

A TEORIA DA NORMA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDO DE CASOS

STANDARD THEORY AND THE FEDERAL SUPREME COURT: CASE STUDY

Flávio Quinaud Pedron*
Fábio Lopes Rodrigues**

RESUMO

O presente trabalho visa abordar e estudar, a teoria das normas de Robert Alexy para fins de solução de hard cases, bem como a forma como o Supremo Tribunal Federal a empregou em alguns de seus casos mais famosos, como, por exemplo, o caso Gloria Trevi (Rcl. 2040/DF). Será abordada a racionalidade pretendida pelo autor alemão e se a Corte Suprema, nos julgados invocados, vem observando a contento, a tese alexyana do balanceamento. Como metodologia, será empregada a revisão bibliográfica para desenvolvimento de uma perspectiva hermenêutica crítica.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Balanceamento; Teoria das normas de Robert Alexy.

ABSTRACT

The present work aims to approach and discuss, Robert Alexy's legal theory for the purpose of solving hard cases, as well as how the Brazilian Supreme Court used it in some of its most famous cases, such as, for example, the Gloria Trevi case (Rcl. 2040/DF). The rationality intended by the German author will be addressed and if the Supreme Court, in the cases invoked, has been satisfactorily observing the alexyana thesis of balancing. As a methodology, a bibliographic review will be used to develop a critical hermeneutic perspective.

Key-words: Brazilian Supreme Court; Balancing; Robert Alexy's Legal Theory.

INTRODUÇÃO

Robert Alexy é, sem sombra de maiores dúvidas, um dos jusfilósofos mais citados pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, mormente quando do enfrentamento dos chamados *hard cases* ("casos difíceis"), conforme será abordado no decorrer deste trabalho. A teoria das normas, baseada em princípios e em regras, trabalhada pelo autor

* Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto IV da PUC Minas. Professor Adjunto do IBMEC. Professor Adjunto do Mestrado em Direito da Faculdade Guanambi - Bahia. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4259444603254002>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4804-2886>. E-mail: flavio@pedronadvogados.com.br.

** Mestrando em Direito pela UNIFG - BA (Centro Universitário FG). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhuera - Uniderp. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz - BA. Professor auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Bahia, campus XX Brumado-BA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6561321114402640>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7418-9083>. E-mail: baumlopes@hotmail.com.br.

alemão, tem sido invocada das mais variadas formas para justificar as decisões que se pretende, inclusive na busca por uma racionalidade judicial, a fim de se evitar abusos e arbítrios pelos julgadores.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, diante dos casos que lhe é apresentado, não vem mantendo a coerência na adoção da tese alexyana, por vezes empregada sem qualquer critério metodológico e de maneira equivocada, interpretando as premissas teóricas do autor como uma possibilidade inadequada de ato de escolha do julgador, em verdadeiro solipsismo judicial¹ adotando, dessa forma, o balanceamento como um “artifício mágico”, uma espécie de “método coringa” de motivação judicial.

Essa situação pode ser justificada em face da importação de teorias estrangeiras, sem o necessário rigor científico em sua aplicabilidade. De tal maneira, abandona-se, assim, todo um contexto interpretativo, ao deixar de lado o positivismo jurídico e partir para uma análise menos reducionista das normas, um dos pontos que interessa ao presente ensaio.

Portanto, se faz necessário analisar o pensamento alexyano proposto na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” para, a partir daí - e como base teórica - verificar sua adequabilidade aos casos que serão cotejados.

Para isso, o presente estudo será dividido em três tópicos: uma introdução, onde o objeto de estudo será situado; o desenvolvimento, onde serão abordados dois subtópicos, um atinente à teoria da norma de *Robert Alexy* e o outro ligado ao cotejamento dos casos judiciais selecionados. Por fim, a conclusão, na qual será feita uma sucinta análise final sobre o tema debatido.

A teoria das normas de Robert Alexy

A teoria das normas em *Robert Alexy* se baseia em clara distinção entre princípios e regras², sendo a base fundante no âmbito dos direitos fundamentais³. De acordo com o autor, “sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”⁴.

A distinção⁵ entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas⁶.

Princípios, na visão do jurista de Kiel, são normas que ordenam que algo seja

¹ Utilizando expressão de Lênio Streck. STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento. Casa do Direito, 2017. p. 273.

² Não que isso seja uma inovação do autor, pois, antes dele, Ronald Dworkin, já havia abordado a existência de regras, princípios e diretrizes políticas, em sua obra *Levando os direitos a sério*. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³ ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 86.

⁴ Id.

⁵ A generalidade seria o primeiro critério. Princípios possuem alto grau de generalidade. Já as regras não.

⁶ ALEXY, Robert, 2008. *Op. cit.*, p. 87.

realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sendo, portanto, mandamentos de otimização⁷, que podem ser satisfeitos a depender da situação posta. Nesse sentido, à aplicabilidade do princípio demandará um esforço interpretativo a fim de que, diante do caso concreto, seja feita a opção pela melhor alternativa de maneira qualitativa.

Conforme o autor, as possibilidades fáticas e jurídicas são o que definem a forma como o princípio será aplicado, justamente pelo caráter *prima facie* existente. Assim:

Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastados por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.⁸

Mas, o que poderíamos entender por mandamentos de otimização? Alexy defende que, como mandamentos, os princípios estão inseridos em âmbito deontológico, do dever ser, da proibição, permissão⁹. Cabe esclarecer que uma norma somente poderia ter sua aplicação em diferentes graus se passássemos a equiparar princípios a valores,¹⁰ inserindo-os em um nível *axiológico* (e não deontológicos), “ligado a questões de preferências subjetivas”¹¹.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas¹², exigindo “que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam”. Segundo o autor:

Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa 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.¹³

Questão relevante, inclusive para fins de diferenciação¹⁴, está ligada à resolução de conflitos entre normas, na medida em que as duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis, conforme aduziu o próprio professor alemão.

⁷ ALEXY, Robert, 2008. *Op. cit.*, p. 146.

⁸ *Ibid.*, p. 103-104.

⁹ *Ibid.*, p. 145-146.

¹⁰ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Gunther e Robert Brandom*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2019. p. 44.

¹¹ Registre-se que os autores não encampam a discricionariedade judicial na teoria da argumentação.

¹² ALEXY, Robert, 2008. *Op. cit.*, p. 91.

¹³ *Id.*

¹⁴ “A diferença entre regras e princípios mostra-se com mais clareza no caso de colisões entre princípios e conflitos entre regras”. *Ibid.*, p. 91.

Quando se fala em conflitos entre regras, espécies de normas jurídicas, a solução pela subsunção perpassa pela inserção da chamada cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade, ambas possibilidades recaindo sobre uma das regras. No primeiro caso, a própria regra contém uma exceção, como no exemplo fornecido pelo próprio Alexy na proibição de sair da sala de aula antes do tempo permitido¹⁵. Já no segundo (declaração de invalidade), são utilizados critérios hermenêuticos tradicionais para afastar a regra declarada inválida¹⁶. Se não houver nenhuma dessas possibilidades, a regra será de caráter definitivo.

No caso dos princípios, um deles deverá ceder, havendo balanceamento com base na dimensão do peso¹⁷, analisando-se uma relação de precedência, haja vista que somente um deles deverá ter aplicabilidade (aquele de maior envergadura), sem declaração de invalidade do outro afastado. Assim: “Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, ‘por si só, de prioridade.’”¹⁸. E prossegue Alexy:

Se dois princípios colidem -o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.¹⁹

Entretanto,

[...] diante de uma colisão entre princípios, o valor decisório será dado a um princípio que tenha, naquele caso concreto, maior peso relativo, sem que isso signifique a invalidação do princípio compreendido como de peso menor. Perante outro caso, portanto, o peso dos princípios poderá ser redistribuído de maneira diversa, isso porque nenhum princípio goza antecipadamente de primazia sobre os demais. [...]

No final, percebe-se que a distinção que toma lugar na teoria de Alexy separa princípio e regra por meio de critérios morfológico-estruturais, ou seja, as condições de aplicação se dão de maneira prévia à situação real e concreta de aplicação, de modo que é possível, nessa perspectiva teórica, analisar uma norma em abstrato e ter segurança de que estamos diante de um princípio ou de uma regra.²⁰

¹⁵ Não é permitido sair antes que o sinal toque, salvo se soar o alarme de incêndio. Temos uma exceção dentro da regra.

¹⁶ Hierarquia, especialidade, cronologia.

¹⁷ O peso não é dado de maneira absoluta pelo intérprete, ao menos assim se deseja. A relatividade está presente, na medida em que o princípio oposto deverá sempre ser considerado.

¹⁸ ALEXY, Robert., 2008. *Op. cit.*, p. 95.

¹⁹ Id.

²⁰ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar, 2019. *Op. cit.*, p. 43-44.

*Atienza e Manero*²¹, adotando o aspecto normativo da argumentação jurídica, indicam que o papel dos princípios contrasta com o das regras na medida de sua contribuição, a depender do ponto de vista argumentativo.

De acordo com os autores espanhóis, os princípios seriam menos que as regras quando se observasse a possibilidade de economia de tempo na decisão, “Se uma regra é aceita, então se evita ter que entrar em um processo de ponderação”.

A regra operaria, portanto, um “elemento que reduz a complexidade dos processos de argumentação.”, diferentemente dos princípios, onde permaneceria a obrigação da ponderação. Os princípios, para os autores e quanto ao ponto, ainda seriam “menos concludentes” que as regras. Defendem, entretanto, que:

os princípios são também mais que as regras em outros dois sentidos. Por um lado, porque ao estar enunciados –ou poder enunciar-se –em termos mais gerais, entram também em jogo em um maior número de situações; isto é, ao ter um maior poder explicativo que as regras, têm também um maior alcance de justificação. Por outro lado, a menor força dos princípios como premissas da argumentação prática vai emparelhada a uma maior força expansiva. Assim, por exemplo, a partir das premissas “todos os homens fisicamente aptos deverão fazer o serviço militar” e “si você sofrer uma intervenção cirúrgica, passará a ser considerado fisicamente apto” não se conclui que “deve sofrer uma intervenção cirúrgica”, e nem sequer que “existe uma razão para que você sofra uma intervenção cirúrgica” (pois é possível que um homem não deseje fazer o serviço militar, de maneira que, para ele, isso não conta como razão). Em troca, a partir do princípio de que “os espanhóis têm direito a uma moradia digna” junto com o enunciado “baratear os créditos para moradias facilita que um maior número de pessoas consiga uma moradia digna” pode-se concluir, pelo menos, que “há uma razão para que o Estado barateie os créditos para a compra de moradias”.²²

O que é abordado pelos professores espanhóis, no ponto exposto, não colide com o até aqui apresentado, sendo que os princípios, que são aplicados *prima facie*, demandam interpretações das situações fáticas e jurídicas postas para, ao final e ao cabo, serem aplicados. Não haveria, com efeito, perfeita compatibilização imediata, demandando esforço argumentativo. Já as regras tendem à aplicabilidade mais facilitada, sendo por isso, mais objetiva bem como com menor espaço para ampliação.

Registre-se que, para Alexy, existem os casos fáceis (*easy cases*), resolvidos pela subsunção, e casos difíceis (*hard cases*), que demandam um esforço argumentativo sobre a colisão de princípios.

O caso *Lebach*, precedente julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1973,

²¹ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Sobre principios e reglas*. Tradução de Renata Quinaud Pedron e de Flávio Quinaud Pedron. Revisão de Emílio Peluso Neder Meyer. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*. Guanambi/BA, v. 4, n. 01, p. 04-24, 13 de outubro de 2017. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/144>. Acesso em 19 jun. 2020. Artigo originalmente publicado na revista *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 10, p. 101-120, 1991.

²² Id, p. 20.

é um exemplo da aplicabilidade dos argumentos ora debatidos²³, sendo citado na obra Teoria dos Direitos Fundamentais. Em 1969, em *Lebach*, oeste da Alemanha, quatro soldados foram assassinados e as armas roubadas, enquanto vigiavam (sentinelas) um depósito de munição do exército alemão. A emissora de televisão ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*) planejava exibir um documentário intitulado “O assassinato de soldados em Lebach”, narrando os acontecimentos com riqueza de detalhes, fotografias e indicação nominal dos condenados.

Entretanto, um deles, que estava próximo de conseguir a liberdade, portanto após o fato criminoso e a condenação, entendeu que a exibição do documentário violaria direito fundamental seu, “sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada”.

Após ter seu pedido negado nas instâncias inferiores, uma reclamação constitucional levou o caso ao Tribunal Constitucional Federal, que, ao realizar o sopesamento²⁴ dos bens jurídicos envolvidos – liberdade de informação jornalística versus proteção da esfera privada da pessoa retratada –, com base no princípio da proporcionalidade e na técnica da ponderação de interesses (sopesamento), entendeu prevalecer a proteção da personalidade humana em detrimento da liberdade de rádio fusão, impedindo então, a divulgação do programa.

O julgamento se desenvolveu em três etapas, conforme narra Alexy:

Na primeira etapa constatou-se uma “situação de tensão entre a proteção da personalidade, garantida pelo art. 2º, § 1º, combinado com o art. 1º, §1º, da Constituição alemã e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, nos termos do art. 5º, § 1º, 2º”. Também aqui o primeiro princípio será simbolizado por P1, e o segundo por P2. Isoladamente considerados, P1 levaria à proibição, e P2 à permissão da exibição do programa. [...]. Depois da constatação de uma colisão entre princípios cujo valores abstratos estão no mesmo nível, o Tribunal Constitucional Federal em um segundo passo, sustenta uma precedência geral da liberdade de informar (P2) no caso de uma “informação atual sobre atos criminosos” (C1), ou seja, (P2 P P1) C1. Essa relação de precedência é interessante, porque nela se sustenta apenas uma precedência geral ou básica. Isso significa que nem toda informação atual é permitida. A condição de precedência e, com isso, o suporte tático da regra que corresponde ao enunciado de preferência segundo a lei de colisão incluem uma cláusula *ceteris paribus*, a qual permite o estabelecimento de exceções. A decisão ocorre na terceira etapa. Nela, o tribunal constata que, no caso da “repetição noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação”, que “coloca em risco a ressocialização do autor” (C2), a proteção da personalidade (P1) tem precedência sobre a liberdade de informar (P2), o que, no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia. Nesse sentido, vale o enunciado de preferência P1 P P2) C2. C2 é composto por quatro condições (repetição/ausência de interesse atual pela informação/grave crime/risco à ressocialização)²⁵.

Ao final, para o tribunal, uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe em risco a ressocialização do autor, é

²³ ALEXY, Robert, 2008. *Op. cit.*, p. 99-103.

²⁴ Lei do sopesamento: 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. *Ibid.*, p. 167.

²⁵ *Ibid.*, p. 102.

proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais²⁶. Em verdade, o tribunal avaliou o caso na dimensão do peso dos princípios envolvidos, dando primazia ao esquecimento²⁷.

Importante pontuar que em momento algum Alexy defende uma resolução de colisão entre princípios por meio da ponderação direta entre eles, e aqui reside, *data vênia*, um grave equívoco dos aplicadores da teoria no Brasil. Consoante Streck:

Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível – sim, insista-se, é realmente impossível – fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é (insista-se, efetivamente não é) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”. [...]

Importante anotar que, no Brasil, os tribunais, no uso (absolutamente) descrriterioso da teoria alexyana, transformaram a ponderação (Abwägung) em um “princípio”. Com efeito, se, na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos. Esse tratamento equivocado – que enxerga a ponderação como um princípio – fica evidente a partir de uma simples pesquisa nos tribunais brasileiros.²⁸

Tomando o raciocínio do autor alemão, primeiro se aplica a técnica (metodologia) da ponderação, através do princípio da proporcionalidade e suas sub-regras da adequação²⁹, necessidade³⁰ e proporcionalidade em sentido estrito³¹, sendo que, somente caso a solução não tenha sido encontrada nos dois primeiros vetores, parte-se para o último (proporcionalidade em sentido estrito), que apontará qual dos princípios deverá

²⁶ ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 102.

²⁷ Apesar de não ser o foco o presente artigo, vide os seguintes precedentes quanto “direito ao esquecimento”: REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, “chacina da Candelária”; REsp 1335153/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/05/2013, “caso Aída Curi”.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. As Recepções Teóricas Inadequadas em *Terrae Brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba/PR, v. 10, n. 10. p. 2-37, 20 de outubro de 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/53/52>. Acesso em 20 jun. 2020. Em igual sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento. Casa do Direito, 2017. p. 150.

²⁹ Assim, adequação não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a rejeição de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Vide PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Gunther e Robert Brandom*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019. p. 44.

³⁰ Meio menos gravoso.

³¹ Sopesamento propriamente dito.

prevalecer (preceder) no caso concreto³². Logo:

Tal procedimento teórico é na realidade uma construção alçada a partir de uma teoria da argumentação jurídica que, se seguida, conduziria a decisões dotadas sempre de racionalidade. Nesse prisma, então, temos de acentuar que para Alexy a racionalidade de uma decisão se dá a partir de uma perspectiva formal, ou seja, se forem observadas as sub-regras do método de “proporcionalidade”, independentemente do conteúdo concreto da decisão, esta deverá ser considerada racional.³³

Voltando ao caso *Lebach*:

Não pode haver dúvidas de que o tribunal decidiu o caso por meio de um sopesamento entre princípios. Mas é possível indagar se esse era o único caminho possível. E são considerações feitas pelo próprio tribunal que dão ensejo a essa indagação, quando ele examina se a transmissão de um programa que identificasse o reclamante seria adequada e necessária para os objetivos perseguidos pela emissora ZDF. Dentre esses objetivos estão, por exemplo, o esclarecimento da população sobre a eficácia das sanções penais, um efeito intimidador sobre outros possíveis criminosos e um “fortalecimento da moral pública e da responsabilidade social” (BVerfGE 35, 202 (243)).’ Diante disso, seria possível sustentar que o caso poderia ter sido resolvido não no nível do sopesamento entre valores ou princípios constitucionais, ou seja, não na terceira etapa da máxima da proporcionalidade (cf., a respeito, Lothar Hirschber, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen: Schwartz, 1982, pp. 2 e ss.; cf. também o tópico I.8, neste Capítulo), mas nas etapas anteriores - da adequação e da necessidade (nesse sentido, cf. Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, p. 34). Mas dessa forma teria sido possível apenas excluir a identificação nominal do reclamante e a exposição de sua imagem. No entanto, como o tribunal pressupõe que o reclamante teria seus direitos violados mesmo sem sua identificação nominal e sem a exposição de sua imagem (BVerfGE 35, 202 (243)), a decisão na terceira etapa da máxima da proporcionalidade era inafastável. Somente se o tribunal não tivesse partido dessa premissa é que seria possível solucionar o caso apenas com o auxílio das máximas da adequação e da necessidade.³⁴

Partindo-se da ponderação, com base em critérios de precedência (peso), o tribunal alemão chegou a um consenso de que não deveria ser permitida a publicação da reportagem, sob o ponto de vista dos conflitos em jogo.

Registre-se que não é intenção deste estudo demonstrar a fórmula matemática desenvolvida por Alexy na busca da pretensa racionalidade das decisões judiciais, ainda que sofra críticas sobre espaços deixados para a discricionariedade do intérprete³⁵. O que

³² Vide parecer exarado por Lenio Streck e André Karan em caso envolvendo visitas ao ex-presidente Lula quando custodiado no Paraná. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-prerrogativas-ex-presidentes.pdf>. Acesso em 20 abr. 2020.

³³ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Gunther e Robert Brandom*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2019. p. 45.

³⁴ ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 101.

³⁵ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SANTOS, Cyntia Cordeiro. A crítica da teoria hermenêutica de Lenio Streck à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista do Instituto de Hermenêutica*

se almeja é ilustrar que sequer a teoria argumentativa desenvolvida pelo autor é adotada fielmente, o que será feito no tópico seguinte.

Dos *cases* judiciais no Brasil

Estabelecidas as premissas teóricas, ao menos naquilo que interessa ao presente artigo, serão analisados alguns *cases*³⁶ do Supremo Tribunal Federal que, pretensamente, aplicaram o raciocínio alexyano³⁷.

O primeiro julgado aqui abordado se trata do HC 82.424-2/RS³⁸, de 09/2003, caso “*Ellwanger*”³⁹, onde o pleno analisou⁴⁰ se haveria garantia constitucional à liberdade de expressão em obras⁴¹ de responsabilidade do paciente ou ofensa a dignidade da pessoa humana, chegando à conclusão de que os judeus deveriam ser considerados raça e, dessa forma, atos antissemitas contidos nas obras deveriam ser considerados crimes de racismo e, por consequência, imprescritíveis.

A “colisão” entre direitos fundamentais foi estabelecida entre a liberdade de expressão *versus* dignidade da pessoa humana, no caso, os judeus. Todavia, de plano já se percebe que houve uma leitura aquém da necessária, na medida em que discurso de ódio (*hate speech*) não encontra salvaguarda constitucional. A liberdade de manifestação, de pensamento, simplesmente não abarca a liberdade de manifestar um pensamento

Jurídica - RIHJ. Belo Horizonte/MG, n 24, p. 101-119, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/39409824/A_cr%C3%ADtica_da_teor%C3%ADa_hermen%C3%AAutica_de_Lenio_Str_eck_%C3%A0_teor%C3%ADa_dos_princ%C3%ADpios_de_Robert_Alexy. Acesso em 15 abr. 2020. MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro/RJ, v. 19, n. 35, p.147-166, 2012. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrij/artigo/ponderacao-pretensao-de-correcao-e-argumentacao-o-modelo-de-robert-alexys-para>. Acesso em 18 jun. 2020. Por fim, vide o capítulo da “Ponderação”, em STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento. Casa do Direito, 2017. p. 153-157.

³⁶ Alguns bem conhecidos. Para aprofundar mais sobre o tema, vide tese de doutorado de Fausto Santos de Moraes, intitulada *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio de proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, pela UNISINOS, defendida em 2013, onde o autor analisou 189 casos julgados pela corte.

³⁷ Não será observado o critério cronológico.

³⁸ HC 82424, Relator(a): Moreira Alves, Relator(a) p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2082424%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 29 jun. 2020.

³⁹ Siegfried Ellwanger Castan, gaúcho, escritor, editor, sócio da Revisão Editora Ltda, condenado pelo crime de racismo (art. 20, Lei 7.716/89) ao negar o holocausto e negar a raça humana aos judeus.

⁴⁰ Absolvido em primeira instância, foi condenado pelo TJ/RS. STJ e STF mantiveram a decisão.

⁴¹ Ora escrevendo, ora editando: “Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século”; “O Judeu Internacional”, autor Henry Ford; “A História Secreta do Brasil”, “Brasil Colônia de Banqueiros” e “Os protocolos dos Sábios de Sião”, esses três últimos de Gustavo Barroso; “Hitler – Culpado ou Inocente?” de Sérgio Oliveira; e “Os Conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra”, de Louis Marschalko.

racista⁴². Só com isso, conclui Streck, já seria possível afastar qualquer pretensão de colisão de princípios.

Ora, se não há proteção a discursos de ódio, que encontra limites constitucionais, então sequer haveria de se cogitar colisão de direitos. Essa é, ou deveria ser, a conclusão mais lógica, mas o debate foi extenso e a teoria de Alexy foi invocada em diversos momentos.

O voto condutor vencedor proferido pelo Ministro Maurício Correa, citou que deveria haver uma “ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição (...). Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem ponderar os direitos (...)”.

O ministro Celso de Mello, votando no mesmo sentido do voto vencedor, por sua vez, chegou a aduzir a existência de um “verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica”, para, em momento seguinte entender que:

(...) a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar na utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “hic et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta⁴³, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, de que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (...).

Gilmar Mendes, acompanhando os ministros citados, tratou expressamente em seu voto sobre a colisão de princípios defendida por Alexy, bem como a aplicação das sub-regras da proporcionalidade para precedência do valor em jogo. Em certo ponto até mesmo o caso *Lebach* foi repisado. Todavia, o fez para aplicar a ponderação entre princípios de forma imediata, sem considerá-la como *ultima ratio*, conforme já discorrido neste artigo.

Já o Ministro Marco Aurélio, após realizar seu raciocínio igualmente sobre a ponderação, expressão inclusive que utiliza em diversas passagens de seu voto, entendeu de modo diverso aos colegas citados anteriormente, concedendo a ordem em favor do paciente. De acordo com o Ministro:

(...) estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de 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. Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de se definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade

⁴² STRECK, Lenio Luiz. As Recepções Teóricas Inadequadas em Terrae Brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba/PR, v. 10, n. 10. p. 2-37, 20 de outubro de 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/53/52>. Acesso em 20 jun. 2020.

⁴³ Rememore-se que Alexy passa a considerar, na dimensão do peso, princípios como valores, axiomas.

de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela. (...) como afirma Robert Alexy (...) todas as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com esteio em critérios como “especialidade” (...) “hierarquia” (...) ou “anterioridade” (...) o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da “ponderação”. (...)

A questão da colisão de direitos fundamentais com outros direitos necessita, assim, de uma atitude de ponderação dos valores em jogo, decidindo-se, com base no concreto e nas circunstâncias da hipótese, qual o direito que deverá ter primazia. Trata-se do mecanismo de resolução de conflito de direitos fundamentais, hoje amplamente divulgado no Direito Constitucional Comparado e utilizado pelas Cortes Constitucionais no mundo (...).

Chama atenção, quanto ao mencionado voto, que, apesar da ponderação utilizada, chegou a um resultado diverso dos pares que denegaram a ordem, o que demonstra que a tese alexyana acaba sofrendo o influxo do subjetivismo do julgador. Se é ponderado espera-se que o resultado seja semelhante, previsível, mas não é o que ocorre(u).

Importante pontuar que, em momento algum, a lei do balanceamento sequer foi versada.

Um segundo caso analisado ficou conhecido como o “caso *Glória Trevi*”, Reclamação 2040/DF⁴⁴, que tratou sobre alegado “estupro carcerário” sofrido pela artista mexicana *Glória de Los Angeles Treviño Ruiz*, em 2002, quando presa na carceragem da Polícia Federal no DF por ordem do STF para fins de extradição. De acordo com relatos da reclamante (vítima, em tese), ela teria sofrido abusos sexuais praticados por Polícias Federais e detentos, resultando em gravidez.

Em resumo, após acusação se tonar pública em matéria jornalística que ganhou repercussão nacional, a Polícia Federal requereu a realização de exame de DNA para identificar o pai do filho que *Glória Trevi* esperava, considerando que a referida se negava em relatar quem seria o pai da criança. O pedido foi deferido por um juiz federal de primeiro grau, o que, diante da detenta estar custodiada a mando do STF para fins de instrução de processo de extradição, levou a defesa a ajuizar reclamação constitucional perante aquela corte.

Na análise do mérito, o Supremo entendeu que deveria prevalecer a imagem da instituição e de seus agentes⁴⁵, autorizando o exame na placenta recolhida logo após o nascimento da criança. No entender da tese vencedora, a colheita do material genético se daria em material considerado lixo biológico e, portanto, não protegido pelo direito à intimidade. O julgado restou assim ementado:

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradição n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de

⁴⁴ STF, Rcl 2040 QO, Relator(a): Néri Da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00045 EMENT VOL-02116-01 PP-00129. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1997002>. Acesso em 29 jun. 2020.

⁴⁵ Como se isso, por si só, fosse suficiente para solucionar a acusação de estupro.

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

O julgado é importante na medida em que, mais uma vez, argumentos da teoria de *Robert Alexy* foram invocados para justificar a conclusão dos votos, desconsiderando, entretanto, que não há para o autor e conforme já aludido, colisão direta entre princípios apta a ser sopesada.

Votos dos Ministros Néri da Silveira⁴⁶ e Sepúlveda Pertence⁴⁷ invocaram a ponderação, colisão de direitos, solução de conflito, proporcionalidade. A própria decisão reclamada (do juiz de piso), por sua vez, expressamente abordou a teoria alexyana em sua fundamentação. Nesse sentido:

Sendo inviável neste caso concreto a contemporização do direito fundamental da intimidade com os bens jurídicos constitucionais em conflito, mediante a aplicação do princípio da concordância prática, que veda o sacrifício de um direito em detrimento do outro, urge que façamos, como metódica de solução do conflito, a ponderação, mediante um juízo de razoabilidade, entre os valores constitucionais conflitantes, fazendo um balanceamento, de modo a precisar, diante deste problema, qual dos princípios terá maior peso para uma o norma de decisão justa para o presente caso concreto. Para isso teremos imperativamente

⁴⁶ Rejeitaram o pedido principal.

⁴⁷ "No caso concreto, tratando-se tipicamente de uma hipótese de ponderação ad hoc entre valores constitucionais contrapostos, não tenho dúvida - tais quais os eminentes Colegas que me antecederam e o magnífico voto do eminente Ministro-Relator - em afirmar a prevalência dos interesses constitucionalmente relevantes que se opõem, no caso, à pretensão de intimidade veiculada pela reclamação".

que restringir o âmbito de proteção de pelo menos um dos direitos colidentes, de maneira a concretizar de forma ótimo estes bens constitucionais, que por terem natureza principal, são considerados, nas palavras de Alexy, verdadeiros “mandatos otimização”. (...)

Assim, os direitos fundamentais são direitos *prima facie*⁴⁸, ou melhor, potenciais, não absolutos, somente assumindo contornos definitivos após aplicados a um problema concreto. Dessa forma, é possível restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental no momento da elaboração da norma de decisão do caso, mediante ponderação, para prevalecer, em determinada circunstância concreta, um bem constitucional com maior peso do que outro direito.

Ao que parece, e essa é uma constatação baseada na observação dos julgados, invoca-se o raciocínio da teoria ora abordada com o fito de justificar posições pessoais, e não racionalizar a decisão, o que certamente, enfraquece um dos principais objetivos almejados por Alexy.

Um outro caso estudado se refere a ADI 4815/DF⁴⁹, que tratou das biografias não autorizadas. Nela, se estabeleceu um conflito entre normas constitucionais da liberdade de expressão e de informação *versus* inviolabilidade da intimidade e privacidade dos biografados. Assim como também atingiu seus familiares e terceiros retratados, considerando que a celeuma se singularizava na necessidade ou não de autorização prévia para divulgação de obra biográficas, entendendo, o tribunal, pela desnecessidade.

No voto vencedor da relatora, Min. Carmen Lúcia, malgrado tenha afirmado expressamente a existência de um conflito aparente de normas, aduziu que haveria de se acolher o “balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias”. Momento seguinte citou expressamente *Robert Alexy* e a obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, quando abordou a colisão de princípios para, posteriormente, suscitar o “critério da ponderação para interpretação de normas e solução de casos”.

O Min. Luís Roberto Barroso, por sua vez, acompanhou a relatora e teceu algumas considerações que, para os fins do presente trabalho, são de suma importância:

Este caso que estamos analisando hoje, aqui, envolve uma tensão, uma colisão potencial entre liberdade de expressão e o direito à informação de um lado; e, de outro lado, os chamados direitos da personalidade, notadamente no tocante ao direito de privacidade, ao direito de imagem e ao direito à honra.

Nessas situações em que convivem normas constitucionais que guardam entre si uma tensão, e a característica das Constituições contemporâneas é precisamente esse caráter compromissório e dialético de abrigarem valores diversos, a técnica que o Direito predominantemente adota para a solução dessa tensão ou desse conflito é precisamente a denominada ponderação.

Ainda no desenvolver de seu voto, tratou expressamente das sub-regras da

⁴⁸ Grifos no original.

⁴⁹ STF, ADI 4815, Relator(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, Processo Eletrônico DJe-018 Divulg 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>. Acesso em 29 jun. 2020.

proporcionalidade e da aplicabilidade *prima facie* dos princípios⁵⁰.

Já para a Ministra Rosa Weber, ao acompanhar a relatora, pontuou que “(...) o critério da proporcionalidade desautoriza a imposição de restrições à liberdade de expressão (...)”.

Para o Min. Gilmar Mendes, por sua vez, além de citar expressamente o caso *Lebach*, haveria:

(...) inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, que pode gerar uma situação conflituosa, a chamada colisão de direitos fundamentais (*Grundrechtskollision*). (...)

Vê-se, pois, que no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.

Por fim, o Min. Marco Aurélio igualmente não deixou de assentar sua posição, ao entender que, diante do conflito entre o interesse individual e o coletivo, a solução, segundo defendeu, seria o sopesamento de valores, dando-se primazia ao interesse coletivo. A postura pelo balanceamento (sopesamento) está explícita, inclusive, em trecho da ementa da ADI⁵¹.

Em arremate, como último caso a ser analisado, tem-se a ADPF 54⁵², que abordou a questão da interrupção da gravidez em caso de fetos anencéfalos. No citado julgado o relator, Min. Marco Aurélio, defendeu que não havia colisão real entre os direitos fundamentais, mas somente aparente, haja vista que “Anencefalia e vida são termos antitéticos”⁵³.

⁵⁰ A título de ilustração, com grifos no original: “(...) Em primeiro lugar, ao se dizer que a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial, estabelece uma primazia *prima facie* da liberdade de expressão no confronto com outros direitos fundamentais. Não uma hierarquia superior, apenas uma primazia *prima facie*, a demonstrar que aquele que pretenda cercear a liberdade de expressão em nome do direito de imagem, em nome da honra, em nome da privacidade, é essa parte que tem o ônus de demonstrar o seu direito superador da preferência da liberdade de expressão. Portanto, o ônus argumentativo de quem pretende paralisar a incidência da liberdade de expressão no caso concreto é maior, evidentemente, do que de quem esteja preservando a liberdade de expressão.”

⁵¹ “(...) 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. (...)”.

⁵² STF, ADPF 54, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado Em 12/04/2012, Acórdão Eletrônico Dje-080 Divulg 29-04-2013 Public 30-04-2013 Rtj Vol-00226-01 Pp-00011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em 29 jun. 2020.

⁵³ “Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem estar por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.”. Trecho do voto do Min. Marco Aurélio.

O que chama atenção especificamente nesse julgado é que ele é o único, daqueles trazidos no presente artigo, que um dos membros da corte, no caso o Min. Cezar Peluso, foi além de invocar a proporcionalidade e a ponderação, defendendo não a colisão direta entre princípios⁵⁴. Demonstrando conhecimento acerca da teoria alexyana, chegou a afirmar que o peso das razões para aplicação de um princípio precisa de um padrão intersubjetivamente compartilhado, “caso contrário a escolha não passa de uma preferência pessoal do responsável pela solução do caso concreto” - ciente das críticas em torno da inevitável discricionariedade na aplicação da teoria do autor alemão.

Pretendeu o ministro, expressando uma fórmula matemática⁵⁵, racionalizar a decisão que estava a proferir, no sentido que não deveria ser considerado crime a interrupção da gravidez em caso de anencefalia. Todavia, ao final do voto, se percebe que não foi de grande relevância o esforço, na medida em que os parâmetros não se mostraram tão claros assim.

Conclusão

Após esse sucinto estudo, a conclusão que se chega é que não há rigor metodológico na aplicação da teoria desenvolvida por *Robert Alexy*, cujo mote principal é tentar promover racionalidade às decisões judiciais proferidas. Não é propriamente o resultado em si, mas o caminho que se percorre até chegar à solução eleita.

Conforme se observou, adota-se um ponto de vista equivocado da colisão direta e frontal entre princípios para, a partir daí, ponderar, no caso concreto, qual seria o de maior peso. Rememore-se, assim, que não pode existir para Alexy, dois princípios aplicáveis, em franca contradição, no mesmo caso, haja vista que um deverá ter precedência condicional em face das circunstâncias fáticas e jurídicas postas.

Por mais que o contexto argumentativo de cada julgamento tenha revelado extensas fundamentações, em verdade, caso tenha a pretensão de aplicar a teoria, ela deve ser feita em sua inteireza, e não “a granel”, sob risco concreto de um solipsismo judicial e *pampricipiologismo*, conforme Lenio Streck⁵⁶.

A ponderação não pode ser somente um atributo justificador da decisão antecipadamente formada. Indubitavelmente, não se decide para depois fundamentar. Seguramente, se fundamenta para posteriormente decidir.

⁵⁴ “(...) Mais uma vez, a ponderação é de razões para decidir, e não propriamente de valores. Uma ponderação de valores só pode levar a um autoritarismo, pois não se pode justificar que um princípio seja mais importante do que o outro, pena de se tornar vulnerável a proteção da pluralidade, porque, como já demonstrado, uma sociedade democrática e plural não conhece hierarquia de valores (...)”. Trecho do voto do Min. Cezar Peluso.

⁵⁵ Vide pag. 131 do julgado. A fórmula do sopesamento de Alexy pode ser encontrada no artigo “Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito”. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041>. Acesso em 20 jun. 2020.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento / Casa do Direito, 2017. p. 149-152; 273-277.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. Tradução de Fernando Leal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro/RJ, v. 253, p. 9-30, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041>>. Acesso em 20 jun. 2020.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*. Guanambi/BA, v.4, n. 01, p. 04-24, 13 de outubro de 2017. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/144>. Acesso em 19 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Requerente Confederação Nacional Dos Trabalhadores Na Saúde - CNTS. Interessado Presidente Da República: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em 29 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815. Requerente Associação Nacional Dos Editores De Livros - ANEL. Interessados Presidente da República e Presidente do Congresso Nacional: Min. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4271057>. Acesso em 29 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/DF. Paciente Siegfried Ellwanger. Coator Superior Tribunal De Justiça: Min. Maurício Correa. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>>. Acesso em 29 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2040/DF. Reclamante Glória De Los Ángeles Treviño Ruiz. Reclamado Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal: Min. Néri Da Silveira. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1997002>. Acesso em 29 jun. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo/SP, v. 54. p. 76-107, 2006. Acesso pela plataforma intranet da RT, no PPGD-UniFG. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em 19 jun. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

MORAIS, Fausto Santos; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro/RJ, v. 19, n. 35, p.147-166, 2012. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrij/artigo/ponderacao-pretensao-de-correcao-e-argumentacao-o-modelo-de-robert-alexey-para>. Acesso em 18 jun. 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio 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/MG, n 24, p. 101-119, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/39409824/A_cr%C3%ADtica_da_teor%C3%ADtica_de_Lenio_Streck_%C3%A0_teor%C3%ADprios_de_Robert_Alexy. Acesso em 15 abr. 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria do Direito Contemporânea: uma análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Gunther e Robert Brandom*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte – MG: Letramento. Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. As Recepções Teóricas Inadequadas em *Terrae Brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba/PR, v. 10, n. 10, p. 2-37, 20 de outubro de 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/download/53/52>. Acesso em 20 jun. 2020.

Data de Recebimento: 05/10/2020.

Data de Aprovação: 03/02/2021.