI	111
ANEXO E – CASO DA FARRA DO BOI.....	115

1 INTRODUÇÃO

O ato de decidir configura o momento capital da aplicação do direito, e não há como falar em julgar de forma tal que não seja estritamente pautada em paradigmas constitucionais, sobretudo em um Estado Democrático de Direito. Com isso, a função de julgar não é - e não pode - ser aceita como tarefa fácil e descomprometida: a atuação judicial merece ser efetivada como rigoroso cumprimento constitucional e por essa razão importa esclarecer desde já a distinção existente entre decidir e escolher - proposta por Lenio Streck - não raras vezes tumultuada pelo Judiciário e por parcela considerável da doutrina.

Com efeito, de acordo com o que leciona Streck (2010a), decidir (como ato do Poder Judiciário) não deve ser compreendido como a simples determinação de um posicionamento a partir da verificação de várias possibilidades que apontam para a que parece ser a mais adequada, posto que não significa escolher.

Escolher é, sim, poder indicar a solução mais conveniente sempre que se está diante de várias opções cujos efeitos não estariam vinculados a nada além do caso específico em litígio. Verifica-se, pois, que escolher pressupõe parcialidade, discricionariedade e, em muitos casos, arbitrariedade. Por outro lado, resulta da análise do caso posto em questionamento judiciário a partir do comprometimento com o Direito construído pela comunidade política, efetivamente produzindo respostas constitucionalmente adequadas. Afasta-se, portanto, a discricionariedade judicial.

O problema é que, no Brasil, tem-se uma equivocada compreensão de que a atividade judicial é em si um ato de escolha que decorre na defesa da discricionariedade, o que ocorre tanto na prática dos juízes e dos tribunais, como também no âmbito doutrinário.

Logo, tendo como pressuposto a diferença entre escolher e decidir no contexto da atividade jurisdicional, surge o seguinte questionamento: sob quais condições é (in)correto afirmar que o imaginário jurídico e a prática judiciária brasileiros são marcados pela aceitação da discricionariedade judicial, nos moldes preconizados pela teoria da ponderação de Robert Alexy, sem a devida adequação aos pressupostos de uma hermenêutica filosófica? Acredita-se que o imaginário jurídico marcado pela aceitação da discricionariedade judicial foi forjado, dentre outros fatores, pela recepção da teoria da ponderação de Robert Alexy.

Pretende-se abarcar neste trabalho de pesquisa a adoção da teoria alexyana como metodologia apta a tratar da decisão judicial com duplo equívoco: primeiramente, porque se revela inadequada ao compromisso democrático de fundamentação plasmado na Constituição Brasileira, já que há indícios de que os seus postulados ainda estejam ancorados nos pressupostos da filosofia da consciência; segundo, pois o modo como foi recepcionada no Brasil torna Robert Alexy um teórico incompreendido.

Outrossim, resta esclarecer que há dois problemas que rondam a proposta de Alexy - um deles consiste na análise crítica sobre seus pressupostos teóricos e filosóficos, e o outro está relacionado à má compreensão acerca de sua teoria pelos juristas brasileiros. Isso significa dizer que se a teoria alexyana pode ser alvo de críticas sob a perspectiva do referencial teórico adotado neste trabalho - no caso, a Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck - maiores serão as reprovações que podem ser feitas ao modo como foi importado seu uso pela doutrina no Brasil.

Para atingir tal objetivo, nesta dissertação busca-se compreender o ambiente jurídico e filosófico de emergência das teses alexyanas sobre os direitos fundamentais - a saber, a Jurisprudência dos Valores - e averiguar se os aspectos defendidos nessa filosofia são adequados à atual realidade jurídica brasileira. Em seguida, se analisa a percepção dos principais aspectos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy e de sua técnica da ponderação entre princípios, investigando se a tese aceita a discricionariedade judicial. Por fim, pesquisa-se se a forma como o Supremo Tribunal Federal (STF) se utiliza das teses alexyanas corresponde ao que preconiza o jurista alemão, através de aportes jurisprudenciais de natureza quantitativa e qualitativa, pelo estudo dos casos: Elwanger; dos anencéfalos; do exame de ácido desoxirribonucleico (DNA) forçado; Glória Trevi; e da Farra do Boi.

Por conseguinte, analisa-se a doutrina pátria a fim de constatar se houve importação das teses alexyanas e de avaliar se a forma como é compreendida corresponde aos termos desenvolvidos pelo estudioso, dentre outros aspectos, com o fito de afirmar que o atual paradigma filosófico demanda uma teoria do direito que inclua uma teoria da decisão, tal qual a proposta por Lenio Streck. Para tanto, serão estudados os aspectos críticos introdutórios defendidos por Streck em suas principais obras, além da análise das bases filosóficas de sua teoria, no intuito de compreender

como o pensador enfrenta o problema da discricionariedade judicial, ofertando um verdadeiro caminho a ser seguido pelos juízes ao proferirem suas decisões.

No que concerne à metodologia utilizada, a abordagem se deu através do método hermenêutico fenomenológico entendido como *interpretação ou hermenêutica universal*, isto é, como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica por meio da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental. Por meio dele, se torna possível descobrir um indisfarçável projeto de analítica da linguagem numa imediata proximidade com a *práxis* humana, como existência e a faticidade, em que a linguagem - o sentido ou a denotação - não é analisada a partir de um sistema fechado de referências, mas sim no plano da historicidade.

Com efeito, o método de abordagem visa aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado. Nesse sentido, a opção pelo método em questão encontra afinidade com a orientação metodológica que permeia as pesquisas realizadas na linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), em que o presente projeto se desenvolveu, denominada como *Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos*.

A opção pelo referido método se deve ao fato de que é o único que permite definitivamente demonstrar que o modelo de conhecimento subjuntivo próprio do sistema sujeito-objeto foi suplantado por um novo paradigma interpretativo, marcado pela invasão da filosofia pela linguagem, a partir de uma pós-metafísica de reinclusão da faticidade que passa a atravessar o esquema sujeito-objeto, estabelecendo a circularidade virtuosa na compreensão. A ênfase, portanto, passa à compreensão - em que o compreender não é mais um agir do sujeito, e sim um modo de ser que se dá pela intersubjetividade. Passa-se então de um modelo sujeito-objeto para um modelo sujeito-sujeito. (STRECK, 2011c).

A *fenomenologia hermenêutica*, portanto, permite a compreensão de que a determinação do Direito, em vez de mero ato passivo de subsunção, é um ato criativo que implica o próprio sujeito. É por isso que se concorda com Streck (2011d, p. 4), quando postula que “[...] o verdadeiro caráter do método fenomenológico não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto”. Em decorrência disso, “[...] a introdução ao método fenomenológico somente é possível [...] na medida em que, de sua aplicação, forem obtidos os primeiros

resultados. Isto constitui sua ambiguidade e sua intrínseca circularidade”. (STRECK, 2011d, p. 4). Ao se aplicar o movimento, constata-se que a “[...] sua explicitação somente terá lugar no momento em que tiver sido atingida a situação hermenêutica necessária. Atingida esta, descobre-se que o método se determina a partir da coisa mesma”. (STRECK, 2011d, p. 4). Tal horizonte compreensivo é o que assim se mostra suficientemente fértil e adequado à discussão da temática - objeto desta proposta de investigação.

Ao lado do método de abordagem, selecionou-se como método de procedimento o *monográfico*, uma vez que não se pretende o estudo enciclopédico ou a confecção de um manual, mas o exame direcionado a uma temática delimitada e específica, o que proporciona mais segurança à elaboração da pesquisa. Contudo, o fato de se adotar o método procedimental monográfico não significa que não se utilizará, paralelamente, de uma visão panorâmica acerca de outras áreas correlatas necessárias e imprescindíveis ao aprendizado, na medida em que informem, que justifiquem, que estruturem ou que deem sentido ao tema central. Além disso, aplicou-se o estudo de caso considerando-se o objeto da pesquisa concomitantemente aos métodos monográfico, históricos e comparativos.

No que diz respeito à técnica de pesquisa, optou-se pelo emprego de vasta pesquisa bibliográfica utilizando-se da doutrina existente sobre o tema em livros e em periódicos, do fichamento, do apontamento e da consulta à legislação. Considerou-se ainda a valorização da dimensão alcançada pelo objeto da pesquisa no Direito comparado - que se evidencia bastante claramente na bibliografia apresentada - nomeadamente no que tange aos espaços de discursividade jurídica brasileira e alemã.

Conforme mencionado anteriormente, elegeu-se ainda a técnica de pesquisa jurisprudencial através do acesso ao sítio eletrônico do STF, a fim de proceder a análise quantitativa e qualitativa dos julgados que abordam as teorias alexyanas. Em verdade, este não representa um estudo conclusivo e completo acerca do interessante tema, mas um trabalho introdutório que intenta oportunizar ao leitor os aspectos básicos e indispensáveis à compreensão adequada sobre as teorias da decisão judicial.

2 TEORIA ALEXYANA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Historicamente, se reconhece no Direito brasileiro a forte influência de institutos e de teorias originárias de outros países, sobretudo em matéria constitucional: França, Estados Unidos, Portugal e Alemanha se destacam, nesse contexto. A teoria francesa acerca da organização dos poderes inspirou sobremaneira a Constituição de 1824, a qual contemplava quatro poderes - o legislativo, o executivo, o judiciário e o poder moderador. Dos Estados Unidos, a partir do final do século XIX e durante o século XX, foram importados para a Constituição Brasileira de 1981 o Estado Federal, a República como forma de governo e o sistema de governo presidencialista. De Portugal, foi trazida a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por omissão, o *habeas data*, dentre outros institutos jurídicos.

Pode-se exemplificar ainda a influência recebida do Direito italiano no que se refere ao direito trabalhista - mais especificamente, ao modelo sindical brasileiro - que adota o sistema de unicidade sindical, ou em outras palavras, “[...] é permitida a existência de um único sindicato representativo de um mesmo grupo de trabalhadores ou de empresários numa mesma região, conforme determina o art. 8, II, da Carta Magna de 1988”. (NASCIMENTO, 2007, p. 1234).

Do Direito inglês, tem-se a contribuição do sistema de jurisdição única, em que todos os litígios são resolvidos em caráter definitivo pelo Judiciário. Isto posto, “[...] tanto os conflitos entre particulares como entre os particulares e o Estado ou entre duas entidades públicas são solucionados pelo Poder Judiciário”. (GASPARINI, 2014, p. 566).

O sistema originário da Inglaterra também objetiva consagrar, embora sob a perspectiva diversa da exaltada pelo sistema de jurisdição dual, a tripartição de poderes, prevista e protegida no texto constitucional brasileiro pelos arts. 2º, caput - “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988); art. 60, parágrafo 4º, incisos I e III - “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - [...]; III - a separação do Poderes” (BRASIL, 1988) e art. 151, inciso III - “É vedado à União: III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”. (BRASIL, 1988). Isso

representa o caminho oposto ao sistema de jurisdição dupla - sistema do contencioso administrativo ou sistema francês - no qual se consagram duas ordens jurisdicionais, quais sejam: um organismo próprio do Executivo, chamado de Contencioso Administrativo, que fica incumbido de conhecer e de julgar em caráter definitivo as lides em que a Administração Pública é parte (autora ou ré) ou terceira interessada, cabendo a solução das demais pendências ao Poder Judiciário. Nesse sistema, vê-se que a Administração Pública tem Justiça própria, localizada fora do judiciário. (GASPARINI, 2014).

Do Direito norte-americano surgem as agências reguladoras que foram introduzidas no cenário nacional com o intento de regular e de fiscalizar a execução de determinados serviços públicos ou setores econômicos em que a intervenção estatal se torna necessária em razão de sua relevância econômico-social. (ARAGÃO, 2011). Tavares (2013) ressalta que no campo do Direito Constitucional se faz frequente o fenômeno das recepções de Direitos estrangeiros, e elenca sinteticamente as influências provenientes da Itália, a saber,

Da fonte italiana, como não se ignora foram recebidas as medidas provisórias transpostas de um contexto parlamentarista, que suscitaram distorções, em razão da inadequação de preparo do organismo presidencialista receptor, que resultou na exigência de corretivos, como o proposto na Emenda Constitucional nº 32. (TAVARES, 2013, p. 69).

Com o decorrer do século XX, cresce a influência alemã sobre o Direito brasileiro, principalmente por meio da Constituição de Weimar, de 1919, e de seus direitos sociais. Posteriormente, a Constituição de Bonn (1949) exerceu significativa referência para o Direito Constitucional brasileiro. Em termos de teorias jusfilosóficas, nas últimas décadas também tem se evidenciado a intervenção em pensadores brasileiros pelos constitucionalistas alemães - Konrad Hesse, Robert Alexy, Peter Haberle, Friedrich Muller - como fontes recorrentes cujas lições são seguidas pela doutrina constitucionalista nacional, notadamente no campo da interpretação constitucional.

Robert Alexy é um teórico mencionado de forma constante pela doutrina constitucionalista brasileira na atualidade. Suas teses acerca da colisão entre direitos fundamentais e sobre a técnica da ponderação de direitos são abordadas nas mais diferentes obras jurídicas e o STF o rememora em diversos de seus

julgados. Dessa feita, é inegável a importação de suas ideias hodiernamente inseridas na dogmática jurídica brasileira. Destarte, a absorção da teoria pelo Brasil acarretou consequências jurídicas relevantes que devem ser investigadas. De plano, perquire-se se é verdadeiramente compreendida no Brasil e, conseqüentemente, se é reproduzida em *terrae brasillis* fielmente às proposições do estudioso alemão. Indispensável ainda é analisar se há compatibilidade da utilização das teses alexyanas com os ideais democráticos plasmados na atual Constituição Federal Brasileira, tendo em vista que a teoria da argumentação de Alexy não tenha superado o paradigma epistemológico da filosofia da consciência, encontrando-se, portanto, eivada de nociva discricionariade judicial.

A introdução das teses estrangeiras no ambiente jurídico, dogmático e jurisprudencial brasileiro deve ser acompanhada de um verdadeiro exercício de reflexão que intente compreender os efeitos possíveis. A adoção prematura das teses alexyanas, como exemplo e foco desta pesquisa, pode representar um equívoco. Assim, pretende-se investigar os elementos demonstrativos de sua adequação - ou inadequação. Cumpre inicialmente conhecer o contexto jusfilosófico-histórico de emergência das teses de Robert Alexy - tão prestigiado atualmente.

Ambientar e localizar no tempo e no espaço determinada teoria e seu pensador sintetizam o ponto de partida para quem pretende efetivamente compreendê-la. Eis que, através de um trabalho de contextualização das raízes da teoria em estudo e das fontes jusfilosóficas que embasaram o seu surgimento, é possível chegar à sua finalidade e ao seu verdadeiro conteúdo e significado.

2.1 Contexto Jusfilosófico de Emergência da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Técnica da Ponderação de Robert Alexy: Jurisprudência dos Valores

O século XIX foi marcado pelo desenvolvimento de forte tese: o Positivismo Jurídico. As origens dos postulados positivistas podem ser identificadas no pensamento de Thomas Hobbes, quando propõe o nascimento do Estado Civil e a atribuição dada ao soberano para ditar as leis. Do conjunto de ideias hobbesianas surge a concepção de que juízes estariam autorizados apenas a aplicar a lei e que o “Direito está limitado à lei, entendida como vontade do poder soberano, seja manifestada diretamente no texto legal, ou de forma indireta, na aprovação

tácita do costume, além das manifestações constantes das decisões judiciais”. (ENGELMANN, 2001, p. 35).

A partir da concepção positivista desenvolve-se a própria Teoria da Interpretação. Em razão da função exclusiva conferida ao Estado de criador da norma jurídica, o legislador assume papel de destaque, ao ostentar a tarefa de expressar a vontade do povo, transformando-a na vontade do Estado. As regras provenientes representam os limites interpretativos do Direito. Assim, o pensamento jurídico passa a conceber a Ciência do Direito “[...] como um sistema de regras, dentre os defensores do pensamento positivista, destacam-se os doutrinadores: Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio”. (ENGELMANN, 2001, p. 42). Fundamentando-se nos pressupostos de Streck (2011c), pode-se deduzir que há vários tipos de Positivismo: o Primitivo, o *Primevo-Legalista* ou Positivismo Exegético - o qual representa o desenvolvimento do dogma em sua primeira fase, equivalente ao momento das grandes codificações - e o Positivismo Normativista de Kelsen.

Segundo o Positivismo Jurídico *Exegético* - ou *Primitivo* - identificado por Ferrajoli (2007) como *Primevo-Legalista*, o Direito deveria ser concebido separadamente da Moral, havendo a isomorfia entre o conceito de texto e norma. Para além, “[...] considerando o contexto político-jurídico do seu surgimento, os juízes não poderiam exercer qualquer atividade interpretativa” (CAENEGEM, 1999, p. 170), sujeitando as dúvidas ou as deficiências legais à referência do legislador. Numa palavra: Direito não se interpretaria e os juízes devem ser do tipo *boca da lei*. Nele como teoria interpretativa, admitida é a lógica aristotélica da subsunção, e a interpretação jurídica não passaria de um produto de silogismos em que a premissa maior fornecida pela lei poderia conformar todos os fatos relevantes da sociedade.

Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo - sobretudo os países da Europa - viu se efetivar um processo de repulsa às atrocidades cometidas durante os regimes totalitários como período considerado como marco para o Direito global. Fez-se necessário que ocorresse uma ruptura com a estrutura legislativa que legitimava tais regimes e que se caracterizava pela obediência a um formalismo rigoroso de mera observação do procedimento adequado para a criação das leis.

Ocorre nesses regimes uma instrumentalização do Direito em que ora assumiam uma posição excessivamente formalista, ora se tornavam subjetivistas, conforme os interesses políticos do momento, o que invariavelmente acabou por fragilizar o Direito. Por conseguinte, “[...] o fim desta guerra estimulou a proteção aos

direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, ocasionando, a transição do que se conhecia por Estado Legal de Direito para um Estado Constitucional de Direito”. (FERRAJOLI, 2007, p. 72-73). Por essa razão, “[...] os esforços dos juristas alemães dos séculos seguintes foram dirigidos para a superação do positivismo jurídico”. (RODRIGUEZ, 1995, p. 23), em sua vertente exegética.

Seguindo a análise proposta, passa-se a observar a Jurisprudência dos Conceitos, a primeira subcorrente do Positivismo Jurídico que não se opunha a ele efetivamente, e cuja norma escrita deveria refletir conceitos quando de sua interpretação. Seus principais representantes foram Adolf Wach, Karl Binding, Josef Kohler, Friedrich Savigny e Georg Friedrich Puchta - o último, considerado por muitos como seu fundador. A Jurisprudência dos Conceitos consistiu em uma corrente de pensamento jusfilosófico que apresentou a ideia de Direito como sistema conceitual em forma de pirâmide. Outrossim, ressalta-se que a metodologia adotada com base nessa corrente privilegia a construção conceitual da matéria jurídica através da interpretação e com a aplicação do método-científico, sem se limitar em produzir uma mera síntese lógica expositivo-descritiva das normas legais.

Nas palavras de Neves (1971, p. 416-417), pretende obter

[...] a específica objetividade do direito, mediante uma análise lógica e conceitual-sistemática, que levasse a definir a estrutura imanente dos ‘corpos jurídicos’, a descobrir as ‘naturezas jurídicas’ que objetivavam essencialmente os institutos e as relações jurídicas reguladas pelas normas positivas – análise que no fundo se traduziria em subsumir esses institutos e relações às entidades conceituais que iam pressupostas e se definiam no sistema.

A Jurisprudência dos Interesses se opõe tanto ao Formalismo Conceitualista como ao Positivismo Legalista e aos métodos tradicionais de interpretação do Direito. A lei deve ser considerada, segundo preconiza Heck (1948), como a diagonal das forças de uma série de interesses em luta. Longe de admitir que o texto legal contenha e esgote todas as possibilidades de interpretação, ele não constituiu mais do que o limite para as hipóteses interpretativas. (NEVES, 1971). Larenz (2010) considera, porém, que a solução proporcionada pela Jurisprudência dos Interesses foi só aparente. Não se pode negar sua ascendência doutrinal no Positivismo Sociológico - tal como o implantou Rudolf Von Jhering - mas permitiu a evolução que conformaria a Jurisprudência dos Valores. (NEVES, 1971).

Importa também analisar a Jurisprudência dos Valores, a qual abarca a escola que propõe o conceito unitário da realidade, mas com referência a valores absolutos, que *valem* além da realidade; ao mesmo tempo, reconhece a importância da análise sociológica do Direito. Da Jurisprudência dos Valores partem múltiplas correntes, umas conservando sua proposta tridimensional, outras procurando superá-las mediante a integração do fato e da norma em um processo único de objetivação de valores. A segunda tendência se firma no neo-hegelismo jurídico - doutrina em que se inaugura o pensamento de Karl Larenz. (NEVES, 1971).

A Jurisprudência dos Valores tem como fonte o neokantismo sudocidental alemão do início do século XX e conta com a contribuição de filósofos como Rudolf Stammler, Wilhelm Windeldand, Heninrich Rickert, Emil Lask e Gustav Radbruch. Losano (2010, v. 2, p. 252) entende a Jurisprudência dos Valores como complementar - mas não substitutiva da Jurisprudência dos Interesses - e aduz que

Prosseguindo e integrando a jurisprudência dos interesses, a jurisprudência dos valores pretende indicar qual é a origem dos valores que guiam a decisão do juiz quando a norma positiva não lhe oferece critérios suficientes para avaliar o caso concreto.

Baseando-se nas considerações dos escritores da Jurisprudência dos Valores, passa-se a reconhecer o Direito como parte de um campo até então desconsiderado pela teoria do conhecimento, e que toma como referência básica a cultura. Um dos aspectos presentes na Jurisprudência dos Valores é a concepção de cultura como o somatório de crenças e de tradições transmitido de geração em geração, a ponto de gerar uma pauta de valores aceitos em determinada comunidade. Larenz (2010) adota a concepção de valores como elementos a serem buscados, interpretados e considerados na aplicação do Direito. Nesses termos, assevera que

[...] valores, sentido e significação são algo que nós não podemos 'perceber', mas apenas 'entender', enquanto interpretarmos objetos percebidos. Por isso é natureza 'o ser livre de significação, que somente é perceptível e não entendível'; é cultura, pelo contrário, 'o ser significante e suscetível de compreensão'. (LARENZ, 2010, p. 112).

Radbruch (2010), um dos principais expoentes da Jurisprudência dos Valores, ao tratar sobre a diferenciação entre cultura e realização de valores, esclarece que cultura é o exercício da própria justiça. Destarte,

Certamente que a cultura não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto dos dados que tem para nós a significação e o sentido de os pretenderem realizar, ou - como escreve Stammler - o de uma aspiração para aquilo que é justo. (RADBRUCH, 2010, p. 63).

Radbrunch (2010) ensina que o Direito é considerado como dado da experiência que, como toda obra humana, só pode ser compreendido por meio de sua ideia, sustentando que o seu conceito não pode ser diferente do de justiça. Entretanto, o importante é a concepção de Direito como dado adstrito à noção de justiça.

O Direito, ainda para Radbrunch (2010), resume um fato - ou um fenômeno - cultural que não pode ser definido senão em função de justo. Dessa forma, o Direito passa a ser retratado como atitude valorativa no sentido de só poder ser compreendido dentro de uma atitude que se refere à realidade de valores. Já Larenz (2010, p. 5) - um dos grandes autores da Jurisprudência dos Valores de meados do século passado - sinaliza que

O Legislador que estatui uma norma, ou, mais precisamente, que intenta regular um determinado setor da vida por meio de normas, deixa-se nesse plano guiar por certas intenções de regulação e por considerações de injustiça ou de oportunidade, às quais subjazem em última instancia determinadas valorações. Estas valorações manifestam-se no fato de que a lei confere proteção absoluta a certos bens, deixa outros sem proteção ou protege-se em menor escala; de que quando existe conflito entre os interesses envolvidos na relação da vida a regular faz prevalecer um em detrimento de outro [...]. Nestes termos, 'compreender' uma norma jurídica requer o desvendar da valoração nela imposta e o seu alcance. A sua aplicação requer o valorar do caso a julgar em conformidade a ela, ou, dito de outro modo, acolher de modo adequado a valoração contida na norma ao julgar o 'caso'.

Larenz (2010, p. 6) deixa clara sua inserção na Jurisprudência dos Valores quando estabelece que a ciência do Direito deva se desenvolver através da ideia de valores, ao ponderar que

A ciência do Direito desenvolve por si métodos de um pensamento orientado a valores, que permite complementar valorações previamente dadas, verte-las no sentido singular e orientar a

valoração que de cada vez é exigida, pelo menos em determinados limites, a tais valorações previamente achadas. Nessa medida são os valores suscetíveis de confirmação e passíveis de uma crítica racional. Há, no entanto, que afastar a ideia de que os resultados obtidos por essa vida poderiam alcançar o mesmo grau de segurança e precisão de uma dedução matemática ou de uma medição empreendida de modo rigorosamente exato.

De acordo com Heck (1948, p. 48), “[...] tanto os interesses protegidos pela lei quanto os interesses considerados pelo julgador eram extraídos de um campo de luta, sopesados, e, finalmente, legitimados”. De mais a mais, toda prática decisória que viesse a legitimar um interesse - individual ou coletiva - em lugar de outros, passaria necessariamente por um processo de valoração ou de ponderação. Considerando sua concepção valorativa do Direito, Larenz (2010, p. 7) delinea o método que insere no processo de ponderação uma razoabilidade de fundamento, ao inferir que

A interpretação das leis, como toda a compreensão de expressões alheias, tem lugar num processo que não se pode adequar às restritas exigências do conceito positivista de ciência. Exige, em rigoroso, a constatação dos fatos e, assim, a constatação do texto e de toda e qualquer circunstância que possa vir a relevar a interpretação. Exige ainda a observância da lógica. Uma interpretação que não seja conforme as regras da lógica é, conseqüentemente, incorreta. Mas o que é específico na interpretação, ou seja, o apreender do sentido ou do significado de um termo ou de uma proposição no contexto de uma cadeia de regulação, vai para, além disso. Requerem-se também aqui considerações de razoabilidade, uma vez que as constatações empíricas ou as refutações não são - ou só o são em escassa medida - possíveis.

Em *Richtiges Recht*¹ (Direito Justo), escrito em 1978, Karl Larenz, na esteira de Rudolf Stammler, defende a natureza axiológica da ordem jurídica com base na tese de que o pressuposto se sustenta sobre a *ideia de direito* como algo devido. Daí sucederem os *princípios do direito justo* como determinações mais detalhadas em seu conteúdo - da *ideia de direito* - e que serviriam como pensamentos diretores ou causas de justificação para as regulações concretas de direito positivo. (LARENZ, 1991).

¹ Obra traduzida para o espanhol em edição de 1985, *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, traduzida por Luis Díez-Picazo, publicada pelo Editorial Civitas, no mesmo ano.

No mesmo diapasão, o estudo de Claus-Wilhelm Canaris, redigido em 1967, abriga a ideia de que o sistema jurídico como ordem axiológica só se justifica por meio do *princípio da justiça* e de suas concretizações, a partir do *princípio de igualdade*. O documento percebe que o pensamento jurídico ocorre fora do âmbito da lógica formal, que lhe serve apenas de quadro, e anota que o elemento decisivo de todo esse processo não é de natureza lógica, mas de natureza teleológica ou axiológica, e por isso, sua justificação metodológica não pode ser alcançada com os meios da lógica, mas através da recondução ao valor da justiça e ao princípio da igualdade nela compreendidos. (CANARIS, 1967).

À vista disso, tais aspectos constituem os pontos mais significativos para a abordagem que se pretende formular acerca da Jurisprudência de Valores, com ponto focal na consideração de valores a serem observados pelos atores do Direito, tanto na formulação de leis, quanto na aplicação do Direito. Streck (2011d, p. 48) arrola que “[...] a jurisprudência dos valores, é hoje, de certo modo, preponderante em tribunais alemães, entretanto, os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades Brasil e Alemanha, e insistem na sua incorporação injustificada”. No caso específico do Brasil - onde historicamente até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de emplacar - a grande luta se concentra em estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional. E realça que

Da jurisprudência dos valores os teóricos brasileiros tomaram emprestada a tese fundante – a de que a constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores. O modo mais específico de implementação dessa recepção foi a teoria da argumentação de Robert Alexy [...], que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos tribunais. (STRECK, 2011d, p. 48).

Billier e Maryioli (2005, p. 279) apontam que “[...] a Jurisprudência da Avaliação² (*Wertugjurisprudenz*), é a corrente dominante no seio da dogmática alemã que funciona como um prolongamento das teses da Jurisprudência dos Interesses”. De acordo com Streck (2011d), após a Segunda Guerra Mundial, emergiu a Jurisprudência dos Valores como uma tentativa de descobrir quais os

² A tradução apresenta o termo Jurisprudência da Avaliação como sinônimo de Jurisprudência dos Valores.

valores da sociedade, mesmo elevando sua análise para além do direito escrito. Imbuídas de um delicado contexto histórico originário, essas teses tiveram grande desenvolvimento no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha³.

Após a Segunda Grande Guerra, também nasceu um sentimento de aposta no Judiciário para a consecução dos objetivos constitucionais e de ruptura com a metodologia da corrente filosófica que havia predominado durante o Nazismo - a subsunção positivista - e “A jurisprudência dos valores surge nesse momento histórico para fundamentar as decisões judiciais do Tribunal Constitucional”. (TASSARI, 2013, p. 43). Streck (2011d, p. 48) aponta que “[...] a jurisprudência dos Valores na Alemanha serviu para diminuir a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949”.

Como tentativa de implementar e de legitimar o conjunto de direitos trazidos pela nova Carta Constitucional que não teve ampla participação do povo alemão em sua formulação, nos anos que se seguiram à sua promulgação, se desenvolveram as teorias voluntaristas como tentativa de atenuar os problemas sociais existentes, o que justifica certo afastamento da estrita legalidade na aplicação do direito. (STRECK, 2011d).

Daí a afirmação de um jus distinto da *Lex*, ou seja, a inovação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada (STRECK, 2011d, p. 48, grifo do autor).

A possibilidade de decisão judicial em desconformidade com a previsão legal como suposto mecanismo de fortalecimentos dos direitos fundamentais, ou do fortalecimento da própria sociedade debilitada pela grande guerra, congloba a principal característica da Jurisprudência dos Valores. Nas palavras de Billier (2005, p. 279),

Com respeito à norma jurídica, frequentemente desprovida de um sentido unívoco em sua aplicação a um caso concreto, a jurisprudência da avaliação contesta a neutralidade da decisão judiciária e afirma que no fundamento dela se encontra um

³ “O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha tem suas raízes históricas nos antigos tribunais imperiais (Tribunal da Câmara Imperial e Conselho do Império) do Sacro Império Romano-Germânico”. (MORAIS, 2013, p. 53).

juízo de valor que introduz elementos extralegais e extrapositivos na aplicação do direito.

Aceita-se a ideia de incorporação de elementos extralegais e extrapositivos - ou seja, além do estabelecido por lei, no momento da aplicação do Direito pelos juízes, sobretudo em matéria de direitos fundamentais - confiando o papel de promotor de direitos fundamentais com os ditos valores buscados e estabelecidos nas decisões judiciais como elementos concretizadores da democracia alemã pós-Segunda Guerra e atual. Como se vê, a partir da concepção da jurisprudência dos valores, a postura discricionária do julgador é amplamente aceita e defendida.

Com cautela, pode-se dizer que a Jurisprudência dos Valores atinge sua pretensão de superar o Positivismo Jurídico a partir da interpretação e da aplicação do Direito para além do estrito legalismo, assegurando ao aplicador do Direito um comportamento mais livre, para que se efetivem os direitos fundamentais. Logo, conclui-se que o Positivismo Jurídico em sua vertente exegética encontra superação histórica, inclusive pela Jurisprudência dos Valores. Categoricamente, a Jurisprudência dos Valores não supera o Positivismo Jurídico em sua vertente normativista, visto que não é capaz de solucionar seu principal problema, que é a discricionariedade judicial (ou decisionismos e protagonismos judiciais).

A vertente *Cientificista ou Normativista*, pensada principalmente pelo jurista Hans Kelsen, vê o Direito como Ciência e exige o emprego da *Norma jurídica* como esquema interpretativo dessa Ciência. Por conseguinte,

Kelsen pretendeu formular uma teoria (vale dizer uma proposta científica) que pudesse estudar o seu objeto (o Direito) como uma metodologia pura, ou seja, livre de infiltrações consideradas como não sendo jurídicas. O projeto idealizado por Kelsen estava voltado, dessa forma, ao afastamento de elementos psicológicos, econômicos, políticos e sociológicos, presentes no estudo do Direito em sua época (ENGELMANN, 2011, p. 42).

Kelsen (2006, p. 245) distingue duas espécies de interpretação jurídica: “[...] uma autêntica e outra não autêntica”. Quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, trata-se da interpretação autêntica. Por outro lado, para o pensador austríaco, a interpretação não autêntica é aquela realizada por uma pessoa privada, especialmente pela ciência jurídica.

A interpretação autêntica estaria apta a criar direito, entretanto, a interpretação jurídico-científica (não autêntica) não cria direito, sendo simples

determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Então, Kelsen (2006, p. 245) refere que a interpretação autêntica pode assumir o caráter de lei ou de tratado internacional, como também pode receber a forma de sentença; já a interpretação jurídico-científica deve ser ater a estabelecer “[...] as possíveis significações de uma norma jurídica”.

Para Kelsen (2006), a interpretação é a determinação do sentido e do real conteúdo das normas jurídicas que serão utilizadas. Consistiria em uma operação mental que acompanha obrigatoriamente o processo de aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Sendo assim, o ordenamento jurídico seria organizado de forma escalonada, em que a norma de grau superior na hierarquia normativa condiciona e determina a criação da norma jurídica de grau inferior. A Constituição - considerada como norma superior - condiciona e determina o processo de produção da lei - que seria a norma inferior - de igual maneira que a lei condiciona a produção da sentença judicial. Desse modo, a aplicação do direito é ao mesmo tempo produção de direito, pois ao passo que a norma de escalão superior é aplicada, se produz uma norma de escalão mais baixo. (LARENZ, 2010).

Não se trata de uma relação hermética o fato de a norma de escalão superior regular o ato através do qual a norma de escalão inferior é produzida. A norma de escalão superior não pode regular, em todos os sentidos e direções, o ato mediante o qual ela se aplica. Kelsen (2006) sublinha que uma relativa indeterminação é inerente ao ato de aplicação do direito e que pode se dar intencionalmente - ou não. Se intencional, ocorre quando o próprio órgão que estabeleceu a norma assim o quis e, no caso, Kelsen (2006) exemplifica por meio da norma penal que deixa ao juiz a opção de decidir pela aplicação de uma pena de reclusão ou de multa, como sanção a um determinado fato delituoso. Por outro lado, a indeterminação não intencional é ocasionada principalmente em razão do caráter plurívoco do conteúdo normativo. Em virtude da natureza linguística das normas jurídicas, a equivocidade seria ineliminável.

Pela teoria kelseniana, não obstante, a intencionalidade da indeterminação das normas jurídicas observa que elas seriam portadoras de diversas possibilidades de concretização, gerando sempre uma margem de discricionariedade ao intérprete - autêntico - que é chamado a estabelecer a norma inferior. Como tentativa de solucionar a questão, Kelsen (2006, p. 390) se vale da figura da moldura e propugna que

[...] o direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

Questionado sobre qual dos conteúdos (sentidos) contemplados pela moldura seria o correto, responde que a questão não pertence à Teoria do Direito, mas à Política do Direito, posto que a eleição de qualquer um dos sentidos contemplados pela moldura é igualmente correta. (KELSEN, 2006). Ademais, a ideia kelseniana da norma jurídica como plurissignificante e detentora de uma gama de sentidos aceitáveis irá colocar a Teoria Pura do Direito em oposição à teoria tradicional da interpretação, que considera haver sempre uma única interpretação correta, e aprecia como missão identificar o meio adequado para o seu estabelecimento.

Kelsen (2006) se recusa a elaborar uma teoria acerca dos métodos de interpretação, porque entende como não científica a escolha entre uma das possibilidades abrigadas pela moldura normativa. Dessa forma, não há critério de Direito Positivo capaz de efetivar tal escolha. Assim, acredita se tratar de uma falácia a ideia de que uma norma jurídica apenas pode apresentar uma *interpretação correta*, isto é, uma verdadeira ficção de que se serve a jurisprudência para assegurar o ideal da segurança jurídica. Destaca que a interpretação do Direito presume um ato que reúne *conhecimento e vontade*. A moldura seria instituída por um ato de conhecimento, enquanto que um ato de vontade estabelecerá uma, dentre as diversas possibilidades de aplicação. (KELSEN, 2006).

Kelsen (2006, p. 394) afirma que, na interpretação autêntica que é efetivada por um órgão jurídico,

[...] a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.

Importa ressaltar que, para Kelsen (2006), na relação dialética entre conhecimento e vontade, a última sempre prevalece, e fica viável através da interpretação autêntica produzir-se uma norma que esteja totalmente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Prontamente, uma decisão judicial *ilegal*

pode, em razão de seu trânsito em julgado, tornar-se definitiva, o que não a torna *antijurídica*.

No caso de a norma oferecer, em razão do emprego de um termo genérico quatro interpretações diversas, o juiz pode escolher uma quinta significação que se coloque totalmente fora da moldura normativa. (DIMOULIS, 2006, p. 211).

Isto posto, mesmo que tal decisão contrarie determinado preceito processual ou material que esteja previsto em uma norma considerada geral, estaria apta a encontrar respaldo jurídico em outra disposição da própria lei geral, ou seja, a ocorrência do trânsito em julgado torna tal decisão, individual conforme ao direito. (KELSEN, 2006). Dessa forma, seria possível a criação de um direito novo para além do estabelecido na moldura normativa.

Vale comentar que os aspectos da teoria da interpretação de Kelsen são consequência da sua noção de ciência. Nota-se que a discricionariedade está atrelada também à teoria, apesar de Kelsen (2006) defender que a discricionariedade presente nas questões metajurídicas - como fatores morais, éticos, políticos e sociais - influenciavam a decisão sem que comprometessem a pureza metodológica de sua teoria. Conforme visto, a teoria da interpretação do Direito de Kelsen permanece eivada de subjetivismos provenientes da razão prática solipsista. Segundo Streck (2010a, p. 161), Kelsen já havia superado o positivismo em sua vertente exegética, entretanto,

[...] abandonou o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da 'aplicação'. E nisso reside a 'maldição' de sua tese. Não foi bem entendido, quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação 'pura da lei'...!

Seja pela permanência de posturas positivistas em nível normativista ou pela aceitação desvirtuada de teses provenientes do ambiente jusfilosófico - e por isso carregado de suas características - da Jurisprudência dos Valores, o Direito passa a ser produto da discricionariedade *valorativa* do intérprete. A discricionariedade judicial prejudica o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito porque está em desacordo com o ideal de fundamentação das decisões judiciais, e a nociva discricionariedade está presente nos positivismos jurídicos e nas teses provenientes da Jurisprudência dos Valores; por isso, tais concepções devem ser rebatidas e não

influenciadas, quando se pretende o desenvolvimento do Constitucionalismo nesta sua versão social, compromissória (e dirigente).

Por outro lado, evidencia-se que o Positivismo - compreendido em suas diversas facetas - “[...] não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do direito, representada pela invasão da filosofia pela linguagem, e suas consequências no plano da doutrina e da jurisprudência”. (STRECK, 2010a, p. 162).

O referido modelo de aplicação do Direito como ato de vontade implica em renunciar as contribuições da Filosofia no Direito - principalmente da Filosofia Hermenêutica ou da Hermenêutica Filosófica. Assim, quando se resigna a interpretação do Direito como produto da política judiciária - ou como afirmou Kelsen (2006), moral, política ou sociologia - está se assumindo que o intérprete como sujeito submete o Direito como seu objeto, através da sua capacidade racional e transcendental de conhecer os valores jurídicos e de determiná-los.

Conforme visto, a pretensão de superação ao Positivismo Jurídico não é tarefa bem-sucedida pela Jurisprudência dos Valores, tendo em vista que não está apta a superar o Positivismo Normativista: ao contrário, as teses provenientes da Jurisprudência dos Valores aceitam e influenciam a discricionariedade judicial.

A tese da Jurisprudência dos Valores tem prevalência hodiernamente no Tribunal Constitucional Alemão - escola jurídica e filosófica emergente na pós-Segunda Guerra na Alemanha, denominada como Jurisprudência dos Valores - como um ambiente de revelação das teorias alexyanas. A partir da observação da atuação do Tribunal Constitucional Alemão como adepto da Jurisprudência dos Valores, Alexy analisa a jurisprudência dali proveniente e tenta promover um processo de racionalização da aplicação dos direitos fundamentais.

Em razão da evidente carga de discricionariedade judicial que defendem as teses alexyanas - presente também em resquícios positivistas hodiernamente verificados - não estão de acordo com o ideal democrático de fundamentação das decisões judiciais plasmado na Constituição Federal (CF). Logo, calha ser pensada uma teoria da decisão e de aplicação do Direito que respeite e que privilegie os ideais constitucionalistas atuais, não se devendo repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariedades interpretativas.

2.2 Caracterização da Tese Alexyana e o Problema da Discricionariedade Judicial

Partindo do pressuposto de que Robert Alexy e a própria dogmática jurídica alemã se encontram imersos em um contexto jusfilosófico da jurisprudência dos valores, intenta-se analisar os principais aspectos abordados nas teses alexyanas, com o fito de averiguar sua (in) adequação à realidade jurídica brasileira, em razão, principalmente, da dose de discricionariedade judicial inerente a ela.

O jurista alemão Robert Alexy, fundamentado em suas duas principais obras, *Teoria dos Direitos Fundamentais* e *Teoria da Argumentação Jurídica*, e tendo como objeto de análise a produção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Alemão, desenvolve suas teorias sobre a aplicação dos Direitos Fundamentais presentes na Constituição Alemã. Assevera que

[...] a Constituição da República Federal Alemã define uma série de direitos fundamentais e os relaciona com os poderes estatais, institui um tribunal constitucional para controlar o desenvolvimento desses direitos, e, ao instituir esses direitos, faz surgir um questionamento relativo à implementação e à titularidade dos direitos em relação aos indivíduos. (ALEXY, 2006, p. 25).

A *Teoria dos Direitos Fundamentais* alexyana procura colaborar com o cumprimento de dita tarefa. Classifica, portanto, seus princípios como uma teoria jurídica geral acerca dos Direitos Fundamentais da Constituição Alemã, não sendo ela filosófica, histórica, nem política. Inicialmente, cumpre esclarecer por qual razão o estudioso alemão - adepto da Jurisprudência dos Valores - emprega o modelo de princípios, e não de valores. De acordo com o pensamento alexyano, princípios e valores conglobam conceitos bastante próximos e intimamente ligados, sendo possível se falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios, quanto de uma colisão e um sopesamento entre valores. À vista disso, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. (ALEXY, 2006).

Ao analisar os enunciados do Tribunal Constitucional Federal alemão, os referentes a valores podem ser transformados em enunciados sobre princípios facilmente e sem equívoco, e, sem que haja perda de conteúdo, os enunciados sobre princípios podem ser transformados em enunciados sobre valores. Por exemplo, quando o Tribunal afirma que a liberdade de imprensa é um dos valores protegidos pela Constituição, poderia ter informado que a liberdade

de imprensa é um dos princípios estabelecidos pela Constituição. Ainda, na decisão sobre a duração da prisão preventiva, em 1973, o tribunal poderia ter falado em uma colisão entre valores, no lugar de um conflito entre princípios. (ALEXY, 2006, p. 145).

Apesar da semelhança constatada, Alexy (2006) identifica uma diferença entre valores e princípios, com base na divisão dos conceitos práticos de propostos por Von Wright. Assim, haveria três grupos de conceitos práticos: os deontológicos, os axiológicos e os antropológicos. Os conceitos deontológicos são os de dever, de proibição, de permissão e de direito a algo. Podem ser reduzidos a um conceito deontológico básico, que é o conceito de dever ou de dever-ser.

Já os conceitos axiológicos são caracterizados pelo fato de que seu fundamento básico não é o de dever ou de dever-ser, mas o conceito de bom. A diversidade de conceitos axiológicos decorre da diversidade de critérios por meio dos quais algo pode ser qualificado como bom. Assim, critérios axiológicos são utilizados quando algo é classificado como bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito. Finalmente, os exemplos de conceitos antropológicos envolvem a ideia de vontade, de interesse, de necessidade, de decisão e de ação. Os três grupos de conceitos abarcam o campo de disputas fundamentais tanto na Filosofia Prática, quanto na Ciência do Direito.

Aceitando a divisão apresentada, Alexy (2006) acredita ser possível perceber a diferença decisiva entre o conceito de princípio e o conceito de valor: princípios, em sua concepção, são mandamentos de otimização, e como tais, pertenceriam eles ao âmbito deontológico. Já os valores, por seu modo, estão inseridos no nível axiológico.

Alexy (2006) reitera a possibilidade de intercambiamento entre os dois conceitos postos em estudo e postula que aquilo que no modelo de valores é *prima facie*, o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor, é, no modelo de princípios, definitivamente devido. “Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo”. (ALEXY, 2006, p. 153). Como para o Direito o que importa é o dever-ser - ou seja, o campo deontológico - quando Alexy (2006) desenvolve a Teoria dos Direitos Fundamentais, trata de utilizar o modelo dos princípios e

Se se pressupõe a possibilidade dessa transição, então, é perfeitamente possível, na argumentação jurídica, partir de um

modelo de valores em vez de partir de um modelo de princípios. O modelo de princípios teria a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente. (ALEXY, 2006, p. 153).

A teoria alexyana é jurídica e assim se utiliza do termo *princípio* - e não do termo valor - mas efetivamente tais conceitos não carregam diferenças materiais profundas, podendo inclusive ser utilizados de forma intercambiada, sem que isso constitua equívoco. Outro aspecto indispensável para a compreensão de sua tese é a necessária distinção que promove entre regras e princípios. Para tanto, justifica que a diferenciação sintetiza a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Para Alexy (2006, p. 86), “[...] regras e princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser, podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”. Princípios são - tanto quanto as regras - razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies muito diferentes. São, portanto, regras e princípios duas espécies de normas e vários os critérios elencados por Alexy (2006, p. 87) para distingui-los, como por exemplo:

- a) Critério da generalidade: princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto que o grau de generalidade da regra é relativamente baixo;
- b) A determinabilidade dos casos de aplicação;
- c) A forma de seu surgimento (por meio da diferenciação entre normas criadas e normas desenvolvidas);
- d) caráter explícito do seu conteúdo axiológico;
- e) A referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica;
- f) Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras;
- g) Ou com base no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.

Considerando-se os pontos supracitados, de acordo com Alexy (2006, p. 89), são possíveis três teses inteiramente diversas acerca da distinção entre regras e princípios, a saber,

A primeira seria aquela que sustenta que as tentativas de diferenciar regras e princípios sempre resultariam em insucessos em razão da diversidade existente; a segunda tese é a dos defensores do grau de generalidade como critério decisivo para a distinção; e, a terceira

tese, por sua vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa.

A última premissa abordada - a da diferença qualitativa entre regras e princípios - é a correta, no entendimento do teórico alemão. (ALEXY, 2006). Para compreender o critério distintivo, é válido estabelecer o que sejam mandados de otimização. Alexy (2006) revela que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Logo, são mandados de otimização 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 pelas regras colidentes”. (ALEXY, 2006, p. 90).

Regras, por sua vez, são normas que são sempre satisfeitas - ou não. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais nem menos. Regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível, o que significa, para Alexy (2006), que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa - e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. Alexy (2006) ainda explica a distinção entre as normas através da demonstração da colisão entre princípios e o conflito entre regras. Elas se distinguem pela forma de solução de conflitos.

Um conflito entre as regras pode ser solucionado se introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada como inválida. Quando a introdução de uma cláusula de exceção não for possível, pelo menos uma das regras deve ser extirpada do ordenamento jurídico. Resta exemplificar com o caso de uma regra que diz que o aluno não deve sair da escola antes do sinal indicativo do término da aula, e outra que alerta que, em caso de alarme de incêndio, o aluno deve sair, então se observa que em um caso concreto pode surgir uma contradição entre as duas. Criando-se “[...] uma regra de exceção para a primeira regra, resolve-se esse conflito”. (ALEXY, 2006, p. 94). Em outro caso, quando não é possível criar uma cláusula de exceção, uma das duas deve ser excluída do ordenamento.

Já a colisão entre princípios deve ser solucionada de forma completamente diferente. Se dois princípios entram em colisão, o que pode, de acordo com Alexy

(2006), ocorrer quando, por exemplo, algo é permitido por um princípio e proibido em razão de outro, um dos princípios em colisão teria de ceder em função do outro. Mas, ao ceder tal princípio, não deve ser declarado inválido, nem será introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro, em determinadas condições, podendo, ao serem alteradas as condições de precedência, haver solução oposta. Para a teoria alexyana, conclui-se que

[...] nos casos concretos os princípios tem pesos diferentes e que os princípios com maior peso tem precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2006, p. 94).

Alexy (2006) menciona dois casos concretos do Tribunal Constitucional Alemão em que cada princípio foi representado por um símbolo e, analisados os argumentos usados pelos julgadores, considerou as condições existentes nos casos concretos que levaram os juízes a decidirem de determinada forma, prevalecendo um ou outro princípio no caso concreto, através da estipulação do definido como lei da colisão. Do que se observa que, em verdade, não há para Alexy (2006) a ponderação direta entre dois princípios, e sim o estabelecimento de uma lei de colisão, a partir de uma relação de precedência condicionada. Apura também que a solução para a colisão entre princípios consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.

Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento das relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

Em caso de colisão entre princípios no caso concreto, ocorrerá a ponderação através da utilização do *princípio* da proporcionalidade, para que se possa atingir um resultado diante de um caso concreto. Por essa razão, o próximo aspecto da explanação visa analisar o *mecanismo* da proporcionalidade, conforme antevê Alexy (2006), que estrutura o procedimento da ponderação a partir de três sub-regras:

- a) regra de adequação;
- b) regra da necessidade;

c) regra da proporcionalidade em sentido estrito.

As sub-regras são estruturadas de maneira a funcionarem sucessiva e subsidiariamente, mas nunca aleatoriamente e por isso nem sempre será necessária a análise de todas as três. Em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, Alexy (2011, p. 219) propõe “[...] a adaptação e utilização da Teoria do Discurso para os discursos jurídicos, especialmente para a fundamentação das decisões judiciais”. Há dois níveis de fundamentação (ou de justificação⁴): a justificação interna e a justificação externa.

De acordo com Oliveira (2008), Alexy não admite a indeterminação do direito para todos os casos; nos casos simples seria suficiente a aplicação das regras por silogismo jurídico, através da subsunção. Nos casos complicados, o esquema da fundamentação interna se apresenta insuficiente, como é o caso do conflito entre princípios, no qual deve ser utilizada a técnica da ponderação. Finalmente,

Nos casos em que temos a aplicação de regras, a partir de uma justificação interna do próprio sistema jurídico, o autor permanece fiel à tradição afirmando que a solução se dá por meio do silogismo jurídico através do mecanismo da subsunção. Nesta justificação interna, a aplicação das regras deve ser realizada a partir dos tradicionais cânones de interpretação e, neste caso, não há que se falar nem em indeterminação, nem em discricionariedade. Apenas nos casos em que se faz necessária uma justificação externa (adjudicadora do direito), tem lugar o argumento de princípios. Neste caso, os critérios para a aplicação necessariamente são outros até porque, como mandados de otimização, os princípios na maioria das vezes se apresentam em conflito - que Alexy chamará de colisão- de forma que não é possível dizer, a priori, qual deles prevalecerá. Somente diante do caso concreto é que será possível determinar a aplicação do princípio e a solução do eventual conflito, por meio de um procedimento- esse sim a priori - chamado de ponderação. (OLIVEIRA, 2008, p. 184).

A diferença entre regras e princípios, a análise da lei da colisão como regra para a solução da colisão de princípio e a aceitação da existência de casos simples que para a solução dos quais seriam utilizadas as regras, e de casos complexos para a solução dos quais seriam considerados os princípios, representam os elementos da teoria alexyana essenciais à abordagem crítica que se pretende construir no presente trabalho. Alexy (2011) se contenta em dizer que, em um

⁴ De acordo com a tradutora, podem ser utilizados os dois termos.

primeiro momento, os casos simples se resolvem por subsunção, o que quer dizer que acredita na suficiência ôntica da lei naqueles casos em que haja *clareza* no enunciado legal e na rede conceitual que o compõe. Ou seja, em parte, continua apostando no exegetismo, ao menos para a resolução dos casos no âmbito das regras. (ALEXY, 2011).

Para além dessa *suficiência ôntico-exegética*, diante de um caso difícil, apela para o outro nível da semiótica: a pragmática. Contudo, a palavra final será do sujeito e sua subjetividade. A ponderação alexyana, feita para resolver o problema de colisão de princípios, dependerá ao fim e ao cabo, da discricionariedade. Assim, o primeiro equívoco a ser destacado é que não deve prevalecer o entendimento alexyano sobre a separação entre regras e princípios. Para Streck (2011c, p. 145), “[...] é um equívoco pensar que os princípios constitucionais representam a positivação dos valores”.

O direito é um sistema formado por regras (preceitos) e princípios. Ambos são normas. O princípio não seria um mandado de otimização, e sim um elemento constitutivo da regra que lhe atravessa, atribuindo sentido, trazendo o sentido de acordo com o mundo prático⁵.

A diferença entre a regra e o princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro. (CANOTILHO, 1991, p. 172).

Não há cisão entre regra e princípio, pois a regra não subsiste sem o princípio, com apenas uma diferenciação. Do mesmo modo, não há princípio que possa ser aplicado sem o *atravessamento* de uma regra. Não se aplica o princípio diretamente, mas sim, ao se utilizar determinada regra a qual é atribuído sentido pelo princípio vigente no mundo real e prático. “A regra não explica; a regra esconde. O princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra (pelo enunciado, que pretende impor um universo significativo auto-suficiente (sic))”. (CANOTILHO, 1991, p. 172).

⁵ Em semelhante sentido, Canotilho (2011) denomina como natureza normogenética das normas jurídicas o fato de os princípios estarem sempre inscritos nas regras que deles decorrem.

Streck (2011c) acredita que tais percepções equivocadas acerca da função do princípio dentro de um ordenamento normativo se devem à paralisação da dogmática positivista no paradigma filosófico da metafísica clássica, o que se percebe da concepção de parte da doutrina de que há sentido próprio de uma determinada regra, que caberia ao intérprete tentar desvendar o sentido da norma.

Outrossim,

No fundo, a dogmática positivista não conseguiu ainda superar a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptível em setores importantes da doutrina que a sustenta, acreditando que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, mas a comum a várias coisas individuais, ou seja, a essência captável pelo intérprete (as súmulas são um típico exemplo da tentativa de abarcar a ‘substância’ dos diversos casos jurídicos); por outro lado, a dogmática jurídica também não superou a metafísica moderna, o que se pode perceber nas posturas de considerável parcela dos juristas que – a pretexto de ultrapassar a literalidade do texto - coloca no sujeito a tarefa hercúlea de descobrir os valores ‘escondidos’ debaixo da regra, isto é, na ‘insuficiência’ da regra - construída a partir da consciência de si do pensamento pensante - entra em cena o intérprete, para levantar o véu ‘que encobre o verdadeiro sentido da regra’. (STRECK, 2011c, p. 146).

Em verdade, os problemas decorrentes da insuficiência de tratamento das circunstâncias juridicamente relevantes pelas regras - sendo a concepção de universalidade uma tendência do Positivismo Clássico - se supera pela aplicação dos princípios, mas não pela ponderação entre os princípios, como deseja Alexy (2006).

Segundo Streck (2011c), Alexy confunde texto e norma e deixa de lado a indispensável problematização acerca da aplicação, ou seja, subestima o caso concreto: “A teoria da argumentação proposta por Alexy busca uma espécie de ultra ou transracionalidade, alcançável a partir de fórmulas aptas a realizar o que ele denomina de ponderação de princípios”. (STRECK, 2011c, p. 146). Portanto, as regras estão atreladas aos princípios, ou seja, apenas os encobrem que, por sua vez, existencializam as regras que instituíram, sendo impossível, dessa forma, isolá-las dos princípios. (STRECK, 2011c). Logo, “Não há efetivamente uma separação entre regras e princípios”. (NASCIMENTO, 2007, p. 90).

Já os princípios não devem ser considerados como *mandatos de otimização*, e tal concepção descaracteriza a noção de princípio, abstraindo a regra e afastando a razão prática própria dos princípios. Diante da compreensão de que os princípios não podem ser concebidos de forma destacada das regras - uma vez que são

elementos que existencializam as regras e apontam para um fechamento interpretativo - a concepção de que os casos simples seriam solucionados através da subsunção e os casos complexos conduzem a utilização dos princípios, via de consequência, também perde o sentido.

Nas palavras de Vieira (2013, p. 148), “[...] torna-se indevido falar e cisão entre casos fáceis e difíceis, pois em todos os casos - independentemente da classificação dada- atuarão regras e princípios”. Caso não tivesse obviamente demonstrado a inadequação da distinção entre princípios e regras, caberia ainda a seguinte crítica: atua discricionariamente o intérprete ao escolher quais são os casos simples e quais são os casos difíceis. Destarte,

Esta cisão não leva em conta a diferença ontológica e perpetua a discricionariedade. Isso porque é o próprio intérprete quem vai dizer sem qualquer metamétodo controlador, quando se está diante de um e quando se está diante de outro. Logo, o problema da discricionariedade (judicial) não é, nem de longe, ultrapassada; ou pior, ao se criar dispositivos racionais que velam tal discricião no discurso jurídico, mais difícil ainda se tornam seu combate. (VIEIRA, 2013, p. 148).

Evidencia-se que, para Alexy (2011), é possível ocorrer, em alguns casos concretos, a colisão entre princípios, e para solucioná-los, o juiz deve observar as condições de precedência de um sobre o outro e, através da criação de uma lei de colisão, estabelecer uma regra a ser aplicada no caso concreto. A tensão entre os princípios colidentes e a definição das condições de precedência será definida pelo sopesamento entre os princípios que deve realizar o juiz no caso concreto.

A crítica feita nesse ponto ocorre na prevalência de uma postura discricionária, no estabelecimento pelos juízes dessas condições de precedência - etapa do procedimento de solução da colisão entre princípios. A aceitação acrítica de teorias que se apoiam em paradigmas voluntaristas que aceitam a discricionariedade como poder dos julgadores representa um equívoco - para não dizer uma moléstia - que deve ser repensado pela doutrina e pela jurisprudência pátria.

A teoria alexyana foi estabelecida levando em consideração a realidade alemã, cuja fonte e objeto de estudo são a práxis jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão quanto à aplicabilidade e à interpretação dos direitos fundamentais constantes da Constituição Federal Alemã. (ALEXY, 2006).

Elaborada a partir da teoria jurídica alemã e da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, a sua divulgação no Brasil com cultura jurídica e construção jurisprudencial distinta da alemã, acarreta a sua transformação em mais *uma ideia fora do lugar*, ou seja, uma teoria que não tem relação nenhuma com a realidade sociocultural do país e cuja importação acrítica pelo Direito brasileiro gera consequências potencialmente danosas, principalmente, em relação à aceitação da discricionariedade judicial.

2.3 A Discricionariedade Judicial e os seus Potenciais Danos à Autonomia do Direito

Conforme analisa esta pesquisa, posturas doutrinárias e jurisprudenciais - como a técnica da ponderação entre princípios, ou entre direitos fundamentais, em caso de colisão como a veiculada através da Teoria da Argumentação, nos termos propostos por Robert Alexy - se aproximam das matrizes positivistas, pois continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do direito.

Urge proceder a análise sobre o conceito de discricionariedade judicial, para que seja possível compreendê-lo, limitando o sentido objeto da presente crítica. Verificam-se assim os prejuízos proporcionados pela aceitação e pela difusão da discricionariedade (ou arbítrio) como poder conferido aos juízes para dessa forma defender a fundamentação das decisões judiciais como mecanismo garantidor de um real Estado Democrático de Direito.

A discricionariedade judicial - ou o seu termo equivalente, para fins deste trabalho, decisionismo judicial - se refere à liberdade conferida aos juízes no momento das decisões judiciais, e se consta efetivamente no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas quando se conclui que o Direito não pode ser compreendido como algo determinado, fechado e conclusivo.

A fim de compreender as razões da aceitação da discricionariedade, Losano (2010, v. 2) relata que, a partir do século XX, a consciência ou a convicção pessoal são consideradas como fatores norteadores da atividade judicante, e a interpretação passa a ser compreendida como ato de vontade do juiz, possibilitando a aceitação da interpretação como fruto da subjetividade judicial e como produto da consciência do julgador.

Hodiernamente, em razão da crença de que o juiz deve fazer a *ponderação de valores* a partir da razoabilidade e/ou da proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; da crença de que *os casos difíceis se resolvem discricionariamente*; ainda, em razão da cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma *abertura de sentido* que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete. Passa-se a crer que a decisão dos casos postos para julgamento não depende mais da aplicação legal, mas da vontade do juiz. E a consideração da vontade como elemento válido na resolução de casos concretos pode ser verificada desde o Positivismo Normativista de Kelsen à ponderação alexyana, conforme já versou este estudo. Destaca-se, entretanto, que a atual discricionariedade verificada nas teses alexyanas é comumente defendida como característica do festejado ativismo judicial, inserido no discurso de defesa da implementação e da concretização dos direitos fundamentais pelos que ignoram a nocividade ao direito pátrio e aos pressupostos constitucionais de fundamentação das decisões judiciais.

Cumprindo indicar um ponto primordial que representa o equívoco na defesa da discricionariedade - a sua quase que equivalência à arbitrariedade - já que nas palavras de Streck (2011d, p. 39) “[...] é preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário ‘delegado’ em favor do juiz para preencher os espaços da zona de penumbra do modelo de regras”.

A discricionariedade abordada neste tópico encontra respaldo na Teoria do Direito, tratada por Hart (1994) que, ao enfrentar o problema da aplicação da regra jurídica, apresenta a tese de que no Direito existe textura aberta, o que se difere da discricionariedade no âmbito administrativo, que corresponde ao ato tomado quando o administrador está autorizado pela lei a eleger os meios necessários para a determinação dos fins por ela estabelecidos.

Na discricionariedade judicial, o julgador cria uma regulação para o caso que, antes da sua decisão, não encontrava respaldo no direito da comunidade política. O juiz deverá criar, ao seu bel prazer, uma regra para regulamentar a caso a ele apresentado⁶. Em verdade, o que se chama de discricionariedade judicial é uma possibilidade criada para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade cometida pelo poder judiciário. Nesse ponto, discricionariedade se

⁶ Sendo assim, a situação de ilegitimidade se ajusta ao arbítrio despótico no sistema administrativo pré-Estado Liberal.

equivale à arbitrariedade, pois ambas emperram no mesmo problema: a falta de controle conteudístico sobre elas.

Dworkin (2007), para quem o discricionarismo é antidemocrático, elenca três sentidos para o termo discricionariedade, sendo um em sentido fraco, um em sentido forte e um em sentido limitado. Discricionariedade em sentido limitado seria o poder de escolha daquela autoridade à qual se atribui poder discricionário, sendo determinado a partir da escolha entre duas ou mais alternativas e assemelhando-se à discricionariedade administrativa.

A mais importante diferença está entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade, conforme a classificação estruturada por Dworkin (2007), reside em que, em seu sentido forte, a discricionariedade requer a incontornabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido - nesse caso, por exemplo, alguém que possua poder discricionário, em seu sentido forte, pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente, não sendo possível considerar que cometeu erro em seu julgamento, porque estaria legitimado pela ideia de discricionariedade judicial. Nesse ponto se localiza a crítica de Dworkin (2007) ao Positivismo de Hart (1994), a qual afirma que, nesses casos, os padrões tipicamente empregados pelos juízes são, na verdade, princípios que guiam suas decisões e que os obrigam no momento de determinar qual das partes possui direitos.

Como bem aponta Streck (2011d), no Brasil, a discricionariedade judicial transcende os limites apresentados por Dworkin em sua crítica - e até mesmo ao aceite por Hart - servindo como elemento autorizador da atuação arbitrária dos julgadores. Sabe-se que

[...] no Brasil, [...] em qualquer 'espaço' de sentido - vagezas, ambiguidades, cláusulas 'abertas', etc. - o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Quando esse 'espaço' se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como 'axiomas com força de lei' ou enunciados performáticos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional. (STRECK, 2011d, p. 43).

A autonomia do Direito sofre a ameaça da discricionariedade constantemente, o que simboliza elemento caracterizador da permanência dos juristas na filosofia da consciência, da não superação do paradigma, da não compreensão da viragem

ontológico-linguística que transportou o paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. Em verdade, “[...] não teve a devida recepção no campo da filosofia jurídica e hermenêutica no cotidiano das práticas jurídica e doutrinárias brasileiras”. (STRECK, 2011c, p. 73-74).

O Direito passa a ser considerado como linguagem, de acordo com a visão de Heidegger, como interpretação ou hermenêutica universal, pois enquanto baseado no método hermenêutico-linguístico, o texto procura não se desligar da existência concreta, enaltecendo a importância da hermenêutica no novo direito que surge no Estado Democrático de Direito e evidenciando uma aposta na Constituição (direito produzido democraticamente).

O discricionarismo positivista é caracterizado por um profundo déficit democrático, visto que a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, considerando-se retrocesso acentuar formas de exercício de poder pautadas na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, o que conduziria, obviamente, às arbitrariedades e desprestigiaria a própria Constituição. Fica então a questão: como combater tais posturas que investem na indeterminabilidade do Direito?

Streck (2013b) propõe que a interpretação se dê de maneira a privilegiar uma hermenêutica constitucional superadora das inúmeras posturas positivistas, com espaços discricionais preenchidos pela tematização dos princípios constitucionais, que nada mais fazem do que resgatar o mundo prático esquecido pelo fatalismo das posturas teórico-positivistas⁷. Insta que ocorra o efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, a partir do dever fundamental da justificação e do respeito à autonomia do Direito. Decisões constitucionalmente adequadas devem levar em conta a questão da tradição, da coerência e da integridade, e o Direito visa compreender os motivos que conduzem o julgador a decidir contra ou a favor. Também convém que se evitem decisões *ad hoc* e voluntarismos interpretativos, buscando-se uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos legais e constitucionais.

No atual paradigma constitucional, inaugurado no segundo pós-guerra, as diversas teorias jusfilosóficas possuem o desafio de construir um discurso capaz

⁷ Streck (2013) defende que, em determinadas situações, é aceitável e necessária a atuação propositiva do Poder Judiciário, quando se trata da justiça constitucional, principalmente no caso de demandas referentes às promessas não cumpridas da modernidade e do controle de constitucionalidade.

superar a concepção do Direito entendido como modelo de regras, resolvendo o problema da incompletude das regras e solucionando os casos difíceis (não abarcados pelas regras) e a (in) efetividade dos textos constitucionais, nitidamente compromissórios e principiológicos comprometidos com as transformações sociais - tudo isso sem cair em decisionismos e em discricionariedades do intérprete, especialmente dos juízes.

3 A RECEPÇÃO INADEQUADA DA PROPOSTA ALEXYANA NO BRASIL

A discricionariedade judicial configura um elemento que não se coaduna com o ideal de Estado Democrático de Direito, já que não basta haver direito democraticamente produzido e é indispensável que seja igualmente interpretado e aplicado. (STRECK, 2011c). Por determinação constitucional, constitui dever dos julgadores promover a profunda e adequada fundamentação das decisões judiciais - como preconiza o artigo 93, IX da atual Carta Magna, que afasta a possibilidade de atuação solipsista do julgador que explicita sua decisão dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito - não podendo motivar ou justificar suas decisões e proferir julgados comprometidos exclusivamente com sua consciência ou apoiados em fundamentos eminentemente pessoais; ao contrário, as decisões devem se basear em critérios objetivos, fundados e justificados na própria Constituição.

Por essa razão, posturas que aceitem o comportamento discricionário dos julgadores merecem ser identificadas e combatidas. Conforme analisado no capítulo anterior, verifica-se que as teorias alexyanas estão em desacordo com a determinação constitucional de fundamentação das decisões judiciais, pois, em diversos elementos e técnicas defendidas pelo jurista alemão prevalece a possibilidade de comportamento solipsista e discricionário dos juízes. Exemplificativamente, quando Alexy (2006) estabelece sua técnica de sopesamento de princípios e cria uma regra a partir da identificação das condições de precedência e da aplicação da lei de colisão, observa-se que se demonstra a discricionariedade do juiz, tendo em vista que é o próprio que, no caso concreto, irá delimitar as condições de precedência que servirão para formular a chamada lei de colisão.

Alexy (2006) desenvolve sua teoria na tentativa de racionalizar a atuação dos juízes e de reprimir a atuação subjetiva, entretanto, como se nota, não alcança efetivamente a superação do problema da discricionariedade judicial - ao contrário, o potencializa. A técnica da ponderação cria a possibilidade de inserção de elementos subjetivos na tarefa primordial dos juízes, que é julgar. Oliveira (2008) diz que Alexy estabelece que a ponderação é o procedimento apto a solucionar as colisões de princípios e propõe que a utilização da técnica evitaria, dessa forma, a livre escolha do juiz no momento de decidir: “[...] ou seja, Alexy cria, na sua intenção em tornar racional o discurso prático, uma espécie de ‘elemento

camaleônico' que não consegue superar a velha oposição entre teoria e prática". (OLIVEIRA, 2008, p. 185). De mais a mais,

A racionalização do discurso jurídico prático baseado em valores se dá por um meio matemático de fundamentação que é a ponderação. No fundo, o que se instala é uma (nova) tentativa de aprisionar a razão prática num modelo teórico (porque matemático) de fundamentação. No fundo, como ressalta Lenio, em Alexy tem lugar uma repriminção da discricionariedade do positivismo jurídico. (OLIVEIRA, 2008, p. 185).

Para além das consequências negativas que a aceitação da diferença entre regras e princípios - e demais elementos da teoria alexyana - podem provocar, no Brasil, através da análise de diferentes doutrinadores e de casos julgados pelo STF, vê-se que Robert Alexy é mal compreendido, visto que sobre suas teorias recaem os efeitos de um processo de simplificação de teorias e de institutos jurídicos, quando importados e trazidos de contextos jurídicos estrangeiros. As razões dessa simplificação podem resultar da própria diferença linguística, ou por questões de adequação e de interferência culturais naturalmente efetivadas. Porém, a principal razão para o processo de simplificação passa pela inclusão das ideias de autores nacionais e de julgadores, o que Warat (2002) nomeou de *senso comum teórico dos juristas*.

Verifica-se ainda que há certa operabilidade tautológica que permeia a atuação dos juristas pátrios, no sentido de que, por diversas vezes, expressam repetidamente a mesma ideia, os mesmos conceitos, as mesmas teorias e não realizam a reflexão necessária à compreensão devida. Detecta-se assim o enclausuramento lógico da reflexão e dos discursos jurídicos, o que reduz os significados a conceitos e, de maneira mecanicista, o jurista brasileiro reflete um sistema incorporado em seu subconsciente através de sua formação, com significados dados através do *conhecimento* adquirido nos bancos acadêmicos e na jurisprudência *pacífica*, como mero reproduzidor de conceitos.

O senso comum teórico se caracteriza pela significação ideológica em uma Ciência que parte do pressuposto de relação entre sujeito e objeto. Consubstanciando-se em uma doxa no interior da episteme jurídica e em nome do método, estereotipa o conhecimento, o objetifica e o reduz a conceitos.

Fecha-se, desta forma, um movimento dialético que tem, por primeiro momento certos hábitos significativos (uma doxa); por segundo momento, a espera dos conceitos (uma episteme construída mediante processos lógicos purificadores sobre o primeiro momento); e, por terceiro momento, o senso comum teórico (dado pela reincorporação dos conceitos nos hábitos significativos). Este último momento caracteriza-se pelo emprego da episteme como doxa. (WARAT, 2004, p. 13).

Constata-se a validação dos conceitos produzidos quando da aplicação na práxis da (des) informação obtida pelo operador jurídico e no momento que tal aplicação se confirma repetitivamente. Ademais, o senso comum teórico se desenvolve de forma cíclica, pois, a partir do ponto zero de reflexão, necessariamente chega-se, novamente, ao ponto zero, para que se confirme e se valide o procedimento. Esse movimento cíclico pode ser compreendido como uma semiologia de referência, praticada de forma habitual e estruturada, em que se desvinculam os conceitos produzidos de seu fundamento teórico, perdendo a consistência ontológica e permitindo a construção de um *sistema de verdades*, a partir da apropriação do significado, pela instituição que exercerá o poder de usá-lo.

Destarte, sendo desenvolvido tautologicamente, o procedimento validado é a expressão da pureza de reflexão e de aplicação do Direito legitimado pela epistemologia tradicional: “[...] é o discurso kelseniano, tornado senso comum, que influi para que o jurista de ofício não seja visto como um operador das relações sociais; mas sim, como um operador técnico dos textos legais”. (WARAT, 2004, p. 13). Os seguintes elementos, apesar de sua falta de consistência, levam à uniformidade última de pontos de vista sobre o Direito e suas atividades institucionais:

- a) desenvolvimento de uma série móvel de conceitos, separados, das teorias que os produziram;
 - b) estabelecimento de um arsenal de hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias;
 - c) definição de opiniões costumeiras;
 - d) declaração de premissas não explicitadas e vinculadas a valores;
 - e) ou por estabelecimento de metáforas e representações do mundo.
- (WARAT, 2004).

As teorias alexyanas acerca dos Direitos Fundamentais e a sua técnica da ponderação entre princípios, quando da sua importação pelo Direito brasileiro, estão atualmente imersas no senso comum teórico dos juristas na medida em que os conceitos vinculados aos pressupostos do estudioso em questão se encontram ciclicamente repetidos em parte da doutrina nacional e na própria jurisprudência do STF, verificando-se que a tautologia característica do processo impede que seja efetivada a necessária e aprofundada análise dos aspectos primordiais tratados por Robert Alexy. Conforme será analisado, há equívocos na abordagem efetivada pelos autores brasileiros sobre os elementos presentes nas teses alexyanas e, ainda, em diversos julgados, a utilização da teoria citada, ou de partes desta, se dá como mero artifício retórico pelo Supremo Tribunal Federal.

Como se analisou, as teorias alexyanas em si, ou seja, o *Alexy puro* é equivocado, pois se desenvolve sob o paradigma da filosofia de consciência, em sua matriz neokantiana - com todas as críticas que possa receber - principalmente quando se observa através das lentes críticas de Lenio Streck e da Crítica Hermenêutica do Direito.

O problema da apropriação brasileira de Alexy é ainda mais grave: dispensando maior autocompreensão paradigmática, fragilizam até o projeto alexyano de redenção metodológica da discricionariedade, chegando a reduzi-la, nos casos mais extremos, à pura ornamentação. Já se mencionou que as teses alexyanas são atualmente bastante difundidas, sendo realmente difícil encontrar alguma obra jurídica no campo do Direito Constitucional brasileiro que não se aproprie dos conceitos propostos pelo alemão quando analisam a função dos princípios, ou quando tratam sobre a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais e a solução desse conflito através da ponderação.

Referencia-se constantemente o nome de Robert Alexy e os variados termos utilizados em suas teses na jurisprudência do STF, o que se comprova pelo discurso emitido por seus Ministros, que expressam aceitação e importação ampla das teses alexyanas. Nesse sentido, o objetivo deste ponto do trabalho se volta a analisar parte da doutrina nacional e da jurisprudência do STF para verificar se a adoção da teoria alexyana como metodologia apta a tratar da decisão judicial está de acordo com compromisso democrático de fundamentação plasmado na Constituição Brasileira; também, se a forma como as teses alexyanas foram recepcionadas no Brasil denotam que o jurista europeu foi (in)adequadamente compreendido. A

hipótese focaliza o pressuposto de que a teoria do Direito brasileiro importou de modo inadequado à proposta do pensador alemão, com o fito de afirmar que o atual paradigma filosófico demanda uma teoria do direito que inclua a teoria da decisão, tal qual a proposta por Lenio Streck.

3.1 Incongruências Verificadas na Incorporação das Teses Alexyanas pela Doutrina Nacional Brasileira

Reconheceu-se nesta dissertação que é vasta a doutrina constitucionalista pátria que trata das teorias alexyanas, ou ao menos, que tenta analisá-las. Entretanto, é possível constatar que as percepções acerca do aporte alexyano, muitas vezes, não correspondem às proposições do jurista alemão e se apresentam de forma incompleta e, por vezes, equivocada.

O fato é que a tese alexyana representa um equívoco em si, na medida em que não acompanha a viragem ontológica linguística e aloca o juiz no equivocado paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Destarte, sua incorporação pela doutrina nacional brasileira, além de reforçar esse equívoco, vai além e ocorrendo de forma simplificada, conforme se demonstrará. Analisando-se a doutrina pátria, serão empregados determinados autores que adotam problematicamente Robert Alexy e suas teorias.

Inicialmente, detecta-se que Mendes e Coelho (2008) reproduzem a ideia de separação entre regras e princípios em consonância com os termos propostos por Alexy, no que tange ao exercício da ponderação. Adotam a concepção de que os princípios constitucionais podem assumir pesos hierárquicos abstratos diversos no caso concreto, e que o juiz está apto a verificar qual o princípio deve prevalecer no caso concreto. Além do que, não percebem a carga de discricionariedade depositada na conta do juiz, ao autorizá-lo a inferir peso hierárquico aos princípios e ao apostar na possibilidade de escolha entre determinados princípios nos casos concretos. É ainda indispensável atentar para o fato de que, considerando-se as proposições de Robert Alexy, não há aplicação direta de um princípio e afastamento do outro, e sim, há identificação dos critérios de precedência e, através da aplicação da lei de colisão, a criação de uma regra aplicada ao caso em questão.

Streck (2011d) preceitua que certos autores pátrios, ao adotarem a ponderação, não consideram que é impossível utilizar esta técnica de forma direta

para se resolver o caso concreto, pois, na vertente do pensador alemão, “[...] a ponderação não é uma operação na qual se coloca dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que pesa mais”. (STRECK, 2011d, p. 50). Não se pode conceber que, no caso de ocorrer colisão entre princípios, o juiz estaria autorizado a escolher um deles: A tese de Robert Alexy não determina essa escolha direta. Na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção. (STRECK, 2011d). De acordo com Sarmento (2002), é fundamental a função argumentativa dos princípios constitucionais.

Em razão da dimensão de peso que os caracterizam, os princípios não contêm respostas definitivas para as questões jurídicas sobre as quais incidem, mas apenas mandados *prima facie*, que podem, eventualmente, ceder em razão da ponderação com outros princípios. (SARMENTO, 2002, p. 55).

Outrossim, “[...] os princípios constitucionais apresentam-se como argumentos, ou pontos de vista, que tem de ser considerados no equacionamento dos *hard cases* do Direito Constitucional” (SARMENTO, 2002, p. 55). Pelo exposto, apura-se a defesa da atuação discricionária dos juízes influenciada pela ideia de que os princípios são apenas argumentos que se prestam a aplicação descomprometida e irrestrita para justificar as mais diversas situações colocadas para julgamento.

Ao se analisar Barroso (2012, p. 152), se clarifica seu posicionamento favorável às teses acerca da ponderação. Ao tratar da diferenciação entre princípios e regras, aborda o tema tal qual o faz Alexy, ao afirmar que uma das diferenças visíveis está “[...] quando do conflito entre regras e a colisão entre princípios, explicando que, em caso de conflito, a aplicação dos princípios se dá, principalmente, mediante ponderação”. Todavia, é grave em Barroso (2012) sua aceitação da ponderação de regras, como se a ponderação de princípios não fosse capaz de causar danos suficientes. Narra ainda que “[...] há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em um determinado ambiente” (BARROSO, 2012, p. 152), sendo, portanto, passível de ponderação sua utilização - ou não. Logo,

Princípios - e, com a crescente adesão na doutrina, também as regras - são ponderados, à vista do caso concreto. E, na determinação de seu sentido e na escolha dos comportamentos que realizarão os fins previstos, deverá o interprete demonstrar o fundamento racional que legitima sua atuação. (BARROSO, 2012, p. 152).

Nos termos defendidos por Barroso (2012), se evidencia sua aceitação de uma ponderação ampla para incluir a possibilidade de o intérprete-juiz ponderar tanto a aplicação de princípios, quanto - mais grave - a possibilidade de se ponderar também as regras, ao depender da melhor adequação ao caso concreto. Barroso (2012) é fiel a Alexy: inicialmente quando estabelece a ponderação como técnica necessária à produção de uma solução quando há colisão entre princípios que impossibilite a decisão em determinado caso concreto e cita, exemplificativamente, quando do debate acerca do papel da imprensa, a liberdade de expressão e o direito à informação em contraste com o direito à honra, à imagem e à vida privada. Entretanto, diversamente do proposto por Alexy (2006), Barroso (2012), para explicar de forma simples a ponderação, sustenta que a técnica pode ser dividida em três etapas.

A primeira das etapas caberia ao intérprete detectar as normas relevantes ao caso concreto para identificar eventuais conflitos entre elas, já que a ponderação se dá em razão da insuficiência de solução de conflitos pela subsunção. Nesse estágio, os fundamentos normativos que indicam a mesma solução devem fazer parte do mesmo conjunto de argumentos, facilitando assim a fase posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo. (BARROSO, 2012). Na segunda etapa, na visão de Barroso (2012), caberia examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Conclui que “[...] o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência”. (BARROSO, 2012, p. 153).

A terceira fase versa sobre a ponderação em si, e possibilita efetuar a decisão. Nela, os grupos diversos de normas e a repercussão sobre os fatos serão examinados conjuntamente, de modo a analisar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa, definindo-se quais grupos de normas devem preponderar sobre o caso. Em seguida, é preciso decidir a intensidade com que o grupo de norma vai prevalecer sobre os demais e, por fim, decide-se o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada, cujo fio condutor é a proporcionalidade ou a razoabilidade. (BARROSO, 2012).

Registra-se que todo o processo apresentado por Barroso (2012) para descrever o que garante ser a simplificação da técnica da ponderação está em desacordo com o estabelecido por Robert Alexy na medida em que despreza o que

o estudioso alemão propõe, ignora o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada e a criação de uma lei de colisão a ser aplicada ao caso concreto, mas principalmente, tem todas as etapas permeadas por discricionariedade judicial. Em diversas passagens do texto, fala sobre a possibilidade de escolha de regras, de posicionamento discricionário em grupos de normas, com intensa subjetividade presente na técnica.

Barroso (2012, p. 154) confessa a discricionariedade inerente à técnica por ele desenvolvida, ao afirmar que “[...] no estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão de objetividade desejável, dando lugar a ampla discricionariedade judicial”. Minimiza os efeitos nocivos da sua constatação, ao aduzir que “[...] tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer”. (BARROSO, 2012, p. 154). O argumento não subsiste, pois se aceita a ponderação como técnica de decisão judicial quando há alegado conflito entre princípios e - muito pior - se houver possibilidade de ponderação na aplicação de regras, estará autorizado o juiz a escolher entre diversos caminhos a seguir àquele que melhor reflita os interesses que entenda adequados, sem vinculação alguma - apenas à própria consciência do julgador.

Barcellos (2005) é também um dos nomes nacionais que aceitam a ponderação como técnica apta a solucionar os casos de conflitos entre princípios e, assim como Barroso (2012), sustenta a aplicação da técnica da ponderação em três etapas - as mesmas redigidas anteriormente. Guerra Filho (2006) realça a visão relativista dos princípios, contribuindo para a utilização da técnica da ponderação entre princípios de forma a possibilitar a efetiva discricionariedade dos julgadores. Assim,

O traço distintivo entre regras e princípios, por último referido, aponta para uma característica desses que é de se destacar, pois também os diferencia dos valores: sua relatividade. Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois tal obediência unilateral e irrestrita a determinada pauta valorativa - digamos, individual- terminada por infringir uma outra - por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um ‘princípio de proporcionalidade’, para que se possam respeitar normas, como os princípios tendentes a colidir. (GUERRA FILHO, 2006, p. 96).

Os pressupostos que se evidenciam trazem a equivocada concepção da ponderação alexyana como princípio - e não como técnica. Barroso (2012, p. 155) identifica o problema, sublinhando que “[...] há quem situe [a ponderação] como componente mais abrangente do princípio da proporcionalidade, e outros que já a vislumbrem como princípio próprio”. Repara-se a confusão que prevalece acerca do tema na doutrina pátria e, embora defensor de sua utilização, Barroso admite que “[...] é possível a utilização da ponderação como um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas (sic) como as nem tanto”. (BARROSO, 2012, p. 157, grifo do autor).

Ávila (2004, p. 44) é um dos estudiosos nacionais que mais se inspira nas teses alexyanas. Em sua obra, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, trata da diferenciação entre regras e princípios, ampliando a diferenciação com a inserção de um plano adicional, acrescentando às regras e aos princípios os postulados. Os postulados não visam à diferença dos princípios no sentido mais estrito à consecução direta de um fim, mas cumprem - muito pelo contrário - a função distinta de prescrever e de orientar determinados modos de pensamento e de argumentação, estruturando, destarte, o modo de aplicação das regras e dos princípios. Por isso, os postulados não se localizam no plano das regras e dos princípios, mas num metaplano, o que conduz Ávila (2004) a qualificá-los como normas de segundo grau ou normas de aplicação. Portanto, vai além do próprio Alexy (2006): assevera que a ponderação não deve ser aplicada apenas aos princípios, mas ampliada para que atinja também as regras.

Ao defender que o conflito entre regras nem sempre se encerra na análise de sua validade - ao passo que pode ser solucionado por meio da ponderação dos motivos e das circunstâncias existentes em uma situação concreta - Ávila (2004) acrescenta ainda mais dois casos em que a ponderação de regras poderá ocorrer: quando o intérprete, analisando a especificidade do caso, tiver que decidir se há mais razões para aplicar a hipótese da regra ou para aplicar suas exceções, e também, quando tiver que delimitar hipóteses normativas que se referem, por exemplo, a conceitos jurídicos políticos, como Estado de Direito e democracia. Nesses termos, leciona que ainda ocorrendo o comportamento legal descrito na hipótese normativa de uma regra, através da ponderação de razões é admissível que a regra deixe de ser aplicada, não resultando necessariamente na declaração de sua invalidade. Pela análise dos excertos colacionados, consagra-

se a importação deformada da teoria alexyana, visto que, como aponta Streck (2011d, p. 50), “[...] a ponderação, nos termos prolatados por seu criador, Robert Alexy, não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que pesa mais”.

Como já definido, nos termos recomendados por Alexy (2006), a técnica de solução da colisão entre princípios não determina a escolha direta entre um dos princípios, mas perpassa pelo estabelecimento de critérios de precedência e, através da lei de colisão, especifica uma regra a ser aplicada no caso concreto.

Da forma equivocada com que a tese alexyana se propaga no Brasil, contribui para a permanência da concepção do julgador como sujeito solipsista que busca o seu convencimento e discricionariamente se utiliza dos princípios como argumentos aleatórios para a tomada de decisões. Streck (2010c) acentua que o comportamento dos juristas brasileiros se deve ao fato de estarem ainda submersos no equivocado paradigma da filosofia da consciência, o que justificando a adoção de princípios de forma aleatória, a partir do seu consentimento interior, ou até mesmo fazendo surgir os mais diversos princípios, o que pode ser identificado como *pamprincipiologismo* brasileiro⁸.

3.2 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

De acordo com a técnica utilizada por Alexy (2006), quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, para se chegar a uma decisão, é necessário o sopesamento nos termos da lei da colisão. Estabelece-se uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. O estabelecimento de relações de precedências condicionadas consistiria na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Cria-se, dessa forma, a chamada lei da colisão, que põe fim ao conflito e define o princípio que deverá prevalecer, solucionando o caso concreto.

A natureza principiológica das normas de direitos fundamentais demanda a máxima da proporcionalidade com suas três máximas parciais - a da adequação, a da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e a da proporcionalidade em

⁸ Termo criado por Streck (2010) para determinar um processo de proliferação de princípios utilizados, em grande parte, como álibis para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional, o que será oportunamente analisado em tópico próprio.

sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito). Na aplicação da técnica descrita, existe a consideração da máxima da proporcionalidade, nos três aspectos apontados. No entanto, como será analisada, a forma como o Supremo utiliza a tese alexyana demonstra a não utilização adequada da técnica: em verdade, não há solução de colisão entre direitos fundamentais nos casos analisados, posto que não há concretamente colisão entre princípios veiculados em direitos fundamentais. Portanto, conclui-se que Robert Alexy é um teórico hodiernamente citado tanto pela doutrina - como visto anteriormente, como pela jurisprudência brasileira - fazendo-se pertinente a análise desses julgados para se verificar efetivamente de que forma a incorporação é produzida. Para analisar a forma como o STF adotou as teorias alexyanas, produziu-se uma pesquisa jurisprudencial que se dividiu em duas partes: uma quantitativa, e outra qualitativa.

A pesquisa quantitativa pretende analisar dados gerados através do instrumento de busca do sítio eletrônico do próprio site do STF, pela sequência de links: Jurisprudência>Pesquisa>Pesquisa de Jurisprudência. Buscou-se investigar se é possível afirmar que o STF adota as teses alexyanas e se o estudioso alemão é citado pelos ministros, ao proferirem seus votos. Digitaram-se diversos termos de busca, como: Robert Alexy, ponderação entre princípios, dentre outras palavras-chave. A pesquisa qualitativa envolve a análise de casos julgados pelo STF nos quais foram mencionadas as teorias alexyanas como instrumento de solução de conflitos, com a finalidade de se chegar a uma decisão judicial para determinado caso concreto. Os casos foram selecionados em razão de sua representatividade para a hipótese defendida na presente dissertação.

3.2.1 Pesquisa Quantitativa

Com a consulta ao termo de busca *Robert Alexy*, geraram-se os seguintes resultados: *Acórdãos: 40 documentos encontrados; Repercussão geral: Nenhum documento encontrado*. Utilizando-se o vocábulo *Ponderação* na pesquisa, localizaram-se: *Acórdãos: 249 documentos encontrados; Repercussão geral: Um documento encontrado*. Com *Técnica da Ponderação*, surgiram: *Acórdãos: 25 documentos encontrados; Repercussão geral: Nenhum documento encontrado*. Pesquisando-se *Ponderação entre Princípios*, visualizaram-se: *Acórdãos: 23 documentos encontrados; Repercussão geral: Nenhum documento encontrado*. Através do termo de busca *Colisão*

de *Direitos Fundamentais*, foi possível observar o seguinte retorno: *Acórdãos: 21 documentos encontrados; Repercussão geral: Nenhum documento encontrado*. Por fim, com o termo *Colisão entre Princípios*, incidiram: *Acórdãos: 10 documentos encontrados; Repercussão geral: Nenhum documento encontrado*.⁹⁻¹⁰

Concluiu-se que os termos relacionados com as teorias alexyanas são constantemente mencionados na jurisprudência do STF, o que comprova que a tese da ponderação como técnica para solução no caso de colisão entre direitos fundamentais que veiculem princípios antagônicos está presente no Direito brasileiro atual, através da análise da doutrina pátria e da pesquisa quantitativa de jurisprudência considerada. Cumpre investigar se, tal qual se conferiu por meio da análise doutrinária, as teorias alexyanas são utilizadas de forma simplificada e equivocada também pelos Ministros do STF, ao proferirem seus votos.

3.2.2 Pesquisa Qualitativa: Análise de Julgados

Foram selecionados cinco casos que serviram aos objetivos traçados no que tange à verificação da inadequação da utilização das teses alexyanas pelo Direito brasileiro. O primeiro deles, o Caso Elwanger¹¹, trata do *Habeas Corpus 82.424-2* impetrado no STF em setembro de 2003 (BRASIL, 2003); o segundo abrange a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal* (BRASIL, 2012)¹², em

⁹ A pesquisa fora realizada no dia oito de janeiro de 2014, às dez horas, no site do STF.

¹⁰ O Superior Tribunal de Justiça (STJ), importante órgão do Poder Judiciário pátrio, tem por missão processar e julgar as matérias de sua competência originária e recursal, assegurando a uniformidade na interpretação das normas infraconstitucionais e oferecendo ao jurisdicionado uma prestação acessível, rápida e efetiva. Para que fosse possível a análise mais detida dos julgados do STF, em razão da repercussão alcançada, e por opção didática, não foi objeto de análise qualitativa a jurisprudência do STJ. Entretanto, para fins de informação complementar, realizou-se a pesquisa quantitativa com o fito de verificar elementos da tese alexyana na jurisprudência deste tribunal. Em pesquisa realizada em dezanove de agosto de 2014, através do instrumento de busca do sítio eletrônico do próprio STJ, pela sequência de links: Consulta>Jurisprudência, constatou-se os seguintes resultados: Utilizando os seguintes termos de busca: Robert Alexy: acórdãos 11 documentos; ponderação entre princípios: acórdãos 40 documentos; Colisão entre princípios: acórdãos 8 documentos; sopesamento: acórdãos 74 documentos; diferença entre regras e princípios: acórdãos 9 documentos; colisão entre direitos fundamentais: acórdãos 6 documentos; Tais resultados reforçam a tese da incorporação dos teorias alexyanas da ponderação entre princípios também no Superior Tribunal de Justiça.

¹¹ Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Decisão: 17 set. 2003. (BRASIL, 2003, p. 1).

¹² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. Feto anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos fundamentais. Crime. Inexistência. Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde- CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio. Decisão: 12 abr. 2012. (BRASIL, 2012).

que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) pretendia a declaração da inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (BRASIL, 1940). E ainda, os seguintes casos: do exame de DNA forçado, da atriz e cantora Glória Trevi, e do caso da Farra do Boi.

3.2.2.1 Caso *Ellwanger*

O primeiro caso a ser analisado se trata do *Habeas Corpus* 82.424-2, impetrado em dezembro de 2002 (BRASIL, 2003), no STF, tendo por paciente Siegfried Ellwanger Castan, Ellwanger, processado em 1991, em primeira instância, pela 8ª Vara Criminal de Porto Alegre, pelo crime de racismo (art. 5º, XLII da CF (BRASIL, 1988) e art. 20, da Lei nº 7.716/89 (BRASIL, 1989), na redação dada pela Lei nº 8.081/90 (BRASIL, 1990)) pelo fato de escrever, editar e publicar livros com conteúdo antissemita. Tendo sido absolvido das acusações na primeira instância, da decisão houve recurso ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que modificou a decisão, condenando-o ao cumprimento de dois anos de reclusão.

A defesa impetrou *Habeas Corpus* no STJ contra a decisão do acórdão na tentativa de desconstituir a imprescritibilidade do ato pelo qual Ellwanger havia sido condenado. Denegado o remédio constitucional pelo STJ, a defesa recorreu ao STF. A discussão se permeou pela suposta colisão de dois direitos fundamentais - a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão - o que se resolveria através da utilização da ponderação como técnica (como se pode ver no Anexo A).

Importa observar, entretanto, que tanto os votos vencedores quanto os votos vencidos utilizaram o discurso da ponderação como instrumento através do qual seria possível se chegar à solução do caso concreto, demonstrando que a técnica pode ser utilizada de forma aleatória por ambos os lados, mesmo opostos. Isto posto, a fragilidade verificada através da utilização da técnica da ponderação demonstra a necessidade de aprofundamento e de incorporação de uma teoria da decisão que afaste a discricionariedade judicial. No caso em tela, a ponderação serviu como mecanismo de solução para o problema da colisão entre dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão e entendeu que se trata de dois *valores* constitucionais que mereciam proteção, e que o intérprete - no caso, o STF - deveria assumir o papel de confrontador dos valores em choque, pois “[...] cabe ao intérprete

harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição [...]”. (BRASIL, 2003, p. 584).

Revela ainda que

ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros *‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’* contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam *raça inferior, nefasta e infecta*, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos,

de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências (sic) históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o '*direito à incitação ao racismo*', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. '*Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento*'. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (BRASIL, 2003, p. 1-3, grifo do autor).

Em verdade, o problema posto para solução não representava algo complexo. Não há como falar em colisão entre valores, posto que nunca houve o confronto direto entre a punição ao crime cometido e o respeito à liberdade de expressão. O fato criminoso cometido pelo autor, ao publicar livro com conteúdo racista, deve ser punido pelo simples fato de ter ferido lei penal. A aplicação da lei penal não viola nenhum direito fundamental.

Ao avaliar a questão, Oliveira (2007, p. 118) indaga:

[...] como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito?

A conduta questionada no *Habeas Corpus* analisado não pode ser lícita e ilícita ao mesmo tempo, nem é possível a ponderação de algo lícito com algo ilícito. Preocupa verificar que tanto os votos vencedores, quanto os vencidos aplicam a mesma *técnica* da ponderação, o que evidencia sua fragilidade. Pela forma como foi usada pelos ministros do STF, a técnica justificou entendimentos completamente antagônicos. Por exemplo: os votos dos Ministros Marco Aurélio, pela concessão, e Celso de Mello, pela denegação do *Habeas Corpus*.

O Ministro Marco Aurélio, ao analisar o caso em epígrafe, acredita que está “[...] diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática da ponderação dos valores, o que, por óbvio, força este Tribunal, guardião da Constituição, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte”. (BRASIL, 2003, p. 869-870). Enfatiza que se trata da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu, devendo aquela corte constitucional definir os limites da ponderação para limitar a liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se deve prevalecer tal liberdade.

Com fulcro nas supostas lições do Robert Alexy, defendeu que as colisões entre direitos fundamentais podem ser superadas apenas através da restrição de um - ou de ambos - os *lados* da balança e que o conflito entre princípios “[...] encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da ‘ponderação’, que possibilita um meio termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos”. (BRASIL, 2003, p. 885).

Dessa forma, conclui que uma *atitude de ponderação dos valores em jogo* é um instrumento de resolução do conflito de direitos fundamentais, válido e amplamente utilizado pelas cortes constitucionais no mundo. Vota o Ministro pela concessão do *Habeas Corpus*, pois acredita que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não foi o meio mais adequado, necessário e razoável. Por outro lado, o ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto pela denegação do *Habeas Corpus* entende que a colisão de princípios constitucionais deve ser realizada através de:

[...] critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, ‘*hic et nunc*’, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais [...]. (BRASIL, 2003, p. 631).

Ou seja, mesmo em se tratando de posicionamento diverso, em voto que defende a denegação do *Habeas Corpus*, o discurso da ponderação continua presente, demonstrando se tratar apenas de um “[...] enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos”. (STRECK, 2011d, p. 50). No caso posto em exame, mesmo com decisão adequada, o STF demonstrou como a postura adotada pelos seus ministros põe em risco as garantias presentes nos direitos fundamentais, uma vez que além de resumir os ao simples e perigoso cálculo de custo/benefício, transforma aquele tribunal em um poder legislativo de *segundo grau* que controla, fora da sua função jurisdicional,

[...] as escolhas políticas legislativas e executivas, assim como as concepções de vida digna dos cidadãos, à luz do que seus onze Ministros considerem ser o melhor - e não o constitucionalmente adequado - para a sociedade brasileira. (OLIVEIRA, 2007, p. 120).

Constata-se que a importação e a mixagem da teoria da argumentação e da Jurisprudência dos Valores pelo STF representam um perigo para a efetivação dos direitos fundamentais. Tal compreensão pressupõe ser possível a aplicação gradual de normas por confundir princípios com valores (TASSINARI, 2014) e essa utilização do *relativismo ponderativo*, além de obscurecer a importância da tradição como guia da interpretação, viabiliza a discricionariedade. (STRECK, 2011c).

3.2.2.2 Caso dos Anencéfalos

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal (BRASIL, 2012) teve por requerente a CNTS, que diante da polêmica advinda do ajuizamento de ação na qual se pretendia autorização para realização de procedimento cirúrgico para interrupção de gravidez em razão de anencefalia fetal¹³, resolveu interpor medida antecipatória que resguardasse os direitos dos profissionais de saúde que acaso realizassem tal procedimento (como se pode ver no Anexo B).

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (BRASIL, 1940), pretendeu-se, também, o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Nas palavras do relator, Ministro Marco Aurélio, “A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal”. (BRASIL, 2012, p. 32).

Dessa forma, não seriam mais processados e condenados os profissionais de saúde e as gestantes que efetivarem procedimento cirúrgico com a finalidade de interromper a gravidez quando confirmado diagnóstico de anencefalia.

No seu voto o relator ministro Marco Aurélio deixa claro que, neste caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à

¹³ Sobre a mesma matéria, anteriormente, já havia sido impetrado no Supremo Tribunal Federal o *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, que, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa, teve desfecho inconclusivo, pois antes que o julgamento nesta Corte pudesse ocorrer, ocorreu o término da gravidez com o nascimento da criança, vindo o feto anencéfalo a falecer minutos após o parto. A requerente buscou a concessão de medida acauteladora, dizendo sobre o concurso do sinal do bom direito e do risco de se manter o quadro, sujeitando-se a mãe e todos aqueles que participem da antecipação terapêutica do parto a processo-crime, aspecto a evidenciar o risco. (BRASIL, 2012).

autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República. (BRASIL, 2012, p. 69).

Muito embora o ministro não acredite haver conflito entre direitos fundamentais no caso julgado, como ele afirma em seu voto, afirma que caso existisse essa colisão, seria possível utilizar a ponderação para definir como direito prevalente o direitos à dignidade da pessoa humana ou à liberdade no campo sexual da mulher, mais uma vez deixa claro que, em sua visão, a ponderação seria a possibilidade de se escolher entre dois princípios quando forem estes *conflitantes* em um determinado caso concreto.

O ministro Cezar Peluso, ao proferir seu voto, pela procedência da ação de descumprimento de preceito fundamental ora analisada. Estabelece que a questão posta para julgamento deva ser analisada sobre três vieses:

Essas considerações iniciais são importantes para o direcionamento das posições que fundamentam o meu voto. Para a clareza da exposição, é possível enfrentar o tema por três enfoques: (i) atipicidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia, quanto ao crime de aborto; (ii) vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude; e (iii) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico. A sopesar, ainda, à luz da causa de pedir aberta própria dos processos objetivos, o fundamento adicional trazido da tribuna, qual seja, o de que a criminalização da interrupção da gestação de feto anencéfalo, ou de feto sem viabilidade de vida extrauterina, implica violação de direito fundamental da mulher no tocante aos chamados direitos reprodutivos. (BRASIL, 2012, p. 94).

Pelo exposto, no terceiro enfoque apresentado, o ministro Cezar Peluso, indica que é adepto da ponderação de valores, e que o caso em julgamento é um exemplo concreto onde valores convergentes entram em rota de colisão, quais sejam liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico.

No decorrer do seu voto, faz uma extensa abordagem da questão sob o ponto de vista da teoria alexyana, pois acredita ser necessário encontrar um critério racional de argumentação para que o convencimento leve à aplicação de um princípio e ao afastamento do outro no caso em análise, pois, de acordo com suas palavras, “[...] a busca é de um critério *argumentativo*, e não de peso de valores, pois, como já foi mais que repetido, um valor não pesa mais que outro em ordenamentos jurídicos democráticos”. Caso contrário, ainda na visão do ministro, a

escolha não passaria de uma preferência pessoal do responsável pela solução do caso concreto. (BRASIL, 2012, p. 127, grifo do autor). Caso contrário, ainda na visão do Ministro, a escolha não passaria de uma preferência pessoal do responsável pela solução do caso concreto. Para tanto, aplicou uma verdadeira fórmula matemática (BRASIL, 2012, p. 131):

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Para melhor entender a aplicação da equação, pode-se afirmar que

Em linguagem natural, $W_{i,j}$ é o quociente da relação do primeiro princípio (P_i) com o segundo (P_j). I_i é o grau de interferência do primeiro princípio no segundo quando realizado partir de um meio (M) qualquer. W_i e W_j são os pesos (no sentido de importância atribuída) abstratos de cada princípio. I_j é o grau de interferência que a proibição, para fins de proteção do segundo princípio, do meio utilizado para a realização do primeiro princípio causa neste. E R_i e R_j se referem à confiança das pressuposições empíricas concernentes a como a utilização do meio escolhido para a realização da ação propicia ou não a efetivação do primeiro princípio em detrimento da proteção ou não do segundo. A argumentação deve levar a um quociente (e a referência matemática é apenas exemplificativa, pois não há como estabelecer esses valores, o que quer dizer que equivalem ao grau de importância estabelecido para o caso concreto no processo argumentativo) maior ou menor que um. Se maior que um, é proporcional a realização do primeiro princípio. Se menor que um, é proporcional a intervenção para a defesa do segundo. Ainda é importante elucidar que, em diversos casos, W e R são iguais para os dois princípios, de modo que podem ser reduzidos, ficando o resultado da proporcionalidade dependente apenas de I_i e I_j . (BRASIL, 2012, p. 131).

Analisando cada um dos elementos a fim de concluir que

[...] ao enfoque da teoria da proporcionalidade, o quociente da divisão das razões em favor da liberdade da mulher em cotejo com a proteção do feto anencefálico por meio da omissão do Estado e da declaração de inconstitucionalidade da leitura que inclui a interrupção, ou a antecipação terapêutica do parto, em caso de comprovada anencefalia, presentes as certezas empíricas sobre a afetação da esfera de atuação de cada um dos princípios em jogo, é maior que um. (BRASIL, 2012, p. 135).

Finalmente, o voto do Ministro do STF se permeia por elementos caracterizadores das teses alexyanas e a utilização de elementos matemáticos como mecanismo de racionalização da decisão dificulta sobremaneira a compreensão acerca dos argumentos apresentados e, ao fim, não tem relevância prática.

3.2.2.3 Caso do Exame de Sangue Forçado em Investigação de Paternidade

Outro caso bastante debatido que se fez presente na jurisprudência do STF foi o do *Habeas Corpus* nº 71.373-4¹⁴, oriundo do Rio Grande do Sul. (BRASIL, 1994). Nele, como nos outros julgados até aqui analisados, também foram veiculados elementos discursivos da teoria da ponderação entre princípios, nos termos empreendidos por Robert Alexy - melhor dizendo, utilizou-se a teoria como instrumento teórico para se escolher no caso concreto entre o direito do suposto pai *versus* o direito da criança (como se pode ver no Anexo C).

Acerca disso, como sustenta o relator Francisco Rezek,

O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança a seu real (e não apenas presumida) identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física. (BRASIL, 1994, p. 409).

A declaração viabiliza perceber a balança da ponderação sendo montada. A alegada colisão entre direitos fundamentais diz respeito à ação declaratória de rito ordinário em que uma criança investigava a paternidade de seu suposto pai. O Juízo da Segunda Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre determinou a realização de exame de DNA, com o objetivo de resolver a controvérsia. Contudo, o suposto pai se negou à colheita de sangue, sendo determinada, por essa razão, a execução forçada da ordem judicial - decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Após a decisão, em razão do suposto pai estar na iminência de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por decisão do Tribunal de

¹⁴ INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU 'DEBAIXO DE VARA'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (BRASIL, 1994, p. 397).

Justiça rio-grandense, foi impetrado um *Habeas Corpus* ao STF, onde a questão foi analisada. Pela maioria de seis votos contra quatro, o Plenário do STF concedeu o *Habeas Corpus* após tormentosos debates. A corrente não prevalente sustentou que o direito ao conhecimento da real paternidade da criança deveria se sobrepôr ao da integridade física do pai.

Para o então Ministro Ilmar Galvão, o sacrifício imposto ao suposto pai é ínfimo frente ao direito de a criança conhecer a sua verdadeira origem genética: “No confronto de dois valores, Senhor Presidente, não tenho dúvida, em posicionar-me em favor do filho, razão pela qual, meu voto é no sentido de indeferir o **habeas corpus**” (BRASIL, 1994, p. 416, grifo do autor), relatando em seu discurso os elementos atrelados às teses valorativas.

Estes Ministros entenderam que não pareceu ser a decisão mais acertada conceder *Habeas Corpus* para o pai não realizar o exame de forma forçada, alegando que o direito do filho em conhecer sua verdadeira paternidade deveria prevalecer sobre o direito à integridade física, que seria ferida minimamente ao se realizar o exame de sangue. Logo, o direito à identidade genética seria a própria extensão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º, inciso III da Constituição da República. (BRASIL, 1988).

A corrente vitoriosa liderada pelo voto do Ministro Marco Aurélio entendeu, porém, que o direito à intangibilidade do corpo humano não deveria ceder na espécie, para possibilitar a feitura de prova em juízo. Calha observar que nunca sequer esteve em debate - sendo assim desnecessária a efetivação da técnica da ponderação - qualquer conflito entre o direito da criança em conhecer a identidade paterna contra a intangibilidade do corpo humano; em verdade, o que se questionava judicialmente era a necessidade de forçar um ser humano a dispor da integridade do seu corpo para que se pudesse fazer prova em um processo judicial. O que se ponderou¹⁵ não foi o direito do filho em conhecer a paternidade, e sim a obtenção de uma prova judicial de maneira forçada ao direito de o pai manter a sua integridade física, posto que seria possível a obtenção de prova judicial de diversas outras maneiras. Mais uma vez, a técnica da ponderação serviu como simples álibi teórico e como pano de fundo para se escolher um dos lados da balança: não houve efetivamente a utilização da técnica mencionada.

¹⁵ Se é que houve a utilização da técnica estudada.

3.2.2.4 Caso Glória Trevi

O caso analisado neste ponto tomou enormes proporções pela divulgação na mídia nacional e internacional à época, ao envolver o alegado *estupro carcerário* que teria sofrido a cantora mexicana Gloria Trevi nas dependências da Superintendência da Polícia Federal em Brasília, no ano de 2002, quando esteve presa. A cantora era investigada em seu país por envolvimento em rumoroso escândalo sexual que envolvia o abuso de crianças e de adolescentes e, em razão disso, fugiu para o Brasil, sendo presa em seguida (como se pode ver no Anexo D).

Para surpresa geral, a cantora apareceu grávida quando sob a custódia da Polícia Federal brasileira. Segundo a versão da suposta vítima, a gravidez foi decorrente de um estupro praticado por policiais federais responsáveis por sua guarda - os quais negaram enfaticamente sua participação no crime. O caso em tela colocou em risco a reputação das instituições brasileiras, considerando a possibilidade de agentes da Polícia Federal terem cometido tão absurdo atentado que se configura como crime hediondo: o estupro. A vítima, na ocasião, não representou os supostos autores criminalmente, não podendo o Estado promover ação penal contra eventuais agressores da extraditada. Ainda assim, os propensos criminosos poderiam vir a sofrer sanções administrativas.

Com o intento de esclarecer a questão, os policiais federais requisitaram ao Poder Judiciário brasileiro autorização para a coleta de material genético da placenta da cantora mexicana, no momento do parto, para a realização de exame de DNA com a finalidade de instruir o inquérito policial aberto para apurar das acusações de estupro feitas pela extraditada. A autorização foi deferida pela Justiça Federal brasileira, entretanto, a cantora ingressou com reclamação frente ao STF na qual manifestava sua contrariedade absoluta à coleta do material e à realização de qualquer exame, em Reclamação identificada como nº 2040-1, interposta em fevereiro de 2002. (BRASIL, 2002).

Revela ainda que

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditada. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação

do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como 'moralidade administrativa', 'persecução penal pública' e 'segurança pública' que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do 'prontuário médico' da reclamante. (BRASIL, 2002, p. 129-130).

Como dito, a extraditanda era definitivamente contrária à coleta de qualquer material a ser recolhido em seu parto. O Supremo foi, em parte, favorável à cantora por entender que a autorização só poderia ser concedida por aquele Tribunal em razão de a extraditanda estar sob custódia, aguardando o trâmite do seu processo de extradição. Apesar de haver acolhido a reclamação por usurpação de competência, no mérito, o Supremo deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da cantora mexicana.

Para tomar tal decisão, de acordo com análise dos votos dos ministros do Supremo, adotou-se a técnica da *ponderação dos valores constitucionais alexyana*, em razão de os ministros acreditarem estar diante de um caso de colisão entre direitos fundamentais: o direito à intimidade de preservar a identidade do pai de seu filho *versus* o direito à honra e à imagem dos Policiais Federais acusados de estupro da presa em questão.

Em seu favor a extraditanda argumentou que a Corte Brasileira considerou a realização do exame de material genético como lesão à intimidade e à intangibilidade corporal, além de representar grave afronta à dignidade da pessoa humana. Por exemplo, precedentes jurisprudenciais do STF - como o *Habeas Corpus* nº 76.060-4 (BRASIL, 1998b) e o *Habeas Corpus* nº 71.373-4 (BRASIL, 1994) - consagram que em casos de exame de DNA contra a vontade da pessoa, deve prevalecer o direito à intimidade. Mais uma vez, o Ministro Aurélio Melo contemplou argumentos contrários à utilização de material genético humano de forma oposta ao desejo do dono deste material e, em suas palavras,

A suspeita de estupro, de constrangimento na relação sexual, que recai sobre policiais, não é de molde a autorizar, a meu ver, a colocação em segundo essas garantias constitucionais. Por isso, peço vênias aos colegas para, no caso, entender que se deve cassar o ato autorizador da feitura de exame de DNA na placenta [...]. (BRASIL, 2002, p. 108).

Considera que a apreensão de material à revelia resume extrema invasão na intimidade e na vida privada - direitos protegidos pela CF, em seu artigo 5º, incisos X e XLIX. (BRASIL, 1988).

Em relação aos argumentos contrários à pretensão da autora da reclamação de não realizar o exame de DNA, pode-se mencionar as palavras do ministro Neri da Silveira em seu voto,

Desse modo, sopesando o direito à intimidade de Glória De Los Angeles Treviño Ruiz, que caprichosamente, recusa-se a identificar o pai do menor, com os bens jurídicos constitucionais em conflito, deverão prevalecer estes bens em detrimento daquele direito, que não é absoluto, pois numa hierarquia axiológica móvel, nas circunstâncias do caso concreto, a tutela do interesse da comunidade em restringir o âmbito de proteção do seu direito à intimidade não importará em qualquer sacrifício à inviolabilidade corporal da genitora ou do menor. (BRASIL, 2002, p. 198).

Ademais, para os Ministros que participaram do citado julgamento, foram de extrema relevância os seguintes aspectos:

- a) o fato de que o exame de DNA seria o único meio de esclarecer as circunstâncias da gravidez e com isso apurar as responsabilidades administrativas e penais;

- b) o fato de os policiais federais que se encontravam trabalhando e na custódia comprometerem-se espontaneamente a fornecer material genético;
- c) a imagem prejudicada das instituições brasileiras;
- d) a defesa da honra e da dignidade dos homens (policias e detentos) envolvidos;
- e) o direito da criança acerca de sua paternidade. (BRASIL, 2002).

A Reclamação foi conhecida, mas houve autorização para a realização do exame de DNA, que concluiu pela negativa da paternidade pelos policiais federais que custodiavam a extraditanda e pela paternidade do namorado da cantora, Sergio Andrade, permanecendo indefinida a forma como se deu concepção.

A relevância do caso para o estudo atual se refere à utilização por ambos os grupos de Ministros - contrários ou favoráveis à realização do exame em material genético sem a autorização - da técnica da ponderação entre princípios, ou entre direitos fundamentais, ou entre valores constitucionais, como quer que seja chamada, demonstrando sua versatilidade e sua utilização camaleônica em uma mesma discussão, em um mesmo julgamento.

O fato denota que os utilizadores da teoria seguem caminho inverso ao do próprio Alexy, tendo em vista que, na maioria dos casos, elegem dois princípios, ou direitos, e os colocam em linha direta de confronto, para então escolher qual deve prevalecer em determinado caso concreto. Dessa feita, conforme já se apurou, não há para Alexy a ponderação direta entre dois princípios, e sim o estabelecimento de uma lei de colisão, a partir da relação de precedência condicionada.

3.2.2.5 O Caso da Farra do Boi

A manifestação cultural popular conhecida por Farra do Boi é tradicionalmente praticada no Estado de Santa Catarina. Acredita-se que sintetiza herança dos colonizadores portugueses e consiste na perseguição e na agressão, por homens, por mulheres, por crianças e por idosos a um boi, e que, armados com paus e com pedras, atingem o animal até o seu esgotamento físico. Entretanto, é forte a polêmica em torno da prática, já que os defensores dos direitos dos animais

compreendem que, ao invés de diversão, a agressão ao boi representa verdadeira crueldade (como se pode ver no Anexo E).

Em 1997, o Ministério Público catarinense ingressou com a Ação Civil Pública nº 023.89.030082-0, que chegou ao STF através do Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC (BRASIL, 1997),¹⁶ RT 753/101 e que, após intensos debates, decidiu-se pela proibição da manifestação popular.

Os Ministros do STF, à época, trouxeram à tona mais uma vez as teorias alexyanas acerca da solução de colisão entre direitos fundamentais, o que deverá ser solucionado por meio da técnica da ponderação, alegando que se tratava de um caso em que o direito fundamental à liberdade de expressão se chocava com o princípio da proteção aos animais.

O Ministro Marco Aurélio considerou que

Se de um lado a Constituição Federal revela compeli-lo ao Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais [...] de outro lado, no capítulo VI, sob o título 'Do meio ambiente', inciso VII do art. 225, temos uma proibição, um dever atribuído ao Estado, VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. [...] a manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. (BRASIL, 1997, p. 27).

Já o Ministro Maurício Correia - advogando a tese oposta de que deve prevalecer a manifestação livre da cultura popular, mas apoiado na mesma técnica para solucionar o suposto conflito - postulou que a manifestação popular da Farra do Boi ora analisada,

[...] é uma tradição cultura regionalizada, e, como tal, deve ser garantida e assegurada pelo Estado (art. 215 e §1º da CF), pois é patrimônio cultural de natureza imaterial do povo e expressa a memória de grupos - os açorianos - formadores da sociedade brasileira (art. 216, CF). (BRASIL, 1997, p. 17).

¹⁶ COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado 'farra do boi'. (BRASIL, 1997, p. 388).

Apesar dos alegados argumentos ponderativos utilizados, o que se viu foi a solução pela interpretação constitucional e pela subsunção legal. A solução para o pretenso caso de conflito de direitos fundamentais já se encontrava resolvida na própria CF de 1988, em seu art. 225, §1º, inciso VII, que veda a prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Posto que a prática da ferra do boi em nenhum momento representou uma manifestação cultural legítima, era um mecanismo de exercício de abuso aos direitos dos animais na qual havia muitos interesses políticos e econômicos envolvidos.

Atualmente, a Lei Federal nº 9.605 (ou Lei de Crimes Ambientais), instituída em fevereiro de 1998, criminaliza condutas que maltratem animais, tal como descreve o cap. V, art. 32: “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”. (BRASIL, 1998a). A aprovação de tal norma visa conseguir o fim de diversas práticas de crueldade contra os animais as quais, muitas vezes, se travestem de cultura popular para permanecerem vigentes.

4 DA CARÊNCIA DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: APORTES SOBRE A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL DE LENIO LUIZ STRECK

Nesta dissertação, Streck (2011c) leciona que o Direito Constitucional foi tomado por princípios da argumentação jurídica, como é o caso das teorias alexyanas da ponderação entre princípios em caso de colisão, sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção estrutural *regra-princípio* e à ponderação. Portanto, são desenvolvidas/seguidas diversas teses/teorias por vezes incompatíveis entre si. Em grande parte, “[...] os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso”. (STRECK, 2011d, p. 49-50). Os seus seguidores abrigam a ideia acerca da ponderação e não percebem a ênfase dada à discricionariedade judicial a partir da lógica, ou ignoram simplesmente seu potencial lesivo.

Muito embora seja evidente a disseminação das teorias alexyanas ao redor do mundo, são identificadas diversas críticas a Robert Alexy na doutrina nacional e internacional, dentre as quais, o argumento acerca de uma verdadeira inconsistência metodológica na ponderação de bens ou de valores, traduzindo-se em um simples procedimento formal que não oferece ao intérprete as pautas materiais para a solução dos casos concretos. Em verdade, segundo essa vertente crítica, a técnica da ponderação entre princípios não é capaz de impor critérios racionais e objetivos para que seja possível chegar à determinada decisão, o que acaba por conferir ao juiz exagerada margem de discricionariedade na eleição dos princípios que devem prevalecer no caso concreto. Muller (1996) partilha dessa compreensão com Streck (2011c).

Uma crítica bastante pertinente que se desenvolve principalmente entre os integrantes do grupo interpretativista nos Estados Unidos dá conta de uma exagerada conferência de poder ao Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, o que gera déficit de legitimidade democrática no processo decisório, uma vez que os membros do Poder Judiciários não são eleitos pelo voto popular. De acordo com dito entendimento, a técnica da ponderação transferiria para o juiz o poder de realizar opções políticas relativas a valores e a interesses prestigiados nos conflitos entre princípios constitucionais, como atribuição essencialmente do Poder

Legislativo. Considera-se pertinente ainda o argumento de que ocorre um real esvaziamento dos direitos fundamentais com a utilização da técnica da ponderação, ao tornar os direitos fundamentais relativos e subordinados a uma espécie de *reserva de ponderação*, segundo se alinham diversos juristas, como Peter Lerche e Richard Thoma.

Algumas críticas podem ser embasadas na própria teoria do teórico, pois quando aduz que as possibilidades jurídicas referentes a um princípio podem ser definidas pelas regras e pelos princípios em oposição, acabam admitindo que possa haver colisão entre as duas espécies normativas; como consequência, as regras também poderiam ser ponderadas, o que é considerado inadmissível por muitos, como Streck (2013).

O principal problema constatado em teses como a alexyana, conforme a análise prévia confeccionada neste estudo, indubitavelmente reside na forte tendência a apoiar e a intensificar a discricionariedade judicial, pois, no atual patamar constitucional que se desfruta, não basta se ter um direito democraticamente produzido de forma indispensável; deve ser ele democraticamente aplicado e interpretado e a discricionariedade judicial - ou seja, a ausência de critérios rígidos à atuação do julgador e à falta de responsabilização - fazem com que a discricionariedade seja um equivalente da arbitrariedade.

Nessa perspectiva, *democratizar* a atividade jurisdicional exige, dentre outros fatores, o controle da atividade jurisdicional, o que, para tanto, requer a existência de uma teoria da decisão judicial que afaste a discricionariedade judicial. No Brasil, ganha força uma vertente crítica desenvolvida por Lenio Luiz Streck, a partir dos estudos do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos, em que se desenvolve a Teoria da Decisão Judicial de forma a criticar a atuação discricionária dos julgadores, pondo em xeque a possibilidade de utilização de teorias valorativas e ponderativas - tal qual a alexyana.

Os aspectos críticos especificamente relativos aos equívocos detectados por Streck à ponderação alexyana e aos demais elementos concernentes às suas teorias, foram abordadas durante todo o texto; cumpre, neste momento, conhecer as bases fundantes do pensamento de Lenio Luiz Streck, ao desenvolver sua Teoria da Decisão Judicial.

4.1 Aspectos Críticos Introdutórios

Lenio Streck acredita que se enfrenta hoje um grave problema que envolve a indeterminabilidade do Direito impulsionada pela crise de efetividade da Constituição. Ademais, ocorre um profundo conflito de paradigmas que atravessa o Direito, provocado principalmente por uma espécie de mixagem teórica de vários modelos jusfilosóficos com as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, arraigada ao esquema sujeito-objeto, apelando para a necessidade de se construir condições para o controle democrático da aplicação judicial da lei. (STRECK, 2011c).

Diante das premissas que se contemplam, pode-se dizer que objetivo da teoria de Streck é desvendar como se interpreta e como se aplica e se é viável alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), considerando-se o paradigma de crise do Direito brasileiro.

A contrariedade à discricionariedade presente em teses como a alexyana concebe um dos objetivos do trabalho de Streck. Por conseguinte,

Lenio Streck desenvolve sua visão crítica do Direito pautado em três fortes pilares, quais sejam: a) a concepção do senso comum teórico, influenciado pelo pensamento de Luís Alberto Warat, como uma denúncia da atuação dos juristas brasileiros em um ambiente limitado pelo senso comum dogmaticamente enraizado; b) por contato com o filósofo Ernildo Stein, Lenio aporta sua teoria sob os entendimentos da filosofia hermenêutica (de Martin Heidegger) e da Hermenêutica filosófica (de Hans-Georg Gadamer), demonstrando a importante relação entre Direito e Filosofia; c) a construção da Teoria da Decisão Judicial, trazendo a baila uma interconexão com Ronald Dworkin, ao propor à tese do direito fundamental a resposta constitucionalmente adequada. (TASSINARI, 2013, p.109).

Isto posto, ensina Tassinari (2013, p. 109) que “[...] a teoria da decisão judicial é estruturada a partir do dever de fundamentar as decisões, que, por sua vez, apresenta-se como uma exigência dos pressupostos democráticos do constitucionalismo”. E, para tentar transportar a atuação judicante para um *locus* diverso do próprio da discricionariedade, Lenio Streck desenvolve a Teoria da Decisão Judicial pautada em quatro elementos centrais. (TASSINARI, 2013).

O primeiro deles pode ser compreendido como a alteração da concepção do ato interpretativo que, para Streck (2011c), deve se desenvolver através de um viés

filosófico e racional. Adota para isso o método hermenêutico-fenomenológico pensado por Martin Heidegger. Aliada à concepção, oferta elementos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, que passa a entender a interpretação não mais como técnica de extração de sentido, e sim como atribuição de sentido que se desenvolve em um contexto de intersubjetividade. Tassinari (2013, p. 110), nesse primeiro ponto, narra que “Streck faz a primeira ruptura hermenêutica com a tradição: o afastamento das posturas objetivistas (vontade da lei/ vontade do legislador)”.

De acordo com a posição de Streck (2013b), a hermenêutica filosófica não permite arbitrariedades interpretativas por parte dos juízes: “[...] a partir da hermenêutica é que se dirá que não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” (STRECK, 2005, p. 167), ou seja, todo cidadão tem o direito de obter sempre uma resposta adequada à Constituição. Assim, a análise da jurisdição constitucional está atravessada pela perspectiva hermenêutica, o que, na perspectiva constitucional, torna-se mais forte quando do exame das questões sobre constitucionalidade - ou inconstitucionalidade - e dos mecanismos de interpretação conforme e da nulidade parcial sem redução de texto, além da problemática da relação jurisdição-legislação. (STRECK, 2013b).

Outro aspecto indispensável na Teoria da Decisão de Streck (2013b) é extraído da Teoria do Direito de Ronald Dworkin: a responsabilidade política dos juízes que emerge da ideia da integridade do Direito. Sendo assim, os juízes, ao tomarem suas decisões, devem sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade. O dever de fundamentação é outro importante ponto da teoria streckiniana, como decorrência intrínseca da necessária responsabilidade política dos juízes. Para exercer a fundamentação em suas decisões, os juízes precisam ter clara a diferenciação entre escolher e decidir.

Em um ato de escolha, é possível apontar determinada solução como a mais conveniente sempre que se está diante de várias opções, e os efeitos de tal eleição não estariam vinculados a nada além do caso específico em litígio. Outrossim, a parcialidade é característica intrínseca do ato de escolha - bem como a discricionariedade - e como ficou demonstrado em linhas anteriores, a arbitrariedade. Ademais, a decisão é o ato resultante da análise do caso posto em julgamento a partir do comprometimento com o Direito construído pela comunidade

política, efetivamente produzindo respostas constitucionalmente adequadas. A partir de um comportamento destituído de discricionariedade judicial.

O quarto elemento que conduz a um esboço básico da compreensão da teoria em voga neste estudo é o desenvolvimento da atuação dos juízes com a finalidade de construção de respostas constitucionalmente adequadas. A resposta não pode ser entendida como a melhor - ou a única - mas a constitucionalmente adequada para solucionar o caso concreto posto para julgamento. Tal conduta leva ao afastamento de posturas discricionárias e fortalece o constitucionalismo democrático.

Lenio Streck desenvolve também a tese da resposta correta, preferindo chamá-la de tese da resposta adequada à Constituição, ou resposta hermeneuticamente adequada à Constituição. Trata-se de uma imbricação das teses de Gadamer e de Dworkin, que compartilham entendimentos na medida em que ambos são antirrelativistas e antidiscricionários, embora Gadamer não fale em *resposta correta* e indique várias indicações acerca da interpretação correta.

A resposta correta (adequada à Constituição) para Streck (2013b) possui um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*, considerando a importância das decisões em sede de *jurisdição constitucional* pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Pondera-se que há coerência se os mesmos princípios que tiverem sido aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos, mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.

Importa salientar que a tese da resposta correta para Streck representa uma metáfora construída a partir da tese de Dworkin (*one right answer*), que serve para evidenciar a convicção (hermenêutica) de que é possível um comportamento judicial pautado na objetividade. Isso é o que Streck denomina de *fundamentação da fundamentação*, traduzida por uma aplicação do art. 93, IX da CF (BRASIL, 1988) em que uma decisão malfundamentada é incorrigível via embargos, tratando-se de uma inconstitucionalidade evidente, tornando-a nula.

Da mesma forma que há o dever de fundamentar, de motivar, de justificar as decisões, há o direito fundamental à obtenção de respostas corretas e adequadas à Constituição. Entre esses dois aspectos - o dever e o direito - existe uma ligação estreita, que representa uma verdadeira “[...] blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais”. (STRECK, 2011d, p. 619). Quando essa ligação está

perfeita, evita-se qualquer comportamento solipsista, substituindo-o pelas condições histórico-concretas e considerando a importância da tradição, da coerência e da integridade do direito, superando-se enfim o esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica.

Afirmar que existe um direito fundamental à obtenção de uma resposta constitucionalmente adequada que surge a partir do dever de fundamentação das decisões, é conseqüentemente dizer que existe também um direito fundamental de que a Constituição seja cumprida, posto que o intérprete aplicador encontrará os fundamentos de suas decisões, estando em um Estado Democrático de Direito na Constituição. Insta ressaltar que o direito fundamental a uma resposta correta - ou constitucionalmente adequada à Constituição - não significa que devem ser elaboradas respostas definitivas, pois a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, o que provocaria um congelamento dos sentidos e seria o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica é fundamentalmente dependente da temporalidade.

Dessa forma, a pretensão por respostas definitivas (ou verdades apodícticas) não teria qualquer chance de ser garantida, porque a própria pretensão implicaria o risco de produzir a resposta incorreta. O fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir da adequada suspensão da pré-compreensão que se tem acerca do direito - enfim, dos fenômenos sociais - por si só já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição.

O direito fundamental a uma resposta correta, mais do que um assentamento de uma perspectiva democrática (portanto, de tratamento equânime, de respeito ao contraditório e à produção democrática legislativa) é um 'produto' filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto, predominantes nas suas metafísicas. (STRECK, 2011d, p. 620).

A decisão (resposta) baseada em Streck (2011d) será adequada quando for respeitada, ao máximo, a autonomia do direito produzido democraticamente, evitada a discricionariedade, abolida qualquer arbitrariedade, respeitando-se a coerência e a integridade do direito, a partir da fundamentação efetiva. Através da reunião dos quatro pontos a respeito da Teoria da Decisão Judicial de Lenio Streck, quer se identificar como a teoria do referido pensador pode ser um caminho a ser perseguido na busca pela atuação judicial democrática e constitucionalmente comprometida,

que se distancie de posturas adeptas da discricionariedade judicial, como a importada ponderação alexyana.

4.2 O Equívoco que é o *Pamprincipiologismo*: Reforço à Discricionariedade Judicial

Dentre os problemas elencados por Streck¹⁷, opta-se pela compreensão acerca dos princípios desenvolvida por parte da doutrina e da jurisprudência, para quem os princípios são utilizados com nítida pretensão retórico-corretiva, além da tautologia que os conforma, ocasionando um arriscado aumento do conjunto de alibis teóricos que acabam por receber a denominação de princípios, o que, ao invés de reforçar o direito, o fragiliza consideravelmente. O fenômeno denominado por Streck (2012, p. 67) como *pamprincipiologismo* então representa

[...] um arriscado caminho que pode levar ao equívoco do retorno à 'completude', que serviu de característica do positivismo novecentista, que também adentrou o século XX de forma adaptada: na 'falta' de 'leis apropriadas' (a aferição desse nível de adequação seria feita, obviamente, pelo protagonismo judicial), o intérprete 'deve' se utilizar dessa principiologia, e ainda, na falta de um 'princípio' considerado aplicável, o próprio intérprete estaria apto a criá-lo.

À vista disso, de acordo com Streck (2012), a ploriferação principiológica na doutrina e na jurisprudência resulta da equivocada compreensão de que os princípios proporcionam abertura interpretativa, quando, na verdade, não deveria ser assim, pois, a legitimidade de uma decisão deveria ser verificada quando se demonstra que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio - e não o oposto. Em outras palavras, o certo é aplicar a regra que se embasa em um princípio e não aplicar um princípio derivado de uma regra. Streck (2012, p. 70) continua, ao discorrer sobre a importância da regra:

Acrescente-se, ainda, que a regra só se aplica em face do caráter antecipatório do princípio. O princípio está antes da regra. Somente se compreende a regra através do princípio. Os princípios não são princípios porque a Constituição assim o diz, mas a Constituição é principiológica porque há um conjunto de princípios que conformam o

¹⁷ Cita Streck (2012), como exemplo dessa criação principiológica, o princípio da simetria, que seria menos um princípio de validade geral e mais um mecanismo *ad hoc* de resolução de controvérsias que tratam da discussão de competências.

paradigma constitucional, de onde exsurge o Estado Democrático de Direito.

Apoiando-se em Ferrajoli (2007), Streck (2012) explica, conforme já analisado, que princípios não são valores, e que não há diferença estrutural entre regra e princípio, pois um comando principiológico só poderá ser aplicado através de uma regra, existindo em todas as ocasiões, atrás de cada regra, um princípio. A fragilização ao direito, segundo Streck (2012) acontece quando, como por vezes, ocorre os princípios aplicados como se fossem regras.

Em sua obra *Verdade e Consenso*, Streck (2011d) lista mais de quarenta princípios utilizados como verdadeiros álbis teóricos, que não possuem qualquer normatividade. Com o intuito de exemplificar o fenômeno do panprincipiologismo ora tratado, serão analisados os *princípios* da cooperação e *princípio* da instrumentalidade processual.

Streck (2011d, p. 519-520) menciona e explica outros princípios descritos pela jurisprudência e pela doutrina pátria, confirmando o fenômeno do panprincipiologismo:

I - princípio da simetria: bastante citado no direito brasileiro, principalmente em matéria constitucional, com base nele o efeito jurídico de alguns dispositivos constitucionais é estendido aos Estados-Membros. Pode ser considerado, em verdade, não um princípio, mas um mecanismo ad hoc de resolução de controvérsias sobre competência. II- princípio da efetividade da Constituição: evidente tautologia, pois a efetividade das Constituições é considerado pressuposto hermenêutico essencial. Não há norma constitucional sem perspectiva de eficácia. III- princípio da precaução: Princípio moral e político que determina ter prudência nas decisões, para que não ocorra prejuízos ou danos sem a comprovação científica de suas consequências. Mais evidente tautologia jurídica. Partindo-se de uma concepção deontológica dos princípios, tal standard não passa de argumentação retórica. IV- Princípio da não surpresa: serviria para garantir o cidadão contra uma surpresa inesperada. Não há como isso ser considerado um princípio, antes da violação ao aludido 'princípio' não haveria uma violação a uma determinada regra processual? V- Princípio da confiança: traduz o poder-dever de cuidar da estabilidade decorrente de uma relação de confiança mútua no plano institucional. Trata-se na verdade, da possibilidade do direito manter a sua força deontológica, já garantido pela historicidade. Esse é mais um 'princípio' inserido no campo performático da argumentação jurídica. Princípio da absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente; princípio da efetividade; princípio do processo tempestivo; princípio da ubiquidade; princípio do fato consumado; princípio do deduzido e do dedutível; princípio da instrumentalidade processual; Princípio da delação impositiva; Princípio protetor no direito do trabalho; Princípio da alteridade; princípio da tipicidade

fechada; princípio da cooperação processual; princípio da confiança no juiz da causa; princípio da humanidade; princípio da benignidade; Princípio da Não ingerência; princípio da paternidade responsável; princípio do auto governo da magistratura; princípio da moderação. Entre outros.

Primeiramente, em análise ao dito princípio da cooperação - que parte da ideia de que no transcurso de um processo deve haver atividade cooperativa entre os envolvidos, como o juiz, o Ministério Público, os autores, os réus e os advogados - para que o processo siga seu ritmo normal e todos evitem nulidades. Sobre esse alegado princípio, Streck (2012) explica não existir qualquer normatividade e que tal ideia não se ajusta à noção de princípio, pois, seria uma norma que geraria consequências jurídicas ao ser aplicado em determinado caso concreto. Ao contrário, o *princípio* denominado como cooperação não apresenta nenhum elemento que demonstre tal normatividade.

Em relação ao *princípio* da instrumentalidade, observa-se claramente o identificado por pamprincipiologismo, ao transformar excesso de formalidade em garantia do devido processo legal. Para Streck (2012), tal equívoco é considerado grave, uma vez que evidencia a falaciosa função desses princípios criados casuisticamente, cuja consequência é a perda da coerência do Direito.

Os princípios têm por função estabelecer padrões hermenêuticos que priorizem a força normativa da Constituição e da integridade do Direito (STRECK, 2011d), já que possuem caráter deontológico, estabelecendo direitos, criando obrigações e impondo obrigação também ao juiz de fundamentar as suas decisões adequadamente.

Na tentativa de superação ao Positivismo em suas diversas facetas, buscou-se apoio em teorias de argumentação jurídica - principalmente na já analisada, formulada por Robert Alexy - alegando-se haver racionalização quanto ao modelo de interpretação e de aplicação do Direito. O referido modelo priorizou a utilização de princípios em relação às regras, privilegiando a ponderação sobre a subsunção legal, ao contrário do que ocorria no antigo modelo positivista. Aposta-se na solução dos casos simples por subsunção legal e dos complexos - por vezes denominados *hard cases* - através da técnica da ponderação, com elementos da teoria da argumentação formulada por Alexy.

Portanto, fundamentando-se nas teorias desenvolvidas por Alexy, surge a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, isto é, a utilização de argumentos que

possibilitem ao julgador recorrer a critérios decisórios que estivessem além estrutura rígida da legalidade. O termo *valores* pode ser compreendido como instrumento de *abertura* de uma legalidade extremamente fechada - algo como um *ajuste de contas hermenêutico*. Para além da concepção inicial originária da Jurisprudência dos Valores, na qual se desenvolveram as teses de Robert Alexy hodiernamente, grande parte da doutrina e da jurisprudência, especialmente brasileiras, passaram a tomar a ideia de valores e de elementos alexyanos como fundamento para o desenvolvimento de outras teorias da argumentação, de teorias próprias, que concordem com seus interesses em verdadeira *mixagem teórica*.

Partindo-se da mixagem teórica elaborada, criam-se várias teorias que pretendem defender, além da ponderação entre princípios, a ponderação de regras, através da interpretação (ou tentativa de interpretação) do pensamento de Humberto Ávila, como já esposado em tópico anterior, e que é alvo de críticas ferozes de Streck (2012), para quem a ponderação funcionaria como verdadeiro procedimento generalizado de aplicação do direito. Streck (2012, p. 74) examina que, se tal *ponderação entre regras* fosse possível,

[...] em todo processo aplicativo, existiria a necessidade de uma pausa para a utilização da ponderação. É evidente que esta ponderação na aplicação de regras, não faz qualquer sentido, ou seja, encontra-se destituída de sentido prático, pois da regra resultaria outra regra, que seria aplicável ao caso, o que acaba por desvirtuar tanto a legalidade quanto a teoria alexyana, por exemplo, perde a função a própria distinção entre regras e princípios, uma vez que não haveria mais a distinção subsunção/ponderação.

Em todo caso, Streck (2012) assevera que o principal problema da ponderação é a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e sua dependência da discricionariedade. Assim, se a discricionariedade é o elemento que caracteriza o positivismo jurídico quando da solução de *casos difíceis* e nas vaguezas e nas ambiguidades da linguagem dos textos jurídicos, evidentemente, a ponderação não é o instrumento que afasta o Direito do Positivismo. Dessa feita, o recurso ao *relativismo ponderativo* obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, e a ponderação representa uma porta aberta à discricionariedade, o que, conforme já demonstrado, enfraquece a autonomia do Direito.

4.3 Os Verdadeiros Princípios: Padrões Hermenêuticos ou Virtudes do Estado Democrático de Direito

Compreendendo o fenômeno do panprincipiologismo, no qual meros *standards* jurídicos são denominados como *princípios*, sem qualquer normatividade e com verdadeira pretensão de *suficiência ôntica*, agravando o problema da discricionariedade na interpretação-aplicação do Direito, Streck (2011d) diferencia verdadeiros princípios compreendidos como virtudes - da imbricação entre direito e moral - de não valores, como pretende Alexy e seus seguidores: a ideia de virtudes aponta para um conjunto de princípios que estão presentes em toda interpretação do direito e, segundo Streck (2011d, p. 584),

[...] princípios não estão inscritos na comunidade política para serem descobertos como valores, mas implicam comprometimento desta mesma comunidade com as decisões tomadas e com os princípios que institucionalizam tais decisões.

O objetivo dos princípios a seguir analisados é gerar um compromisso político com a democracia, e por essa razão estão sempre presentes em toda interpretação do Direito. Os *princípios* mencionados por parcela da doutrina que apenas aparece de maneira episódica no ato interpretativo representam um simples *standard* interpretativo, com mero caráter persuasivo.

As teorias do Direito e da Constituição, em razão da defesa da democracia e da busca pela concretização dos direitos fundamentais-sociais que estão previstos no texto constitucional, precisam estar fundadas em um conjunto de princípios cuja função é estabelecer padrões hermenêuticos cujos objetivos são:

- a) preservar a *autonomia do direito*, abarcando a necessidade de correção funcional, o respeito à rigidez do texto constitucional, a preservação da força normativa da Constituição e da máxima efetividade. Conforme Streck (2011), se trata do desenvolvimento de mecanismos que possam proteger a autonomia alcançada pelo Direito até agora. Proteger tanto de fatores classificados como endógenos (por exemplo: o senso comum teórico dos juízes no âmbito da dogmática jurídica; a standardização do ensino jurídico; o panprincipiologismo; os embargos declaratórios, e sua pífia tentativa de salvar decisões não fundamentadas adequadamente, que

deveriam ser consideradas, portanto, nulas; as teses que relativizam a coisa julgada, que aceitam a discricionariedade judicial, e, por vezes, a arbitrariedade) e exógenos (por exemplo: a inserção/uso na moral como corretiva do direito; a política pelas constantes reformas fragilizadoras dos direitos fundamentais; dentre outros);

- b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional, pois o fato de não haver método capaz de garantir a *correção* da interpretação do direito não pode dar margem para que o intérprete escolha o sentido que satisfaça as suas convicções íntimas e pessoais, o que significaria abrir o caminho para a discricionariedade ou para o decisionismo próprio do modelo kelseniano. Faz-se necessário compreender de uma vez que deixar a cargo do juiz a solução para as incertezas é a aceitação do Positivismo, o que representa um poder arbitrário, evidentemente discricionário. Importa salientar, conforme denuncia Streck (2011d, p. 587, grifo do autor) que “a zona de incerteza” - ou os “casos difíceis”- podem ser furto de uma “construção ideológica” desse mesmo juiz, que *ad libitum*, aumenta o espaço de incerteza, aumentando, assim, o seu “espaço de discricionariedade”;
- c) garantir o respeito à integridade e à coerência do Direito, que depende da fundamentação das decisões (art. 93, IX, CF) e que é um dever fundamental do juiz e um direito fundamental do cidadão (BRASIL, 1988);
- d) estabelecer que a fundamentação das decisões é dever fundamental dos juízes e dos tribunais, a partir de um panorama hermenêutico a ser praticado em um Estado Democrático de Direito, pois a interpretação/aplicação do Direito não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional produzido democraticamente. Como dever, há responsabilidade política dos juízes e dos tribunais, ao proferirem suas decisões;
- e) assegurar que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está - ou não - constitucionalmente adequada, o que representa a caracterização de um importante princípio (no sentido adequado do termo), que é o dever de fundamentar, com a finalidade de preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios, protegendo o direito contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo

normativo dos textos constitucionais. Busca-se, através deste princípio, substituir comportamentos solipsistas por condições histórico-concretas, em respeito à tradição, à coerência e à integridade, garantindo a superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídica.

Como visto, os padrões hermenêuticos alcançados através da efetiva consideração dos princípios analisados possibilitam a autonomia do Direito de forma a respeitar o verdadeiro compromisso democrático constitucional.

5 CONCLUSÃO

Decisionismo discricionário - ou discricionariedade judicial - configura o comportamento do intérprete-juiz que, ao proferir suas decisões, não atua de forma comprometida com paradigmas constitucionais limitativos. Ao contrário, exerce suas funções de forma a emitir sentimentos pessoais e extralegais. Portanto, não há efetivamente diferença entre discricionariedade judicial e arbitrariedade. Ademais, determinadas posturas doutrinárias e jurisprudências admitem tal comportamento judicial e reforçam a atuação judicante como ato de vontade, de forma discricionária. Destas, a teoria da argumentação jurídica, nos moldes propostos por Robert Alexy e sua técnica da ponderação entre direitos fundamentais em caso de colisão, refletem a aceitação de forma evidente.

Através da análise do ambiente jusfilosófico que originou as teorias alexyanas - qual seja, a Jurisprudência dos Valores - constatou-se que, a partir das considerações dos teóricos acerca da Jurisprudência dos Valores, o direito é reconhecido como parte de um campo até então desconsiderado pela teoria do conhecimento, e que toma como referência básica, a cultura. Um dos aspectos presentes na Jurisprudência dos Valores é a concepção de cultura como o somatório de crenças e de tradições transmitido de geração em geração, a ponto de gerar uma pauta de valores aceitos em determinada comunidade.

Constitui-se como a principal característica da Jurisprudência dos Valores, conforme analisado, a possibilidade de decisão judicial em desconformidade com a previsão legal como suposto mecanismo de fortalecimentos dos direitos fundamentais, ou do fortalecimento da própria sociedade. Como se viu, os pressupostos de Streck acerca dos elementos da jurisprudência dos valores entenderam que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo papel dos intérpretes e dos juízes, o de encontrar e de revelar interesses ou valores. Por essa razão, fica justificada a aplicação de *jus* distinto da *lex*, ou seja, a inovação de argumentos capazes de autorizar aos juízes a utilização de critérios decisórios que se encontram fora da estrutura rígida da legalidade, fortalecendo assim a discricionariedade judicial.

A discricionariedade judicial prejudica o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito porque está em desacordo com o ideal de fundamentação das decisões judiciais, e essa nociva discricionariedade está presente tanto nos

positivismos jurídicos, como nas teses provenientes da Jurisprudência dos Valores.

A teoria da argumentação de Robert Alexy - resultante da Jurisprudência dos Valores alemã - é permeada por elementos que reforçam tal discricionariedade. Por exemplo, o pensador europeu julga possível ocorrer, em alguns casos concretos, a colisão entre princípios e, para solucioná-los, o juiz deve observar as condições de precedência de um sobre o outro.

Através da criação de uma lei de colisão, se estabelece uma regra a ser aplicada no caso concreto. A tensão entre os princípios colidentes e a definição das condições de precedência será definida pelo sopesamento entre os princípios que deve realizar o juiz no caso concreto. A crítica feita nesse aspecto se evidencia pela prevalência de uma postura discricionária, no estabelecimento pelos juízes dessas condições de precedência - etapa do procedimento de solução da colisão entre princípios, dentre diversos outros aspectos que realçam a discricionariedade do juiz, ao proferir suas decisões.

O fato é que as teses alexyanas se encontram em franca expansão no Direito brasileiro, oportunizando perceber a adesão de seguidores à teoria através da análise das mais diversas obras jurídicas - sobretudo as referentes ao Direito Constitucional. O problemático, como se destacou, foi apurar que a mencionada teoria recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina pátria. Dessa forma - ressalte-se - foram analisados alguns textos jurídicos de juristas nacionais que, em maior ou em menor medida, são adeptos das teses alexyanas, como: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, Daniel Sarmiento, Luís Roberto Barroso, Ana Paula De Barcellos, Williis Santiago Guerra Filho, Humberto Bergmann Ávila, nos quais se reconheceu a menção às teses alexyanas - mas de forma acrítica, simplificada e, por vezes, equivocada.

Subsequentemente, na segunda etapa do processo de verificação da inadequada recepção da ponderação alexyana pelo Direito brasileiro, confeccionaram-se duas pesquisas jurisprudenciais distintas: a primeira, intitulada *pesquisa jurisprudencial quantitativa*, em que se conferiu que os termos relacionados com as teorias alexyanas são constantemente citados na jurisprudência do STF, demonstrando que a tese da ponderação como técnica para solução no caso de colisão entre direitos fundamentais está hodiernamente presente no Direito brasileiro, como explicitou a análise da doutrina pátria e a pesquisa quantitativa de

jurisprudência considerada.

Na *pesquisa jurisprudencial qualitativa*, estudaram-se os votos dos Ministros do STF, com a intenção de averiguar a forma como a teoria alexyana é desenvolvida e se é utilizada tal qual prevê o jurista alemão. No primeiro dos cinco casos selecionados, o caso Elwanger, verificou-se que a compreensão das teses alexyanas, conforme evidenciaram os Ministros do STF em seus votos, pressupõe ser possível a aplicação gradual de normas, confundindo princípios com valores, revelando a utilização de um *verdadeiro relativismo ponderativo*, o que obscurece a importância da tradição como guia da interpretação e viabiliza, mais uma vez, a discricionariedade.

O segundo caso tratou da análise do caso dos anencéfalos: o voto do Ministro Cesar Peluso esteve permeado pelos elementos caracterizadores das teses alexyanas e o uso dos elementos matemáticos como mecanismo de racionalização da decisão dificultou sobremaneira a compreensão dos argumentos apresentados, não indicando relevância prática, conseqüentemente.

No caso do exame de sangue forçado em investigação de paternidade, mais uma vez a técnica da ponderação serviu como simples álibi teórico e como pano de fundo para se escolher um dos lados da balança. Não houve, efetivamente, a utilização da técnica mencionada. O quarto caso que serviu de análise - o da atriz e cantora mexicana Glória Trevi - considerou a utilização por ambos os grupos de Ministros, contrários ou favoráveis à realização do exame em material genético sem autorização, da técnica da ponderação entre princípios, ou entre direitos fundamentais, ou entre valores constitucionais, como quer que seja chamada, mostrando versatilidade em sua utilização camaleônica em uma mesma discussão, em um mesmo julgamento.

Por fim, o julgado conhecido como caso da farra do boi, apesar dos alegados argumentos ponderativos aplicados, viu a solução do declarado conflito pela interpretação constitucional e pela subsunção legal. A solução para o pretense caso de conflito de direitos fundamentais já se encontrava resolvida na própria CF de 1988, em seu art. 225, §1º, inciso VII, que veda a prática que submeta os animais à crueldade. (BRASIL, 1988). A prática da farra do boi, em nenhum momento, representou manifestação cultural legítima, mas um mecanismo de exercício de abuso aos direitos dos animais, em que havia muitos interesses políticos e econômicos envolvidos.

A contrariedade à discricionariedade presente em teses como a alexyana merece ser reforçada, pois não basta se ter um direito democraticamente produzido, de forma indispensável: ele deve ser democraticamente aplicado e interpretado. Nesse sentido, *democratizar* a atividade jurisdicional exige, dentre outros fatores, o controle da atividade jurisdicional, isto é, a existência de uma teoria da decisão. Outrossim, apresenta-se a teoria da decisão judicial de Lenio Streck como tentativa de fortalecer a necessária repulsa a comportamentos doutrinários e jurisprudenciais capazes de ferir a autonomia do direito.

Lenio Streck desenvolve sua visão crítica do Direito pautada em quatro elementos estruturais, delineados no decorrer deste trabalho. O primeiro deles pôde ser compreendido como a alteração da concepção do ato interpretativo que deve se desenvolver através de um viés filosófico e racional. Adotando o método hermenêutico-fenomenológico pensado por Martin Heidegger e aliando-se a essa concepção, o pensador traz elementos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, que passa a entender a interpretação não mais como uma técnica de extração de sentido, e sim como atribuição de sentido que se desenvolve em um contexto de intersubjetividade. Tassinari (2013, p. 110), nesse primeiro ponto, realça que “Streck faz a primeira ruptura hermenêutica com a tradição: o afastamento das posturas objetivistas (vontade da lei/ vontade do legislador)”.

O segundo aspecto indispensável na Teoria da Decisão de Streck se extrai da teoria do Direito de Dworkin: a responsabilidade política dos juízes que emerge da ideia da integridade do Direito. Sendo assim, os juízes, ao tomarem suas decisões, devem sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade. O dever de fundamentação é outro relevante aspecto da teoria streckiniana como decorrência intrínseca da necessária responsabilidade política dos juízes.

Para exercer a fundamentação em suas decisões, os juízes precisam ter clara a diferenciação entre escolher e decidir, sendo a escolha uma adoção descomprometida com um dos lados colocados em questionamento em um caso concreto, abrindo grande margem para a discricionariedade, ou até mesmo para a arbitrariedade. Já por outro lado, o ato de decidir coloca o julgador comprometido com o que a comunidade política constrói como direito.

A teoria da decisão judicial deve ser estruturada a partir do dever de fundamentar as decisões, mesmo porque isso revela uma exigência dos

pressupostos democráticos do constitucionalismo.

No decorrer da presente dissertação, constatou-se que efetivamente as teorias alexyanas foram inadequadamente introduzidas no Direito brasileiro, acarretando consequências jurídicas significativas que permanecem necessitando de investigação contínua, isso porque foram introduzidas no contexto dogmático e jurídico brasileiro sem que tenha havido qualquer exercício de reflexão que intente compreender os efeitos possíveis. A adoção prematura das teses alexyanas representa um equívoco por serem incompatíveis com o ideal democrático de fundamentação das decisões judiciais preconizado pelo atual ordenamento constitucional brasileiro.

Por outro lado, notou-se também que tais teorias, ao serem introduzidas no Direito brasileiro pela doutrina pátria e pelos tribunais, sofreram um verdadeiro processo de simplificação de seus elementos e de suas conclusões. Finalmente, a Teoria da Argumentação de Alexy não superou verdadeiramente o paradigma epistemológico da filosofia da consciência, encontrando-se, portanto, eivada de uma nociva discricionariedade judicial. O modelo de aplicação do Direito como ato de vontade - de acordo com o que preconiza a teoria alexyana - implica em renunciar as contribuições da Filosofia no Direito, mais notadamente, da Filosofia Hermenêutica ou da Hermenêutica Filosófica.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradutor Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8153/o-principio-da-proporcionalidade-e-sua-aplicabilidade-na-problemativa-das-provas-ilicitas-em-materia-criminal>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Leituras de filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-48.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BECK, Ulrich. **O que é a globalização?**: equívocos do globalismo respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica**: ética geral e profissional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3. ed. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990**. Estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8081.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998a**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 Distrito Federal**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na saúde – CNTS. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, decisão 17 setembro de 2003. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/255_Ellwanger%20-%20Voto%20Moreira%20Alves.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 71.373-4 Rio Grande do Sul**. Paciente: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Francisco Rezer. Brasília, DF, 10 novembro de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 76.060-4 Santa Catarina**. Paciente: Arante José Moteiro Filho. Impetrante: Elisa Pimenta. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 31 de março de 1998b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76405>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação (questão de ordem) nº 2040-1 Distrito Federal**. Reclamante: Glória de Los Angeles Treniño Ruiz. Reclamado: Juiz Federal, da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 153.531-8**. Recorrente: Associação Amigos de Petrópolis Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e outros. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, DF, 3 de junho de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.+E+153531.NUME.&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 ago. 2010.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAMARGO, Margarida Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição do estudo do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 223-243.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 108-115.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado de. **Colisão de direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELMAN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.) **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 225-271.

ENGELMAN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.) **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 225-271.

ENGELMAN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.) **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 225-271.

ENGELMAN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ENGELMAN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. O 'aggiornament' do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 115-149.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FACHIN, Zulmar; RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 87-104.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre lós derechos fundamentales. Trad. Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoria del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007. p. 72-73

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, ano 2, n. 3, p. 95-112, jul./set. 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradutor José Osório. São Paulo: Saraiva, 1948.

HERKENHOFF, João Baptista. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

INFORMATIVO STF. Brasília, DF, n. 74, 02 a 06 jun. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo74.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2010.

JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e sua teoria sobre os princípios e regras. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 mar. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/roberty_alexys_teoria_principios_regras>. Acesso em: 10 jul. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LANE, Renata. **O entendimento do STF em alguns casos de colisão de direitos fundamentais**. 2004. 34 f. Trabalho de Conclusão de Curso da Escola de Formação (Direito) -- Curso de Direito, Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/54_Renata%20Lane.pdf>. Acesso em: 30 maio 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LIMA, George Marmelstein. **50 Anos do Caso Lüth**: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. [S.l.], 2008. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 02 mar. 2014. Blog: Direitos Fundamentais.

LIMA, Newton de Oliveira. **Teoria dos valores jurídicos**: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2009.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Tradução Luca Lamberti e revisão da tradução Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. 2: O século XX.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONDIN, Battista. **Curso de filosofia**: os filósofos do ocidente. 10. ed. São Paulo: Paulus, 2008. v. 3.

MORAIS, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da constituição. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS, Fausto Santos de. **A proporcionalidade como princípio epocal do direito**: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do direito. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2010. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/FaustoMoraisDireito.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2014.

MÜLLER, Friedrich. Teoria da interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 45-52.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTR, 2007.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O (re) chamar do princípio da proporcionalidade: acesso à justiça na constituição. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 11, p. 85-111, 2007. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4149>>. Acesso: 17 fev. 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RADBRUNCH, Gustav. **Filosofia do direito.** 2. ed. São Paulo: WMF, 2010.

RODRIGUEZ, Carlos Eduardo López. **Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. Daniel **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Expansão do poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 95-108.

STAIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9-24.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: anuário/2004.** Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2005. p. 153-185.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Revista *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010a. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae *Brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011a. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/download/53/52>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011b. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e (pos) positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos? In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2010b. p. 163-185.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011c.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59-87.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme a minha consciência? 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010c.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011d.

STRECK, Lenio Luiz; Direito e controle social: de como historicamente criminalizamos a pobreza em terrae brasilis. STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição**: os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 91-116.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Liberdade de expressão e hate speeches**: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger. [S.l.], 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=19e901474bd32d47>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

TAUCHERT, Maicon Rodrigo. **Ensino do direito no Brasil**: desafio na formação de intérpretes para sociedade complexas e multiculturais. 2010. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo, 2010. Disponível em: <http://www.urisan.tche.br/mestradodireito/pdf/2010/Maicon_Rodrigo-Tauchert.pdf>. Acesso em 20 fev. 2014.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 5, p. 59-77, 2006. Disponível em: <http://www.uninove.br/pdfs/publicacoes/prisma_juridico/pjuridico_v5/prisma_v5_3b19.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2013.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIEIRA, Luiz, Fernando. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

ANEXO A – CASO ELWANGER¹⁸

524

Supremo Tribunal Federal

687

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 19.03.2004

17/09/2003

EMENTÁRIO Nº 2144-3

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MOREIRA ALVES

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MINISTRO PRESIDENTE

PACIENTE : SIEGFRIED ELLWANGER

IMPETRANTES : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam *raça inferior, nefasta e infecta*, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se organiza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade.

STF 102.002



¹⁸ Como efeito de ilustração, serão apresentadas somente algumas páginas, visto que o documento original conta da página da 1 a 19.

525

Supremo Tribunal Federal

688

HC 82.424 / RS

de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuum rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre

526

Supremo Tribunal Federal

689

HC 82.424 / RS

expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

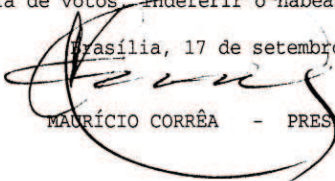
16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.

Ordem denegada.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, ~~deferir~~ o habeas-corpus.

Brasília, 17 de setembro de 2003.


MAURÍCIO CORRÊA - PRESIDENTE E RELATOR PARA O ACÓRDÃO

ANEXO B – CASO DOS ANENCÉFALOS¹⁹

Supreme Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 433

12/04/2012

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS
ADV.(A/S)	: LUIS ROBERTO BARROSO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.

FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 12 de abril de 2012.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 1941415.

¹⁹ Como efeito de ilustração, serão apresentadas somente algumas páginas, visto que o documento original conta da página da 1 a 433.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 69 de 433

ADPF 54 / DF

Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal.

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

[1] Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 94 de 433

ADPF 54 / DF

talvez erro de diagnóstico. Caso famoso, muito debatido nestes autos, é o de Marcela de Jesus, diagnosticada com anencefalia, que viveu um ano e oito meses. Nas audiências cogitou-se de que acometida de meroencefalia, situação em que se faz presente uma pequena parte do encéfalo, suficiente para manter a existência de funções vitais e respostas do corpo a estímulos externos por período mais prolongado.

Essas considerações iniciais são importantes para o direcionamento das posições que fundamentam o meu voto. Para a clareza da exposição, é possível enfrentar o tema por três enfoques: (i) atipicidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de anencefalia, quanto ao crime de aborto; (ii) vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude; e (iii) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico. A sopesar, ainda, à luz da causa de pedir aberta própria dos processos objetivos, o fundamento adicional trazido da tribuna, qual seja, o de que a criminalização da interrupção da gestação de feto anencefálico, ou de feto sem viabilidade de vida extrauterina, implica violação de direito fundamental da mulher no tocante aos chamados direitos reprodutivos.

(i) A antecipação terapêutica do parto como fato atípico.

O debate travado, com dependência argumentativa da definição de vida por parte da ciência, parece ter se estruturado em torno de uma falácia (na acepção técnica, e não pejorativa, do termo), enquanto busca derivar de uma descrição (científica) de um fato um dever de proteção.

Há, a meu juízo, ao menos dois equívocos fundamentais nesse raciocínio: primeiro, não se pode extrair de uma relação empírica de causa e consequência (estabelecida na linguagem pela relação lógica “se... então...”) uma consequência de dever que direciona uma ação como necessária (um “se... então *deve ser*...”). Essa a chamada falácia naturalista, em que se pretende retirar de algo do mundo dos fatos um dever que pertence ao mundo da escolha sobre a ação. Em suma, não se pode derivar um dever ser de um ser.

A falácia naturalista aparece nas discussões sobre a ocorrência ou

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 131 de 433

ADPF 54 / DF

maior o grau de não realização de um princípio ou de dano a ele, maior deve ser o grau de satisfação do outro^{[49][49]}. A fórmula é a seguinte:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Em linguagem natural, $W_{i,j}$ é o quociente da relação do primeiro princípio (P_i) com o segundo (P_j). I_i é o grau de interferência do primeiro princípio no segundo quando realizado partir de um meio (M) qualquer. W_i e W_j são os pesos (no sentido de importância atribuída) abstratos de cada princípio. I_j é o grau de interferência que a proibição, para fins de proteção do segundo princípio, do meio utilizado para a realização do primeiro princípio causa neste. E R_i e R_j se referem à confiança das pressuposições empíricas concernentes a como a utilização do meio escolhido para a realização da ação propicia ou não a efetivação do primeiro princípio em detrimento da proteção ou não do segundo. A argumentação deve levar a um quociente (e a referência matemática é apenas exemplificativa, pois não há como estabelecer esses valores, o que quer dizer que equivalem ao grau de importância estabelecido para o caso concreto no processo argumentativo) maior ou menor que um. Se maior que um, é proporcional a realização do primeiro princípio. Se menor que um, é proporcional a intervenção para a defesa do segundo. Ainda é importante elucidar que, em diversos casos, W e R são iguais para os dois princípios, de modo que podem ser reduzidos, ficando o resultado da proporcionalidade dependente apenas de I_i e I_j .

O desenvolvimento da fórmula da proporcionalidade vem a calhar porque ela está voltada exatamente para a discussão dos dois tipos de direitos constitucionais que estão envolvidos nesta ADPF: direito de proteção contra direito de defesa. De um lado, os argumentos a favor da gestante dizem que o Estado não deve interferir na sua escolha de interromper a gravidez, pena de estar violando a saúde, a liberdade e a integridade da mulher. É a reivindicação de um direito de proteção contra o Estado, portanto, de não intervenção. Já os argumentos a favor do feto

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 135 de 433

ADPF 54 / DF

falta de interesse social concreto na tutela de vida sem condições biológicas mínimas de desenvolvimento. Proteger a mulher, em hipótese tal de inviabilidade de vida extrauterina para o feto, é garantir concretamente a sua liberdade de escolha sobre o papel reprodutivo que lhe cabe, reconhecendo-lhe direito fundamental. Os ônus de ordem física, psicológica e social gerados pela obrigatoriedade de manutenção da gravidez de feto anencéfalo e seus conseqüências não podem ser minimizados, e são mesmo insuscetíveis de compartilhamento pela mulher.

Enfatize-se que a compreensão que se está a esposar em absoluto implica prejuízo às gestantes que, em tais circunstâncias adversas, optarem por dar à luz, pois o que se está a preservar é a liberdade de escolha.

A alegria e a realização das mulheres com filhos anencéfalos, relatadas nas audiências públicas e nos memoriais, provêm, por certo, das suas escolhas morais e da garantia de que a percepção de cada uma delas sobre a própria vida e visão de mundo seriam respeitadas, da certeza de que não seriam impedidas de gestar seus filhos com todo amor e de levar a termo suas gestações. Não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo. E é isto que se discute nesta ação: o direito de escolha da mulher sobre a sua própria forma de vida. Em outras palavras, esta ADPF muito mais do que da liberdade da mulher (o que já seria muitíssimo valioso), diz com a densidade concreta a se dar à concepção jurídica de *liberdade*, sob o manto da Constituição-cidadã de 1988.

Para concluir, ao enfoque da teoria da proporcionalidade, o quociente da divisão das razões em favor da liberdade da mulher em cotejo com a proteção do feto anencefálico por meio da omissão do Estado e da declaração de inconstitucionalidade da leitura que inclui a interrupção, ou a antecipação terapêutica do parto, em caso de comprovada anencefalia, presentes as certezas empíricas sobre a afetação da esfera de atuação de cada um dos princípios em jogo, é maior que um. Há, portanto, de ser preservada a liberdade da grávida, quando se vê

ANEXO C – CASO DO EXAME DE SANGUE FORÇADO EM INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE²⁰

Supremo Tribunal Federal

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 22.11.96
EMENTÁRIO Nº 1 8 5 1 - 0 2

397

10/11/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 71373-4 RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : JOSÉ ANTÔNIO GOMES PINHEIRO MACHADO
IMPETRANTE : JOSÉ ANTÔNIO GOMES PINHEIRO MACHADO
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA -
CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder,
de garantias constitucionais implícitas e explícitas -
preservação da dignidade humana, da intimidade, da
intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da
inexecução específica e direta de obrigação de fazer -
provimento judicial que, em ação civil de investigação de
paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser
conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do
material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa
resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a
dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao
deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

A C Ó R D ã O

01851020
03490710
03731000
00000160

Vistos, relatados e discutidos estes autos,
acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão
plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas
taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o pedido de
habeas-corpus.

Brasília, 10 de novembro de 1994.

Octávio Gallotti

OCTÁVIO GALLOTTI

PRESIDENTE

Marco Aurélio

MARCO AURÉLIO

REDATOR
P/ACÓRDÃO



²⁰ Como efeito de ilustração, serão apresentadas somente algumas páginas, visto que o documento original conta da página da 397 a 433.

30.11.94

HABEAS CORPUS Nº 71.373-4 RIO GRANDE DO SUL

Paciente : JOSÉ ANTONIO GOMES PINHEIRO MACHADO
 Impetrante: JOSÉ ANTONIO GOMES PINHEIRO MACHADO
 Coator : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

E E L A T Ó R I O

O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK: - A inicial, que expõe com propriedade a questão jurídica, foi redigida pelo próprio paciente, José Antônio Gomes Pinheiro Machado, e diz:

.....

Contra o Impetrante tramita, na Segunda Vara de Família e Sucessões do Foro Centralizado da Comarca de Porto Alegre, uma ação de investigação de paternidade promovida por TRAIS MARQUES ROSA e LÍVIA MARQUES ROSA, gêmeas nascidas a 19 de novembro de 1990, filhas de Heloisa Maria Marques Rosa.

Ordenada prova pericial específica, mediante análise de grupos sanguíneos e outras investigações, o Impetrante intimado comunicou que não se submeteria a exames, o que foi aceito pela Dra. Juíza a 20/05/92, reconhecendo que a parte não está obrigada à realização da prova, mas sua negativa será analisada de acordo com o restante da prova.

Depois, antes de ser concluída a audiência, a Dra. Juíza adotou outra solução, para coagir o Impetrante a submeter-se aos exames periciais



01851020
 03490710
 03732000
 00000200

HC 71.373-4 PB

Ministério Público é obrigatória (art. 82, II, do CPC).

No confronto dos dois valores, Senhor Presidente, não tenho dúvida em posicionar-me em favor do filho, razão pela qual meu voto é no sentido de indeferir o habeas corpus.

* * * * *



ismr

ANEXO D – CASO GLÓRIA TREVI²¹*Supremo Tribunal Federal*

129

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 27.06.2003

21/02/2002

EMENTÁRIO Nº 2116-1

TRIBUNAL PLENO

RECLAMAÇÃO (QUESTÃO DE ORDEM)N. 2.040-1 DISTRITO FEDERAL**RELATOR : MIN. NÉRI DA SILVEIRA**

RECLAMANTE: GLÓRIA DE LOS ANGELES TREVIÑO RUIZ

ADVOGADO: JOSÉ CRESCÊNCIO DA COSTA JR.

RECLAMADO: JUIZ FEDERAL DA 10ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

EMENTA:- Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extraditanda n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo,

y. neri

STF 102.002



²¹ Como efeito de ilustração, serão apresentadas somente algumas páginas, visto que o documento original conta da página da 129 a 237.

Supremo Tribunal Federal

130


RECLAMAÇÃO (QUESTÃO DE ORDEM) N. 2.040-1 DISTRITO FEDERAL


entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, conhecer do pedido formulado como reclamação e, no mérito, por maioria, julgar procedente a reclamação e, avocando a apreciação da matéria de fundo, deferir a realização do exame de DNA, considerada a placenta da extraditada e indeferir o acesso ao prontuário médico.

Brasília, 21 de fevereiro de 2002.


MINISTRO MARC AURÉLIO - PRESIDENTE


MINISTRO NERI DA SILVEIRA - RELATOR

prosseguimento das investigações e apuração da verdade real. Sem o exame em tela, que tem precisão quase absoluta, não será possível verificar se foi, efetivamente, praticado crime em detrimento da Administração Pública e da Justiça, os quais, repita-se, são apurados mediante ação penal pública incondicionada à representação.

Nesta esteira, sem a identificação do responsável pela gravidez de Glória De Los Angeles Treviño Ruiz, restará tolhida a persecução penal estatal, inviabilizando que os eventuais agentes públicos faltosos sejam responsabilizados e punidos criminal e administrativamente.

Desse modo, sopesando o direito à intimidade de Glória De Los Angeles Treviño Ruiz, que, caprichosamente, recusa-se a identificar o pai do menor, com os bens jurídicos constitucionais em conflito, deverão prevalecer estes bens em detrimento daquele direito, que não é absoluto, pois numa hierarquia axiológica móvel, nas circunstâncias do caso concreto, a tutela do interesse da comunidade em restringir o âmbito de proteção do seu direito à intimidade não importará em qualquer sacrifício à inviolabilidade corporal da genitora ou do menor.

Destarte, pelos motivos acima elencados, resta claro que, preservando o interesse público da persecução penal estatal, da segurança pública e da moralidade administrativa em detrimento do interesse privado da nominada, estaremos concretizando de forma ótima e com a máxima efetividade a força normativa da



RCL 2.040-1 DF

Não posso desprezar o apego maior ao texto dos incisos X e XLIX do artigo 5º da Constituição Federal. Ao preso - e a extraditanda está presa por determinação desta Corte - é assegurado o respeito à integridade física e moral. E a integridade moral da extraditanda, pelo mal-estar causado, pela contrariedade à sua vontade no tocante ao conhecimento da paternidade do filho, estará solapada com a diligência que será feita, abrindo-se porta, como afirmi, para, à mercê da placenta, conseguir-se a condenação da extraditanda por calúnia, uma vez não elucidada a paternidade por servidor público. E, intimamente ligado com essa norma, temos o dispositivo básico do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal:

"X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

A suspeita de estupro, de constrangimento na relação sexual, que recai sobre policiais, não é de molde a autorizar, a meu ver, a colocação em segundo plano dessas garantias constitucionais.

Por isso, peço vênias aos colegas para, no caso, entender que se deve cassar o ato autorizador da feitura do exame de DNA na placenta, preservada pela decisão acauteladora do ministro Néri da Silveira, contra a vontade da parturiente.

É como voto.

ANEXO E – CASO DA FARRA DO BOI²²

Supremo Tribunal Federal 388

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 13.03.97
EMENTÁRIO Nº 1 9 0 2 - 0 2

03/06/97

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 153.531-8 SANTA CATARINA

REDATOR PARA O ACORDÃO: MIN. MARCO AURÉLIO
RECORRENTE: APANDE-ASSOCIACAO AMIGOS DE PETROPOLIS PATRIMONIO
PROTECAO AOS ANIMAIS E DEFESA DA ECOLOGIA E OUTROS
ADVOGADO: JOSE THOMAZ NABUCO DE ARAUJO FILHO E OUTRO
RECORRIDO: ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO: ILDEMAR EGGER

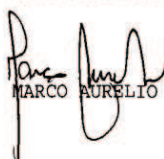
COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO -
RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS -
CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno
exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a
difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do
inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda
prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento
discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi".

A C O R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os
Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na
conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por
maioria de votos, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos
termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Maurício
Corrêa.

Brasília, 3 de junho de 1997.

NÉRI DA SILVEIRA - PRESIDENTE


MARCO AURELIO

- REDATOR
PARA O ACÓRDÃO

²² Como efeito de ilustração, serão apresentadas somente algumas páginas, visto que o documento original conta da página da 388 a 420.

Supremo Tribunal Federal

RE N° 153531-8/SC

404

De tal modo, Sr. Presidente, que não tenho como conviver com a tese de que aquilo que se nos defronta é uma manifestação cultural. Bem disse o ilustre advogado da tribuna: manifestações culturais são as práticas existentes em outras partes do País, que também envolvem bois submetidos à fobia do público, mas de pano, de madeira, de "papier machê", não de seres vivos, dotados de sensibilidade e preservados pela Constituição da República desse gênero de comportamento."

2. Certo de que a prática da "Farra do Boi" se caracteriza como ofensiva ao inciso VII do art. 225 da Constituição Federal, concluiu o Relator seu voto no sentido do provimento do extraordinário.

3. Pedí vista dos autos e os trago a julgamento.

4. Preceitua o art. 225 da Constituição Federal que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". E o seu parágrafo primeiro prescreve que, "para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público":

“(omissis).

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

Supremo Tribunal Federal

413

03/06/97

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 153531-8 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, uma coisa é o aspecto formal; outra, é o costume transportado dos Açores para o Brasil. Confesso a V. Exa. que não tenho meios de examinar se esse costume - discrepante, ou não, da razoabilidade - é algo diverso da realidade brasileira, é o que presenciamos nos últimos anos, pela mídia sobre a prática perpetrada em Santa Catarina.

Se, de um lado, como ressaltou o eminente Ministro Maurício Corrêa, a Constituição Federal revela competir ao Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais - e a Constituição Federal é um grande todo -, de outro lado, no Capítulo VI, sob o título "Do Meio Ambiente", inciso VII do artigo 225, temos uma proibição, um dever atribuído ao Estado:

"Art. 225. (...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade."

*Supremo Tribunal Federal***RE 153.531-8 SC****411**

Senhor Presidente, é justamente a crueldade o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. Admitida a chamada "ferra do boi", em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. Não vejo como chegar-se à posição intermediária. A distorção alcançou tal ponto que somente uma medida que obstaculize terminantemente a prática pode evitar o que verificamos neste ano de 1997. O Jornal da Globo mostrou um animal ensanguentado e cortado invadindo uma residência e provocando ferimento em quem se encontrava no interior.

Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal.

Senhor Presidente, peço vênias ao Ministro **Maurício Corrêa**, para acompanhar o Ministro-Relator **Francisco Rezek**, conhecendo e provendo o recurso.

É o meu voto.
