

A APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PELO STF: UM ESTUDO ENVOLVENDO A VISÃO DE TRÊS JURISTAS BRASILEIROS E A ANÁLISE DE CASOS PRÁTICOS

THE APPLICATION OF THE WEIGHTING OF PRINCIPLES BY THE SUPREME COURT: A STUDY INVOLVING THE VISION OF THREE BRAZILIAN JURISTS AND THE ANALYSIS OF PRACTICAL CASES

Bruna Silva Araújo¹
Renata Silva Gomes²

RESUMO: Este trabalho indaga se a ponderação de princípios contida na Teoria dos Direitos Fundamentais do jurista alemão Robert Alexy foi recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal nos moldes de uma argumentação jurídica racional. Para tanto, foi utilizada pesquisa jurídico compreensivo, com ênfase na pesquisa de aspectos conceituais e doutrinários que envolvem a temática. Inicialmente, realizou-se um estudo dos principais conceitos da teoria do direito alexyana, tais como os significados de direito e de norma, e a distinção entre regras e princípios. Em seguida, foi introduzida a técnica da Máxima da Proporcionalidade, desenvolvida por Alexy para sopesar princípios no caso concreto. Procedeu-se então a uma análise comparativa entre três juristas brasileiros que se dedicam ao estudo da teoria e de sua recepção pela Suprema Corte Brasileira. Constatou-se que existe uma divergência entre eles em relação à aceitação da teoria em seus aspectos filosóficos e estruturais. As críticas realizadas por Lênio Luiz Streck são rebatidas por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira, que consideram que o opositor da teoria teria cometido um equívoco ao levar em consideração a sua aplicação distorcida no Brasil. Apesar das divergências encontradas, constatou-se que tanto os defensores quanto os opositores são unânimes ao afirmar que a jurisprudência brasileira não compreendeu a necessidade de se aplicar a Máxima da Proporcionalidade segundo os preceitos de uma argumentação racional, capaz de evitar protagonismos judiciais. Por fim, foram apresentados dois casos clássicos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que ilustraram a tese de não recepção da ponderação de princípios em solo brasileiro.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Viçosa. Especialista em Contabilidade Pública e Lei de Responsabilidade Fiscal. Contadora; e-mail: brunaaraujo451@gmail.com; Lattes: 4241111049986545; ORCID: 0000-0002-5346-537

² Professora Orientadora. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Docente do curso de Direito da Faculdade de Ciências e Tecnologia de Viçosa; e-mail: renatagomesegomes@gmail.com; Lattes: 8400924606740493; ORCID: 0000-0003-4061-8190

Palavras-chave: Argumentação Jurídica; Máxima da Proporcionalidade; Ponderação de Princípios; Robert Alexy (1945); Teoria dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: This paper investigates whether the weighting of principles contained in the Theory of Fundamental Rights of the German jurist Robert Alexy has been received by Brazilian Supreme Court in the molds of a rational legal argumentation. To this end, theoretical legal research was carried out, with emphasis on conceptual and doctrinal aspects that involve the theme. Initially, a study was made of the main concepts of Alexy's theory of law, such as the meaning of law and rule, and the distinction between rules and principles. Next, the technique of the Maxim of Proportionality, developed by Alexy to weigh principles in concrete cases, was introduced. We then proceeded to a comparative analysis between three Brazilian jurists who have dedicated themselves to the study of the theory and its reception by the Brazilian higher courts. It was found that there is a divergence among them regarding the acceptance of the theory in its philosophical and structural aspects. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno and Júlio Aguiar de Oliveira, who consider that the opponent of the theory would have committed a mistake by taking into account its distorted application in Brazil, refute the criticisms made by Lênio Luiz Streck. Despite the divergences found, it was verified that both supporters and opponents are unanimous in affirming that Brazilian jurisprudence has not understood the need to apply the Maxim of Proportionality according to the precepts of a rational argumentation, capable of avoiding judicial protagonism. Finally, two classic cases from the jurisprudence

Key-words: Fundamental Rights Theory; Legal Argumentation; Weighting Principles; Maximum Proportionality; Robert Alexy.

Sumário: 1. Introdução; 2. Os principais conceitos da Concepção Teórico Discursiva da Filosofia do Direito Alexyana: os significados de direito e de norma; 2.1. Da estrutura das normas: a distinção entre regras e princípios; 2.2. A Máxima Da Proporcionalidade: a técnica alexyana para o sopesamento de princípios; 2.3. Argumentação jurídica aplicada à ponderação de princípios; 3. A recepção da teoria de Robert Alexy no Brasil: Entre Lênio Luiz Streck e Alexandre Gomes Trivisonno; 3.1. Uma teoria sem filosofia? A crítica de Lênio Luiz Streck; 3.2. Alexandre Gomes Trivisonno - Objeções a Streck; 3.3. Júlio Aguiar de Oliveira: a prática antideliberativa do STF; 4. Uma análise da ponderação da aplicação de princípios pelo Supremo Tribunal Federal; 4.1. O caso Elwanger; 4.2. Investigação de paternidade - "Condução do réu debaixo de vara"; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, desenvolvida na linha da argumentação e da hermenêutica jurídica, teve como objeto a análise das opções teóricas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal em relação à ponderação de princípios contida na teoria dos direitos fundamentais do jurista alemão Robert Alexy (2011), levando em consideração as colocações de três juristas brasileiros que se dedicam ao estudo da teoria e de sua recepção pela Suprema Corte brasileira.

Inicialmente, discorreu-se a respeito dos principais conceitos que estruturam a teoria alexyana, mormente os conceitos de direito e de norma, a distinção entre regras e princípios e a técnica desenvolvida pelo jurista alemão para sopesar princípios no caso concreto, batizada por ele como Máxima da Proporcionalidade.

De forma sucinta, pode-se dizer que, para Alexy (2011), o conceito adequado de direito é aquele que envolve legalidade conforme o ordenamento, eficácia social e correção material. Somente com a junção desses três elementos é que, segundo o autor, pode-se obter um conceito de direito que não seja puramente positivista ou jusnaturalista. Outra questão é a distinção entre regras e princípios, que constitui a base da justificação jusfundamental e é um ponto importante para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Alexy dá aos princípios valor normativo, derrubando as teorias positivistas, que os relegavam a um plano subsidiário. Assim, tanto regras como princípios constituem um *dever-ser*, diferenciando-se uns dos outros pelo aspecto qualitativo.

Desse modo, os princípios jurídicos devem ser entendidos como mandamentos de otimização passíveis de cumprimento em diferentes níveis, sendo que somente no caso concreto é possível determinar se um direito fundamental poderá ser admitido como definitivo. As regras, por sua vez, são normas que devem ser cumpridas de maneira exata, integral. Assim, em caso de conflito de regras, pelo menos uma delas é declarada inválida ou uma cláusula de exceção é adicionada a uma delas. Se houver um conflito entre

princípios, um princípio deve dar lugar ao outro. Neste caso, a decisão é tomada de acordo com o sopesamento entre os princípios relevantes, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto (LIMA, 2014, p.1).

No intuito de solucionar os conflitos quando da colisão entre princípios, Alexy (2011) desenvolveu a técnica que ficou conhecida como Máxima da Proporcionalidade, a qual está intimamente ligada à ideia de princípio. A técnica em apreço leva em consideração a aplicação de três máximas: a adequação (ou idoneidade), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Sucintamente, as duas primeiras tratam da otimização em face das possibilidades fáticas da decisão, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito cuida dos mandamentos de otimização em razão das possibilidades jurídicas, como será demonstrado no decorrer deste trabalho. Aliada a esta teoria, está a argumentação jurídica, que tem por escopo desenvolver um procedimento racional para a tomada de decisões que possuam uma pretensão de correção, a qual embasa e dá suporte ao sopesamento de princípios no caso concreto.

Com a finalidade de analisar a recepção da ponderação de princípios pela Suprema Corte Federal brasileira, a presente pesquisa pode ser classificada como jurídico compreensiva, pois teve como marco inicial a teoria desenvolvida por Alexy, fazendo prevalecer, desta forma, a sua concepção formal do direito, entendido como ciência. É conferida ênfase aos aspectos conceituais e doutrinários, com o levantamento das posições jurídicas de doutrinadores brasileiros que se dedicam ao estudo do tema e de sua aplicabilidade no cenário brasileiro.

Após discorrer sobre os principais pontos que estruturam a teoria alexyana, foi realizada então uma análise da recepção da Teoria da Ponderação dos Princípios pelo Supremo Tribunal Brasileiro tendo por referência a visão de três juristas brasileiros: os doutores Lênio Luiz Streck, Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira.

No que concerne aos aspectos de cunho filosófico, foram observadas divergências em relação à aceitação da própria teoria alexyana, uma vez que Streck (2014) defende que

a Teoria da Ponderação dos Princípios vai de encontro à teoria hermenêutica do direito contemporâneo, que tem matriz em Gadamer (2005), ao mesmo tempo em que Alexy (2011) não teria observado o giro linguístico ocorrido na filosofia. Como será discorrido no tópico seguinte, Alexandre Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira se manifestam contra esse posicionamento, sobretudo no artigo intitulado “Uma teoria do direito sem filosofia?! Crítica às objeções de Trindade e Streck à teoria de Alexy”, publicado na Coluna Diário de Classe, no dia 05 de abril, em que os autores defendem que Alexy (2011) reconhece a incompletude do círculo hermenêutico sem, no entanto, rejeitá-lo, além do fato de que o jurista alemão teria desenvolvido sua teoria sob forte influência do papel desenvolvido pela linguagem na filosofia do século XX.

Em que pese as divergências relacionadas aos aspectos supramencionados, cabe destacar que, tanto os opositores quanto os defensores da teoria em apreço estudados são unânimes ao afirmar que a recepção da Teoria da Ponderação de Princípios de Robert Alexy pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu de forma distorcida, o que culminou no fenômeno conhecido como decisionismo. Corroborando com esta tese, foi exposto a concepção de Júlio Aguiar de Oliveira, que considera a forma de prolação de decisões pelo STF uma prática anti-deliberativa, a qual não se coaduna com o que Alexy (2011) propôs em sua teoria.

Por fim, foram analisados dois casos concretos encontrados na jurisprudência brasileira, que ficaram conhecidos como “Caso Ellwanger” e “Condução do réu debaixo de vara”. Enquanto o primeiro demonstra a aplicação distorcida da ponderação de princípios de Robert Alexy pelo STF, o segundo revela um total desprezo da Corte Suprema pela teoria em apreço. Tais análises ilustraram de forma prática a hipótese lançada na pesquisa, a qual se coaduna com a tese dos autores supramencionados.

2. OS PRINCIPAIS CONCEITOS DA CONCEPÇÃO TEÓRICO DISCURSIVA DA FILOSOFIA DO DIREITO ALEXYANA: OS SIGNIFICADOS DE DIREITO E DE NORMA

Antes de se adentrar no estudo da teoria do Direito de Robert Alexy, mostra-se oportuno introduzir sucintamente a biografia do paladino dessa escola do pensamento jurídico. Robert Alexy nasceu na cidade alemã de Oldenburg, em 9 de setembro de 1945. É graduado em Direito e Filosofia pela Universidade Georg-August, de Göttingen. Em 1978, publicou “Teoria da Argumentação Jurídica”. Em 1984, escreveu outra obra de relevância internacional, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, um clássico da Teoria do Direito. Juntas, essas duas obras constituem as pedras angulares de sua Filosofia do Direito, a qual se compõe de um sistema jurídico que envolve os Direitos Fundamentais e a Argumentação Jurídica. Sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” apresenta concepções de princípios e regras, bem como a técnica da máxima da proporcionalidade, a qual vem sendo utilizada por diversas cortes constitucionais e pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Robert Alexy (2011) trabalha com três elementos para conceituar o direito: a eficácia social, a correção material e a legalidade conforme o ordenamento, sendo que esses correspondem respectivamente aos conceitos sociológico, ético e jurídico. Para o autor, apenas com a conjugação desses três fatores, é possível se chegar a uma definição de direito que não seja puramente jusnaturalista ou positivista. André Canuto de F. Lima, em seu artigo intitulado “A teoria dos princípios de Robert Alexy”, ao dissertar sobre os conceitos de direito positivista e jusnaturalista segundo Alexy, conclui:

É positivista o conceito de direito que for descrito apenas com a legalidade ou a eficácia social, sem haver, portanto, a ideia de correção material. Por sua vez, o direito natural elabora um conceito de direito baseado unicamente em sua correção material. Quanto ao positivismo, há também variações de seu conceito, as quais dependem da ênfase que é dada aos dois elementos – legalidade e eficácia – e à relação existente entre eles (LIMA, 2014, p.1).

Nesta esteira, Willis Santiago Guerra Filho (2001) citado por André Canuto F. de Lima (2014) afirma que o modelo desenvolvido por Alexy (2011) corresponde a uma abordagem de determinada ordem jurídica positiva sob as seguintes dimensões: a empírico-descritiva, em que se efetua o conhecimento de uma ordem jurídica positivamente válida e também se descreve a prática dos tribunais; a analítico-lógica, que

se dedica à estrutura do sistema jurídico, além de examinar os conceitos jurídicos e as relações entre as diferentes normas, e a prático-normativa, que se ocupa da orientação e crítica da prática judicial.

No que se refere ao significado de norma, o jurista alemão o considera um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental de todos. Alexy (2011) inovou ao elaborar um conceito, denominado por ele de semântico, que seria o único compatível com as mais variadas teorias sobre validade. De acordo com o conceito semântico, é necessário distinguir norma de enunciado normativo, admitindo que a primeira se constitui no significado do segundo. Para Alexy (2011), a identificação de uma norma não deve ser feita através de seu enunciado normativo, mas sim, de sua própria análise, uma vez que uma mesma norma pode ser expressa através de inúmeros enunciados, da mesma forma que é possível expressar uma norma sem a necessidade de um enunciado. Nesse ínterim, ele utiliza os chamados modais deônticos, que se dividem nas modalidades básicas do dever, da proibição e da permissão, as quais podem ser resumidas no conceito de dever-ser.

Segundo o professor de Kiel (2015), umas das vantagens do conceito semântico de norma consiste no fato de ele não ser apenas compatível com as mais variadas teorias da validade como, também, ser pressuposto por elas. E dentre as teorias da validade, ele destaca as teorias sociológica, jurídica e ética, ressaltando o fato de que o conceito semântico não toma como pressuposto nenhuma dessas teorias, ao mesmo tempo que não as rechaça.

Por fim, Robert Alexy (2015) descreve as normas de direitos fundamentais, as dividindo em dois grupos: as normas diretamente estatuídas e as normas a elas adscritas. Segundo André Canuto F. de Lima (2014), ao dissertar sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy, as normas diretamente estatuídas correspondem às normas textualmente postas na Constituição, ao passo que as normas a elas adscritas são o resultado de uma interpretação que procura tornar mais precisa uma norma diretamente estatuída no texto.

Ainda como objeto deste capítulo, será analisado no subitem seguinte a estrutura da

norma de direito, tomando como base a diferenciação teórico-estrutural entre regras e princípios, a qual é considerada por Alexy (2015) a mais importante para a teoria dos direitos fundamentais. Em seguida, será feita uma abordagem da teoria da máxima da proporcionalidade, a qual está diretamente conectada à concepção de princípio alexyana.

2.1. DA ESTRUTURA DAS NORMAS: A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

No que concerne à análise da estrutura das normas, Alexy (2015) pondera que é possível que sejam feitas diversas diferenciações teórico-estruturais, no entanto afirma que, para a teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios é a mais importante.

O professor de Kiel (2011) defende que tanto regras como princípios expressam um dever-ser, podendo ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. O que os diferencia é o aspecto qualitativo. Ao definir o que seria princípio, ele defende que se trata de uma norma que se constitui em um mandado (ou mandamento) de otimização, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Já as regras são normas cujo cumprimento há de ser feito de forma integral, utilizando o modo de aplicação batizado por Dworkin (2007) como tudo ou nada. Quando há um embate entre regras, abre-se caminho para que ocorra uma das seguintes possibilidades: pelo menos uma das regras é declarada inválida ou é introduzida uma cláusula de exceção em uma delas. Ao ocorrer um embate entre princípios, por sua vez, um deve ceder frente ao outro, observando-se as circunstâncias do caso concreto para que seja aplicada uma relação de precedência condicionada, que leva ao que Alexy chamou de “lei de colisão”.

A “lei de colisão” é um dos fundamentos da teoria dos princípios alexyana. Segundo Alexy (2015, p. 99), “ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis”. Ele ilustra a

aplicação da mencionada lei no caso sobre incapacidade para participar de audiência processual de um acusado que corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto devido à tensão desse tipo de procedimento. O tribunal alemão concluiu que, neste caso, o conflito deveria ser solucionado por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, para definir qual dos dois interesses (do acusado ou da intervenção estatal) tem maior peso no caso concreto, através de uma relação de precedência condicionada. Neste caso concreto, de acordo com Alexy (2015, p. 99), o tribunal alemão concluiu que “se a realização da audiência implicava um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave à sua saúde, então, a continuação do procedimento lesaria seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 2º, 1, da Constituição alemã”.

É possível deprender que, em resumo, havendo um conflito entre regras, este deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação, com a aplicação dos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade. Já havendo um embate entre princípios, prevalecerá aquele que tiver maior peso ou importância naquela circunstância. Por fim, deve-se compreender que os princípios pertencem ao indefinido mundo do possível, o que faz com que eles não se excluam, ao contrário das regras.

Ainda no que se refere a princípios, o autor alemão (2015) faz uma comparação entre a teoria dos princípios e a teoria dos valores, afirmando que existem semelhanças entre elas, dentre as quais é possível destacar a existência tanto de colisão e sopesamento entre princípios como entre valores. Outra semelhança é que a realização gradual entre princípios corresponde à realização gradual dos valores. No entanto, ele diferencia princípios de valores, enquadrando aqueles na classe de conceitos deontológicos (pois exprimem um dever ser), e estes, na classe dos conceitos axiológicos, uma vez que têm como questão essencial o que é bom. André Canuto F. de Lima (2014) conclui que a diferença entre princípios e valores é que o modelo de valores indica o que é melhor, enquanto o modelo de princípios indica o que é devido.

Alexy (2015) sustenta que essa diferenciação parte da divisão dos conceitos práticos proposta por Von Wright, que os divide em três grupos: os deontológicos

(conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo), os axiológicos (ligados ao conceito de bom) e os antropológicos (conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação). O autor conclui, grosso modo, que os princípios, por serem mandamentos de otimização, pertencem ao âmbito deontológico, enquanto os valores fazem parte do nível axiológico. Nas palavras do professor de Kiel:

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, 2015, p.153).

No tópico seguinte, será explicitada a técnica da máxima da proporcionalidade, diretamente conectada à concepção de princípio alexyana, e utilizada pelo autor alemão para realizar o sopesamento entre princípios colidentes no caso concreto. Será demonstrado o procedimento metodológico racional do qual Alexy(2011) se vale para tanto, por meio da utilização de três máximas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Como se verá, esse procedimento preceitua que, diante de dois princípios colidentes, o intérprete deva realizar uma espécie de afunilamento por meio da passagem dos princípios pelas três máximas até se chegar ao princípio mais adequado a ser aplicado em cada caso específico.

2.2. A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE: A TÉCNICA ALEXYANA PARA O SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS

Segundo Carneiro (2018), a importância do conceito da máxima (*Grundsatz*) da proporcionalidade está diretamente conectada à concepção de princípio alexyana. Nas palavras de Alexy (2011, p. 116), “essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”. A técnica então que o jurista de Kiel utiliza para realizar o sopesamento, ou seja, para aplicar um outro princípio colidente no caso concreto foi batizada por ele como Máxima da Proporcionalidade, a qual leva em consideração a aplicação de três máximas: a adequação

ou idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto as duas primeiras máximas tratam da otimização em face das possibilidades fáticas da decisão, a outra cuida dos mandamentos de otimização em razão das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2011).

A máxima da adequação ou idoneidade cuida de uma otimização sobre possibilidades fáticas, que apenas demonstra a possibilidade de utilização de determinados meios para o atingimento dos fins desejados. De acordo com Carneiro (2018), a adequação funcionaria como um critério negativo, eliminando meios não adequados. Sendo assim, a adequação visa a excluir opções não aptas para fomentar a realização de determinado objetivo por um princípio. Na perspectiva de Barros (1996), o subprincípio da adequação deve responder à indagação de que se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido. Como crítica à utilização deste subprincípio no Brasil, Pedron (2018, p.109), baseando-se nas considerações de Streck (2014), conjectura que o significado de “adequado” foi deturpado, devido a uma tradução imprecisa do termo alemão *fördern* como alcançar, ou invés de fomentar, que seria mais correto.

A máxima da necessidade, por sua vez, demanda um exame comparativo dos atos e entra cena quando há uma colisão entre um princípio que fundamenta um meio de atingir determinado fim e um outro princípio, o que causaria uma inadequação. Tomando como base a constelação mais simples, ou seja, aquela caracterizada pela presença de apenas dois princípios e dois sujeitos de Direito (Estado/cidadão), Alexy (2015, p.119) apresenta a seguinte estrutura para a definição de qual meio utilizar neste caso:

O Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P1 (ou Z é simplesmente idêntico a P1). Há pelo menos duas medidas, M1 e M2, para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M2 afeta menos intensamente que M1 - ou simplesmente não afeta - a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio - P2 - exige. Sob essas condições, para P1 é indiferente se se escolhe M1 ou M2. Nesse sentido, P não exige que se escolha M1 em vez de M2, nem que se escolha M2 em vez de M1. Para P2, no entanto, a escolha entre M1 e M2 não é indiferente. Na qualidade de princípio, P2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M2 em vez de M1. Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às

possibilidades táticas, e sob a condição de que tanto P1 quanto P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida e M1 é proibida. Esse raciocínio vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas.

Dessa forma, é possível depreender que, conforme com a teoria alexyana, quando existem dois meios considerados idôneos ou adequados a serem aplicados a um mesmo caso concreto, o julgador deve escolher aquele intervenha de modo menos intenso. Nas palavras de Pedron (2018, p. 110), “por necessidade, entende-se uma imposição que é posta ao Poder Público para que adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo”.

Por último, a proporcionalidade em sentido estrito é a solução encontrada pelo autor tedesco para definir qual princípio possui maior necessidade de realização, quando a solução não pode ser encontrada pelas máximas da adequação e da necessidade. Para Silveira (2013), a proporcionalidade em sentido estrito tem a função de equacionar uma colisão entre princípios em um caso concreto, diante de uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretende tutelar, com a relativização da aplicação de uma norma de direito fundamental.

Alexy (2011) divide a lei do sopesamento (sinônima da proporcionalidade em sentido estrito) em duas: a lei material do sopesamento e a lei epistêmica do sopesamento. A lei material do sopesamento é expressa da seguinte forma: "quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro" (ALEXY, 2011, p. 167). Nesse íterim, ele traz as três etapas a serem cumpridas nessa lei: Primeiro, a avaliação do grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios; segundo, a apreciação da importância da satisfação do princípio colidente; terceiro, a estimativa se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio (ALEXY, 2011).

Por sua vez, a lei epistêmica do sopesamento procura dimensionar a segurança das premissas que são levantadas na construção do sopesamento. Alexy (2011, p.617) assim a define: “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”. Ao contrário da lei

material do sopesamento, a lei epistêmica não está associada à importância das razões que sustentam a intervenção, mas sim, à sua qualidade epistêmica.

Por último, insta destacar, conforme bem observa Carvalho (2013), que a teoria da argumentação jurídica é sustentada, em linhas gerais, por quatro vertentes: (a) a concepção do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral; (b) a relativização do caráter deontológico dos princípios, seguida da; (c) tentativa de justificação racional de tal fato por meio do emprego de critérios objetivos; e, por fim, (d) a noção de “representação argumentativa”, como fundamento da legitimidade das decisões tomadas conforme tais critérios.

3. A RECEPÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY NO BRASIL: ENTRE LÊNIO LUIZ STRECK E ALEXANDRE GOMES TRIVISONNO

Segundo Ávila (2005), a normatização dos direitos fundamentais pela Constituição cidadã trouxe para o ordenamento jurídico uma interlocução entre o Direito, moral, política e princípios básicos do ser humano, tornando o texto constitucional a norma máxima do país.

Ainda conforme preleciona o princípio da Unidade da Constituição, os textos devem ser analisados em sua globalidade, levando-se em consideração o conjunto das normas constitucionais, com vista a guardar uma coerência interna, de forma a evitar conflitos entre seus dispositivos. No entanto, conforme ensina Moraes (2002), os direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos também previstos na Carta Magna.

Com o escopo de buscar a convivência mais harmônica dos princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e a corrente doutrinária brasileira majoritária adotaram a Teoria da Ponderação dos Princípios do jurista Robert Alexy (2011). No entanto, a recepção da mencionada teoria pela Suprema Corte é criticada por juristas brasileiros de renome, que divergem em relação à aceitação de suas bases filosóficas, mas são unânimes ao afirmar que, no Brasil, a utilização da técnica ocorre de

maneira deturpada, uma vez que a utilização indistinta da máxima da proporcionalidade acaba gerando decisões solepcistas, em que juízos morais e políticos são substituídos pelos do próprio magistrado.

A seguir serão apresentados de forma pormenorizada os pensamentos dos juristas brasileiros Lênio Luiz Streck (2014), Alexandre Gomes Trivisonno (2014) e Júlio Aguiar de Oliveira (2016) acerca da teoria da ponderação de princípios alexyana, bem como da análise de sua recepção no Brasil.

3.1. UMA TEORIA SEM FILOSOFIA? A CRÍTICA DE LÊNIO LUIZ STRECK

A distinção entre regras e princípios apresentada por Alexy (2011) vai de encontro à teoria hermenêutica do direito contemporânea, que tem como objetivo fornecer uma teoria da decisão judicial desatada da consciência do magistrado. Essa é a crítica central que Lênio Luiz Streck (2014) faz à ponderação de princípios alexyana.

Ele considera que a hermenêutica afasta a possibilidade de se pensar o Direito independentemente da maneira do sujeito enxergar o mundo, uma vez que o intérprete sempre atribui sentido. Para tanto, ele defende ser necessário uma pré-compreensão de significações para uma real compreensão jurídica, que se baseie em uma concepção democrática e de busca por um direito coerente.

De forma geral, as objeções levantadas pelo jurista brasileiro levam em consideração tanto aspectos de cunho filosófico, ao afirmar que a distinção entre regras e princípios formulada por Alexy mascararia uma certa forma de discricionariedade judicial quanto aspectos de cunho prático, ao constatar que a jurisprudência brasileira não compreendeu a necessidade de se aplicar a Máxima da Proporcionalidade segundo as normas da hermenêutica jurídica, que seria capaz de evitar os protagonismos judiciais (PEDRON, 2018). Ademais, outra crítica refere-se ao fato do professor de Kiel utilizar-se de um método cartesiano para a garantia da correção do resultado, olvidando-se dos trabalhos de Gadamer (2005).

Streck (2014) argumenta que Alexy ignora o giro linguístico ocorrido na filosofia,

responsável por alterar radicalmente a noção de conhecimento como relação entre pessoas e objetos, percebendo-se agora na relação entre pessoas e proposições. Da mesma forma, critica a dogmática jurídica, responsável pela redução do Direito a uma mera racionalidade instrumental, a qual ignora completamente a influência do giro linguístico na hermenêutica. Ao sugerir a técnica do sopesamento, Alexy estaria defendendo, na verdade, na visão do autor, o retorno do conceito de julgamento como ato de vontade, o que implicaria, por conseguinte, em escolha subjetiva do aplicador do direito, podendo levar a diferentes respostas para casos idênticos.

Para Streck (2014), além do ataque à hermenêutica gadameriana e da rigorosidade conceitual que Alexy confere à ciência do Direito, outro problema é a aplicação da proporcionalidade no Brasil, que se tornou uma “vulgata”. Isso ocorreu porque a doutrina pátria importou parcialmente a teoria de Alexy e os tribunais superiores passaram a utilizar o argumento da proporcionalidade sem qualquer critério. Neste mesmo sentido, Pedron (2018) afirma que as teorias surgidas no Brasil a partir da teoria da argumentação de Alexy tiveram como pretexto superar a ideia do “juiz boca da lei”, apostando na liberdade interpretativa dos juízes e dos tribunais. Adotou-se, dessa forma, a teoria alexyana de forma deturpada, resultando no protagonismo do Poder Judiciário. É o fenômeno definido por Streck (2014, p. 60) como panprincipiologismo, que ele assim define:

De consignar, por fim, que esse uso da ponderação, como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando panprincipiologismo. Em linhas gerais, o panprincipiologismo é subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

Streck (2014) conclui que, na ausência de leis apropriadas, o aplicador utiliza-se da panprincipiologia, o que faz com que a razão prática continue prisioneira do solipcismo judicial, com os princípios sendo utilizados para corrigir todos os problemas de imprecisão da linguagem.

Ademais, ele também critica a distinção que Alexy faz entre regras e princípios, pois acredita que as regras não ocorrem sem os princípios. Em suas palavras, “o problema da resposta adequada/correta, neste caso, só é resolvido na medida em que seja descoberto o princípio que institui (legitimamente) a regra do caso” (STRECK, 2014, p. 569).

Além disso, ao final das contas, ambos são aplicados através de uma regra de subsunção, o que levaria ao fenômeno do decisionismo. Streck (2014) defende então a superação da discricionariedade, que recai na arbitrariedade interpretativa, de forma que esta ceda lugar a uma teoria da fundamentação das decisões judiciais que tenha coerência com o ordenamento jurídico vigente e que assegure a integridade do direito. Ainda segundo Pedron (2018, p.115), ao interpretar a crítica que Streck faz à teoria da ponderação de princípios alexyana, “cabe frisar mais uma vez que o julgador tem responsabilidade política sobre suas decisões, devendo proferi-las na condição de membro de uma comunidade e levando em conta os requisitos de integridade e coerência do Direito”.

3.2. ALEXANDRE GOMES TRIVISONNO - OBJEÇÕES A STRECK

O jurista e professor Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, juntamente com o também jurista e professor Júlio Aguiar de Oliveira, defensores da teoria da ponderação de princípios alexyana, contestam a correção das objeções feitas por Streck e Trindade, no ensaio publicado por ambos na Coluna “Diário de Classe”, intitulado “Alexy e os problemas de uma teoria do direito sem filosofia”. Não obstante as controvérsias em relação à própria correção da teoria alexyana a seguir demonstradas, os defensores do professor de Kiel concordam com seus opositores quando afirmam que, no Brasil, “a aplicação – sobretudo em juízo – de instrumentos centrais da teoria em apreço, como a máxima da proporcionalidade, muitas vezes não corresponde à teoria aplicada” (OLIVEIRA; TRIVISONNO, 2014), como será ao final deste tópico demonstrado.

Primeiramente, Trivisonno e Oliveira (2014) trazem à discussão o fato de Alexy afirmar que o círculo hermenêutico é inafastável, mas não o bastante para o direito. Ao contrário do que Streck e Trindade sugerem, que seria uma rejeição de Alexy aos trabalhos

de Gadamer (2005), seus defensores acreditam que o jurista alemão apenas reconhece a incompletude do círculo hermenêutico, sem, no entanto, rejeitá-lo por completo. Neste ponto, acreditam que os opositores superdimensionam o que Alexy ponderou em suas reflexões expostas no congresso “Proporcionalidade, Dignidade Humana e Direitos Sociais na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy”, realizado em Chapecó, entre os dias 26 e 28 de março de 2014.

Em segundo lugar, rebatendo as objeções de Streck e Trindade de que a teoria do direito alexyana não possuiria matriz filosófica que a embasasse, Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira (2014) defendem que a teoria de Alexy possui de veras uma filosofia de base, qual seja, a teoria do discurso, influenciada pelas matrizes filosóficas kantianas e habermasianas, que está por trás da teoria da argumentação jurídica alexyana.

Já no que se refere à crítica de que Alexy não teria compreendido o giro ontológico-linguístico, os defensores do jurista alemão novamente vão em sua defesa. Eles acreditam que tal crítica linguística não pode ser sustentada, pois o princípio do discurso é dialógico, tendo como prova o fato de Alexy desenvolver sua teoria da argumentação jurídica sob forte influência do papel desenvolvido pela linguagem na filosofia do século XX (OLIVEIRA; TRIVISONNO, 2014).

Por último, em relação à crítica de que, para o autor alemão, princípios não possuiriam caráter deontológico e que estariam à disposição dos intérpretes para que ao final decidissem conforme sua vontade, Trivisonno e Oliveira (2014) consideram que se trata de um equívoco cometido pelos opositores de Alexy ao levar em consideração a aplicação distorcida da teoria alexyana no Brasil. Para eles, ponderação não pode ser confundida com decisionismo, uma vez que, para Alexy (2011), a ponderação se desenvolve dentro de um processo racional de argumentação, através da máxima da proporcionalidade. Nas palavras dos autores:

Aqui a razão do equívoco dos autores é provavelmente a confusão entre a teoria de Alexy e a aplicação, por parte de alguns tribunais no Brasil, da ideia de ponderação. O fato de alguns tribunais ponderarem sem critério, o que pode

implicar decisionismo, não significa que Alexy o faça. Para Alexy a ponderação se desenvolve dentro de um processo racional de argumentação. Não há decisionismo: princípios não são normas que o intérprete escolhe de forma arbitrária. Ao contrário, princípios são ponderados de forma racional, através da máxima da proporcionalidade, que pressupõe a argumentação jurídica. A ponderação seria arbitrária se ela não estivesse conectada a argumentos racionais que a apoiam (OLIVEIRA; TRIVISONNO, 2014, p. 1).

Nesse mesmo sentido, Trivisonno (2015), em seu “Estudo introdutório: a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito” ressalta a necessidade de se reconhecer a importância da argumentação racional para o agir jurídico-metódico. Para o autor, processos como a ponderação e os cânones interpretativos não serão arbitrários, caso sejam postos como referência dentro de uma argumentação jurídica. Ele destaca a função estruturante dos cânones, os quais são indispensáveis para a racionalidade da aplicação das normas jurídicas, embora na prática judicial brasileira sejam muitas vezes utilizados sem os devidos cuidados, sobretudo como recurso de autoridade.

Por fim, mas ainda no começo de seu artigo “Uma teoria do direito sem filosofia?! Crítica às objeções de Trindade e Streck à teoria de Alexy”, Trivisonno e Oliveira (2014) concordam com Streck e demais opositores da teoria do direito em comento quando afirmam que a aplicação dos instrumentos centrais da teoria alexyana, sobretudo a máxima da proporcionalidade, ocorreu de forma distorcida nos tribunais brasileiros. Para eles, tal fenômeno de não recepção adequada não ocorreu somente com a teoria alexyana, uma vez que é comum em toda teoria que apresenta grande repercussão.

Trivisonno (2015) também corrobora com tal entendimento ao afirmar que uma das questões fundamentais da teoria e da filosofia do direito é representada pelo problema da aplicação normativa e seus métodos, o que no contexto brasileiro ocorre de forma acentuada, visto que a hermenêutica jurídica é tratada de forma relativamente simples em solo pátrio, contando com poucos pesquisadores que se aprofundam no tema.

Desse modo, é possível constatar que todas as críticas direcionadas a Alexy no que se refere à estrutura teórico-filosófica de sua teoria são rebatidas por Alexandre Trivisonno. A teoria da ponderação de princípios fornece, de fato, uma solução íntegra e

coerente com o Direito, uma vez que o sopesamento deve ser realizado através de argumentos racionais, nos moldes propostos por uma argumentação jurídica que leva em consideração os valores da sociedade em que o Direito está inserido.

O equívoco cometido por Lênio Luiz Streck parece ter sido considerar a utilização deturpada do sopesamento que o STF faz como uma falha da teoria alexyana em si. Alexy não defendeu a substituição dos valores morais e políticos de uma sociedade pelos do magistrado na busca de uma solução para um caso concreto – são os magistrados brasileiros que, muitas das vezes, utilizam-se da ponderação de princípios apenas como um artifício retórico para encobrir suas reais preferências.

3.3. JÚLIO AGUIAR DE OLIVEIRA: A PRÁTICA ANTI DELIBERATIVA DO STF

O jurista Júlio Aguiar de Oliveira (2016), também defensor da teoria dos princípios de Alexy (2011), discorre acerca dos conceitos de direito, justiça e prudência, nos moldes aristotélicos e tomasianos. Ele confere à justiça um caráter de virtude moral, mas acredita que a descoberta do direito no caso concreto seja tarefa da virtude da prudência. Além de reconhecer o sentido da prudência enquanto virtude própria da pessoa humana, ele ressalta que esta deva ser atribuída à natureza do processo e de suas instituições.

Ao fazer uma análise do processo de tomada de decisões no Supremo Tribunal Federal, Oliveira (2016) conclui que há uma falta de compromisso com a prudência em um nível elementar, uma vez que não há deliberação em sentido estrito na base das decisões do STF, o que pressupõe a não recepção da teoria da ponderação de princípios alexyana. Em síntese, Júlio Aguiar de Oliveira (2016, v.12, n.2) afirma que:

[o] verdadeiro desafio para a superação do déficit de racionalidade da prática decisória do STF não se encontra, neste momento, nem na celebração das supostas virtudes da proporcionalidade, nem na condenação de seus supostos defeitos. O desafio, hoje, encontra-se no reconhecimento e na construção das condições institucionais necessárias para a instauração da deliberação no STF.

O autor cita a colocação de Virgílio Afonso da Silva (2013), que descreve o processo de decisão no STF como puramente agregativo, em que cada ministro escreve seu

próprio voto e todos os votos são publicados. Esta ausência de deliberação implica, segundo Oliveira (2016) em decisões desprovidas de fundamentação argumentativa, uma vez que, sendo os argumentos apresentados em votos individuais, é impossível definir quais argumentos sustentam a decisão tomada pelo voto da maioria, ainda que a decisão tenha sido tomada de forma unânime.

Encontra-se uma miscelânea de argumentos, já escritos previamente, que não sofrerão, parece, nenhuma influência da exposição do colega, também ministro e portador, em tese, de notório saber jurídico. Não existe aqui um espírito de colegialidade, tem-se, onze posições particulares que se somam ao final para se ter um resultado (GOMES, 2019, p. 57).

Relacionando tal fato com a suposta aplicação da teoria da ponderação (máxima da proporcionalidade) de Alexy nos tribunais brasileiros, o autor afirma que “A importação da máxima da proporcionalidade sem a importação simultânea de uma prática institucional de deliberação real impõe-lhe uma deformação radical: o que era para ser aplicação da máxima da proporcionalidade revela-se outra coisa” (OLIVEIRA, 2016, p. 185).

Assim, ele conclui, baseado também no trabalho de José Rodrigo Rodriguez (2013), que o STF (assim como os outros tribunais brasileiros) decide, mas não delibera. E dessa forma, a aplicação da máxima da proporcionalidade no Brasil não passa de mero apelo à racionalidade ou artifício retórico.

A tese apresentada por Júlio Aguiar corrobora com todos os argumentos colecionados neste trabalho de que houve de fato uma má recepção da ponderação de princípios em solo brasileiro. Alexy defendia o espírito de colegialidade, a busca de uma decisão baseada em uma deliberação, no intuito de que, de forma conjunta, os magistrados pudessem chegar a uma solução justa para cada caso concreto. O modo como as decisões são tomadas pela Suprema Corte federal brasileira, na forma de placar, revela-se um ataque à argumentação jurídica racional, uma vez que cada magistrado já escolhe previamente “de que lado vai ficar”, sem receber influência dos argumentos de seu colega. Quando, no final, é feito uma somatória de votos individuais, chega-se a uma decisão em que não é possível saber qual tese argumentativa a sustentou.

4. UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1. O CASO ELWANGER

Um exemplo clássico encontrado na jurisprudência brasileira que ilustra a aplicação distorcida da ponderação de princípios de Robert Alexy pelo STF é o julgamento do HC 82.424-2/RS, conhecido como “Caso Ellwanger”. O caso em análise envolveu a publicação de livros, pelo autor Siegfried Ellwanger, cujo conteúdo foi considerado discriminatório em relação à comunidade judaica. Após a denegatória do habeas corpus pelo STJ, Ellwanger interpôs novamente tal remédio constitucional, desta vez, em face do STF.

A questão então envolveu uma discussão acerca dos limites da liberdade de expressão, quando em colisão com a norma constitucional que incrimina o racismo. Discutiu-se a extensão do conceito de raça (se poderia ser aplicado ao caso dos judeus) e se os livros impugnados seriam a manifestação de uma ideologia abarcada pela proteção à liberdade de expressão.

O Ministro Gilmar Mendes votou, alicerçando seu parecer na técnica contida na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy (2011). Dessa forma, ele concluiu que a incriminação das afirmações antissemitas era: (a) adequada, pois assegurava uma sociedade pluralista e tolerante, bem como tutelava a dignidade humana e o pluralismo político; (b) necessária, porque não havia nenhum outro meio menos nocivo e igualmente eficiente para tal, (c) proporcional em sentido estrito, pois se verificou a proporcionalidade entre o fim perseguido (a preservação da dignidade humana e dos valores inerentes a uma sociedade pluralista e os limites impostos à liberdade de expressão do autor dos livros impugnados). Concluiu, dessa forma, que houve um abuso no exercício de tal liberdade, uma vez que essa não abarca a possibilidade do exercício de atos de intolerância racial ou incitação à violência (CARVALHO, 2013).

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio Mello, utilizando-se também do Princípio da Proporcionalidade defendeu, surpreendentemente, argumento oposto. Para ele, a

incriminação das afirmações antissemitas era: (a) inadequada, porque o antissemitismo no Brasil não iria cessar com a proibição de publicação das mencionadas obras; (b) desnecessária, pois não era o meio menos nocivo para tutela da isonomia no caso; (c) desproporcional em sentido estrito, porque não havia proporcionalidade entre o fim perseguido ao passo que eliminava por completo a liberdade de expressão do autor das obras.

Após a apuração do total de votos, o *writ* foi denegado, por decisão da maioria dos ministros, sob fundamento de afronta ao princípio da isonomia, uma vez que os livros impugnados constituíam uma apologia à discriminação contra a comunidade judaica.

Analisando este caso específico, é possível notar que, partindo da aplicação do mesmo método, chegou-se a resultados díspares entre dois julgadores, o que nos conduz mais uma vez à indagação se de fato a ponderação de princípios é aplicada de forma imparcial pelo STF ou se ela é utilizada apenas como artifício retórico para valorações arbitrárias, que conduzem à relativização discricionária de direitos fundamentais.

Pode-se cogitar neste caso a aplicação da teoria alexyana como uma verdadeira “vulgata” tal qual observou Lênio Streck: o argumento da proporcionalidade é utilizado sem critério, tanto que foram observados resultados diametralmente opostos, vindos de dois julgadores que disseram basear sua decisão em uma mesma teoria. Como poderiam dois ministros sopesarem de modo diferente os princípios da liberdade de expressão e da norma que incrimina o racismo, em um mesmo caso concreto, tomando por base uma teoria que prevê um procedimento racional na busca de uma solução? No mesmo sentido, o caso amolda-se ao que Alexandre Trivisonno considerou comum nas cortes superiores brasileiras: a utilização de uma ponderação sem critérios, culminando no decisionismo.

Ademais, pode-se constatar que no caso em tela os ministros Gilmar Mendes e Marco Auréio Melo expuseram seus argumentos já pré-concebidos sem receber a influência de seus colegas. Não houve uma decisão colegiada, mas sim uma somatória de votos individuais que decidiu por denegar o *writ* e condenar as obras de Elwanger. Tal como defendido por Júlio Aguiar, não se observa neste caso uma deliberação nos moldes

alexianos, mas sim, um somatório de votos individuais para a formação da decisão final.

4.2. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - "CONDUÇÃO DO RÉU DEBAIXO DE VARA"

O julgamento do HC 71373-4 pelo STF, revelou-se outro caso extremamente relevante para a jurisprudência da Suprema Corte, pois, pela primeira vez, ela se defrontou com a recusa do paciente em realizar o exame de DNA para a comprovação da paternidade. O caso trouxe à tona a colisão entre dois direitos fundamentais: a intangibilidade física do corpo VS o direito à real identidade da criança. O argumento utilizado pelo réu para a não realização do exame é a inexistência de lei que o obrigasse a sujeitar-se a esse tipo de prova.

O voto do Ministro Marco Aurélio Melo foi vencedor, através da seguinte tese: “é irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire das próprias veias a porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame” (STF, HC 71373, p.420). Dentre os argumentos utilizados para corroborar com a tese em apreço, foram citados a inexistência de lei que obrigue o paciente a ser submetido ao exame de DNA (STF, HC 71373, p.419), a ilegitimidade moral em se realizar a inspeção do corpo humano sem o consentimento do réu (STF, HC 71373, p. 429) e admissibilidade ficta (STF, HC 71373, p. 418). Acompanharam o voto do ministro Marco Aurélio os ministros Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Néri da Silveira.

Não obstante, os ministros Francisco Resek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence votaram em sentido contrário, posicionando-se a favor do exame compulsório. Os principais argumentos por eles levantados foram: o direito que a criança tem à sua real paternidade (STF, HC 71373, p.409 e 410), o fato de que o direito ao próprio corpo não é absoluto (um exemplo seria os casos de vacinação em prol da saúde pública) e a valorização que a Constituição Federal deu aos direitos da criança e do adolescente, impondo à sociedade e ao Estado o dever de assegurar-lhes o respeito e a dignidade. Desse modo, o direito da criança em conhecer o pai biológico é preponderante,

pois insere-se no direito à dignidade da pessoa humana.

Este acórdão revelou mais uma vez o embate envolvendo a colisão de princípios quando há direitos conflitantes. Em que pese haver predominado a tese da defesa da intimidade, é possível constatar que nenhum dos ministros fez alusão ao método do sopesamento de valores, preferindo expor sua concepção prévia a respeito do assunto, sem explicar o motivo pelo qual optaram por defender um princípio em detrimento do outro.

Conforme observado, cada ministro expôs seus argumentos alicerçados em dispositivos legais e conceitos morais sem considerar um conflito que pudesse existir no que se refere ao disposto em outros diplomas normativos. Enquanto no “Caso Elwanger” os julgadores se propuseram a justificar seus argumentos dentro da teoria da ponderação de princípios, ainda que a utilizando apenas como um mero artifício retórico, no julgamento do habeas corpus em análise, nem sequer houve esta preocupação, uma vez que cada ministro já possuía seu juízo pré-concebido sobre o tema e, conseqüentemente, já sabia a favor de quem votar. Mais uma vez, encontra-se presente a escolha de normas sendo feita de forma arbitrária, implicando no fenômeno do decisionismo, tal qual apresentado por Alexandre Trivisonno.

O caso em apreço também ilustra a falta do espírito de colegialidade entre os julgadores, uma vez que os ministros Marco Aurélio Melo e Francisco Resek, ao formularem suas teses divergentes, não pareceram ser influenciados pelos argumentos em sentido contrário uns dos outros. Ao fim do julgamento, o que se constatou foi um somatório de votos que decidiu que o paciente não poderia ser constrangido a realizar o exame sanguíneo de DNA. Tal como defendido por Júlio Aguiar, não houve deliberação, mas sim, um somatório de votos em sentido comum resultando em uma decisão final.

5. CONCLUSÃO

De acordo com todo o exposto, é possível tecer as seguintes considerações finais:

Para Alexy, tanto princípios quanto regras possuem valor normativo, distinguindo-se entre si pelo aspecto qualitativo: enquanto princípios são mandamentos de

otimização, que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, as regras se constituem em mandamentos de definição, pois são sempre satisfeitas ou não;

O conflito entre regras é resolvido pela aplicação da lógica do “tudo ou nada”, sendo utilizados os critérios de hierarquia, cronologia e especificidade. Já o conflito entre princípios, por estes apresentarem um caráter *prima facie*, é solucionado através do sopesamento entre eles, levando-se em consideração a configuração típica do caso concreto. Para tanto, o professor de Kiel utiliza-se da Máxima da Proporcionalidade, técnica que considera os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido entrito;

No que se refere aos aspectos filosóficos que embasam a teoria do direito alexyana, há controvérsias entre os doutrinadores pátrios estudados, sobretudo no tocante aos seguintes aspectos:

A teoria de Alexy seria um ataque à hermenêutica gadameriana, a qual indica a construção de uma nova teoria da decisão judicial que dispense protagonismos judiciais – o que não é aceito por Trivisonno, que afirma que Alexy apenas reconheceu a incompletude do círculo hermenêutico sem, no entanto, rechaçá-lo;

Alexy teria ignorado o giro linguístico, o que é rebatido por seus defensores, que defendem que a argumentação jurídica é dialógica, tendo matriz na teoria da linguagem do século XX;

O sopesamento deve ser rechaçado por implicar em discricionariedade, a qual, muitas das vezes, descamba para a arbitrariedade. Neste ponto, os defensores da teoria alexyana acreditam ser um equívoco cometido por Streck e Trindade por levarem em consideração a ponderação sem critério realizada por alguns tribunais brasileiros.

Ainda que haja relevante controvérsia entre críticos e opositores brasileiros da teoria alexyana no que tange aos aspectos filosóficos que embasam o pensamento do jurista alemão, um ponto comum é possível detectar: tanto Lênio Streck quanto Alexandre Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira concordam que a aplicação da ponderação de

princípios, representada pela aplicação da técnica da máxima proporcionalidade, ocorreu no Brasil de forma distorcida, sem o rigor que exige um processo racional de argumentação.

Tal fato culmina no fenômeno do decisionismo, em que princípios são tratados como normas que o intérprete escolhe de forma arbitrária, levando a decisões solepcistas, em um retorno ao subjetivismo encontrado em Kelsen.

O caso Elwanger teve como escopo ilustrar a conclusão extraída da análise dos pensamentos dos autores elencados neste trabalho, pois demonstrou como a Corte Suprema brasileira, através de sua prática antideliberativa, utilizou-se da Ponderação de Princípios como um mero artifício retórico, em que os juízos morais foram substituídos pelos dos próprios magistrados.

Por fim, o caso “Condução do réu debaixo de vara” demonstrou uma verdadeira desconsideração do STF em relação à teoria da ponderação de princípios, uma vez que o julgamento foi feito sem que o método concebido por Alexy fosse sequer citado pelos ministros. Tal fato ilustrou de forma inequívoca a não recepção da teoria alexyana pela Corte Suprema brasileira, corroborando com a hipótese lançada nesta pesquisa e defendida pelas teses dos doutrinadores pátrios citados.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

CARNEIRO, Rodrigo Alvares. **A Justificação interna e externa da Máxima da Proporcionalidade como Argumento Jurídico nas Obras de Robert Alexy**. Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica, Salvador, v. 4, n. 1, p. 96-118, jan/jun 2018.

CARVALHO, Juliana Brina Corrêa de Carvalho. **Sobre os limites da argumentação jurídica: a desconstrução do ativismo judicial fundado na ponderação de princípios e a reinvenção da legitimidade jurídica nos pensamentos de Jürgen Habermas e Chantal Mouffe**. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 649-710, jul./dez. 2013.

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

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

GOMES, Renata Silva. **Realismo jurídico clássico, direito natural e direitos humanos / Renata Silva Gomes**. Belo Horizonte, 304f, 2019.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, p. 67, 2001.

LIMA, André Canuto de F. **A teoria dos princípios de Robert Alexy**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4078, 31 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31472>. Acesso em: 7 abr. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar. **Interpretação do direito: entre a despedida do método e o improvável retorno da prudência**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 25, p.171-190, jul/dez 2016.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar; TRIVISONNO, Alexandre Gomes. **Uma teoria do direito sem filosofia?! Crítica às objeções de Trindade e Streck à teoria de Alexy**. Blog Os Constitucionalistas. Belo Horizonte, 14 abr. 2014. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/uma-teoria-do-direito-sem-filosofia-critica-as-objecoes-de-trindade-e-streck-a-teoria-de-alexey>. Acesso em: 20 jun. 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emilio Medauar; SANTOS, Cyntia Cordeiro. **A crítica da teoria hermenêutica de Lenio Streck à teoria dos princípios de Robert Alexy**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 16, n.

24, p. 101-119, jul./dez. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 62-63, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding Without Deliberating**. International Journal of Constitutional Law, Oxford, v. 11, n. 3, 557-584, p. 568, 2013.

SILVEIRA, Vinicius Loureiro da Mota. **Ponderação e proporcionalidade no direito brasileiro**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 23 abril 2013. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34807/ponderacao-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 03 maio 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRIVISONNO, Alexandre Gomes. **Estudo introdutório: a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito**. In: ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

Data da submissão: 10/03/2021

Data da primeira avaliação: 08/04/2021

Data da segunda avaliação: 01/08/2021

Data da aprovação: 30/09/2023